



Colecciones de Derecho

N° 4

ISDN 2408 - 4735

Rosario, Argentina | 2016

UCA Pontificia Universidad Católica Argentina
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario

Colecciones de Derecho
ISDN 2408 - 4735
Rosario, Argentina | 2016

Colecciones de Derecho

Nro. 4 – Año 2016 - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA

Rosario – Argentina

ISSN 2408-4735

Índice

El Contrato de Mandato en la Nueva Regulación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Susana Gueiler Página 4

La Función Sancionatoria del Derecho de Daños.

Diego Alejandro Lo Giudice Página 32

Usucapión, con Especial Referencia a los Automotores, en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Eduardo Molina Quiroga Página 68

El Contrato de la Larga Duración. Valoración Crítica de su Recepción Normativa.

Franco Raschetti,,, Página 106

Colecciones de Derecho

Nro. 4 – Año 2016 - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA
Rosario – Argentina
ISSN 2408-4735

LA FUNCIÓN SANCIONATORIA DEL DERECHO DE DAÑOS

Diego Alejandro Lo Giudice *

RESUMEN

El Código Civil y Comercial instituye un sistema de responsabilidad civil diferente al que preveía el Código Civil derogado, aunque no se aparta sustancialmente de la interpretación que habían efectuado la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, cuenta con el mérito de haber sistematizado los avances en la materia.

Uno de los aspectos más discutidos fue el de la función sancionatoria, que no estaba regulada como tal en el Código Civil derogado. Su principal manifestación, es decir los daños punitivos, hasta ese momento sólo era receptada por la Ley de Defensa del Consumidor. En el Anteproyecto de 2012 se reguló expresamente para los derechos de incidencia colectiva. Esto provocó disenso entre quienes no aceptaban la incorporación de esta figura, los que optaban por mantenerla y aquellos que pretendían extenderla a los derechos individuales (tal como lo había hecho el Proyecto del 98). Entendemos que hubiera sido preferible optar por este último criterio y regular la cuestión en forma amplia.

Pero se desaprovechó otra oportunidad y directamente se eliminó del texto esta función. A pesar de ello sigue vigente, aunque en un ámbito reducido, como es el de consumo.

Algunas cuestiones todavía dividen a la doctrina. Aún se discute sobre la naturaleza misma de los daños punitivos y la existencia de la sanción como función. También han sido objeto de estudio muchos aspectos más específicos, tales como su ámbito de aplicación, requisitos de procedencia, etc.

El trabajo comenzará con un breve repaso por los principios generales de la responsabilidad civil, conforme a los lineamientos del Código Civil y Comercial. Luego

* Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina). Maestría de Derecho Privado con tesis pendiente (Universidad Nacional de Rosario). Adscripción en la materia “Derecho Civil II” en la Universidad Nacional de Rosario. Adscripción a las materias “Obligaciones Civiles y Comerciales” y “Derecho de Daños” en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

dedicaremos un segundo capítulo a sus funciones. En el tercero se tratarán específicamente los daños punitivos y las principales objeciones que han recibido.

ABSTRACT

Commercial Civil Code and instituted a system of civil liability different from that provided for the Civil Code repealed, although not departs substantially from the interpretation that had made the doctrine and jurisprudence. On the contrary, it has the merit of having systematic advances in the field.

One of the most discussed aspects was that of the punitive function, which was not regulated as such in the Civil Code repealed. Its main manifestation, ie punitive damages until then were only receptados by the Consumer Protection Act. In the 2012 Draft they had been expressed expressly for collective rights. This caused dissent among those who did not accept the inclusion of this figure, who chose to keep it and those who wanted to extend to individual rights (as he had done the Project 98). We understand that it would have been preferable to opt for the latter approach and regulate the issue broadly.

But he squandered another chance and was removed from the text directly this function. Despite this continues, although at a reduced level, as is the consumer.

Some issues still divide doctrine. There is still debate about the nature of punitive damages and the existence of the sanction as a function. They have also been studied much more specific, such as its scope, procedural requirements, aspects etc.

The work will begin with a brief review of the general principles of civil liability, according to the guidelines of the Civil and Commercial Code. Then we dedicate a second chapter to their functions. In the third specifically address punitive damages and the main objections have been received.

PALABRAS CLAVES Derecho de daños – Función sancionatoria

KEYWORDS

Casualty Law – Authority to sanction

Fecha de recepción: 19 de abril 2016

Fecha de aceptación: 14 de mayo 2016

I.-LA FUNCIÓN SANCIONATORIA DEL DERECHO DE DAÑOS

1) La sanción en el Derecho nacional

Desde hace tiempo, cierta parte doctrina entiende que el derecho de daños tiene una función sancionatoria. Algunos encuentran manifestaciones de la misma dentro del derecho civil (tanto en el articulado del Código Civil derogado, como del Código Civil y Comercial vigente) y en otras ramas del ordenamiento jurídico nacional. Se han incluido instituciones tales como las astreintes, la cláusula penal, intereses punitivos, etc., pero, sin duda, los daños punitivos han sido el mayor exponente.

Esta postura había sido reforzada por la legislación proyectada en nuestro país. El Proyecto de 1998 incluyó el artículo 1587, en el cual se regulaban los daños punitivos, bajo la denominación de “multa civil”. La incorporación de esta figura hubiera significado un avance hacia el reconocimiento de la función, ya que este instituto es el que mejor la representa. Luego, la ley 26.361, que reformó la ley 24.240, la reguló en ámbito del consumo. También el Anteproyecto de 2012 había reconocido expresamente a la función sancionatoria en su artículo 1708 y regulaba la “sanción pecuniaria disuasiva” en el artículo 1714, aunque limitada a los derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, el Proyecto de 1998 no llegó a convertirse en ley. El Anteproyecto de 2012 –por el contrario– fue el antecedente del actual Código Civil y Comercial. Pero al momento de su sanción se reformó el artículo 1708 –quitando la función sancionatoria en general–, y se eliminó el artículo 1714, que preveía los daños punitivos. Hoy sólo están regulados en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y son mencionados en el artículo 1 de la ley 26.916 de responsabilidad del Estado.

Otros autores entienden que la función sancionatoria no existe en nuestro derecho civil. Picasso manifiesta que debe resarcirse “...todo el perjuicio causado, pero sólo el perjuicio causado. La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito; cualquier desembolso efectuado por encima de ese límite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado”⁴⁹.

49 En este sentido: PICASSO, Sebastián, *Sobre los denominados daños punitivos*, publicado en: La Ley 13/11/2007, 1, La Ley 2007-F, 1154, Cita Online: AR/DOC/3272/2007; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños punitivos”, en ALTERINI, Atilio A. - LOPEZ CABANA, Roberto M., *La responsabilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 286; TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 567; BUSTAMANTE ALSINA Jorge, *Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL 1994-B-860.”. Picasso en la obra

Existe otro motivo por el que los autores rechazan esta función: la consideran propia del derecho penal⁵⁰. Andrada y Hernández nos recuerdan que esta discusión no es reciente, sino que ya tuvo algunos antecedentes en nuestro país con institutos tales como las multas administrativas, la cláusula penal y las astreintes. Explican que se ha ido desvaneciendo la frontera entre lo público y lo privado⁵¹, cuestión que hoy es tenida en cuenta por el Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1 reconoce como fuente a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Habitualmente la doctrina identifica a la “función sancionatoria” solamente con los “daños punitivos”, “multa civil” o “sanción pecuniaria disuasiva”, pero a nuestro entender aquélla es más amplia y abarca otros institutos, tales como las astreintes, anatocismo y cualquier tipo de multa. Por esta razón, en este punto sólo se ha realizado un breve repaso de las posturas que ven a la idea de “sanción” como ajena a la responsabilidad civil, mientras que el debate en torno a la procedencia o no de los daños punitivos será abordado con posterioridad.

2) Normas relacionadas

En el Código Civil y Comercial se pueden apreciar ciertas normas que, a nuestro entender, forman parte de esta función sancionatoria:

i) En su artículo 804 mantiene el instituto de las astreintes (ahora denominado “sanciones conminatorias”) que, en general, han sido calificadas como preventivas. En realidad, ese carácter es consecuencia de su naturaleza sancionatoria. De tal modo, mediante la *amenaza* que significa no cumplir con los deberes impuestos en una resolución judicial, se procura generar una *coacción psicológica* en el deudor para que cumpla. Se ha dicho que aquí la función sancionatoria se verifica en un segundo momento, ya que estas condenaciones pueden dejarse sin efecto, en cuyo caso no existiría sanción pero si compulsión⁵².

citada explica que la Corte de Casación francesa es contundente en ese sentido y recuerda los trabajos de VINEY, “La responsabilité: effets”, en Ghestin, Jacques (Dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 1988, p. 8, n° 6; y de REISS, Lydie, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2003, p. 267, n° 344.

50 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.”

51 ANDRADA, Alejandro D. y HERNÁNDEZ, Carlos A., *Reflexión sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, RCyS, 2000-33.

52 PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Hammurabi, 1999, T. II, pág. 211; CNCom, Sala D, 10/10/95, JA, 1996-I-67.

Bustamante Alsina explica esta cuestión del siguiente modo: “Las astreintes no son una pena civil por el incumplimiento, sino un procedimiento de intimidación para obligar a cumplir las decisiones judiciales. Cumplida la condena, el juez puede dejar sin efecto total o parcialmente las astreintes, lo que no se concibe en la pena civil derivada de su incumplimiento. Sin embargo, una vez liquidado la astreinte cambia de naturaleza. Ella no constituye más una simple amenaza, se convierte en una sanción pecuniaria y es excepcionalmente una pena privada cuyo monto es atribuido al acreedor y no al Estado, independientemente de la reparación de los daños y perjuicios”⁵³.

Picasso las considera instrumentos procesales tendientes a lograr el cumplimiento de los deberes impuestos por el juez. Afirma que “...su finalidad no es la de sancionar al responsable de hechos gravemente lesivos, sino la de asegurar el cumplimiento de deberes impuestos en una resolución judicial (art. 666 "bis", Código Civil), con lo que, además, trascienden ampliamente el campo estricto de la responsabilidad civil”⁵⁴.

ii) Los incisos b) y c) del artículo 770 contemplan la posibilidad de aplicar *anatocismo*.

iii) Algunos autores incluyen a la cláusula penal. Bustamante Alsina afirma que este instituto “...no constituye una pena privada o castigo al deudor que no cumple, sino que constituye una liquidación anticipada de la indemnización que corresponderá al acreedor por inejecución o retardo, calculada sobre la base de una representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar”⁵⁵.

Bueres y Picasso refieren a muchos de estos instrumentos dentro del ámbito de los daños “ultracompensatorios”, excluyéndolos del ámbito de la función sancionatoria: “Entre los ejemplos de “daños ultracompensatorios” se mencionan las astreintes, las atribuciones dinerarias impuestas por los jueces por *lite o resistenza temeraria* (abuso del proceso, temeridad y malicia), las previstas para las controversias entre padres de menores en lo que hace al ejercicio de la patria potestad y la guarda y la “*retroversione*” de ganancias obtenidas

53 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.; en el mismo sentido BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, 1971; y CHARTIER, Yves, *La réparation du préjudice*, p. 898, Paris, 1983.

54 PICASSO, *Sobre...*, op. cit.

55 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados ...* op. cit.; en el mismo sentido: BUSSO, E. B., *Código Civil anotado*, t. IV, p. 461, Buenos Aires, 1958; y BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., 1993, pág. 185

por quien ha vulnerado los derechos de propiedad intelectual. Según nuestro modo de apreciar las cosas, ninguno de estos supuestos puede integrar la responsabilidad civil, ni -por lógica consecuencia- hacer una contribución a la observancia del principio de la reparación íntegra (o plena)”⁵⁶.

iv) López Herrera agrega otras no pecuniarias como la pérdida de la patria potestad y la indignidad para suceder⁵⁷.

v) También se han dictado normas sancionatorias en otros ámbitos:

Un ejemplo es lo previsto en el artículo 5 de la ley de Riesgos del Trabajo para los casos en que se verifique un accidente de trabajo o enfermedad profesional vinculado con el incumplimiento de la normativa de higiene y seguridad en el trabajo por parte del empleador. En este caso, deberá abonar una suma dineraria al fondo de garantía previsto en la ley. De tal modo, no es él quien deberá abonar la indemnización al obrero (lo hace la Aseguradora de Riesgos del Trabajo), pero la sanción lo alienta a evitar futuros daños. Esto es muy importante en materia de seguros, ya que al existir un tercero que tiene que reparar los daños, el asegurado no tiene interés en prevenir.

El artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor impone distintas sanciones para los infractores en el cumplimiento de acuerdos conciliatorios (apercibimiento, multa, clausura del establecimiento, etc.).

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 52 Bis de la Ley de Defensa del Consumidor y la normativa proyectada específicamente en relación a los daños punitivos.

II.- DAÑOS PUNITIVOS.

1) Denominación

Este instituto ha recibido distintas denominaciones en el derecho nacional: daños punitivos (art. 52 bis LDC), multa civil (art. 52 bis LDC y art. 1587 del Proyecto de 1998) o sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1714 del Anteproyecto de 2012).

En el Common Law tienen distintas denominaciones: *punitive damages*, *exemplary damages*, *non compensatory damages*, *penal damages*, *aggravated damages*, *additional damages*, *smart money*, etc.⁵⁸

56 BUERES, Alberto J. y PICASSO, Sebastián, “La función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos”, en *Daño punitivo*, Revista de Derecho de Daños, Nro. 2011-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2011, Doctrina online.

57 LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los Daños Punitivos*, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.

Lo más habitual es que se los denomine “daños punitivos”, que surge de la traducción literal al español es la de “punitivedamages”. Para Pizarro la misma “resulta objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo”. Por tal razón, considera que los términos *daños ejemplares, agravados, presuntivos* o *startmoney*, son más adecuados para describir a esta figura⁵⁹. Considero que estos términos tampoco son adecuados, puesto que no se trata de “daños”, sino de sumas de dinero que se mandan a pagar por encima del monto del resarcimiento, a modo de sanción.

Bustamante Alsina⁶⁰ distingue entre *damage* (daño) y *damages* (reparación o indemnización del mismo). Por lo tanto, pareciera que se traduce como “daño” lo que es su reparación. El autor no arriesga, sin embargo, una denominación. Una traducción correcta sería la de “reparación” o “compensación” punitiva.

En los Fundamentos del Anteproyecto se tuvo en cuenta esta cuestión y, a pesar de ello, se optó por la denominación “sanción pecuniaria disuasiva” porque se entendió que era la que mejor reflejaba esta figura: “Ha sido estudiado en la doctrina argentina bajo el nombre de ‘daños punitivos’, siguiendo en este aspecto a la práctica anglosajona. Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de ‘sanción pecuniaria disuasiva’”.

Esta definición entiende que lo fundamental no es el “daño” sino la “sanción”. Por otra parte, al calificarla como “disuasiva” se aprecia su carácter preventivo.

También se las ha denominado multas o penas civiles, lo que parece correcto, ya que resalta su carácter preventivo y represivo⁶¹. Sin embargo, este término tampoco los delimita con exactitud, ya que existen muchas otras “multas o penas civiles”, como las previstas en el

58 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el Derecho Argentino?*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVIII, segunda época, N° 31, pág. 71; PIZARRO, Daniel, “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, pags. 287 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La prevención y el daño punitivo”, en *Prevención del daño*, Revista de Derecho de Daños, Nro. 2008-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008, pág. 30.

59 PIZARRO, *Daños...*, op. cit., p. 291, nota 7.

60 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.

61 En tal sentido: ANDRADAY HERNÁNDEZ, *Reflexión...*, op. cit.; COSSARI, Maximiliano, *Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, RCyS, 2012-XIV-12.

artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor o las que contempla el artículo 5 de la Ley de Riesgos de Trabajo.

A pesar de ello, en el presente trabajo serán denominados indistintamente con los diferentes términos que les otorgaron las leyes y proyectos.

2) Concepto

Bustamante Alsina explica que no se encuentra definido el término *punitivedamages*, por lo que, en sentido similar a Pizarro, opina que aquella expresión se identifica con el concepto de *exemplarydamages*, que sí están definidos en un importante diccionario angloamericano: “Es una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición, por cuya razón son también llamados *punitive* o *punitorydamages* o *vindictivedamages* o vulgarmente *smartmoney*”⁶².

Sin embargo, Pizarro los traduce como “daños ejemplares”, cuestión que Bustamante Alsina desecha justamente por su objeción a las traducciones habituales.

El instituto ha sido definido de distintas formas. Reglero Campos lo conceptualizó como “...el ‘plus’ de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños”⁶³. Tienen por finalidad *punir* la conducta antijurídica del autor del daño y no *reparar*.

Pizarro ha definido tal instituto del siguiente modo: “Son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro...”⁶⁴.

62 Black’s Law Dictionary by Henry Campbell Black M. A. - St. Paul Minn. - West Publishing Co. 1968.

63 REGLERO CAMPOS, Fernando, *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 37, Nº 33; citado por TRIGO REPRESAS, *La prevención...*, op.cit., pág. 30/31.

64 PIZARRO, *Daño moral...*, op. cit., pág. 374.

Kemelmajer de Carlucci expresa: “Los *punitivedamagesse* conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo”⁶⁵.

3) Evolución histórica

Los primeros antecedentes del daño punitivo se vislumbraron en el CommonLaw. Su aplicación comenzó en Inglaterra, pero en el siglo XVI se extendió a los Estados Unidos, donde tuvo mayor difusión. Su origen se remonta a dos precedentes ingleses del siglo XVII: “Wilkes vs. Wood” y “Huckle vs. Money”. En ambos se dispuso una indemnización superior a la correspondiente al daño sufrido, con propósitos sancionatorios y preventivos⁶⁶. Hoy se mantienen en Norteamérica⁶⁷, pero en su país de origen tienen un ámbito bastante restringido. Así quedó en evidencia en un fallo de la *House of Lords* que, en el caso “Roobes vs. Barnard”, impuso como requisitos: a) una violación de alguno de los derechos fundamentales del ciudadano por parte de la administración del Estado; b) una precisa intención de parte del sujeto dañante de obtener un lucro injustificado que no encuentre una adecuada sanción en el normal remedio de los daños compensatorios; c) que la facultad se encuentre prevista en una norma específica⁶⁸.

Los fallos más resonantes se dieron en Estados Unidos⁶⁹:

i) En el año 1981 se resolvió el caso “Grimshaw vs. Ford Motor Co.” Una niña que se encontraba en condición de pasajera de un automóvil “Ford Pinto” sufrió serias quemaduras,

65 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene....* opcit., pág. 86, con cita de GIULIO PONZANELLI, *I punitivedamagesnell’ esperienzanordamericana* Riv. Di Diritto Civile, anno XXIX, Padova Cedam, 1983, Parte Prima, p. 483.

66 LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*, en J. A. 2008-II, fasc. 12, p. 4; MAYO, Jorge A. y CROVI, Luis D., en *Penas civiles y daños punitivos*, en “Daño punitivo”, Revista de Derecho de Daños 2011-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, págs. 9 y ss.

67 En ciertos Estados no se aplican y en otros tienen un ámbito restringido. Jorge Mayo afirma: “Luisiana y Massachusetts la descalifican y la aplican sólo para casos muy concretos en que una ley los autorice. La prohibición es más categórica en Nebraska, Nueva Hampshire y Connecticut. Por otro lado, hay Estados que prohíben los daños punitivos en ciertos supuestos puntuales; en Alabama, Colorado e Illinois no se aceptan para la mala praxis médica, mientras que en Kansas, Kentucky, Oregón y Texas los vedan para la responsabilidad de los laboratorios.” (MAYO y CROVI, *Penas...*, op. cit.; en el mismo sentido: BUERES, Alberto, PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 634.)

68 PONZANELLI, Giulio, *I punitivedamagesnele’ esperienzanordamericana*, en Rivista di Diritto Civile, Cedam, Padova, 1983, ps. 435 y ss.; citado por MAYO y CROVI, en *Penas...*, op. cit.

69 Fallos citados por CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., en *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t.6, pág. 313.

al ser víctima de un accidente vial. El impacto provocó el incendio del vehículo y, en consecuencia, las lesiones a la menor. Luego se comprobó que aquél tenía un defecto de fabricación y era propenso a explotar si era colisionado desde atrás. Lo más relevante es que la fábrica conoció esta situación después de haber lanzado el producto al mercado y no advirtió a los compradores ni retiró las unidades. Consideró que sería más económico pagar las indemnizaciones que reparar los rodados. El tribunal expresó que el fabricante incurrió en un consciente menosprecio por la seguridad pública y condenó a abonar U\$S 2.800.000 por daños compensatorios y más de U\$S 125.000.000 por daños punitivos.

ii) En el año 1999 se aplicaron en “Anderson vs. General Motors”: en un caso similar al anterior, había colisionado el Chevrolet Malibú en el que se trasladaban las víctimas, dos de las cuales sufrieron quemaduras en un 60% de su cuerpo. El vehículo tenía el tanque de combustible cerca del paragolpes trasero, lo que originó el incendio. Un jurado de California estableció la suma por daños compensatorios en 107 millones de dólares y por daños punitivos en 4.900 millones de dólares. El motivo de esta suma tan elevada fue la prueba de un estudio costo-beneficio que había realizado la empresa, en la que asignaban un valor de 200.000 dólares a cada vida perdida en accidentes viales. Se demostró que consideraban más económico abonar los daños que modificar la estructura del producto.

En España no ha existido un gran desarrollo en la materia. En el derecho francés prevalece una postura contraria a los daños punitivos (sostenida por los hermanos Mazeaud y sus seguidores), aunque Savatier ha tratado el tema al hablar de “culpas lucrativas”, que refieren al dolo o culpa grave que le reporta un beneficio al autor del daño, al margen de la indemnización que tenga que pagar⁷⁰. Alemania ha mostrado un cierto progreso, pero se considera, en definitiva, un retroceso a la “pena privada”. En Italia, por el contrario, el tema es recurrente y es materia de numerosos trabajos⁷¹.

El tratamiento del tema es reciente en nuestro país. Cazeaux y Trigo Represas señalan que el primer trabajo que encaró la posibilidad de receptar y aplicar los daños punitivos en el derecho nacional fue publicado en el año 1989 por Alfredo Krautz⁷². También recuerdan que el primer fallo que los acogió fue dictado el 27 de mayo de 2009 por la Cámara 1ª Civil y

70 CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, op. cit., pág. 314

71 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene... opcit.*, pág. 86.

72 KRAUTZ, Alfredo J., *Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva*, en JA 1989-III-909, Nro. III-d)-1.

Comercial de Mar del Plata, en autos “Machinandiarena Hernández c/ Telefónica Argentina”, ante un reclamo formulado por la ausencia de rampas para discapacitados⁷³. Luego, en el año 2010, fue receptado como “multa civil” en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del consumidor, en la reforma realizada por medio de la ley 26.631.

4) Distintas posturas respecto de su procedencia

La mayoría de la doctrina se ha manifestado en favor de la procedencia de las reparaciones punitivas (Zavala de González, Pizarro, Moisés, Stiglitz, López Herrera, Chamatrópulos, Álvarez Larrondo, Sozzo, Hernández, Irigoyen Testa, Rinessi)⁷⁴.

Una minoría se muestra contraria a la utilización de esta figura. En esta postura podemos mencionar a Picasso, Bustamante Alsina, Bueres, Mayo, entre otros⁷⁵. Algunos de ellos por considerar que se trata de un instituto propio del derecho penal y otros porque entienden que excede la reparación del daño. Bueres y Picasso incluso han llegado a afirmar su inconstitucionalidad⁷⁶.

Ciertos autores han llegado a posturas intermedias. Es el caso de Trigo Represas, que también está en contra de la adopción de los daños punitivos⁷⁷, aunque aclara que no existiría obstáculo para que una ley los regule o que los mismos se destinen a las víctimas⁷⁸.

Kemelmajer de Carlucci resalta la inconveniencia de la incorporación de los daños punitivos, pero cree que se puede encontrar la solución en otras figuras jurídicas. Lo explica del siguiente modo: “La respuesta anterior (en la cual la autora plantea la inconveniencia de la adopción de la figura) no significa que el ordenamiento jurídico deba contemplar de brazos cruzados que una persona cometa ilícitos al amparo del cálculo de que los daños reparables serán inferiores a las ganancias obtenidas. El remedio a esta anormalidad del sistema

73 CAZEAUX, y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, op. cit., t. 6, pág. 325.

74 Autores citados por GALDÓS, Jorge Mario, *Tratado de derecho del consumidor*, STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos (dir.), Ed. La Ley, T. III, 2015, pág. 278.

75 Los autores han vertido esta postura en distintas obras, citadas por GALDÓS en *Tratado...*, op. cit., t. III, pág. 276.

76 GALDÓS, *Tratado...*, op. cit., t. III, pág. 277.

77 TRIGO REPRESAS, *Daños...*, op. cit., pág. 288.; en el mismo sentido: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La naturaleza jurídica de los daños punitivos”, en *Daño punitivo*, Revista de Derecho de Daños 2011-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, , 2011, Doctrina Online, págs. 101 y ss.

78 PIZARRO, *Daños...*, ob. cit., pág. 307.

predominantemente resarcitorio que nos domina puede encontrarse en otras figuras jurídicas, sin necesidad de acudir a la categoría discutida de los ‘daños punitivos’⁷⁹.

Funda tal postura en la posibilidad de encontrar la solución en la doctrina del enriquecimiento sin causa. A tal fin se basa en la teoría alemana de la “intervención o infracción del derecho ajeno”, que prevé la *condictio* por intromisión o *condictio* por enriquecimiento, proveniente del ámbito de los derechos reales.

Si bien no coincido con la autora en cuanto al rechazo de los daños punitivos, sí considero que adopta una teoría interesante, que podría aplicarse a aquellos supuestos en que no existe una norma legal que permita su aplicación. Lamentablemente, en muchos casos sería ineficiente, puesto que no alcanzaría a los beneficios logrados mediante incumplimientos múltiples. Estos generalmente abarcan a una gran cantidad de damnificados y el proveedor se beneficia con pequeñas cantidades de dinero respecto de cada uno de ellos. Un ejemplo es el de los pagos correspondientes a seguros u otros servicios dentro de la factura del celular, cuenta corriente, etc. En esos casos, la utilización de esta figura sólo permitiría recobrar lo que perdió cada uno, que puede ser ínfimo, aunque tendrían la posibilidad de iniciar las acciones que les otorga la Ley de Defensa del Consumidor, por intermedio de las asociaciones de consumidores.

Vázquez Ferreyra, en definitiva, no rechaza la aplicación de multas civiles, aunque advierte que debería reinar la *razonabilidad* a la hora de determinarlas, debido a que el *exceso de punición* está a la vuelta de la esquina⁸⁰.

Considero que esta “razonabilidad” debe armonizarse con la necesidad de encontrar un incentivo para que las víctimas puedan ejercer sus derechos. Cuando la legislación destinó el monto de la sanción a los damnificados, la doctrina expresó su preocupación por una avalancha de reclamos. Pero la incorporación de la figura en la Ley de Defensa del Consumidor no produjo una reacción de tal tipo y parece haberse aplicado con suma cautela. Creemos que un aumento en la litigiosidad –siempre que no sea excesivo- se vería compensado por la posibilidad de que la ciudadanía ejerza un mayor control sobre los proveedores. De este modo, podría suceder que en un principio se inicien más juicios, pero, en

79 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...?*, op. cit., pág. 107.

80 VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La razonabilidad en el derecho de las obligaciones”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, págs.. 430 y ss.

definitiva, las reparaciones sancionatorias cumplirían su finalidad y lograrían reducir los graves incumplimientos. Consideramos que, a fin de cuentas, se generaría una merma de la cantidad de litigios.

Tampoco debe olvidarse que este nuevo derecho de daños incluye, además, la prevención (que es la finalidad última de esta figura). Los daños punitivos se postulan como un instrumento de utilidad para hacer efectiva esta aspiración. Por esta razón, su aplicación es conveniente, siempre que se adopten de forma razonable.

Por otra parte, el hecho de estar regulada en un ámbito acotado no le quita el carácter de función. Es importante advertir que, en la práctica, la mayor cantidad de supuestos en los cuales tendría relevancia su aplicación ingresan en el Derecho de Consumo.

5) Relación con nuestro sistema de responsabilidad civil

Para que se configure el deber de resarcir es necesario que exista un daño y, en principio, debe indemnizarse sólo el perjuicio realmente sufrido por el damnificado. Hoy el derecho de daños está centrado en la víctima y no en el dañador; ya no le interesa la culpa de este último. Estos conceptos fundamentales parecerían contrarios a la idea de los daños punitivos.

Este criterio impediría su aplicación si los mismos tuvieran naturaleza “resarcitoria”. Pero su finalidad es “preventiva” y “sancionatoria”, por lo que deben distinguirse de aquellos supuestos en los cuales se busca la reparación del daño. Cabe recordar que muchos autores relacionan el debate respecto de los daños punitivos con el que se había suscitado hace un tiempo acerca del daño moral. Pero hay una diferencia sustancial: este último tiene en miras *resarcir* un daño cierto, mientras que los “daños punitivos” no pretenden cumplir con esa exigencia, sino *sancionar* al responsable.

Las nuevas funciones del derecho de daños tienen características que no son idénticas a las de la responsabilidad civil clásica, por lo que fue necesario reformular ciertos conceptos. Es oportuno considerar que en la prevención: a) no se puede exigir un “daño”, ya que actúa antes de su acaecimiento; b) tampoco es necesario que concurren factores de atribución; y c) la antijuridicidad y el nexo de causalidad tienen distintos alcances. Lo mismo sucede con la función sancionatoria: no es exigible que se configuren estos presupuestos en la manera que son exigidos para reparar un daño. Y es que, reitero, no es esa su finalidad.

A diferencia de la responsabilidad civil, busca sancionar la conducta del dañador e influir en su ánimo para que la misma no se reitere. Sólo en forma mediata pretende proteger a los futuros afectados.

Según Kemelmajer de Carlucci: “Se está fuera de la responsabilidad civil cuando se constata que el legislador ha establecido una obligación de reparar o indemnizar sin el rígido componente del daño. El legislador puede adoptar esta solución por varias razones, entre ellas haber advertido que:

a) La falta de un daño verdadero no es razón suficiente para dejar ciertos comportamientos sin consecuencias jurídicas.

b) La prueba de la existencia de ese daño o de su monto es excesivamente difícil o imposible.

c) El resarcimiento integral del daño es muy poco para este tipo de ilícito”⁸¹.

Y luego aclara la cuestión: “Por ej., en los casos de difamación a través de los medios masivos de comunicación, puede suceder que el autor potencial no encuentre, en la amenaza resarcitoria, una razón suficiente para desistir de su conducta antijurídica pues el daño que deberá reparar será inferior (poco o mucho) a las ganancias que él podrá extraer del curso de su propia iniciativa. Por esta razón se lo condena no sólo a pagar el daño que sufrió la víctima, sino a restituir todas las ganancias que le ha procurado el éxito comercial de su película, libro o periódico”⁸².

Picasso entiende que la punición de este tipo de conductas debe estar reservada al derecho penal o administrativo. Sostiene que este instituto es extraño al sistema argentino de reparación de daños y que tiene la naturaleza de una pena, por cuanto pretende imponer un mal al causante del daño⁸³. En el mismo sentido, Bustamante Alsina expresó que “...la restauración de la pena privada importa un retroceso en la evaluación del régimen sancionatorio de los ilícitos, sean estos civiles o penales, y quiebra la coherencia de los ámbitos jurídicos en los cuales se producen, a la vez que confunden y desvirtúan los fines éticos y sociales que dan fundamentos y justificación al poder del Estado de juzgar y

81 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, op. cit., págs. 81/82.

82 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, op. cit., pág. 82.

83 PICASSO, Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 598, 602 y 606; en el mismo sentido se ha manifestado SÁNCHEZ COSTA, Pablo, *Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor*, en L. L. del 20-7-2009 y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La naturaleza...*, op. cit., págs. 101 y ss.

sancionar diversamente las conductas antijurídicas según la trascendencia y gravedad con que ellas agravan a una sociedad justa dentro del estado de derecho que reserva a una de sus ramas el monopolio de la administración de justicia”⁸⁴.

Este autor considera que ciertas conductas antisociales de suma gravedad deben ser sancionadas, pero no por el derecho civil sino por el derecho penal. Aún más, alienta al legislador a promover penas adecuadas para estos supuestos⁸⁵.

Otros entienden que esta naturaleza sancionatoria no es propia del derecho penal, sino que se trata de sanciones civiles⁸⁶. Por tal razón, esta multa “... está desprovista de los principios, normas y garantías del derecho penal. Las penas pecuniarias que se mandan a pagar en concepto de daños punitivos no constituyen sanciones penales sino civiles y quedan, por lo tanto, al margen de esas garantías”⁸⁷.

Cabe recordar que poco tiempo atrás aún se le otorgaba a la responsabilidad civil la finalidad de *castigar* al responsable de un hecho ilícito. Aún más, el Código Civil y Comercial mantiene institutos que evidencian un cierto tinte sancionatorio, tales como las astreintes y el anatocismo. Los mismos han demostrado ser herramientas efectivas para evitar ciertas conductas no queridas por el ordenamiento. Por esta razón, estimo que a pesar de los cambios acontecidos, no se trata de una figura extraña a nuestro derecho civil.

6) Requisitos para su procedencia

A continuación realizaré una breve sistematización de los recaudos que habitualmente se exigen para la procedencia del instituto, que no siempre son coincidentes en los distintos autores:

a) Existencia de norma legal

En el caso “Rookes C/ Bambarb”⁸⁸, fallado en Inglaterra en el año 1964, se decidió que debía existir una norma expresa que autorice su aplicación. En nuestro país, algunos entienden que es necesario que los daños punitivos estén contenidos en una disposición legal,

84 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.

85 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.

86 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La naturaleza...*, op. cit.; en el mismo sentido Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, “Defilippo, Darío Eduardo y otro c. Parra Automotores S.A. y otro s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de casación e inconstitucionalidad”, 10/05/2016, LLC 2016 (julio), 4 con nota de María Constanza Garzino, AR/JUR/25136/2016.

87 XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999.

88 Fallo citado por MAYO y CROVI, en *Penas...*, op. cit.

mientras que otros sostienen que se puede llegar al mismo resultado por medio de las disposiciones del derecho común.

MossetIturraspe opina que los daños punitivos no encajan como una creación pretoriana, por su carácter represivo no reparatorio. En consecuencia, afirma que "...la ausencia de una norma que permita imponer en el ámbito de la tutela al medio ambiente este tipo de institutos impide su aplicación, aún por analogía: no hay pena sin ley que la imponga"⁸⁹.

El instituto se ha aplicado en algunos supuestos por analogía. Es interesante el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín , dictado el 19 de noviembre de 2015, en autos caratulados: "Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios", en el cual se aplicó el tope legal de cinco millones de pesos, para un caso de derecho ambiental. Esta aplicación analógica recibió críticas, resaltando la necesidad de una norma que regule estas sanciones para poder aplicarlas⁹⁰.

A nuestro entender no puede aplicarse la figura en ausencia de norma legal. A pesar de ello, no negamos que sería óptimo contar con una norma que la regule en el derecho ambiental, como así también en otros ámbitos tales como derechos de incidencia colectiva, daños causados por los medios de difusión, daños a la intimidad, etc. Aún más, consideramos que hubiera sido preferible una regulación similar a la del Proyecto de Código Civil del año 1998 en su artículo 1587, que la preveía en modo general.

b) Elemento subjetivo

El artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no exige ningún elemento subjetivo y sólo requiere el mero incumplimiento. Sanciona "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" y luego incluye como pauta de cuantificación a "la gravedad del hecho". Esta redacción ha sido severamente criticada por la

89 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La "multa civil" o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998*, LA LEY 2000-B, 1277.

90 QUAGLIA, Marcelo C, *El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor*, publicado en La Ley 21/12/2015 , 7 Cita Online: AR/DOC/4453/2015, en comentario al fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín ~ 2015-11-19 ~ Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios.

doctrina nacional, que exige la existencia de un elemento subjetivo, consistente en el dolo, la culpa grave o conducta especialmente desaprensiva o repudiable por parte del proveedor.

Kemelmajer de Carlucci exige, además de la finalidad preventiva, "...que el demandado haya actuado, al menos, de mala fe; dicho de otro modo, que su conducta de caracterice por circunstancias agravantes como el capricho, la temeridad, la malicia, la negligencia o el descuido craso, la opresión, la contumacia o fraude, etc"⁹¹. En el mismo sentido, se ha dicho que debe tratarse de un remedio excepcional, que sólo procede ante un grave reproche por el accionar del causante de un daño⁹². Picasso entiende que el factor debe ser subjetivo, por tratarse de una sanción penal⁹³.

El Proyecto de 1998, en su artículo 1587, hacía referencia a una "grave indiferencia" hacia los derechos ajenos. Se ha discutido el alcance que podría haber tenido esta fórmula; es decir, si se requería un factor subjetivo o podía ser también objetivo. MossetIturraspe critica esta redacción, porque "la fórmula parece demasiado amplia y de ahí que la 'indiferencia', en su alcance y comprensión, no logrará consenso, y cada juez podrá decir libremente lo suyo"⁹⁴.

A veces se verifican graves incumplimientos, sin que exista culpabilidad por parte de sus autores. En tal supuesto, ¿podrían aplicarse los daños punitivos? A continuación veremos un ejemplo:

91 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, pág. 88.

92 CNCiv., sala F, 18-11-2009, "C. P., M. c/Bank Boston NA s/Daños y perjuicios"; con cita de STIGLITZ, Rubén S. y PIZARRO, Ramón D., en *Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*, publicado en L. L. 2009-B-94; y NALLAR, F., *Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes*, en L. L. 2009-D-96; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, "Araujo Vázquez, Verónica Denise c. R. Carpaccio SRL s/ daños y perjuicios", 28/12/2015, La Ley Online, AR/JUR/79418/2015; Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala II, 29/7/2010 en autos "Rueda, Daniela c. Claro AMX Argentina", La Ley, 2010-F, 397, AR/JUR/3752/2016; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I "Uria Losas Balbina c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios", 11/02/2016, La Ley 04/05/2016, 7, con nota de Eduardo N. Balián y Alejandro D. Andrada, LA LEY 2016-C, 113, DJ 25/05/2016, 51, RCyS 2016-VII, 55. Cabe destacar que los dos autores que comentaron el fallo coinciden con la solución adoptada, en cuanto no cualquier conducta es pasible de ser sancionada mediante los daños punitivos.

93 PICASSO, Sebastián, *Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos"*, publicado en: LA LEY 25/06/2014, 5 • LA LEY 2014-D, 24, en comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 2014-04-15, "Teijeiro. (o) Teijeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A." s/ abreviado - otros - recurso de casación

94 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La "multa civil" o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998*, Buenos Aires, La Ley 2000-B, 1277, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo VI, 1585, Cita Online: AR/DOC/9139/2001.

En el caso "TeijeiroóTeigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G."⁹⁵, el juez de primera instancia dijo que "...se llega a la conclusión de que la empresa demandada *cumpliría con todas las reglas de control de calidad* impuestas por las normas legales en la materia, teniendo asimismo la certificación correspondiente del sistema HACCP, que permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos". Y, a pesar de lo expuesto, consideró que igualmente existía un elemento subjetivo, que estaba dado por su falta de explicación ante la presencia del cuerpo extraño en la botella. Agregó que tal situación implicaba una grave negligencia y una evidencia de total indiferencia hacia los derechos del consumidor.

Este fallo fue revocado por la Cámara de Apelaciones⁹⁶, que entendió improcedente la condena por daños punitivos. Consideró que no se había configurado una culpa grave por parte del proveedor. Luego fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁹⁷.

Se trata de supuestos habituales, en los cuales no es sencillo demostrar la culpabilidad y siempre se resuelven aplicando la responsabilidad objetiva. Pero a los fines de la aplicación de esta figura, no es suficiente. Generalmente se extrae la culpa de la magnitud del daño. En el fallo de primera instancia se aplicó la teoría de las cargas probatorias dinámicas para atribuirle un factor subjetivo al demandado. Sin embargo, para supuestos como el citado, creemos que debe hacerse una interpretación más flexible y permitir la aplicación de los daños punitivos. Un incumplimiento de tal magnitud, que podría generar un daño enorme en la salud pública, debería ser penalizado. Requiere una sanción ejemplar para que no vuelva a ocurrir.

Hubo otros casos en los cuales la jurisprudencia pareciera haber prescindido, en los hechos, del elemento subjetivo (aunque en todos ellos afirmó que se encontraba cumplido). Por ejemplo, consideró negligente la conducta del proveedor que no contestó la demanda⁹⁸,

95 Juzgado 1ª inst.Civ. Com. 5ª Nominación Córdoba, 23/3/2011, "TeijeiroóTeigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.", LL 2012-C, 64. Cita Online: AR/DOC/2140/2014 (el destacado me pertenece).

96 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de Córdoba.

97 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 2014-04-15, "Teijeiro. (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación"; comentado por PICASSO, *Objeto...* op. cit.

98 Cám. Apel. Civ. Com. Rosario, Sala II, 29/7/2010, "Rueda, Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A.", LL, 2010-F-397; y CCiv., Com. y Minería General Roca, 26/3/2010, "Ríos, Juan C. c/ Lemano S.R.L. Altas Cumbres", RCyS, diciembre de 2010, p. 225.

que afirmó en el responde que había cumplido su deber de información⁹⁹; en otros casos no se ha aclarado en qué consistió la culpa grave¹⁰⁰.

Por esta razón, consideramos que, en ciertos casos, podría prescindirse de la culpabilidad del autor del daño, si el incumplimiento reviste una grave entidad. El mismo debería ser valorado de acuerdo a las circunstancias del caso y tener en cuenta cuestiones tales como: i) el daño generado; ii) aun cuando el mismo sea ínfimo, debería apreciarse la magnitud del peligro que se ha producido; iii) el enriquecimiento del incumplidor; iv) la naturaleza de los bienes afectados: debe ser mayor si se vulneran derechos personalísimos y, especialmente, en derechos de incidencia colectiva; v) y cualquier otro aspecto que pueda resultar relevante en el caso concreto.

Existe cierto temor en permitirles a los jueces un amplio margen para determinar la procedencia de los daños punitivos (algo similar a lo que sucede respecto del monto de las condenaciones). Pero en los tiempos que corren es imposible que la ley pueda prever todos los supuestos. Por esta razón, los magistrados han tenido cada vez más protagonismo en cuanto a la interpretación y adecuación de las normas jurídicas (esto no implica llegar a un activismo exagerado ni dejar todos los aspectos a su libre capricho). Creemos que debe confiarse en la prudencia judicial para apreciar cuando existe un incumplimiento grave y determinar un monto adecuado en concepto de daños punitivos.

c) Petición de parte

Algunos autores sostienen que deben ser aplicados a petición de parte, mientras que otros postulan su recepción de manera oficiosa. Estos últimos fundan su postura en el orden público que rige el ámbito del consumo y en los términos de la norma, que parecerían aceptarla. Sin embargo, entendemos que siempre deben fijarse luego del pedido de parte. En caso contrario, el juez estaría facultado a sancionar, quizás con gravedad, a quien no tuvo oportunidad de defenderse respecto de la procedencia de los daños punitivos. Entendemos que la postura contraria le otorga al juzgador un activismo exagerado.

99 Cám. Apel. Civ. Com. Azul, Sala II, 11/6/2013, "Rossi, Laura V. c/ Whirlpool Argentina S.A.", RCyS 2013-IX, 99.

100 CCiv. y Com. Salta, Sala I, 13/4/2011, "P., D. H. c/ Telecom Personal S.A.", LL, 6/5/2011, p. 5; Cám. 1ª de Apel. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 1/11/2010, "Anglada, Noercí A. y otro c/ Bristol Medicine S.R.L.", RCyS, 2011-III-203; y JCiv. y Com. de 11ª Nom. Salta, 5/4/2010, "Gramajo Salomón, Juan P. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A.", RCyS, enero de 2011, p. 76.

Distinta es la cuestión de las multas previstas por el artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor, ya que proceden ante la mera infracción.

d) Daño

En el derecho anglosajón este requisito no es exigible¹⁰¹. La doctrina nacional, en cambio, ha exigido como requisito de procedencia la existencia de un daño¹⁰². Por otra parte, su magnitud es tomada en cuenta como uno de los parámetros para fijar el monto a indemnizar.

e) Acerca de la obtención de beneficios

Kemelmajer de Carlucci pone especial atención al lucro que obtuvo el sujeto que debe resarcirlos¹⁰³. Pizarro, por el contrario, se pregunta: “¿Por qué excluirlo cuando sin obtener beneficio económico, el dañador ha obrado con total menosprecio por los derechos de la víctima, causándole un grave daño?”¹⁰⁴. Entiende que no se puede limitar el concepto a los supuestos de *culpas lucrativas*¹⁰⁵.

Coincidimos con este último criterio. La punición no es útil solamente desde el punto de vista económico y cuando el autor del daño obtuvo un beneficio. Por el contrario, castigar aquellas graves inconductas o incumplimientos que ponen en peligro o dañan los bienes o la salud de los individuos, aun cuando el dañador no obtenga una ganancia con ella, serviría para prevenir futuros daños. Evitar perjuicios implica de por sí economizar, aunque ello no se traduzca siempre en términos estrictamente monetarios.

7) Finalidad

Zavala de González y González Zavala¹⁰⁶, afirman que los daños punitivos tienen una tríada de funciones:

1º) Sancionar al causante del daño intolerable: ya que la indemnización, “en teoría”, vuelve las cosas al estado anterior al hecho dañoso, pero “... si al dañador le quedaran beneficios del ilícito, este hecho antijurídico continuaría produciendo efectos”¹⁰⁷. De tal

101 ANDRADA, y HERNÁNDEZ, *Reflexión...*, ob. cit., pág. 39.

102 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, op. cit., págs. 90, 102.

103 KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, op. cit., pág. 102.

104 PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las distintas ramas del derecho*. Reimpresión, colección Responsabilidad Civil, Vol. 17, 2000, pág. 397.

105 PIZARRO, *Daño moral...*, op. cit., pág. 397.

106 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Roberto Martín, “Indemnización punitiva”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 189, letra B.

107 ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, *Indemnización...*, op. cit.

modo, estos autores sostienen que para lograr aquél objetivo, se le debe quitar al autor del daño los beneficios que obtuvo injustamente. En caso contrario, podría retener tales ganancias, lo que alentaría la especulación. Por esto la reparación del perjuicio será insuficiente para restablecer plenamente la legalidad¹⁰⁸.

2°) Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa: afirma que “ningún sistema preventivo puede ser eficaz si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización”. Explica que si el resarcimiento tiene en miras poner a la víctima en la situación anterior al hecho, eliminando el perjuicio injusto, también debe hacerlo con el responsable, quitándole el beneficio que obtuvo indebidamente. Como he expresado con anterioridad, considero, siguiendo a Pizarro, que es procedente su aplicación aun cuando no existe esta ganancia.

3°) Prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares al que se impusiera punición: las condenaciones punitivas crean un impacto psíquico como amenaza disuasoria que constriñe a desplegar precauciones impositivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas¹⁰⁹. En efecto, si se aprecia la cuestión desde su efecto inmediato, estaríamos de acuerdo en que buscan sancionar al responsable. Pero la realidad es que dicha pena tiene en miras una finalidad más importante, que es prevenir futuros daños. Esta idea ha sido plasmada en la legislación comparada (artículo 1621 del Código Civil de Québec).

8) Indemnización

a) Monto

La suma que se abona en caso de daños punitivos queda, en todos los casos, a discreción del juez. La ley en algunos casos consigna pautas para determinarlo. De tal modo, la Ley de Defensa del Consumidor alude a “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, imponiendo, además, un tope (al remitir al artículo 47, inciso 2, que establece el monto máximo de la multa en cinco millones de pesos). El Anteproyecto también imponía algunos parámetros: exigía una aplicación prudencial, que se llevaría a cabo “... 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

108 PIZARRO, *Daño moral...*, op. cit., págs. 372.

109 TRIGO REPRESAS, Félix A, “Daños punitivos”, en *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, pág. 285.

disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas

Si bien existe gran preocupación en la doctrina en cuanto a la cuantía de las indemnizaciones por daños punitivos, es necesario destacar que, por lo general, no se han verificado condenas por sumas exageradas. Según un estudio estadístico, el monto total de las mismas desde la regulación el instituto en el ámbito del consumo hasta agosto de 2013 fue solamente de cuatrocientos trece mil doscientos veinte pesos (\$ 413.220.-)¹¹⁰. Sin embargo, es necesario destacar que luego se dieron varios casos en los que se fijaron grandes indemnizaciones¹¹¹. Incluso en el año 2015 se dictó un fallo en el cual se aplicó el tope máximo legal¹¹².

El motivo de la insuficiencia de la mayoría de estas condenaciones no pareciera ser la inexistencia de conductas graves por parte de los proveedores, sino una reticencia a otorgar indemnizaciones que excedan el monto del resarcimiento¹¹³. Por este motivo, creemos que deben incrementarse las sanciones. Los temores de la doctrina, que generalmente hizo hincapié en su aplicación de modo “prudencial”, se fundaron en los excesos que se verifican habitualmente en el CommonLaw. Habitualmente se analiza la cuestión sólo desde el punto de vista del proveedor, cuando existen muchas variables a tener en cuenta: i) es cierto que respecto del autor del daño este instituto tiene una función preventiva “específica”; ii) pero se olvida que también tiene en miras la prevención genérica, consistente en evitar futuras conductas por parte de otros individuos; iii) tampoco se considera que los montos de las condenas en el ámbito del consumo son muy exigüos, motivo por el cual los consumidores optan por no reclamar, ya que el caso generalmente no amerita el inicio de un juicio; iv) esta situación disminuye la finalidad preventiva del instituto, ya que los proveedores continúan

110 CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina*, publicado en La Ley 06/08/2013, 1; LA LEY 2013-D , 1079 ; Cita Online: AR/DOC/2780/2013. En dicha obra el autor hace un interesante análisis en el cual hace un repaso de las sentencias que habían acogido los daños punitivos hasta ese momento.

111 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial T. (o) T., L. M. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. s/ abreviado - otros - recurso de casación 2014-04-15; C1aCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II ~ 2014-08-28 ~ C., M. C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico.

112 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, dictado el 19 de noviembre de 2015, en autos caratulados: “Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios”

113 En el mismo sentido CHAMATROPULOS, *Soluciones...*, op. cit.

dañando, a sabiendas de que las sumas a indemnizar serán mínimas; y v) las “circunstancias del caso” ameritan tener en cuenta el patrimonio del condenado y las ganancias que obtuvo con el incumplimiento, que con condenaciones tan bajas continúan en su poder.

Por tratarse de una “sanción”, normalmente se tiene en cuenta al responsable. Creo que debe apreciarse también su finalidad preventiva –sobre todo de manera genérica- a fin de influir sobre otros potenciales dañadores y, en consecuencia, proteger a futuras víctimas.

b) Destino

En los Fundamentos del Anteproyecto se reconoce el gran debate que produjo la cuestión en cuanto al destino de la indemnización, con varias posturas que proponían: “1) darle el dinero a la víctima; 2) distribuir el dinero entre la víctima y un destino distinto. 3) darle un destino colectivo. 4) darle facultades al juez para que le dé un destino mediante resolución fundada” .

Algunos autores como López Herrera, Zavala de González y González Zavala sostenían que la indemnización debía destinarse a la víctima¹¹⁴. Pizarro, por su parte, las considera como un importante incentivo para lograr que los individuos reclamen este tipo de conductas abusivas¹¹⁵.

Esta solución es idéntica a la adoptada por el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Entiendo que es la más razonable, ya que otorga un incentivo a los damnificados para reclamar ante la justicia. Es habitual que, ante montos exiguos, opten por no demandar. La idea no es lograr un aumento de la litigiosidad, sino una conciencia en aquellos sujetos que actúan con desprecio hacia los derechos de los demás, teniendo en cuenta las trabas que existen para iniciar un proceso. Consideramos que cualquier posible incremento en los juicios se vería compensado por la prevención (genérica y específica) de futuros daños. Esto porque los daños punitivos procuran influir sobre el ánimo de los dañadores para evitar la reiteración de conductas similares.

114 ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA, *Indemnización...*, op. cit.; GALDÓS, en su Comentario al artículo 1715, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir.: Ricardo Luis Lorenzetti, t. VIII, ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, t. VIII, pág.331; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Daños punitivos en el Derecho argentino. Artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor*, Lexis N° 003/0 38777 pág. 1198; del mismo autor: “Los daños punitivos”, Abledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 133; y a IRIGOYEN TESTA, *Fórmulas para cuantificar los daños punitivos*.

115 PIZARRO, *Daño moral...*, op. cit., págs. 399.

Entendemos que los destinatarios también pueden ser damnificados colectivos¹¹⁶. Alterini pretendía otorgarles el mismo destino que a las herencias vacantes¹¹⁷, aunque en el Proyecto de 1998 quedaron al arbitrio judicial.

Algunos autores critican esta imposición de multas en favor de las víctimas, basados en la idea de que los daños punitivos les generarían un enriquecimiento ilícito. Entienden que el resarcimiento es la medida del daño y que no puede servir para enriquecer al perjudicado superando tal medida. Además lo ven como un instituto extraño a nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁸. Otros propician una solución mixta, en la cual parte del dinero sea destinado a la víctima y otra parte a un fin distinto¹¹⁹. El Anteproyecto se inclinó por dejar la cuantificación de la condena por este rubro a la discrecionalidad judicial, pero enmarcada y limitada bajo ciertos parámetros.

c) Modo de fijar la indemnización

Algunos autores sostienen que la indemnización puede ser determinada en dinero o en especie, mientras que otros afirman que sólo puede ser dineraria¹²⁰. Esta última postura parece la más aceptable, debido a la naturaleza sancionatoria de la figura.

Se ha dicho que el juez podría otorgar distintas modalidades de pago: i) en cuotas: esta posibilidad ha sido aceptada por algunos autores, puesto que la Ley de Defensa del

116 En este sentido falló la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, dictado el 19 de noviembre de 2015, en autos caratulados: “Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios” y se manifestó QUAGLIA, *El daño punitivo...*, op. cit.

117 ALTERINI, Atilio, *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, pág. 604; citado por GALDÓS, en *Tratado...*, cit., t. III, pág. 281

118 TRIGO REPRESAS, *La prevención...*, op. cit., págs. 44 y 45. En este sentido: BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit.; DE CUPIS, *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*, trad. De la 2ª. Ed. Italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, ps. 328 y ss., N° 41; p. 753, N° 145, y p. 758, N° 146; ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de las Obligaciones*, trad. De Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1947, t.1, ps. 88 y ss.; FISCHER, Hans A, *Los daños civiles y su reparación*, trad. de W. Roces, 2, Librería General de Victoriano Suárcz, Madrid, 1928, p. 185, 14-1; HEDEMAN, J. W *Derecho de Obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 128, N° IV-b; LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. 1, p. 204, 14-III-c; MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. De la 5ª. Ed. francesa por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, t. 3, vol. I, ps. 599 y ss., N° 2401 y ss.; SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, ps. 227 y ss.; etc.

119 ANDRADA y HERNÁNDEZ, “Reflexión...”, op. cit., pág. 38.

120 COSSARI, *Cuantificación...*, op. cit.;

consumidor nada dice al respecto¹²¹; ii) en especie: se ha dicho que la prestación de servicios por parte del dañador, podría, en muchos casos, darle mayores beneficios a la víctima¹²².

Entendemos que su pago deberá ser dinerario y no podrá diferirse su cancelación, ya que el fin es sancionar.

En un fallo¹²³ se aplicaron fórmulas matemáticas. Se utilizó la siguiente ecuación:

$$D = C \times [(1 - pc) / (pc \times pd)]$$

Donde: **D** = cuantía de los daños punitivos a determinar; **C** = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; **pc** = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; y **pd** = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

Si bien las fórmulas matemáticas en algunos casos pueden servir como orientación para el juez, las “circunstancias del caso” abarcan muchos aspectos no contenidos en ellas. Es destacable la experiencia que tuvieron en el derecho laboral, donde ayudaron a mejorar los montos indemnizatorios y llevaron a un sistema más justo¹²⁴. Tienen la ventaja de otorgar previsibilidad al sistema. Pero es cierto que a veces las tarifas pueden desatender el caso particular, por lo que deben tenerse en cuenta las circunstancias. Andrada explica que “... el resultado propio de la aplicación de la fórmula pueda ser matizado, completado y aun corregido por el prudente criterio del juez a condición de que brinde fundamentos bastantes.” Por lo que considera necesario que en el pronunciamiento se vuelquen los argumentos para el necesario control y oportuno ejercicio del derecho de defensa de las partes¹²⁵.

En el supuesto que se presenta, no parecen correctos los parámetros utilizados: si bien en algunos casos los daños compensatorios pueden ser una guía, en otros importa más el “peligro” generado (por ejemplo, en el caso de una botella de gaseosa con algún objeto dentro

121 QUAGLIA, *El daño punitivo...*, op. cit.

122 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Derecho del Consumo*, Advovatus, Córdoba, 2008, p. 78.

123 C1aCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II ~ 2014-08-28 ~ C., M. C. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad de acto jurídico. Comentado por IRIGOYEN TESTA, Matías, en su trabajo *Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos*, publicado en LaLey 08/10/2014, 6 • LA LEY 2014-E, 497, Cita Online: AR/DOC/3569/2014.

124 ANDRADA, Alejandro D., *Indemnización por lesiones*, en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2015-2 “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, pág. 236.

125 ANDRADA, *Indemnización...*, op. cit., pág. 237.

de ella aunque el daño fuera ínfimo); también es importante tener en cuenta la gravedad de la conducta (el dolo debe ser castigado con mayor severidad), las ganancias que obtuvo el incumplidor, el cálculo económico que pudo haber realizado, etc.

9) Regulación legal

a) Proyecto de 1998

Incluyó a los daños punitivos en su artículo 1587, bajo el nombre de “multa civil”. Esta norma era bastante amplia, ya que reconocía tanto a los derechos individuales como a los de incidencia colectiva.

b) El tratamiento en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 2012

Había sido contemplada en el artículo 1714 del Anteproyecto, bajo el título de “Sanción pecuniaria disuasiva”. Allí se regulaba el instituto del siguiente modo: “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”.

Su ámbito era acotado, ya que se limitaba a aquellos supuestos en que se actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, se trataba de un evidente avance en la materia. Además se sustituía el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, por un artículo similar al 1714 del Anteproyecto, aunque referido a ese ámbito específico.

En los Fundamentos del Anteproyecto se explicitaron los motivos que llevaron a acotar el ámbito de aplicación: “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. b) El campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado. c) No hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil. d). Se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada "tragedia de los bienes comunes", es decir, no hay incentivos individuales para su tutela”.

A pesar de este razonamiento, muy válido por cierto, creemos que hubiera sido conveniente su regulación de un modo general.

Aquella norma tenía dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero estaba dado por ese “grave menosprecio”, que exigía algo más que la simple culpa. Debía existir una culpa grave, dolo, temeridad, negligencia grosera, cercana a la malicia¹²⁶. Para Galdós, el elemento objetivo “consiste en una conducta que produzca un daño de incidencia colectiva, que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad”¹²⁷.

En relación a la legitimación activa, se optó por requerir la petición de parte. Esta cuestión había sido discutida por la doctrina, que estaba dividida entre quienes exigían este pedido y aquellos que consideraban que podía actuar el juez de oficio. Consideramos que, por el carácter restrictivo de la sanción, siempre debería requerirse la petición de parte.

En los Fundamentos del Anteproyecto se hace referencia a la amplitud de la legitimación para reclamar. También se aclara que *parte* “...es una noción procesal, y por lo tanto un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no ira a su patrimonio), o sólo esto último”.

La indemnización debía ser fijada “prudencialmente” por el juez. El artículo comentado, en su parte final, otorgaba algunas pautas para su cálculo. Esta enumeración era notoriamente amplia, dado que aludía a las “circunstancias del caso”. La intención del

126 GALDÓS, Jorge Mario, *Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación*, publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 137, La Ley, cita online: AR/DOC/3839/2014

127 GALDÓS, *Las funciones...*, op. cit.

legislador pareciera ser la de dar algunos parámetros para orientar al juzgador, que podría tomar otros para cuantificar el monto indemnizatorio.

La última parte del artículo hacía referencia al destino que debía otorgarse a la sanción. Hemos visto que en los Fundamentos se explicitó la discordancia entre aquellos que sostienen que los daños punitivos: 1) pueden otorgarse en favor de la víctima, 2) ser distribuirlos entre el damnificado y un destino distinto 3) darles un destino colectivo, o 4) dejarlos en manos del juez. El “destino colectivo” pareciera referirse al Estado y otras instituciones. El Anteproyecto se inclinó por darle facultades al juzgador para que fije prudencialmente su monto. Sin embargo, en sus Fundamentos pareciera darse primacía, dentro de las opciones que tiene el magistrado, al destino colectivo. Allí se dijo: “El Juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo”.

En definitiva, consideramos que la norma comentada es muy amplia en este sentido y que debería haber consignado el destinatario de la sanción.

Allí se agrega que la sanción no es asegurable y que la Comisión prefirió dejar esta cuestión para la legislación especial, ya que se desconocía la posible evolución del instituto.

El texto fue eliminado al sancionarse el Proyecto de Código Civil del año 2014 y sólo se mantuvo su parte final, que se dividió entre los artículos 1714 y 1715. En el primero se le otorga la facultad al juez computar los montos de las multas en aquellos casos en que la "punición" resulte irrazonable o excesiva, a fin de fijar prudencialmente su monto. En el segundo se expresa que, en tal caso, podría dejar sin efecto -total o parcialmente- la medida.

Esta supresión fue motivada, entre otras razones, por la reticencia de cierta parte de la doctrina respecto de la aplicación de esta figura y por la decisión de excluir la normativa referente a los derechos de incidencia colectiva.

El dictamen de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación motiva esta supresión del siguiente modo: "se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto (art. 1714) con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones". Galdós opina que esto “no es aceptable porque sostiene que debe imponerla la autoridad administrativa y no los jueces, confundiendo la responsabilidad civil con las facultades de la autoridad de aplicación

para, por ejemplo, aplicar el "daño directo" del art. 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor..."¹²⁸.

A pesar de lo expuesto, en nuestro derecho aún existe la función sancionatoria, aunque no con la misma dimensión que hubiera tenido en caso de receptarse aquél instituto en el Código Civil.

c) Ley de Defensa del Consumidor

La reforma por ley 26.361 incorporó este instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, bajo el nombre de "Daños punitivos" y lo reguló en los siguientes términos: "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".

Este artículo ha recibido grandes críticas. Fue calificado por Vázquez Ferreyra como "un ejemplo de desprolijidad legislativa y despilfarro de errores conceptuales"¹²⁹. Según Mayo y Covi, la figura "...debió ser reservada para los supuestos de productos defectuosos, el mal funcionamiento de los servicios públicos o quizás para castigar los efectos nocivos de alguna otra actividad especial. Nada más"¹³⁰.

Habla de "multa civil", término que ha sido criticado por muchos autores, tal como se ha explicado con anterioridad.

Uno de los principales cuestionamientos reside en la amplitud de la norma. Sólo alude al incumplimiento de las obligaciones que tiene a cargo el proveedor. No exige una conducta especialmente desaprensiva ni de gravedad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que se necesita de un actuar intencional o con grave

128 GALDÓS, *Las funciones...*, op. cit.

129 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La naturaleza...*, op. cit.

130 MAYOy CROVI, *Penas...*, op. cit.

menosprecio hacia los derechos de las víctimas¹³¹. Otros agregan que la conducta podría calificarse por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito o un abuso de posición de poder¹³². Al respecto me remito a la opinión vertida en el punto V.1.b) de este capítulo, donde proponemos tener en cuenta también otras cuestiones.

El artículo precitado contempla la solidaridad en los supuestos en que más de un proveedor sea responsable del incumplimiento. Nuevamente la ley no califica el mismo. En consecuencia, y por las razones expuestas en el párrafo anterior, entiendo que sólo cabe imponer esta sanción a los sujetos que hayan incurrido en incumplimientos graves. Esta cuestión deberá indagarse respecto de cada uno de ellos¹³³.

También se ha debatido sobre la posibilidad de aplicar esta condena más de una vez. Bustamante Alsina, que defiende el carácter penal de la figura, entiende que "...el sujeto corre el riesgo de estar sometido a una doble condenación, violándose el principio constitucional del *non bis in ídem*, y al no quedar vinculados los daños punitivos a ningún elemento objetivo verificable se violaría el debido proceso legal (dueprocess of law)"¹³⁴. De tal modo, se estaría premiando a quien "llega primero"¹³⁵. Sin perjuicio de considerar que se trata de una sanción civil, concuerdo en que debe tenerse en cuenta la finalidad de este tipo de sanciones y, en consecuencia, no deben aplicarse más de una vez al mismo proveedor por el mismo tipo de incumplimiento¹³⁶. Obviamente, esto abarca a aquellos que se hayan configurado antes de la imposición de la multa. Si vuelve a reincidir en la misma conducta, el monto *debería aumentarse* a fin de lograr la prevención deseada.

Respecto del límite de cinco millones de pesos, entiendo que no corresponde la aplicación de techos cuantitativos, puesto que en algunos casos la sanción podrá ser

131 En este sentido: VÁZQUEZ FERREYRA, *La naturaleza...*, op cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, *¿Conviene...*, op. cit., pág. 88.

132 CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, op. cit., t. 6, pág. 323/324.

133 CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Derecho...*, op. cit., t. 6, pág. 324.

134 BUSTAMANTE ALSINA, *Los llamados...*, op. cit. Respecto del principio *non bis in ídem* se ha expedido la jurisprudencia en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, "Lespade, Carlos Matias c. Telecom Personal SA s/ daños y perj. incump. contractual (exc. estado)", 28/06/2016, La Ley Online, AR/JUR/43989/2016.

135 GALDÓS en *Código Civil...*, op. cit., pág. 331.

136 En el mismo sentido ALTERINI, Atilio Aníbal, *Rumbos actuales del derecho de daños*, LA LEY 01/10/2008, 01/10/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1295 - RCyS2008, 301, Cita Online: AR/DOC/2583/2008.

insuficiente¹³⁷ (esto fue lo que sucedió en el citado caso Teijeiro o Teigeiro¹³⁸, donde la Cámara debió disminuir el monto; tal injusticia se acrecienta en momentos de notoria inflación).

d) Ley de Responsabilidad del Estado

El artículo 1 de la ley 26.944 dispone en su última parte: “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Galdós explica que hay dos interpretaciones posibles: a) que se refiere a las sanciones conminatorias; y b) que alude a los daños punitivos regulados en la Ley de Defensa del Consumidor. Para la primera postura la multa civil sería aplicable contra el Estado y para la segunda no¹³⁹. En una primera lectura, el artículo parecería referirse a las reparaciones punitivas, puesto que las denomina de modo idéntico al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, el autor precitado explica: “La primera interpretación se funda, esencialmente, en el debate legislativo, especialmente en los informes y dictámenes de la minoría. Tiene en consideración que cuando los legisladores en el debate aludían a la sanción pecuniaria disuasiva se referían a las astreintes o sanciones conminatorias, equiparando ambos institutos [...] Además afirma que la ley no puede referirse a la sanción pecuniaria disuasiva, ya que fue suprimida del Código Civil y Comercial y, en todo caso, si el legislador quería prohibir la función sancionatoria, debió denominarla daño punitivo o multa civil, que son las dos acepciones contenidas en el art. 52 bis, LDC. De ese modo se interpreta que —por un error conceptual— cuando el art. 1º, ley 26.944, si refiere a la sanción pecuniaria disuasiva, debe leerse y entenderse que está aludiendo a las astreintes. [...] Esta interpretación está reforzada por las menciones doctrinarias efectuadas en el seno debate legislativo que remiten a distintos trabajos sobre astreintes o sanciones conminatorias, y por los ejemplos que se utilizan argumentalmente aludiendo a las sanciones que los jueces imponen a los funcionarios para garantizar el cumplimiento de las sentencias o mandatos judiciales [...] de cualquier forma la norma resulta inconstitucional porque la prohibición de imponer astreintes al Estado y a los funcionarios públicos resulta arbitraria y lesiva de la

137 En el mismo sentido se manifestó Alterini en la obra citada.

138 Juzgado 1º inst.Civ. Com. 5ª Nominación Córdoba, 23/3/2011, "TeijeiroóTeigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.", LL 2012-C, 64. (La cursiva me pertenece).Cita Online: AR/DOC/2140/2014

139 GALDÓS, Jorge M., en *Tratado...*, t. III, pág. 272.

garantía de acceso a la jurisdicción y afecta el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 43, CN)...¹⁴⁰.

De conformidad con tales argumentos, coincidimos con el autor en que los daños punitivos pueden ser aplicados al Estado

CONCLUSIONES

Luego de analizado el tema, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1.- La función sancionatoria es constitucional y es compatible con nuestro derecho civil.

2.- Se relaciona íntimamente con la prevención del daño, puesto que uno de sus principales fines es prevenir futuros incumplimientos.

3.- Si bien el derecho anglosajón es muy diferente al nuestro, la figura encaja perfectamente en el sistema argentino, con las adecuaciones correspondientes.

4.- La adopción de este instituto para el derecho civil en general, con sanciones razonables y legitimación activa a la víctima, no generaría un aumento desmedido de la litigiosidad. Por el contrario, en caso de regularse de otro modo, no cumpliría con su finalidad preventiva. Los damnificados no tendrían incentivos para reclamar y los dañadores seguirían incumpliendo.

5.- No procede ante cualquier incumplimiento: se requiere dolo o culpa grave; a nuestro entender, también sería viable en otros supuestos, como cuando existe un grave peligro para la salud pública o un daño de notoria magnitud.

6.- El Código Civil y Comercial de 2012 fue una gran oportunidad desechada. Consideramos que hubiera sido ideal una regulación general, similar a la del Proyecto de 1998.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J, LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones", 2ª. Ed. AbeledoPerrot, Bs. As. 1998.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Rumbos actuales del derecho de daños*, LA LEY 01/10/2008, 01/10/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1295 - RCyS2008, 301, Cita Online: AR/DOC/2583/2008.

ANDRADA, Alejandro D. y HERNÁNDEZ, Carlos A., *Reflexión sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, RCyS, 2000-33.

140 GALDÓS, en *Tratado...*, op. cit., t. III, pág. 272.

ANDRADA, Alejandro D., *Indemnización por lesiones*, en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2015-2 “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”.

BUERES, Alberto J. y PICASSO, Sebastián, “La función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos”, en *Daño punitivo*, Revista de Derecho de Daños, Nro. 2011-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2011, Doctrina online.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada - Reimpresión, AbeledoPerrot, 1997.

CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., en *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina*, publicado en La Ley 06/08/2013, 1; LA LEY 2013-D, 1079; Cita Online: AR/DOC/2780/2013.

COSSARI, Maximiliano, *Cuantificación de los daños punitivos en la jurisprudencia estadounidense y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, RCyS, 2012-XIV-12.

GALDÓS, Jorge Mario, *Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación*, publicado en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 137, La Ley, cita online: AR/DOC/3839/2014

IRIGOYEN TESTA, Matías, *Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos*, publicado en LaLey 08/10/2014, 6 • LA LEY 2014-E, 497, Cita Online: AR/DOC/3569/2014.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el Derecho Argentino?*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVIII, segunda época, N° 31.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los Daños Punitivos*, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe.

- MAYO, Jorge A. y CROVI, Luis D., en *Penas civiles y daños punitivos*, en “Daño punitivo”, Revista de Derecho de Daños 2011-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2011.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *La “ multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998*, Buenos Aires, La Ley 2000-B , 1277, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo VI , 1585, Cita Online: AR/DOC/9139/2001.
- PICASSO, Sebastián ,*Sobre los denominados daños punitivos*, publicado en: La Ley 13/11/2007 , 1 , La Ley 2007-F , 1154 ,Cita Online: AR/DOC/3272/2007.
- PICASSO, Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- PICASSO, Sebastián, *Objeto extraño en una gaseosa y los "daños punitivos"*, publicado en: LA LEY 25/06/2014 , 5 • LA LEY 2014-D , 24, en comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 2014-04-15 , “ Teijeiro. (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A”. s/ abreviado - otros - recurso de casación
- PIZARRO, Ramón D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las distintas ramas del derecho*. Reimpresión, colección Responsabilidad Civil, Vol. 17, 2000.
- PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Hammurabi, 1999.
- QUAGLIA, Marcelo C, *El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la Ley de Defensa del Consumidor*, publicado en La Ley 21/12/2015 , 7 Cita Online: AR/DOC/4453/2015, en comentario al fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín ~ 2015-11-19 ~ Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios.
- STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos (dir.), *Tratado de derecho del consumidor*, Ed. La Ley, 2015.
- TRIGO REPRESAS, Félix A, “Daños punitivos”, en *La responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., “La prevención y el daño punitivo”, en *Prevención del daño*, Revista de Derecho de Daños, Nro. 2008-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La naturaleza jurídica de los daños punitivos”, en *Daño punitivo*, Revista de Derecho de Daños 2011-2, Santa Fe, RubinzalCulzoni, , 2011, Doctrina Online.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad por daños”, Depalma, Buenos Aires, 1993.

Colecciones de Derecho

Nro. 4 – Año 2016 - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA
Rosario – Argentina
ISSN 2408-4735

**USUCAPIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS AUTOMOTORES, EN EL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Eduardo Molina Quiroga *

RESUMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación regula la prescripción adquisitiva como un modo de adquisición de los Derechos Reales por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre una cosa mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley. En el CCyCN podemos distinguir una prescripción larga, cuyo tiempo de posesión se mantiene en veinte años y una modalidad de prescripción adquisitiva breve, cuando existe justo título y buena fe, que se produce sobre inmuebles, por la posesión durante diez años. A ella debe agregarse el supuesto de las cosas muebles hurtadas o perdidas, en que el plazo es de dos años (art. 1898 CCyCN). Otro supuesto es el de las cosas registrables, cuando han sido inscriptas, en que el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título, con lo que se unifica el CCyCN con el sistema vigente en materia de registración de automotores. Finalmente se incorpora una prescripción especial para las cosas registrables no inscriptas

ABSTRACT The National Civil and Commercial Code regulates acquisitive prescription as a method of acquiring Real Estate through uninterrupted possession for the time required by law. The National Civil and Commercial Code distinguishes between long-term possession, which requires 20 years of uninterrupted possession and short-term prescription, which requires possession of real estate property for ten years, good faith and just title. In addition, in the case of stolen or lost personal property, in order to ripen into ownership, possession must be in the role of the owner for two years (section 1898 of the NC&CC). Another assumption is that of registrable property. In this assumption, where such property has been registered, the prescription period starts running on the date of registration of just title. Thus, the provisions of the NC&CC are harmonized with the current system of registration of automobiles. Finally, the code incorporated the special prescription for non- registrable property.

* Abogado, Doctor en Derecho Civil UBA, Profesor regular Elementos de Derechos Reales UBA. Colaborador de la Comisión redactora del Código Civil y Comercial en el punto 27: Registración de automotores. Docente de posgrado. Autor entre otras obras de Régimen jurídico del automotor (en coautoría con Lidia Viggiola), Ed. La ley -3ra. Edición: 2015 y Manual de Derechos Reales, Ed. La Ley, 2015.