



# DAÑOS PUNITIVOS: LOS HORIZONTES DE SU EFICACIA TUTITIVA EN EL SISTEMA LEGAL ARGENTINO

EDUARDO JAVIER ARRUBIA  
*UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO*

## 1. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

**E**n primer lugar, introduciré al lector en los problemas que se plantean en un mundo plagado por relaciones de consumo, situaciones que generan la necesidad de construir herramientas jurídicas idóneas para tutelar los derechos de sujetos débiles como consumidores y subconsumidores. En segundo término, explicaré la conceptualización y naturaleza jurídica de uno de estos dispositivos de tutela que constituye la médula analítica de este trabajo, a saber, los daños punitivos. En tercer orden, reseñaré cuál ha sido la evolución jurisprudencial de este instituto en Estados Unidos indicando los debates a que se ha dado lugar y ejemplificaré con casos de tribunales argentinos cómo se ha instrumentalizado la aplicación de esta figura receptada en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. En cuarto lugar, intentaré demostrar que esta norma en el afán de tutelar al consumidor resulta lesiva de prerrogativas constitucionales de los proveedores y, así, afirmaré que la introducción de este instituto en nuestro derecho es de gran importancia pero esto de ninguna manera puede viabilizarse trasgrediendo derechos fundamentales de los sujetos fuertes. En quinto término, advertiré al lector que los daños punitivos al hallar su génesis en un sistema cultural y jurídico distinto del nuestro, requerirán de ciertos ajustes sistémicos para poder ser receptados en nuestro ordenamiento. En sexto orden, sostendré que una práctica muy habitual en la actualidad es la concertación de sociedades comer-

ciales que actúan en el mercado como proveedoras de bienes y servicios y acreditaré que esta circunstancia tiene ciertos impactos a la hora de hablar de responsabilidad por daños punitivos no sólo sobre las personas jurídicas sino también sobre los administradores de ellas. Por último, exploraré cuál es el sentido que esta temática adquiere en el contexto actual en que se impulsa desde el Poder Ejecutivo Nacional la sanción del Código de Unificación Civil y Comercial.

## 2. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

El acaecimiento de la postmodernidad ha traído al mundo actual rotundas modificaciones en diversas áreas de conocimiento tales como la sociología, la economía, la política y, entre otras, la ciencia jurídica. Dentro de ésta, el Derecho Privado ha sido penetrado por el orden público económico de dirección y de protección. En este sentido, se parte del reconocimiento de la existencia de sujetos débiles frente a otros sujetos que, en contraposición, se definen como fuertes. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico ha empezado a recorrer un camino de creciente amparo de los primeros contra el poder de los segundos coadyuvando así a la neutralización de las violaciones a los derechos fundamentales que las personas tienen por el solo hecho de ser tales.

De esta manera, la sanción de la ley 24.240 y más aún su reciente modificación por la ley 26.361 representan la sistematización de la protección a consumidores y usuarios de bienes y servicios erigiendo lo que algunos autores han denominado “Microsistema de Defensa del Consumidor” (Ariza; Frustagli y Hernandez, 2009). Así, el legislador ha instrumentalizado el mandato constitucional del art. 42 de nuestra Carta Magna cuyo primer párrafo prescribe “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*”.

En otro orden de ideas, los consumidores y usuarios se vinculan a través de heterogéneas contrataciones con todos aquellos agentes que participan en la cadena de producción y distribución de bienes y servicios, es decir, los proveedores. Éstos pueden llevar a cabo sus actividades empresariales de forma

---

individual o de forma grupal y organizada. En el mundo postmoderno los proveedores suelen adherir frecuentemente mediante sus aportes patrimoniales a la concertación de estructuras organizacionales para insertarse en el mercado con la finalidad de obtener ganancias y soportar pérdidas. Así, como señala Farina “...*La empresa organiza, produce y distribuye este cúmulo de bienes y servicios, que están cambiando los hábitos, los gustos y hasta el criterio moral de los consumidores; y todo esto se manifiesta por medio de los contratos comerciales*”. (Farina, 1997: 2). También Fontanarrosa indica que la empresa, como organización de los factores productivos y de intermediación, está en el centro de la actividad económica moderna, y por consiguiente, constituye el núcleo central de las distintas actividades mercantiles (Fontanarrosa, 1997). En el mismo sentido, Ghersi afirma que la característica fundamental de la empresa se manifiesta en el hecho de poseer un modo de producción seriado y una metodología de comercialización por consumo masivo, por ejemplo, automotores, servicios médicos prepagos, etc. Para esto, el autor explica que han sido cuatro las etapas evolutivas de estas estructuras organizacionales: el paso de la empresa individual hacia el esquema societario; la sobredimensión de la empresa por medio de sucursales, filiales, etc.; la ampliación de las actividades de la empresa, acoplamiento de departamentos o gerencias de ventas o financiamiento y, por último, la planificación del mercado por medio de acuerdos interempresarios o fusión de sociedades o grupos económicos (Ghersi, 1998).

Adicionalmente, la problemática se acentúa al efectivizar un recorte en el grupo de los consumidores entendiendo que el mismo no es homogéneo. En consecuencia, surge la categoría del subconsumidor o consumidor especial que es aquél que está dotado de diferentes expresiones de debilidad tales como los discapacitados, enfermos, niños y ancianos. En este sentido, se ha sostenido que: “...No basta con mirar al consumidor medio, sino que es necesario reconocer sus particulares vulnerabilidades. Lo contrario importaría prescindir de un dato de la realidad valorado con frecuencia por los propios proveedores a la hora de diseñar sus estrategias de comercialización”. (Hernandez, 2009: 430)

En este contexto, la debilidad sistemática del consumidor genera nuevos criterios de orientación del valor justicia que justifican la necesidad de perfeccionar instrumentos jurídicos que acentúen la protección de quien consume. Pero,

---

como sostiene Ciuro Caldani, esta protección debe ser equilibrada a punto tal que también atienda a los intereses legítimos del proveedor y de todos los miembros de la comunidad. Así, “El amparo de los consumidores no debe desconocer que también su interés está en el desenvolvimiento de las economías más débiles, de modo que hay que encontrar el debido punto de equilibrio para lograr esa protección sin provocar la ruina de las pequeñas empresas, que al fin acentuaría el protagonismo de las empresas grandes y la globalización de los sectores privilegiados a la par que la propia marginalidad de los económicamente menos fuertes”. (Ciuro Caldani, 97: 35).

Asimismo, los nuevos instrumentos de tutela se legitiman en la necesidad de proveer desde el derecho privado al mejoramiento de la calidad de vida de las personas, siendo ésta la condición necesaria para alcanzar la personalización en un régimen justo. La calidad de vida implica, desde la perspectiva axiológica del derecho, la consecución de una serie de valores tales como la justicia, la libertad, la seguridad, el orden, la paz, entre otros (Ronchetti, 2006).

En este sentido, la ley 26.361 ha venido a incorporar al microsistema de Defensa del Consumidor, a través de la introducción del art. 52 bis en la ley 24.240, un nuevo dispositivo de protección denominado “daños punitivos” que ha dado lugar a debates doctrinarios y jurisprudenciales todo lo cual es el objeto de estudio de este trabajo. Por consiguiente, surgen los interrogantes de si este instituto es adecuado a nuestra Constitución Nacional; si es plausible su aplicación en nuestro país con las mismas características que en su sistema de origen (Estados Unidos); y ante el avance empresarial actual descrito anteriormente, cómo funciona la responsabilidad de administradores societarios, en relación con los daños punitivos, que contratan directamente con el consumidor en representación de la sociedad proveedora.

### **3. CONCEPTO DE DAÑOS PUNITIVOS Y SU NATURALEZA JURÍDICA**

Los daños punitivos representan una herramienta de vigencia actual en el sistema normativo anglosajón. A partir del período finisecular decimonónico han sido empleados, en Estados Unidos y Gran Bretaña, como un medio al que acceden jueces y jurados para lograr dos objetivos específicos, a saber, el cas-

tigo y la disuasión de los sujetos que cometen ciertos hechos ilícitos. En nuestro país el Derecho Civil se respalda en la tradición continental y específicamente en la tradición civil francesa. No obstante, advierte Racimo (2005) que en los últimos tiempos se ha desarrollado una fuerte corriente que propicia la introducción de los daños punitivos en el marco del sistema de responsabilidad civil argentino para castigar cierto tipo de conductas particularmente aberrantes.

En consecuencia, esto se ha traducido en el Derecho Argentino con la inserción del instituto en cuestión al régimen de Defensa del Consumidor en el art. 52 bis de la LDC que dispone lo siguiente:

*“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”.*

Al respecto, hay autores que critican la denominación, el nomen iuris que se extrae de una traducción literal de la terminología inglesa *Punitive Damages* como daños punitivos. En este sentido, se afirma que los términos empleados en el art. 52 bis de la LDC son inadecuados ya que lo que se castiga no es el daño, sino una conducta del proveedor profesional, calificada por su particular gravedad y con impacto social (Bas; Garzino y Costanza, 2011)

En cuanto a su naturaleza jurídica, puede advertirse que este instituto se inserta en una cultura jurídica del derecho civil que se caracteriza por la reparación integral del daño causado, sólo el daño y nada más que el daño. Por lo tanto, la figura de los daños punitivos plantea un cambio de miradas en la función indemnizatoria tradicional de nuestro derecho ya que propone un paradigma de prevención de daños y, desde el orden sociológico, busca estimular la concatenación de conductas ejemplares.

Los daños punitivos, constituyen así, lo que se ha llamado como indemni-

zaciones punitivas o penas privadas. De este modo, como explica Bentolila, se trata de una reacción del ordenamiento jurídico, con consecuencias económicas gravosas contra el responsable de la producción de un evento dañoso, que van más allá de la mera subsanación del mismo. En consecuencia, esto se funda en la existencia de un enriquecimiento, por parte del agente dañoso, que excede el resarcimiento del daño específico. Además, señala este autor (Bentolila, 2007) que las funciones que se realizan son tres: a) la sanción al agente que ha causado el daño, b) la prevención de sucesos lesivos análogos y c) la supresión de los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.

En este plano de ideas, Bentolila destaca que la indemnización punitiva del Derecho Civil es una categoría afín a la pena del Derecho Penal. Es decir, se detectan elementos comunes a ambas tales como el hecho de que son formas de retribución por el daño causado, tienen por finalidad la prevención de nuevos daños y procuran impedir un indebido enriquecimiento del agente causante del daño (en el derecho penal específicamente a través del decomiso de los bienes objeto del delito) (Bentolila, 2007), pero se diferencian por el principio de tipicidad que se manifiesta en términos de sistema normativo formal propio del Derecho Penal.

#### 4. ANÁLISIS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN ESTADOS UNIDOS

En la tradición norteamericana el instituto de los *punitive damages* ha sido aplicado con dos objetivos principales. Por un lado, con la finalidad de lograr la punición del responsable de un hecho ilícito (también se incluye en los últimos tiempos cuestiones relativas a incumplimientos contractuales severos); por el otro, con la finalidad de disuasión, es decir, de evitar la reiteración de conductas similares. Es así como el cálculo de los daños punitivos conlleva la consideración de la riqueza del causante del daño para generar en él una reacción de tal entidad que lo lleve a modificar su conducta en el futuro. Desde esta perspectiva Racimo (2005) advierte que existe un objetivo derivado, o sea, que la magnitud de los daños punitivos impuestos al agente productor del daño disuadirá eventualmente a otros que se encuentren en una situación análoga de continuar con esos comportamientos reprochables. Además, exis-

ten autores norteamericanos que señalan la idea de un tercer objetivo principal del instituto en análisis, esto es, la reparación de daños societales (Sharkey, 2003). En consideración de este tercer objetivo, Racimo (2005) indica que esto se basa en la legislación de ocho estados que contemplan la formación de fondos para destinar la indemnización por daños punitivos a rentas generales o a fondos específicos para compensar a víctimas que no han participado en los procesos.

Siguiendo las ideas del autor anteriormente citado, es importante destacar que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana entienden que los daños punitivos no corresponden necesaria y correlativamente con todos los casos en que se imponen los daños compensatorios. Por consiguiente, desde este sistema se exige un factor de atribución subjetivo agravado para conceder una indemnización por daños punitivos, esto es, la actitud del causante del daño debe ser particularmente reprochable.

Sin embargo, no todo ha sido sencillo en el desenvolvimiento histórico de esta figura en Estados Unidos. Así, Racimo (2005) señala que se ha producido un doble fenómeno desde la mitad de la década de 1980 hacia la actualidad. Por un lado, se produjo una expansión a la hora de imponer daños punitivos en virtud de áreas que generalmente estaban excluidas de la mirada de los jueces. Pero, en otro sentido, los montos dinerarios adjudicados en términos de daños punitivos empezaron a aumentar exponencialmente hasta llegar a sumas difíciles de concebir. Esto último generó la fijación de ciertos límites por la Corte Suprema de Estados Unidos a la cuantificación de las indemnizaciones punitivas y su intervención en varios casos en los que tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la procedencia de este instituto. Algunos de estos fallos que se consideran trascendentales serán analizados a continuación.

#### **4.1 Caso “Gore”**

El 20 de mayo de 1996, en la causa “Gore”<sup>1</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de pronunciarse y establecer tres famosos indicadores (“guideposts”) para determinar los indicios de razonabilidad establecidos por los tribunales y los jurados. En cuanto a los hechos del caso, Ira Go-

---

<sup>1</sup> Supreme Court of the United States. *BMW OF NORTH AMERICA, INC., PETITIONER v. IRA GORE, Jr.* May 20, 1996.

re había adquirido un automóvil BMW deportivo negro en una concesionaria autorizada en Birmingham, Alabama. Luego de aproximadamente nueve meses de uso sin advertir fallas, el Dr. Gore llevó el auto a un taller especializado para que le hicieran remodelaciones de brillo y apariencia para que luciera mucho más moderno de lo normal. Aquí se detectó que el auto había sido repintado antes de la entrega al comprador en la concesionaria respectiva. Esto motivó la demanda contra BMW reclamando daños compensatorios y punitivos por la conducta que el actor reputó de fraudulenta y deshonestas.

BMW admitió que había adoptado una política nacional desde 1983 en relación a automóviles que experimentaron algún tipo de daño en el curso de su fabricación o transporte. En consecuencia, si el costo de la reparación de ese daño excedía del tres por ciento del precio de venta sugerido, el auto era reparado por la compañía y vendido como uno usado. Por el contrario, si el costo no sobrepasaba ese límite porcentual, el auto era vendido como uno nuevo sin advertir al comprador de la existencia de estos defectos que habían sido reparados.

Así las cosas, Dr. Gore aportó prueba de que desde 1983 BMW había vendido 983 vehículos (14 en el estado de Alabama) con reparaciones de defectos sin haber puesto en aviso de dicha circunstancia a los consumidores. Entonces, el veredicto del jurado consistió en responsabilizar a la empresa demandada por la suma de \$4.000 en concepto de daños compensatorios, y 4 millones en concepto de daños punitivos.

Como reacción ante esa condena, BMW llegó hasta el superior tribunal del estado de Alabama cuestionando la procedencia de los daños punitivos. En este punto, el tribunal mencionado confirmó la procedencia de estos daños ya que entendió que la conducta de la demandada era totalmente reprochable y la indemnización punitiva no afectaría la posición financiera de la empresa. Sin embargo, es importante destacar que en esta instancia el tribunal supremo de Alabama sostuvo que el monto de los daños punitivos establecidos fue erróneamente calculado por el jurado al multiplicar la suma de los daños compensatorios por la cantidad de otros casos análogos producidos en otras jurisdicciones y así dispuso que el monto constitucionalmente razonable debía ser de 2 millones y no de 4.

La Corte Suprema de los Estados Unidos intervino en este caso y sostuvo que era correcta la apreciación hecha por el tribunal superior de Alabama en cuanto al monto, pero que aún así la suma fijada por dicho tribunal seguía siendo excesiva. Por consiguiente, la Corte fijó tres indicadores necesarios para que ese monto fuera razonable. En primer término, se analiza el “grado de reprochabilidad de la conducta”. En este sentido, no se advierte en el caso particular ningún factor agravante de la culpabilidad de la demandada: el daño causado al Dr. Gore es simplemente económico en su naturaleza intrínseca; los procedimientos de “re-finalización” antes de la venta del automotor no tuvieron ningún impacto en las condiciones de seguridad, ni siquiera en su apariencia hasta los nueve meses después de la compra en que fueron detectados por el actor. No obstante, la Corte admite que la conducta repetida en el tiempo es más gravosa que si la misma conducta hubiese sido aislada. Además, considera que la omisión de información fáctica menor, si bien es reprochable claramente, lo es menos que una aserción falsa por parte de la compañía. Así, es necesario aclarar que la corte no afirma que no haya reproche en la conducta del proveedor, sino que lo que hace es analizar cuál es el grado de ese reproche a los efectos de la cuantificación del daño punitivo.

En segundo término, la Corte analiza otro indicador que es el de la “disparidad entre el daño real o potencial del caso y la indemnización punitiva adjudicada”. En este orden de ideas, se advierte que el monto de daños punitivos de 2 millones impuesto por el Superior Tribunal de Alabama es exorbitante ya que representa 500 veces el daño real fijado por el jurado. Asimismo, no hay evidencia de que exista ningún otro tipo de daño actual o potencial que afecte a la parte actora ni a ningún otro comprador derivado de la política empresarial de no informar acerca de las reparaciones mínimas de preventa de un automotor catalogado como nuevo. Consecuentemente, la Corte señala que es imposible determinar un monto matemático que establezca un límite de razonabilidad constitucional en general. Sin embargo, dispone que ese límite de constitucionalidad debe emanar de una consideración axiológica de cada caso en concreto.

En tercer y último término, se señala como indicador la “comparación entre los daños punitivos y las penas civiles previstas para conductas similares”. Por

lo tanto, la Corte advierte que las distintas multas previstas por la Legislatura del estado de Alabama para casos de tráfico mercantil defectuoso son mucho menores que el monto de 2 millones propuesto por el máximo tribunal de dicho estado.

#### **4.2 El caso “State Farm”**

Una vez establecidos los indicadores del caso Gore, se logró en Estados Unidos una sistematización de criterios para la imposición de un monto por daños punitivos que pueda ser considerado justo cumpliendo con su finalidad de castigo y disuasión, sin menoscabar derechos constitucionales de quien debe cargar con dicha pena. De esta manera, el caso State Farm<sup>2</sup> ilustra la aplicación concreta de los parámetros establecidos en la causa Gore.

Desde un punto de vista constitucionalista, es importante destacar que aquí la Corte sostuvo que un monto groseramente excesivo o arbitrario en concepto de daños punitivos constituye una evidente transgresión a la cláusula del debido proceso receptada en la quinta enmienda de la constitución norteamericana. Esto es así ya que no hay tipicidad previa que permita asignar a una conducta específica una pena o escala penal predeterminada. Además, se sostiene que existe en el instituto de los daños punitivos un peligro probable de incurrir en una confiscación arbitraria de la propiedad, lo cual se exterioriza sobre todo cuando se da una decisión judicial fundada en pruebas que poco pueden indicar la cantidad pecuniaria que se debería aplicar.

#### **4.3 El caso “Philip Morris USA”**

Otra vez la discusión siguió girando en torno al monto excesivo de daños punitivos impuestos por el jurado, pero aquí con el aditamento referido a la procedencia en cuanto al modo de imponer esa pena. En esta oportunidad<sup>3</sup>, la viuda del Sr. Williams consideró que la empresa Philip Morris había inducido engañosamente a su marido al hábito de fumar en condiciones seguras y salubres. Philip Morris llegó hasta la Corte de Estados Unidos reclamando por una disminución en el monto exorbitante que contenía la penalización impuesta

---

<sup>2</sup> Supreme Court of the United States. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO. v. CAMPBELL et al. April 7, 2003.

<sup>3</sup> Supreme Court of the United States. PHILIP MORRIS USA, PETITIONER v. MAYOLA WILLIAMS. February 20, 2007.

desde la primera instancia. Así, la empresa se agravió considerando que los argumentos de la Sra. Williams que influyeron en el jurado para la graduación de semejante monto consistieron en alegar que no sólo el Sr. Williams era el perjudicado directo, sino que la conducta de la empresa había dañado a tanta otra gente que cotidianamente se puede observar consumiendo cigarrillos de dicha marca.

Por consiguiente, la Corte entendió que aquí también se estaba violando la cláusula del debido proceso al estar calculando el monto en función de los daños causados a fumadores que no eran parte de ese proceso y que ni siquiera habían deducido ningún tipo de demanda. Esto es, los jueces del máximo tribunal advirtieron que se estaba lesionando el derecho de defensa en juicio de Philip Morris ya que no se le estaba preavisando con exactitud cuáles eran esos daños a otros fumadores cuya causación se le imputaba. Así, se le impedía el derecho de ofrecer y producir prueba para defenderse de aquello de lo que se lo acusaba. Además, los perjuicios causados a personas que no eran parte en el proceso resultaban totalmente indeterminados e imprecisos ya que no podía establecerse la cantidad de víctimas, la gravedad de los daños, ni las circunstancias en que los mismos se produjeron. Por lo tanto, la Corte dispuso que no podía pronunciarse respecto de la cuestión de la arbitrariedad del monto ya que el *a quo* debía primero ajustar su pronunciamiento a la cláusula constitucional del debido proceso en el sentido aquí reseñado.

## **5. UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS**

En nuestro país, la aplicación jurisprudencial del art. 52 bis de la ley 24.240 no ha sido pacífica dando lugar a diferencias de criterios entre los jueces a la hora de evaluar la caracterización del factor de atribución e incluso respecto a la procedencia de la aplicación oficiosa de este instituto. Además, éste ha encontrado eficacia como herramienta de neutralización de discriminaciones violatorias de derechos fundamentales de consumidores y subconsumidores. A continuación describiré tres casos concretos que han dado lugar a la imposición o desestimación de los daños punitivos.

En la causa Teijeiro contra Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.<sup>4</sup> suscitada ante los tribunales locales de la provincia de Córdoba, se suscitó la aplicación de los daños punitivos en primera instancia y su posterior revocación en la alzada. En el presente caso, el Sr. Teijeiro adquirió una botella envasada por la demandada que contenía un sobre de gel íntimo en su interior. Ante esta circunstancia el actor reclamó un justo resarcimiento por daño moral y la imposición de daños punitivos. La jueza de primera instancia acogió la pretensión del actor y reguló la suma de 2 millones de pesos en concepto de daños punitivos. Sus fundamentos consistieron en afirmar que había existido en el proceso de llenado de envases de vidrio retornable una falla que la jueza calificó de negligencia grave. Además, entendió que cuanto más responsabilidad existe en la actividad empresaria, sobre todo en este caso donde está en juego el valor salud, mayor es la diligencia que el proveedor debe atender. Se aplicó el criterio de las cargas probatorias dinámicas, haciendo pesar sobre el demandado el imperativo de acreditar que no había mediado negligencia de su parte. Luego, recurso de apelación mediante, la cámara desestimó la procedencia de los daños punitivos fijados por el *a quo* argumentando que la empresa demandada había acreditado la adopción de todas las medidas de seguridad pertinentes a los efectos de desarrollar el proceso de llenado de envases de forma segura. Y en este sentido, el hecho que motivó la demanda proviene de un defecto técnico característico de un sistema que no es infalible y que constituye un caso fortuito ajeno a la conducta del proveedor. Más aún, el objeto hallado en el envase no representa en su naturaleza misma ningún peligro para la salud o seguridad del consumidor, ni actual ni eventual.

En este punto, es interesante traer a colación la postura de Chamatrópulos quien considera justa la sentencia de primera instancia en cuanto a la procedencia de los daños punitivos. De este modo, el autor entiende que la implementación de este instituto obedece a un nuevo paradigma en materia de responsabilidad civil que rompe con la tradición reparatoria que venía imperando en nuestro derecho hasta la incorporación de esta figura (Chamatropulos, 2012). Por consiguiente, no debe interesar que el objeto que se halló en el inte-

---

<sup>4</sup> CCivComCordoba, 3aNom “Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería Y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.” s/abreviados-otros. Publicado en: La Ley AR/JUR/8275/2012.

rior del envase en sí mismo no represente una amenaza actual o potencial al consumidor, sino que se debe poner el acento en un castigo que sirva de prevención para evitar que en el futuro la sustancia que se pueda hallar sea veneno o alguna otra similar que efectivamente cause un daño mayor. Además, no debe olvidarse que lo que aquí está en juego es la salud de los consumidores, la cual constituye un valor de suficiente entidad como para robustecer el deber de seguridad que los proveedores tienen que garantizar. Por lo tanto, Chamatrópulos (2012) afirma que sumado al paradigma preventivo al cual obedecen los daños punitivos, la cuestión se agrava entendiendo que ante afecciones o posibles afecciones de la salud de los consumidores la política judicial debe ser de tolerancia cero, dada la jerarquía del bien jurídico tutelado.

Por otra parte, el instituto de los daños punitivos ha sido utilizado en nuestro país con la finalidad de protección de subconsumidores en situaciones en que han sido expuestos a tratos discriminatorios e indignos. Esto es lo que ocurrió en el caso *Machinandiarena*<sup>5</sup>, en el que el actor era una persona discapacitada en su faz motriz y, por ello, utilizaba una silla de ruedas. De esta manera, cuando quiso efectivizar un reclamo ante una compañía telefónica por la prestación de servicios que él consumía, se vio imposibilitado de acceder al edificio de la empresa ya que éste carecía de todo tipo de rampas que facilitarían la accesibilidad a personas con discapacidades motrices. Además, ante esta situación, el actor requirió la asistencia de los empleados de la empresa para poder acceder al lugar pertinente pero obtuvo respuestas negativas y evasivas colocándolo así en una situación de trato indigno y discriminatorio. Por consiguiente, el fallo de primera instancia confirmado por la resolución de la alzada impone una indemnización por daño moral sumado a una indemnización punitiva.

Respecto de este pronunciamiento, considero que se ha hecho una aplicación justa del instituto en análisis y ha servido éste como una forma de corregir situaciones dispares que colocan al subconsumidor en una situación de menoscabo a su persona y a su dignidad como tal. Por consiguiente, advierto una funcionalidad a modo de acción positiva en el uso de la herramienta de los

---

<sup>5</sup> CCC de Mar del Plata, Sala II “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares*” 27/05/2009.

daños punitivos en este caso concreto. Así, ante la discriminación negativa de una persona se impone la necesidad imperiosa de equilibrar la balanza mediante un acto de discriminación positiva que provenga desde el Estado (en este caso, desde el Poder Judicial) a fin de robustecer al sujeto particularmente debilitado por la situación fáctica concreta (Block, 1992). En consecuencia, comparto la idea de Frustagli (2009) quien ha sostenido que en este fallo se pone en evidencia la eficacia de las normas jurídicas del Derecho Privado para incrementar la calidad de vida de las personas. No obstante, debo traer también a colación otra idea de la autora citada según la cual *“El decisorio analizado es una pequeña muestra concreta de la eficacia que poseen las herramientas jurídicas para mejorar la calidad de vida, en la medida que sean correctamente reguladas por el legislador y oportunamente aplicadas por los jueces”* (Frustagli, 2009: 419). Es decir, y adelantando una de las hipótesis de este trabajo, los dispositivos jurídicos que protegen al consumidor deben estar adecuados al sistema jerárquico constitucional en el que se insertan y su regulación y aplicación para proteger a un sujeto débil como el consumidor y subconsumidor de ninguna manera puede legitimar el menoscabo a derechos fundamentales del proveedor. Por lo tanto, entiendo que existe una falla en este sentido en la regulación normativa de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor, tal como lo expondré más adelante, pero sin embargo advierto que la aplicación del art. 52 bis en este caso concreto ha sido justa y ajustada a los parámetros constitucionales vigentes señalando además que el monto fijado en concepto de indemnización punitiva no fue ni grosero ni confiscatorio del patrimonio de la empresa demandada y condenada.

Por último, en otro caso concreto la controversia que se suscitó giró en torno a la plausibilidad de la aplicación de oficio de los daños punitivos. Así, en la causa “Borquez”<sup>6</sup> el actor promovió demanda por la indebida afectación en los registros de una base de datos de una entidad calificadoradora de riesgos crediticios solicitando el debido resarcimiento por los daños materiales y morales sufridos. El caso llegó a la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tucumán en donde a través de una interpretación forzada de la petición de

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Tucumán. “Borquez, Juana Francisca c. Cía.de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/daños y perjuicios”. Publicado en: La Ley. AR/JUR/90214/2011.

daño moral, los jueces entendieron que era justo además proteger al consumidor castigando al proveedor a través de una condena ejemplificadora mediante la imposición de daños punitivos. Por consiguiente, la empresa demandada se agravió recurriendo ante la Corte Suprema de Tucumán. En esta instancia se confirmó parcialmente la sentencia ya que se consideró procedente la imposición del daño material y moral pero no así la indemnización punitiva. La Corte se mostró en contra de la aplicación oficiosa del art. 52 bis de la ley 24.240 ya que obedecía a un criterio arbitrario del *a quo*. Consecuentemente, el máximo tribunal entendió que se violaba así la regla procesal de congruencia y la garantía de defensa en juicio, ya que el demandante si bien había solicitado de modo expreso la imposición de daño material y moral derivados de la indebida afectación en los registros del Veraz, no había hecho lo mismo respecto de la multa civil. Además, se advirtió que la sentencia de cámara transgredía el principio de irretroactividad de las normas imponiéndose una pena a supuestos fácticos anteriores a la fecha de vigencia de la ley 26.361.

En comentario a este fallo, Chamatrópulos sostiene que surge con obviedad a través de una interpretación literal de la norma que la aplicación de los daños punitivos debe provenir a instancia del damnificado. Sin embargo, el autor cree que habría casos excepcionales que por su gravedad particular justificarían la intervención oficiosa del juzgador en este sentido, máxime cuando entiende que no puede exigírsele al consumidor el conocimiento de la norma que recepta los daños punitivos (Chamatrópulos, 2012). Por mi parte, no estoy de acuerdo con lo aquí formulado ya que entiendo que la norma es clara al requerir la petición de parte para la imposición de este tipo de daños; no se contradice esta exigencia con mandato constitucional alguno; y no creo válido el argumento del desconocimiento de la ley por parte del consumidor porque por más grave que sea el caso, su actuación frente al poder judicial requerirá el patrocinio letrado que viene a suplir la ignorancia de la ley que pueda tener el consumidor.

## 6. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Tal como lo he adelantado en el apartado precedente, considero que la norma del art. 52 bis de la ley 24.240 transcripta en la primera parte de este traba-

jo no es adecuada a la Constitución Nacional. Sin embargo, esta afirmación de ninguna manera implica sostener que los daños punitivos no sean una herramienta eficaz para proteger al consumidor. Es decir, considero que la inserción en nuestro derecho de este instituto se impone como necesaria ante el nuevo paradigma preventivo que se plantea en el derecho civil en general y en el derecho de daños en particular quebrando con la tradición meramente reparadora. Pero la norma mencionada de la forma en que ha quedado redactada por el legislador adolece de imprecisiones que dejan librada la interpretación a la buena voluntad de los jueces o quienquiera que sea el encargado del funcionamiento de la norma, todo lo cual puede plantear dificultades a la hora de adecuar la interpretación del art. 52 bis sistemáticamente con los criterios constitucionales actuales.

En este orden de ideas, Picasso (2008) también es crítico de la incorporación de este instituto en nuestra legislación pero el autor considera que no es conveniente dicha inserción ya que no se adecua al sentido reparador (no preventivo ni sancionador) que tiene nuestro derecho civil. Por el contrario, no comparto esta idea ya que considero que desde una perspectiva sociológica y axiológica se impone la necesidad de proteger al consumidor frente al avasallamiento de sus prerrogativas fundamentales por parte de quienes concentran el poder económico promoviendo este tipo de prácticas en el afán de lucro. Ante estas situaciones existe una exigencia de compatibilizar la justicia con la utilidad y, para esto, se justifica imitar a otros modelos jurídicos que han posibilitado el desarrollo de una función preventiva y sancionadora en el derecho común que se adicione (y no suprima ni desplace) a la tradición resarcitoria. Así, reiterando lo ya expuesto, el hecho de que exista esta necesidad axiológica en nuestra sociedad de ninguna manera puede justificar la trasgresión de los derechos constitucionales de los proveedores quienes no dejan de ser sujetos de derecho. Esto es lo que hace que no se pueda admitir desde una mirada sistemática la regulación que propone la norma en cuestión.

No obstante, debo traer a colación las ideas de Picasso sobre la cuestión de inconstitucionalidad de los daños punitivos pues ellas, fuera de lo que he criticado en el párrafo anterior, dan sustento a la hipótesis que vengo afirmando. Por consiguiente, la naturaleza punitiva de este instituto exige el respeto al

principio de legalidad y de reserva constitucional (art. 18 y 19 CN). Así, la consagración legislativa de los daños punitivos requeriría una detallada descripción del hecho generador en cada caso (Picasso, 2008). De esta manera, considero que el art. 52 bis peca de inconstitucional por su generalidad y carencia de tipicidad. Por lo tanto, entiendo que el legislador debería enunciar un catálogo de conductas disvaliosas a las cuales se les deba aplicar la sanción de daños punitivos. Asimismo, el monto de la pena, o sea el *quantum* indemnizatorio, debería estar fijado en sus máximos y sus mínimos en consonancia con cada conducta típica y debería contemplar además las distintas circunstancias atenuantes o agravantes que pudieran existir. Por otra parte, adhiero a la opinión del autor citado cuando sostiene que el principio de *non bis in idem* vedaría la posibilidad de condenar sucesivas veces al responsable a pagar daños punitivos por un mismo hecho, lo cual, una vez satisfecha la primera víctima que obtuvo sentencia, haría que los restantes damnificados por el mismo hecho no tengan derecho a percibir el mismo importe y esto generaría una evidente desigualdad entre las víctimas (Picasso, 2008). En consecuencia, creo que la norma en análisis también es inconstitucional en este sentido ya que el destino del monto de dinero impuesto como pena no tendría que ir al patrimonio de los consumidores quienes en este sentido ya cuentan con las acciones reparatoras del art 10 bis de la ley 24240. Aunque en este sentido, sin embargo, debo reconocer que sería justo que desde un punto de vista de litigio práctico, se destine un porcentaje al menos al primer consumidor demandante quien actuaría como si fuera un gestor de negocios ajenos en relación a los consumidores demandantes subsiguientes.

Desde el punto de vista procesal, se advierte que el proceso civil en el que se sustancie la imposición de daños punitivos debería ajustarse a los mandatos constitucionales que se imponen a la hora de aplicar una pena. Es decir, se deberían respetar principios ajenos al proceso civil tales como el de inocencia y el de la incoercibilidad del imputado (demandado) como órgano de prueba (art. 18 CN). Este es otro argumento utilizado por Picasso para descartar todo tipo de admisión de esta herramienta en el derecho común. En contraposición, creo que nada obstaculiza a que estas cuestiones sean incorporadas en la norma de daños punitivos porque a pesar de su naturaleza procesal tampoco le-

sionan la facultad no delegada de administración de justicia de las provincias ya que se impondrían estos criterios generales respetando lo que ya establece la Constitución Nacional permitiendo al legislador provincial construir la legislación procesal pertinente adecuándose a estos criterios supremos.

## 7. PROBLEMAS DE LA RECEPCIÓN

En este apartado explicaré cuáles son los principales inconvenientes que pueden resultar a raíz de la incorporación en nuestro régimen legal de un instituto cuya génesis se encuentra en una legislación foránea que recepta un sistema cultural y legal diferente del nuestro.

Uno de estos problemas de traslación es el referente a los objetivos que cumplen los daños punitivos en el sistema norteamericano y cómo se adecuan los mismos en nuestro país. Dichos objetivos característicos del instituto son los de disuasión y castigo reseñados en párrafos anteriores. En este sentido, Racimo advierte que existe un objetivo que se plantea en nuestro sistema que es necesario contemplar y que no es ponderado en su aplicación en el país exportador. Así, la Constitución Argentina (a partir de la reforma de 1994) impone el cumplimiento de ciertos derechos positivos que ha generado una vasta jurisprudencia a favor de los ciudadanos que reclaman al Estado la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Entonces, advierte el autor que la traslación de los daños punitivos podría ser considerada como un remedio para transferir sumas de dinero de las grandes empresas a los actores con el fin de reparar las desigualdades existentes. Y de esta forma, se plantea un inconveniente ya que la asignación de una suerte de “impuesto por dañar” sin las garantías provenientes del derecho tributario no se encuentra dentro de los objetivos de los daños punitivos y es susceptible de originar graves trastornos en el patrimonio de los individuos y de las personas jurídicas (Racimo, 2005).

Una segunda cuestión que se da en la traslación es la problemática de debilitar, desnaturalizar o des-responsabilizar un marco de control determinado que le competa al Estado sobre ciertas circunstancias que puedan generar daños. Por lo tanto, atendiendo a la aplicación de esta figura jurídica al caso de los daños ambientales, Racimo señala que en Estados Unidos los daños punitivos son concebidos como un remedio frente al déficit de las agencias adminis-

trativas en cumplir con sus funciones. De esta manera, las agencias norteamericanas despliegan un amplio rol de prevención y de punición respecto de las actividades riesgosas. En contraposición, el autor mencionado entiende que las secretarías en nuestro país (que son los departamentos gubernamentales similares a las agencias administrativas) carecen de los recursos económicos necesarios para tutelar el espacio ambiental. Por lo tanto, el peligro advertido es que la imposición de daños punitivos pueda convertirse en un sucedáneo de la ineficacia gubernamental general (Racimo, 2005).

En tercer lugar, surge otra perplejidad a la hora de sopesar el factor de atribución subjetivo que debe existir categóricamente para la imposición de este instituto. Tal como lo he analizado en los fallos norteamericanos reseñados anteriormente, los jueces en Estados Unidos se han enfrentado con ciertas dificultades para determinar cuán grave debe ser la conducta del ofensor. Sin embargo, como indica Racimo (2005), en este sentido las cortes ingresan en una zona gris cuya delimitación depende esencialmente de la tradición anglosajona mediante la construcción de estándares judiciales que puedan ser seguidos en el futuro por otros jueces. Por el contrario, en nuestro sistema la culpa está regulada en el art. 512 del Código Civil y son escasas las situaciones en las que se suele admitir una graduación intermedia entre la culpa y el dolo.

En cuarto lugar, otro aspecto problemático en la traslación de la figura en análisis desde el país exportador al país importador se da con la valuación del daño. Esto es, la determinación de los daños punitivos en Estados Unidos se encuentra vinculada con los daños compensatorios (más aún desde *Gore y State Farm*) y se relaciona mediatamente con el daño potencial. Este aspecto no es considerado habitualmente en Argentina en donde sólo el daño cierto o la pérdida de chance dan lugar a un daño compensatorio. Por consiguiente, Racimo (2005) opina que los daños potenciales deberían excluirse de la consideración de las circunstancias de la causa a la hora de la recepción. Es decir, en caso de admitirse la ponderación del daño potencial, los costos de los litigios se incrementarían ya que la determinación de los daños potenciales requeriría de cálculos de peritos para determinar el costo que pueda originar este daño.

Además, en materia de valuación del daño, el cálculo en Estados Unidos se encuentra sujeto a controles severos en el caso de los jurados sumado a que la

Corte Suprema ha impuesto una especie de sistema de topes. Todo lo cual hace pensar en la necesidad de desarrollar estas pautas conforme a los mecanismos de nuestro derecho para posibilitar la recepción de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico.

Por último, se plantea como problema de recepción el tema del costo de los litigios. De esta manera, cabe señalar que en Estados Unidos rige un sistema en el que cada parte paga sus costas, los peritos son presentados por las partes y existe amplia autonomía contractual para fijar los honorarios mediante el pacto de cuota litis. Por el contrario, en nuestro país rige el principio objetivo de la derrota por el que el vencido paga los honorarios del letrado de la contraria y los propios, sin perjuicio de ciertas excepciones que dependen de las decisiones de los jueces en los casos concretos. No obstante, existe un instituto procesal titulado “beneficio de litigar sin gastos”, por el que se permite (incluso al vencido) no pagar los honorarios de los letrados de la contraria. Racimo (2005) advierte que este instituto del Derecho Procesal puede estimular la promoción de demandas frívolas ya que los justiciables podrían demandar daños punitivos pidiendo montos exorbitantes sin peligros a la vista para ellos. En este sentido, se hace necesario tener en cuenta esta implicancia a los efectos de receptar de forma más óptima la figura foránea.

## **8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS**

El fenómeno societario adquiere una gran importancia en el orden económico actual ya que el emprendimiento de actividades tendientes a la obtención de ganancias se da, en mayor parte, de forma agrupada entre las personas debido a que esto trae muchas ventajas para reunir el capital suficiente y soportar las eventuales pérdidas que pudieran existir. De esta manera, muchos de los sujetos proveedores de bienes y servicios en el mercado están constituidos en estructuras societarias típicas, dentro de las que aparecen mayoritariamente las Sociedades de Responsabilidad Limitada y las Sociedades Anónimas. Estas formas del derecho societario se presentan como más convenientes porque ellas ofrecen a los socios la posibilidad de limitar su responsabilidad al aporte efectivamente efectuado a la sociedad, desvinculando así la afectación de la totalidad de su patrimonio al cumplimiento de deudas sociales. Ahora bien, los

consumidores que contratan con las sociedades comerciales no lo hacen directamente con los socios que las componen sino que contratan con los empleados dependientes de la sociedad los cuales obedecen a una estructura organizada por los administradores societarios. Esto nos lleva a la necesidad de tener que especificar cuál es la responsabilidad que el legislador ha previsto para los administradores de sociedades comerciales respecto del cumplimiento de sus funciones.

Por consiguiente, es indispensable señalar que la norma madre en esta materia es el art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales. La misma dispone que *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”*.

A esta disposición se le debe sumar la regulación del art. 274 del mismo cuerpo normativo que si bien se encuentra ubicada en la sección destinada a las sociedades anónimas, existe acuerdo doctrinario en cuanto a la plausibilidad de su aplicación en otros tipos societarios en tanto y en cuanto sean compatibles con su naturaleza. Dicha norma establece que *“los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”*.

Así, como advierte Ferrer (2011), la responsabilidad de los administradores se encuentra inserta en el sistema común de resarcimiento de daños. Por lo tanto, para responsabilizarlos, se deben dar los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, esto es, comportamiento antijurídico, daño, nexo adecuado de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el daño, y el factor de atribución.

Dado este esquema, surge el interrogante acerca de la procedencia de la imposición de daños punitivos por los cuales deban responder los administradores y no sólo la sociedad comercial. Esta pregunta se hace necesaria ya que si se tiene en cuenta que el factor de atribución es subjetivo en materia de la aplicación del instituto en análisis, debe haber un sujeto, una persona física

que con su acción u omisión ha permitido u ordenado la conducta de la persona jurídica generadora de la sanción (Ferrer, 2011). Además de esto, cabe advertir que si la sanción con daños punitivos a una sociedad es consecuencia de conductas comerciales dispuestas por el órgano de administración, habría un comportamiento antijurídico de los administradores que podría dar lugar a su responsabilidad en los términos del art. 59 y 274 LSC. Más aún, “No solamente cuando los administradores disponen cierta y determinada conducta pueden resultar responsables, sino también, cuando la toleran, consientan o aprueban, aun tácitamente” (Ferrer, 2011: 11).

Ante estas situaciones, cuando se hayan aplicado daños punitivos a una sociedad, los administradores podrán ser responsables frente a la persona jurídica por el daño que le hayan causado como consecuencia de su incumplimiento al permitir, disponer o consentir prácticas ilegítimas causantes del deber de pagar daños punitivos. Sin embargo, los accionistas no tendrían acción individual para reclamar contra los administradores en estos casos ya que el perjuicio por ellos causado ha recaído sobre el patrimonio de la sociedad y no ha afectado ningún derecho individual de los socios.

En este orden de ideas, el punto álgido surge a la hora de entender la acción de responsabilidad contra administradores societarios de la que son legitimados activos los terceros por expresa disposición de los arts. 59 y 274 LSC anteriormente citados. Es aquí donde surge la pregunta de si esta obligación de resarcir los daños causados a los terceros que pesa sobre los administradores incluye también los daños punitivos.

Así, seguiré la opinión de Ferrer (2011), quien responde este interrogante afirmando la existencia de una regla general y de una excepción. Según el autor mencionado, a modo de regla general, debe sostenerse que los administradores societarios prestan un servicio a la sociedad, integran su órgano de administración pero no producen bienes y servicios destinados a consumidores o usuarios. En consecuencia, los administradores no están comprendidos en el concepto de proveedor que se constituye en legitimado pasivo de la sanción prevista por el art. 52 bis LDC. Por lo tanto, desde esta perspectiva ellos no responden por daños punitivos frente al tercero consumidor.

No obstante, como afirmé precedentemente, Ferrer (2011) advierte que esta

regla tiene una excepción en nuestro ordenamiento positivo. Dicha excepción está contenida en la letra del art. 8 bis de la ley 24.240 que, al referirse al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores, dispone “*Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma... siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor*”.

De esta forma, la interpretación literal de esta norma permite, cuando se dé el caso, hacer recaer la indemnización punitiva sobre el administrador a favor del consumidor, además de su imposición a la persona jurídica que aparece como proveedora. También, debe indicarse que complementando la ley societaria con la de defensa del consumidor surge que los administradores podrán ser condenados al pago de daños punitivos, además, cuando hayan dispuesto la actuación u ordenado a sus inferiores actuar en violación al art. 8 bis de la LDC. Esto es así, porque como advierte el autor mencionado, lo que el legislador ha querido es que aquel que se vincula en forma directa con el consumidor sea amable y no lo coloque en una situación intimidatoria, vejatoria o vergonzante (Ferrer, 2011).

En este esquema de ideas, creo que es interesante traer a colación el planteo del profesor norteamericano John Kircher (2000) quien ha caracterizado a la imposición de daños punitivos a sociedades comerciales estadounidenses como una “falacia patética” advirtiendo que se desnaturaliza completamente en estos casos la finalidad de la institución jurídica de la indemnización punitiva. Así, el autor explica que en Estados Unidos estos daños son asegurables y esto hace que las empresas contraten seguros a los efectos de protegerse contra una eventual condena por daños punitivos. Entonces, de esa forma, el instituto en cuestión nunca acaba por cumplir su finalidad en los casos concretos ya que al estar aseguradas las empresas contra este riesgo no se van a ver disuadidas de evitar este tipo de conductas dañosas ni mucho menos sufrirán un castigo con la imposición de estos daños. Por consiguiente, el profesor Kircher considera que la indemnización punitiva debería recaer siempre en la persona física que ejecutó la conducta reprochable y no en la persona jurídica (que además tiene la ventaja de poder estar asegurada) en cuya virtud se ha actuado. Así, respec-

to de la dicotomía que pueda plantearse entre asegurabilidad y no asegurabilidad de los daños punitivos debo dejar constancia que participo de la segunda postura porque entiendo que permitir a los proveedores asegurarse frente al riesgo que puede simbolizar una eventual condena por daños punitivos, implicaría desnaturalizar la razón de ser de este instituto. En consecuencia, el sistema jurídico que permite la imposición de estos daños debe garantizar el desarrollo de su función de disuasión y sanción, y habilitar al destinatario de esta pena privada a que pueda asegurarse conlleva a que pueda amortiguar la magnitud del impacto y así no se vea ni disuadido ni castigado. Esto es justamente lo que nos pone de manifiesto que esta figura punitiva no trata de reparar daños ocasionados, los cuales efectivamente siempre pueden ser asegurables para garantizar una reparación eficaz a las víctimas.

## **9. EL DERECHO PROYECTADO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN ARGENTINA**

La inclusión del presente acápite se justifica en la medida en que el tema de los daños punitivos constituye en la actualidad de nuestro país un punto central en la reforma de unificación civil y comercial que se ha impulsado desde el Poder Ejecutivo Nacional. Esto pone en evidencia una tendencia desde la doctrina a incluir una regulación de este instituto en nuestro ordenamiento ya que el tema también aparecía regulado en el Anteproyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1998.

En este sentido, debo indicar que el art. 52 bis de la ley 24240 cuya constitucionalidad he criticado en este trabajo aparece derogado en el Anteproyecto de Unificación Civil y Comercial 2012. De esta forma, la figura se incorporaría al derecho proyectado con el rótulo de “sanción pecuniaria disuasiva”. En este contexto, la comisión redactora del anteproyecto ha incluido la regulación de lo que se denomina el “deber de prevención del daño” disponiendo en el art. 1710 que *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de: b) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud...; c) no agravar el daño si ya se produjo”*.

Por consiguiente, puede advertirse que hay aquí una regulación de la fun-

ción preventiva que en la postmodernidad se impone como una necesidad axiológica que plantea nuevos criterios de orientación y fraccionamientos del valor justicia. No obstante, cierto sector de la doctrina critica la forma en que está regulada esta disposición porque considera que la misma no establece pautas objetivas que sirvan de guía al juez para poder individualizar de forma más determinada y eficaz cuándo existiría un deber de prevención en una persona específica ante un caso o circunstancia concreta<sup>7</sup>.

En cuanto a la sanción pecuniaria disuasiva, el anteproyecto la regula permitiendo su aplicación a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Esto es fuertemente criticable porque se advierte un retroceso en materia legislativa respecto de la regulación del instituto ya que se está reduciendo así el campo objetivo de aplicación que habilita el art. 52 bis LDC y cuya derogación se pretende. En contraposición, parecería más acertada en este sentido la disposición del art. 1587 del Anteproyecto de 1998 que establece que la multa civil se puede aplicar a “...quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva...”. Por otra parte, el anteproyecto 2012 dispone que la petición de esta sanción debe ser instada por la parte interesada y a diferencia de la norma del art. 52 bis LDC, trae una estipulación respecto de la fijación del monto afirmando que éste “...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”.

Por último, en relación al destino del monto proveniente de la sanción el anteproyecto ordena que el mismo sea decidido por el juez mediante resolución fundada. Esto se contrapone a la norma del art. 52 bis LDC que prevé el destino directo al patrimonio del consumidor que reclama. Al respecto, Alvarez Larrondo ha sostenido en las jornadas referidas anteriormente que esta modificación que propone el anteproyecto no es conveniente ya que siempre es mejor

---

<sup>7</sup> Esta idea fue expuesta por el Dr. Federico Alvarez Larrondo en su disertación sobre “Daños punitivos en la ley 24240 y en el Anteproyecto del Código civil” desarrollada en el marco de las Primeras Jornadas Regionales de Derecho del Consumo que tuvieron lugar los días 29 y 30 de junio de 2012 en la ciudad de Tandil, provincia de Buenos Aires.

que el monto se imponga en beneficio del consumidor porque esto lo estimula a formular el reclamo pertinente. Por el contrario, en mi opinión, no comparto lo afirmado por el jurista porque considero que cuando un consumidor se ve frustrado porque le han lesionado su derecho puede verse promovido a formular su reclamo de todos modos aunque no haya un estímulo pecuniario a su favor previsto desde la ley, máxime cuando su acción será incoada por un abogado que supla la ignorancia de las normas que el consumidor ostenta. Por ello, el consumidor que lleva su caso a juicio lo hace con el afán de buscar un resarcimiento (más allá de que pueda tener otros móviles) independientemente de estar anoticiado o no de si cobrará tal o cual concepto pecuniario por una posible pena privada. Además, desaparece en el anteproyecto la solidaridad a la hora de responsabilizar a los agentes dañadores que actualmente prevé el art. 52 bis LCD.

## 10. CONCLUSIONES FINALES

En suma, a través del desarrollo de este trabajo he pretendido demostrar que la incorporación de los daños punitivos en nuestro derecho se impone como necesaria ante las nuevas exigencias de compatibilización del valor justicia y el valor utilidad en el mundo postmoderno. Así, he resaltado la importancia que en este sentido adquiere la función disuasoria y preventiva que viene a romper con el esquema resarcitorio tradicional del derecho civil. No obstante, esta necesidad e importancia de incorporar el instituto en análisis de ninguna manera puede convertirse en un instrumento que viole derechos y garantías constitucionalmente consagrados cuya titularidad recae en las personas que puedan ser pasibles de la imposición de daños punitivos. En consecuencia, he argumentado de qué forma el art. 52 bis LDC tal como está redactado en el texto vigente adolece de ciertos vicios de inconstitucionalidad. También, he destacado la gran contribución que esta figura provee al enaltecimiento de la calidad de vida de los sujetos de derecho que deben personalizarse en una sociedad de consumo masivo siendo valorados en función de su capacidad de inserción en la cadena de producción, distribución y consumo. De esta manera, he fundamentado con ejemplos jurisprudenciales el carácter instrumental de la figura para poder corregir situaciones de discriminación negativa que se dan en relaciones entre fuertes y débiles jurídicos.

---

Por otra parte, he afirmado y explicitado que la multa civil constituye una figura diseñada y desarrollada en un marco cultural y jurídico extranjero que como tal es diferente del nuestro. Esto plantea dificultades en la recepción del instituto que he intentado desarrollar simplemente como forma de advertir al lector sobre ciertas cuestiones que deben compatibilizarse para hacer efectiva la aplicación de daños punitivos en nuestro país sin que esto implique per se la transgresión de pautas constitucionales.

Finalmente, he señalado que en la realidad comercial actual muchos de los proveedores adoptan la forma de sociedades comerciales que operan en el mercado frente al consumidor a través de los órganos que las representan. Por consiguiente, he acreditado cómo es el régimen de responsabilidad por daños punitivos existente en nuestro derecho para regular este tipo de situaciones resaltando que el legislador se ha valido de los daños punitivos también para desalentar y castigar conductas que menoscaben la dignidad personal e integridad moral de los consumidores.

---

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARIZA, A; FRUSTAGLI, S y HERNÁNDEZ, C. (2009) “Impacto del Régimen de Consumo sobre la Teoría General del Contrato” en NICOLAU, N. *La Ley. Fundamentos de Derecho Contractual*. Buenos Aires. T I, p. 422-519.

BAS, J., GARZINO, F. y CONSTANZA, M. (2011) “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”. LA LEY 19/12/2011

BENTOLILA J. (2007) “Notas de Teoría General del Derecho: La indemnización punitiva del Derecho Civil como categoría afín a la pena del Derecho Penal”. *REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL*. N° 30 pp 9-16. En: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent30.pdf> (Extraído el 10/11/2012).

BLOCK, W. (1992): “*Discrimination: An Interdisciplinary Analysis*”. *Journal of Business Ethics* 11: 241-254. En: <http://link.springer.com/article/10.1007%2F00872166?LI=true> (Extraído el 15/10/2012).

CHAMATRÓPULOS, D. A. (2012) “Daños punitivos sí, daños punitivos no...”. Publicado en: LA LEY 03/05/2012.

CHAMATRÓPULOS, D. A. (2012) Imposición de oficio de daños punitivos. Publicado en La Ley, 06/06/2012.

CIURO CALDANI. M. A. (2007) “La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo”. *Investigación y Docencia*. Página 35

FARINA, J. (1997): *Contratos Comerciales Modernos*, Buenos Aires: Editorial Astrea.

FERRER, G. L. (2011) “La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos”. Publicado en: LA LEY 24/10/2011.

FRUSTAGLI, S. (2009) “Notas sobre la contribución del Derecho del Consumidor a la calidad de vida: A propósito de las prácticas discriminatorias”. *TRABAJOS DEL CENTRO*. N° 6/7. Pp 413. En <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/view/28> (Extraído el 11/10/2012).

---

GHERSI, C. (1998) *Contratos Civiles y Comerciales*. T I, Buenos Aires: Editorial Astrea.

KIRCHER, John (2000) "Punitive Damages and Business Organizations: A Pathetic Fallacy". *Faculty Publications*. Paper 261. En: <http://scholarship.law.marquette.edu/facpub/261> (Extraído el 11/10/2012).

PICASSO, S. (2008) "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor". Publicado en: Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 01/01/2008, 123. Pág. 4.

RACIMO, F. (2005) "En el intervalo: Un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino". *Revista Universidad de Palermo*. Pp 7-38.

RONCHETTI, F. (2006) "El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el derecho". *Investigación y Docencia*. Pp 45.

SHARKEY, C. (2003) "Punitive Damages as Societal Damages". 113, *Yale Law Journal* 347. En: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-2/SharkeyCORRECTEDFINAL.pdf> (Extraído el 11/10/2012).