

DAÑO PUNITIVO: ROL PREVENTIVO Y HERRAMIENTAS PARA SU CUANTIFICACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO

Por Franco Nicolás Michi¹

Fecha de recepción: 14 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 14 de junio de 2022

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/cw1r6oabd>

Resumen

El presente trabajo corresponde a la disertación pronunciada por el autor en la III Jornada de Investigación en Derecho: desafiando barreras, activando propuestas, realizada en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) el 10 de junio de 2022 vía Zoom Institucional.

A través del trabajo se pretende determinar en qué medida son necesarios los aportes del AED a los fines de eficientizar la función preventiva de los daños punitivos en Argentina. Con este propósito se plantea como hipótesis que el daño punitivo posee una eminente función preventiva que admite dotarse de las herramientas de

¹ Abogado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Sede Trelew (UNPSJB). Especialista en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Justicia Constitucional y Derecho Humanos (Bolonia, Italia). Doctorando en Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Docente (UNPSJB). Miembro del Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Investigador de UCES en el Proyecto de Investigación “La naturaleza jurídica del daño punitivo y su cuantificación en la jurisprudencia argentina”, bajo la dirección de la Dra. Graciela Ritto y co-dirigida por los Dres. Juan Cruz Expósito y Gastón Cejas (UCES).

cuantificación que propone el Análisis Económico del Derecho a los fines de lograr mayor eficiencia en su aplicación en el Derecho del consumidor argentino.

El análisis se realiza mediante un abordaje metodológico que parte de un diseño no experimental y explicativo.

Abstract

This work corresponds to the dissertation given by the author at the III Conference on Research in Law: challenging barriers, activating proposals, held at the University of Business and Social Sciences (UCES) on June 10, 2022 via Institutional Zoom.

Through the work, it is intended to determine to what extent the contributions of the AED are necessary in order to make the preventive function of punitive damages in Argentina more efficient. With this purpose, it is proposed as a hypothesis that punitive damage has an eminent preventive function that allows to equip itself with the quantification tools proposed by the Economic Analysis of Law in order to achieve greater efficiency in its application in Argentine Consumer Law.

The analysis is carried out through a methodological approach that starts from a non-experimental and explanatory design.

Resumo

Este trabalho corresponde à dissertação proferida pelo autor no III Congresso de Pesquisa em Direito: desafiando barreiras, ativando propostas, realizado na Universidade de Ciências Empresariais e Sociais (UCES) em 10 de junho de 2022 via Zoom Institucional.

Através do trabalho, pretende-se determinar em que medida as contribuições da AED são necessárias para tornar mais eficiente a função preventiva dos danos

punitivos na Argentina. Com este propósito, propõe-se como hipótese que o dano punitivo tem uma função preventiva eminente que permite munir-se das ferramentas de quantificação propostas pela Análise Econômica do Direito para alcançar maior eficiência em sua aplicação no Direito do Consumidor Argentino.

A análise é realizada através de uma abordagem metodológica que parte de um desenho não experimental e explicativo.

Palabras claves

Derecho del consumidor, daño punitivo, cuantificación, análisis económico del derecho.

Keywords

Consumer law, punitive damage, quantification, economic analysis of law.

Palavras chave

Direito do consumidor, dano punitivo, quantificação, análise econômica do direito.

1. Breve introducción al sistema de daños

Para dar comienzo a la exposición resulta necesario advertir la estructura basal sobre las que se construye el nuevo sistema de daños.

Así, partimos de la base de entender que desde el advenimiento del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) la prevención ocupa un rol primordial y prioritario dentro de las funciones del derecho de daños. Como decía Zavala de González (2011), el objetivo de todo sistema de reacción contra perjuicios injustos es

impedir que estos ocurran. Ello trae de la mano un Derecho genérico a no ser víctima. Dicho, en otros términos, una vez acaecido, el daño no se borra, por más eficiente que sea la compensación, sino que se transfieren sus consecuencias.

En base a esta última idea, se entiende que el derecho de daños pasa de centrarse en el daño causado a los daños o perjuicios sufridos. Es decir, el foco del renovado y moderno derecho de daños está colocado en la víctima o potencial víctima en cada caso. Esta es la nueva matriz e ideología que impregna al sistema del derecho de daños. En tal sendero, readecua la filosofía de sus funciones y despliega un nuevo escenario que pasa de la responsabilidad civil al derecho de daños.

A raíz de ello, también opera un significativo cambio en el sistema de daños desde lo que implica la técnica legislativa implementada en el CCCN. Los mismos redactores aclaran en la exposición de motivos de la ley que sanciona al CCCN, que se realiza un viraje hacia un código principiológico, ya no asentado en derechos subjetivos expresos y absolutos. Esto también tiene enormes incidencias, ya que los mismos principios que imperan en el derecho de daños, cobran una entidad distinta, (por ejemplo, el principio de reparación integral) más aún, cuando se asiste a una interpretación constitucionalizada del derecho, que pasa de una concepción patrimonialista (propia del código velezano) hacia una concepción de neto corte personalista (ej. arts. 51 y 52 del CCCN). Todo lo cual derriba en gran medida las rígidas fronteras entre el derecho público y privado.

2. Introducción al tema de exposición: metodología

A los fines de ordenar y simplificar la exposición, es dable estructurar su desarrollo desde dos pilares temáticos, que pese a separarlos, se encuentran íntimamente implicados. Uno de ellos corresponde al desarrollo de la función preventiva del derecho de daños como eminente función del daño punitivo, y por otro,

la implementación de fórmulas matemáticas para su cuantificación conforme las propuestas del AED.

En este sentido, nos proponemos como objetivo general, determinar en qué medida las fórmulas de cuantificación del AED son necesarias a los fines de efficientizar la función preventiva de los daños punitivos en el Derecho del consumidor argentino. Derivándose de ello, una serie de objetivos específicos: realizar una descripción funcional del instituto, establecer la transversalidad de la función preventiva, identificar las oscilaciones legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales, determinar la precisión semántica del instituto, proponer un esquema superador respecto a la naturaleza sancionadora del instituto, identificar pautas teóricas básicas del AED que contribuyan a nuestro análisis.

En síntesis, nos preguntamos: ¿en qué medida son necesarios los aportes del AED a los fines de efficientizar la función preventiva de los daños punitivos en Argentina?

A la postre asistiremos a corroborar que ambos pilares estructurales de la exposición, conforman una dualidad inescindible, ya que, como sostenemos con nuestra hipótesis: “El daño punitivo posee una eminente función preventiva que admite dotarse de las herramientas de cuantificación que propone el Análisis Económico del Derecho a los fines de lograr mayor eficiencia en su aplicación en el Derecho del consumidor argentino”.

Con este propósito sostenemos que las fórmulas matemáticas brindan una solución práctica, que efficientiza el efecto práctico de la función preventiva en el marco del derecho del consumidor argentino. En esta misma lógica, arribaremos a la idea de que la utilización de las mismas, por lo tanto, efficientiza al derecho del consumo.

Todo el análisis, será desandado mediante un abordaje metodológico que parte de un diseño no experimental y explicativo.

Por otro lado, en la segunda parte, desarrollaremos sintéticamente los aportes realizados por el AED en cuanto a la función preventiva en general, y en cuanto a las fórmulas matemáticas de cuantificación en lo específico.

En este último sentido, hacemos la aclaración de que no haremos un desarrollo exhaustivo de las fórmulas, sino solamente se presentará a los fines gráficos con la intención de no exceder los tiempos fijados para la exposición.

Por último, no podemos dejar de anunciar que el presente trabajo constituye un avance del Proyecto de Investigación llevado a cabo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) titulado “La naturaleza jurídica del daño punitivo y su cuantificación en la jurisprudencia argentina”, bajo la dirección de la Dra. Graciela Ritto.

3. Desarrollo

En primera medida, es dable resaltar que el abordaje de los daños punitivos no está exento de complejidad. Oscila entre fervientes y extremas posturas; quienes los incluyen como función del derecho de daños y aquellos que los niegan rotundamente por considerarlo ajenos a la órbita del derecho privado.

Más que adentrarnos en conceptos formales, y muchas veces incompletos, pretendemos realizarnos la siguiente pregunta práctica y funcional sobre el instituto: ¿qué es lo que se pretende dismantelar con la aplicación de los daños punitivos? La respuesta grosso modo es que se intenta conseguir el objetivo de desbaratar a la lógica empresarial (proveedores) de que les resulte más económico reparar en los casos singulares que prevenir para la generalidad, en líneas generales hablaremos de los potenciales usuarios o consumidores.

Por ende, mediante el presente instituto se pretende imponer una sanción económicamente significativa para cumplir con tales fines, lo cual, ya demuestra la implicación que tiene con una correcta y adecuada cuantificación de los mismos. Así,

veremos que la cantidad encuadrable no debe ser ni menor ni mayor. No debe ser menor porque no cumple el efecto disuasivo, y no debe ser mayor porque implicaría una decisión injusta para el endilgado responsable.

Asimismo, sin adentrarnos a un análisis minucioso que excedería los fines de la exposición, es dable expresar que la figura del daño punitivo encuentra recepción legislativa en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Por otro lado, sufrió diversos vaivenes legislativos con anterioridad a la sanción del CCCN. Receptándose en un primer momento, pero solo para derechos de incidencia colectiva, para ser luego, borrado de un plumazo quedando las actuales disposiciones vigentes en un limbo que se han prestado para mas confusiones que certezas.

Dentro de la investigación que realizamos proponemos realizar un viraje desde el cual se han asentado históricamente los debates del instituto. Es decir, siempre la inclusión/exclusión se encontró en la discusión de la naturaleza primigenia de los daños punitivos: “la naturaleza punitiva o sancionatoria” que bien sabemos no es bien receptada en materia de derecho privado.

Por nuestro lado, partimos de un análisis práctico del instituto (fiel al sistema de derecho desde el cual dimana; Common Law). Y para eso, consideramos pertinente las siguientes observaciones:

Para ello partimos de la idea de que, pese a que el daño punitivo tiene desde su génesis un carácter sancionador, nosotros consideramos que la finalidad primigenia y fundante del daño punitivo es la prevención. Por ende, a la hora de analizar pragmáticamente al instituto, debemos ponderar la función principal y fundamental del mismo.

Así, autores como Irigoyen Testa (AED), también consideran a la prevención, como la función principal del daño punitivo, que se traduce en niveles de prevención deseables socialmente, mientras que la accesorio sería la función sancionatoria, que vendría a operar cuando después de aplicadas las indemnizaciones compensatorias,

como un plus complementario respecto a los ilícitos lucrativos, es decir, se traduce en una condena en dinero extra compensatoria.

Entonces, si hablamos de partir desde un punto de vista práctico del instituto, debemos atender a la efectiva disuasión (o prevención como veremos) que impera sobre el endilgado como responsable y con respecto a los terceros que se encontrarían desalentados o desanimados a realizar acciones similares a futuro.

Ello no puede soslayarse desde un punto de vista macro del funcionamiento del mercado (dentro de un sistema capitalista), en el cual, todos y todas sabemos que existe una fórmula perversa que es intrínseca a la lógica de la conducta del mercado (“mayor rédito a menor costo”) en el cual, el ilícito lucrativo, en tanto no reaccione el derecho, deviene en una estrategia lógica para las empresas. Por ende, lo práctico está en que el derecho debe reaccionar sobre estas asimetrías, siendo el daño punitivo una poderosa herramienta para ello.

En este sentido, entender al derecho desde un punto de vista práctico es entender que existen fenómenos injustos que requieren respuestas jurídicas. Que en la medida que sean razonablemente adecuadas, pueden, y deben, ser implementadas a los fines de equilibrar las asimetrías de poder de las relaciones jurídicas.

4. Análisis semántico ¿disuasión o prevención?

Sintetizando lo expuesto en la investigación, adelantamos que consideramos que el término “prevención” posee mayor amplitud y funcionalidad que el término “disuasión” dentro del análisis de la función principal del instituto.

Para arribar a dicha conclusión, partimos de la idea de que la función preventiva de los daños punitivos posee una doble dimensión. Por un lado, los efectos del instituto recaen sobre el sujeto endilgado como responsable (el cual despliega una conducta ya sea activa u omisiva), mientras que, por otro lado, también lo hacen sobre los terceros (ajenos a la relación jurídica).

Atento a ello, sostenemos que la voz “disuasión” no es incorrecta, empero deviene incompleta. ¿Por qué? Porque conforme a la RAE, “disuadir” significa inducir a alguien a desistir de un propósito. Mientras que “prevenir” posee otras acepciones (que en el caso nos juegan a favor). Veamos este último término.

Si consideramos las acepciones de la RAE sobre el término “prevenir”; en la tercera expresa: “precaer”, “evitar”, “estorbar” o “impedir” algo. Mientras que la cuarta acepción, refiere a “advertir”, “informar”, o avisar a alguien de algo.

Por ende, de lo expuesto podemos concluir que las acepciones de la palabra “prevenir” resultan más adecuadas para darle satisfacción a la doble dimensión preventiva de los daños punitivos que sostenemos.

En síntesis: la dimensión o efecto que recae sobre el endilgado responsable se traduce en “precaer”, “evitar”, o “impedir” acerca de la responsabilidad que implica la medida que tomó o debió tomar. Mientras que, para la dimensión o efecto respecto a terceros, el vocablo “prevenir” se manifiesta en su otra acepción: “informar” o “advertir”. Esta última es la función que tiene la aplicación del daño punitivo en terceros y potenciales agentes dañosos. En palabras llanas: “fíjate como esta sanción te advierte de que si haces lo mismo que aquel sancionado te va a pasar esto”. Esto es informar o advertir a aquellos.

En conclusión: sin ser incorrecto el término disuasión, consideramos que el término prevención abarca integralmente al concepto y funcionalidad de las dimensiones de la función preventiva del instituto.

5. Breve aportes desde el Análisis Económico del Derecho (AED)

Ya hace algunas décadas, la ciencia jurídica ha echado manos a nuevos horizontes epistemológicos como la sociología o la economía para darle mayor “rigor” a sus aportes. En esta interdisciplinariedad, la economía reviste un enorme campo en

extensión en el derecho, lo cual se constata con el protagonismo que ha tenido dentro del derecho de daños, en materia de cuantificación de los mismos.

Posner (2013), uno de los referentes del AED, parte su análisis del “*homo economicus*” (minimización de pérdidas, maximización de ganancias) de lo que llama “incumplimiento eficiente”; si resulta más beneficioso incumplir (ley o contrato) que cumplirlo, se optará por el incumplimiento.

6. La prevención general y especial del AED

En síntesis: la diferencia grosso modo entre una y otra es que en la general *deterrence* se está en presencia de una operación mental de costo beneficio que el potencial dañador realiza, en la cual, por su propia voluntad decide o no llevar adelante una determinada actividad en base a un análisis de costo/beneficio. Mientras que en el *specific deterrence* (más severa que la anterior) opera a través de una coacción estatal que restringe directamente las posibilidades de decisión del agente. Ej: secuestro, clausura de fábrica.

7. Nuestra visión respecto al 1710 del CCCN

Siguiendo este razonamiento, el art 1710 del CCCN posee una doble dimensión preventiva. Por un lado, evitar un daño (actuación ex ante al acaecimiento de un posible perjuicio) que se traduce en que el daño no llega a existir. Por otro lado, el artículo contempla la posibilidad de evitar que un determinado daño acaecido, continúe agravándose. Por ende, son dos situaciones distintas dentro de una misma función.

Así, consideramos que, en el primer caso, llamada función preventiva propiamente dicha opera una general *deterrence* (amparado en el manto moralizante del art. 19 de la Constitución Nacional *Alterum non laedere*), mientras que cuando

existe un daño en curso, y por mandato judicial (de acción o abstención) se solicita su cese, opera la *specific deterrence*.

En esta lógica, en el instituto del daño punitivo, consideramos que, en la medida que se apliquen en los casos específicos multas significantes (*specific deterrence*) se logrará una eficiente y coherente aplicación jurisprudencial de los daños punitivos que, se comprobará en el tiempo como parte de la situación de la prevención general del potencial dañador (*general deterrence*). De esta manera se logrará convencer al dañador que le resulte más económico evitar el daño, que causarlo.

8. Ejemplificación de la fórmula matemática para cuantificar daños punitivos aplicada en la jurisprudencia

En primer lugar, es necesario comprender que las fórmulas matemáticas no son otra cosa que una herramienta para cumplir una función. ¿Y de que función hablamos en este caso? Que se cumpla con la finalidad preventiva- disuasiva.

Ejemplo de ello es el fallo Castelli, en el cual se reformuló de oficio la cuantificación del daño punitivo impuesto al Banco Galicia, por no cumplirse con la finalidad preventiva.

En este fallo el juez Peralta Mariscal aplicó la siguiente fórmula:

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

En la cual, cada variable significa lo siguiente:

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;

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

Tal fórmula fue reiterada en el fallo “Frisicale, María Laura contra Telecom Personal S.A. sobre daños y perjuicios. En “Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perjuicios”. Se ha reiterado en dos casos más de Bahía Blanca, dos en Necochea y otro en Concepción del Uruguay. Entre otros.

En este sentido, la utilización de fórmulas matemáticas acotará la base abstracta de la actividad judicial (discrecionalidad), brindado por otro lado, mayores posibilidades de argumentación (incluso desde la apelación) y, por ende, mayor perfectibilidad sobre el monto eficiente.

9. Conclusión

En primer lugar, es dable partir de la conclusión arribada de que el daño punitivo tiene una función preventiva (principal) y una sancionatoria (accesoria).

Asimismo, sostenemos la existencia de una directa relación entre la función preventiva y la adecuada cuantificación del daño punitivo, a los fines de cumplir el objetivo del instituto; prevenir, evitar, desalentar y desanimar acciones similares a futuro.

Ahora bien, ¿cómo se hace para calibrar y eficientizar la cuantificación para dar cumplimiento a la función preventiva del daño punitivo? Utilizando fórmulas matemáticas que nos permitan un número más preciso y además posibilite argumentar y explicar la ruta del razonamiento judicial que arriba a una determinada resolución.

Por ende, el AED propone un sistema de pensamiento conductual/económico que posibilita aplicar herramientas eficientes al derecho de daños. Así, los daños punitivos satisfacen ampliamente la necesidad de disuadir conductas injustas producidas por una actividad, optimizando el análisis conductual de costo/beneficio para las decisiones sucesivas (lógica económica).

Por ende, el daño punitivo, deviene una cimera herramienta jurídica, acorde al engrosamiento de la función preventiva, que goza de un prioritario y transversal rol, no solo en el CCCN, sino también en sus restantes microsistemas del derecho de daños.

Así, los daños punitivos, no obstante conservar sus detractores, no se puede desconocer como un instituto práctico y efectivo que opera como nivelador o equilibrador de relaciones asimétricas, sobre todo, en donde operan sistemas protectorios como el derecho de consumidor.

Ahora bien, a los fines de dejar abierta la idea, si seguimos en esta lógica protectoria, ¿por qué no expandir la utilización de los daños punitivos dentro de los derechos de tercera generación como el derecho ambiental?

10. Bibliografía y fuentes de información

10.1 Bibliografía

Posner, R. (2013). *Análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica de

Zavala de González, M. (2011). Función preventiva de daños. *Revista La Ley*, 2011(E), 1116-1137.

10.2 Fuentes de información

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 2.
“Frisicale, María Laura c/ Telecom Personal S.A. s/ daños y perjuicios”.
Sentencia 15/08/2017.
<http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4892>

Cam. De Apel. En lo Civ. y Com. De Bahía Blanca, sala I. “Castaño, María Alejandra c/ Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perj. incump. contractual. Sentencia 06/10/2016.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, “C., L. A. c. Provincia Seguros S.A. s/Cumplimiento de contrato. Sentencia 31/10/2018. El Derecho Digital (96269).

Cámara Nacional Comercial, sala D. “R., S. F. y otros c. Banco Santander Río S.A. s/ordinario”, sentencia 27/10/2017. El Derecho, 28/02/2018, nro. 14.357.

Cámara en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, “E., N. E. c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/Daños y Perjuicios”. Sentencia 27/07/2017). El Derecho Digital (93991).

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, “J., A. A. c. BHN Vida S.A. y otro s/cumplimiento de contrato”. Sentencia 02/03/2021). Lejister- IJ-MCCXLVII-764.

Cámara Nacional Comercial, Sala F. “T., A. D. c. Paz Automotores S.R.L. y otros s/ordinario”. Sentencia 09-02-2017. El Derecho Digital (90771). Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Corte Suprema de Estados Unidos. “State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell”. Sentencia 07/04/2003. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>

Ley 24.240 de defensa del consumidor.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley 24.430 Constitución de la Nación Argentina.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>