



LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO MEDIANTE FÓRMULAS COMO HERRAMIENTA TÉCNICA PARA INCREMENTAR SU APLICACIÓN (*)

Por Esteban Javier ARIAS CÁU (**) y Sofía NASIF (***)

Sumario: I.- Generalidades. II.- Concepto y regulación en el régimen legal de la ley de defensa del consumidor (Ley N° 24.240). III.- La cuantificación del daño punitivo. IV.- Nuestra propuesta. V.- Banco de pruebas. VI.- Conclusiones.

I.- GENERALIDADES

El régimen del consumidor se constituyó en una fuente jurídica renovadora ante la rigidez de los códigos decimonónicos introduciendo aires renovadores al ámbito subjetivo de los derechos fundamentales y reconfigurando el derecho de las obligaciones como la responsabilidad por daños. En este último sentido, incorporó dos nuevos rubros, como el daño directo (art. 40 *bis*, LDC) y el daño punitivo (art. 52 *bis*, LDC).

A partir de sanción del Código Civil y Comercial, el derecho del consumidor forma parte de su texto, adquiriendo una arquitectura jurídica más extensa y haciendo necesario una retroalimentación hermenéutica entre ambos textos legales: Código Civil y Comercial como la ley N° 24.240.

En esta oportunidad, por tanto, corresponde indagar si es necesario o no reformular el instituto jurídico de los daños punitivos y en qué medida teniendo en cuenta que —a once años de su vigencia— todavía existen pocos y señeros fallos de esta sanción ejemplar.

II.- CONCEPTO Y REGULACIÓN EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR (LEY N° 24.240)

II.1 Concepto

A los efectos de ingresar al análisis de la figura, podemos brindar una noción conceptual del daño punitivo, siguiendo las preclaras notas reseñadas por el profesor Pizarro, quién afirmó que se trata de “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 futuro¹”.

(*) Sobre la base de la ponencia presentada en la Comisión N° 4 “Derecho del consumidor”, de las “XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” realizadas en el mes de septiembre de 2019, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), Santa Fe (Argentina). Se ha modificado el formato para

De la noción antedicha es factible extraer las siguientes notas caracterizantes: a) Son sumas dinerarias²; b) Por ilícitos graves cometidos por el demandado; c) Accesorias de la indemnización de daños concedida al damnificado; d) Destinadas a prevenir hechos similares³; e) Punir graves inconductas⁴.

Es decir, desde un punto de vista teórico, el daño punitivo se configura como una suma reparatoria, de carácter accesorio, excepcional⁵ y que exige un factor subjetivo agravado para su concesión por los tribunales.

En virtud de su origen foráneo⁶ los trabajos doctrinarios sobre el instituto eran escasos en nuestro país, por lo general, manifestándose a favor o en contra⁷ para el

transformarlo en artículo de doctrina y fue publicado en *Microjuris*, sección doctrina, septiembre 23 de 2019, MJ-DOC-15059-AR | MJD15059.

(**) Abogado (Univ.Nac.Tucumán), Magister en Derecho Empresario (Univ. Austral), Profesor Asociado Derecho Civil III “Contratos” y Profesor Adjunto de “Derecho de usuarios y consumidores” (Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS). Secretario Sede Jujuy, “Instituto Región Noroeste” perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Juez de Cámara Civil y Comercial del Poder Judicial de Jujuy (Argentina)

(***) Abogada (Univ.Nac.Córdoba). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Mediadora (FIME). Prosecretaria - Poder Judicial de Jujuy.

¹ PIZARRO, Ramón D., “Daños punitivos” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos (dirs.), *Derecho de daños. Libro homenaje al Profesor Doctor Félix Trigo Represas*, segunda parte, La Rocca, Bs. As., 1993, págs. 287-337. Este trabajo es calificado como un verdadero mojón o hito de un camino (*landmark*) ya que significó un antes y un después del instituto. Conf., LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª edición, AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, pág. 327. Luego en la nota 36, el autor tucumano le efectúa algunas críticas: “El trabajo, sin embargo contiene algunas inexactitudes, como ser que la mayoría de la jurisprudencia se inclina por no admitir la asegurabilidad de los daños punitivos, o que en materia contractual no se permiten los daños punitivos”.

² Cfr., CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Bs. As., 2009, pág. 21: “Puede decirse que los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesorio, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”.

³ URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Daños punitivos ¿Una quiebra del sistema de responsabilidad civil?”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 10*, Editorial: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas, 2018, pág. 333: “Los daños punitivos cumplen dos funciones. En primer lugar, castigar al agente del daño por conductas especialmente reprobables; y, en segundo término, disuadirle a él y a los terceros de llevar a cabo conductas similares en el futuro”.

⁴ OVALLE PIEDRA, Julieta, *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*, 1ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2001, pág. 131: “Los *punitive damages* constituyen un tipo de pena impuesta al demandado cuando el demandante es capaz de probar que su daño resultó de una conducta intencional y reprobable del demandado (...) en algunos casos una negligencia grave es suficiente; en otros se requiere que la conducta sea dolosa”.

⁵ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 22: “Amén de accesorios, los daños punitivos son de aplicación estrictamente *excepcional* (...) Además en el mismo proceso hay que probar que concurren otras circunstancias, por ejemplo, la actitud del dañador hacia la víctima, su malicia, temeridad, o la actividad dañosa, teniendo en cuenta el mayor beneficio obtenido después de pagar las indemnizaciones”. El autor tucumano insiste permanentemente sobre este carácter.

supuesto de su futura incorporación al régimen patrio, pero siendo un objeto de estudio *exclusivo* para los especialistas.

II.2 Incorporación del daño punitivo al régimen argentino (art. 52 bis, Ley N° 24.240)

A partir de su consagración normativa en abril de 2008, vía sanción de una relevante modificación al régimen de la ley de defensa del consumidor (ley N° 26.361⁸), la temática adquirió actualidad y un evidente efecto práctico ante la posibilidad concreta de su imposición. Así, fue establecido con el siguiente texto:

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

La doctrina, sin embargo, a poco de comenzar su análisis detectó severas falencias de técnica legislativa, a saber: a) Cualquier incumplimiento del proveedor a sus obligaciones legales o contractuales habilitaba, en principio, su imposición; b) La denominación de “daño punitivo” en el epígrafe y de “multa civil” en el texto era susceptible de crítica; c) El término “podrá” dejaba mucho margen al juez para su concesión, a pesar que fuera pedido y debidamente fundamentado por el damnificado; d) La multa civil nacía, por razones de política legislativa, con un techo⁹ fijo de cinco millones de pesos careciendo de actualizaciones automáticas o criterios objetivos de aumento no discrecionales; e) Se establecía la responsabilidad solidaria ante un mismo hecho causado por varios proveedores, sin tener en cuenta su efectiva participación en el ilícito, dejando para ello las acciones de regreso sobre dicha determinación *in concreto*.

⁶ Es un instituto jurídico que proviene del denominado *common law* por oposición al derecho continental europeo o *civil law*. Conf., URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Daños punitivos ¿Una quiebra del sistema...”, cit., pág. 334: “De Inglaterra este instituto se trasladó a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos de América en donde se extendió rápidamente al punto que a mediados del siglo XIX los daños punitivos eran ya una pieza fundamental y consolidada del Derecho de daños norteamericano y lo siguen siendo hoy en día. Es pues una institución típica del *Common Law*, principalmente de los Estados Unidos de América”.

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LA LEY 1994-B, 860.

⁸ Artículo incorporado por el art. 25 de la Ley N° 26.361 (B.O. 7/4/2008).

⁹ ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio S., “Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos”, LA LEY 05/09/2014, 4; La Ley Online AR/DOC/2443/2014: “De modo previo, a nuestro juicio constituía un acierto de la redacción original la eliminación del tope máximo de cinco millones de pesos. En primer término, porque rechazamos, en general, los topes indemnizatorios. En segundo lugar, porque si sostenemos que la multa civil o daño punitivo debe tener una finalidad preventiva, disuasiva, ejemplificadora y sancionatoria dicha suma máxima no cumplirá dicha función en caso de daños colectivos de gran impacto, empresas monopólicas, oligopólicas o presencia destacada en un mercado determinado u otros supuestos de especial trascendencia social”.

Por supuesto, además de las falencias técnicas detectadas, surgieron cuestionamientos de índole constitucional¹⁰ que paralizaron, de modo momentáneo, su aplicación por parte de los jueces y de este modo se conspiró en contra de su doble finalidad, tanto preventiva como sancionadora, de aquellas conductas desaprensivas del proveedor de bienes y servicios. De otro lado, también fue susceptible de crítica su encapsulamiento sólo en el régimen de defensa del consumidor y no en el derecho de daños en general.

III.- LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO

III.1 *El análisis económico del derecho como herramienta idónea*

El análisis económico del derecho es una herramienta idónea y útil para la cuantificación del daño punitivo en su doble¹¹ función *preventiva* y *sancionadora* de la conducta ilícita del proveedor, y a nuestro juicio, se retroalimentan. Por ello, con razón se expresó —por Irigoyen Testa— que cuando la disuasión-prevención no ha logrado el efecto perseguido comenzará a surtir efectos la función sancionatoria¹².

III.2 *La cuantificación como instrumento de seguridad jurídica*

El vocablo *cuantificar* significa, según la Real Academia Española, “[e]xpresar numéricamente una magnitud de algo¹³”. En el ámbito de la responsabilidad civil en general el momento más difícil y sensible es aquél en el cual se establece o se determina la suma dineraria que tendrá carácter indemnizatoria, de la mentada responsabilidad plena, siempre que se hayan probado los presupuestos que hacen nacer la obligación de responder.

Para ello, los abogados y jueces se valen de fórmulas para tener parámetros objetivos de las sumas que reclamarán o concederán, respectivamente. Así, por ejemplo, en materia jurisprudencial se registran modelos o arquetipos de tal naturaleza en los conocidos precedentes “Vuoto¹⁴” y “Méndez¹⁵”, en cuya virtud fueron utilizadas para establecer el monto de la indemnización por daños a la integridad psicofísica. En otras palabras, expresaron numéricamente el daño sufrido mediante el uso de variables objetivas con el agregado de las razones que justificaran, jurídicamente, su resultado económico¹⁶.

¹⁰ PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, LA LEY 2007-F, 1154. A favor de la constitucionalidad del instituto en el derecho argentino remitimos al enjundioso estudio de LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., págs. 357-369.

¹¹ ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Un nuevo avance en materia de daños punitivos”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año 2, N° 3, junio de 2011, pág. 115.

¹² IRIGOYEN TESTA, Matías, “Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos”, JA 2006-II-1024; cita online: 0003/012583. Cfr., LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 183: “Sin embargo, si los daños punitivos se fijan por encima del nivel óptimo pasamos de la subdisuasión a la sobredisuasión (*overdeterrence* u *overkill*). En estas circunstancias el daño punitivo pasa a ser igual de dañino que la situación que tiende a combatir porque los precios se incrementan o la producción se reduce”.

¹³ Real Academia Española, www.rae.es

¹⁴ CNTrab., sala III, 16/06/1978 in re “Vuoto, Dalmero S. y otro v. AEG Telefunken Argentina S.A.I.C.”, Sentencia N° 36010.

¹⁵ CNTrab., sala III, in re “Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/accidente”, Sentencia N° 89.654.

¹⁶ Conf., PONS, Marcela V. “Utilización de fórmulas para calcular daños punitivos”, SJA 10/08/2016, 10/08/2016, 131; cita online: AP/DOC/520/2016: “La posibilidad que ofrecen las fórmulas, en el sentido

III.2.1 Ventajas y desventajas de la utilización de fórmulas matemáticas

El sistema, sin embargo, tiene sus detractores quienes por lo general se valen de nociones jusfilosóficas¹⁷. Así, quienes se oponen a la utilización de fórmulas, han señalado el riesgo que no alcancen una reparación integral del daño causado en virtud de su formulación objetiva o cerrada que impide la consideración de circunstancias particulares, obrando de modo contrario a la justicia¹⁸.

En cambio, del lado de sus sostenedores se apoyan en el análisis económico del derecho¹⁹ y destacan su formulación objetiva, que brinda una razonable seguridad jurídica a los litigantes y parámetros²⁰ de una eventual negociación, sin depender del criterio unilateral y aleatorio del juzgador. Así, desde la Universidad Nacional del Sur, los profesores Acciarri e Irigoyen Testa²¹ enseñan, que las formulas no reducen el razonamiento, si no que le brindan una *claridad superior* a una forma distinta de expresión. Asimismo, señalan que un procedimiento no es jurídicamente correcto por contemplar circunstancias particulares, sino por resistir un proceso argumentativo

de exponer explícitamente las variables utilizadas para llegar a un resultado, tornando más visible su revisión, sumado a la obligatoriedad que recae en cabeza de los jueces de brindar fundamentos y razones que justifiquen por qué se arriba a determinado importe y no a otro, las hace aparecer como la herramienta más adecuada a esos fines”.

¹⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. IV, 7ª edición, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, Lima, 2001, t. I, pág. 92 y sig.: “Las tesis sostenidas por los partidarios de la corriente denominada *Law & Economics* son difícilmente aceptables. De un lado, sus razonamientos están basados en un mercado ideal que no parece corresponder a ninguna realidad social; menos aún a la de un país como el Perú donde las transacciones se encuentran obstruidas por múltiples trabas y donde la mentalidad utilitaria no es el patrón psicológico de comportamiento ni aun entre los grupos más directamente influenciados por el liberalismo capitalista (...) De otro lado, no parece posible mantener realístamente ese afán de ‘pureza’ del razonamiento económico (que nos recuerda mucho, en tanto que actitud, a la teoría ‘pura’ del Derecho planteada por KELSEN). Para bien o para mal, el razonamiento en estas materias tiene siempre un carácter social. Esto significa que nada es ‘puro’: el Derecho no puede ser entendido sin un recurso a la economía, pero tampoco la Economía puede ser entendida sin un recurso a lo que una determinada cultura considera justo, a los valores que esa cultura quiere respetar”.

¹⁸ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 158: “... la justicia conmutativa que reclama la equivalencia de las contraprestaciones...” Cfr., ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción por Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 273: “La justicia, en consecuencia, no puede ser una pauta jurídico-política o un criterio último para juzgar una norma. Afirmar que una norma es injusta, como hemos visto, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella”.

¹⁹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 181 y sig., con referencia exclusiva a los daños punitivos. En pág. 187 expresa: “Matemáticamente la fórmula es la siguiente: los daños totales son iguales a la suma de daños dividida por la probabilidad de que el demandado sea declarado culpable”.

²⁰ ARIAS CÁU, Esteban J. – NIETO, Matías L., *Cuantificación del daño. Región NOA, La Ley*, Buenos Aires, 2017, pág. 2: “Importa, además, una tarea compleja tanto para el magistrado como para aquellos que precisan de una base de negociación seria y razonable para conciliar y transigir sobre estas cuestiones. Por ello, la teoría de la apreciación del daño debe orientarse a brindar reglas y pautas que sean de utilidad para los operadores jurídicos y los justiciables, permitiéndoles al mismo tiempo obtener la ansiada seguridad jurídica”.

²¹ ACCIARRI, Hugo A. - IRIGOYEN TESTA, Matías, “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes”, LA LEY 2011-A, 877.

abierto, rematándose: “El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo²²”,

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de 2014, esta última posición doctrinaria ha tenido un fuerte espaldarazo normativo en lo que se refiere a la cuantificación de las lesiones (art. 1746) y teniendo como contrapartida el deber de los jueces de fundar razonablemente sus sentencias (art. 3).

III.2.2 Pautas concretas de cuantificación (arts. 49 y 52 *bis*, LDC)

El art. 52 *bis* se limita a señalar que el daño punitivo “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso” dejando un amplio margen interpretativo al juez, quién conforme los hechos relevantes probados determinará la mentada gravedad del mismo. Por ello, con buen criterio, la doctrina siempre matizó la defectuosa técnica mediante la remisión a las pautas del art. 49 (LDC), a saber: 1º) El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor²³ o usuario; 2º) La posición en el mercado del infractor; 3º) La cuantía del beneficio obtenido; 4º) El grado de intencionalidad; 5º) La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; 6º) Reincidencia; 7º) Las demás circunstancias relevantes del hecho²⁴.

Empero, el límite máximo de su concesión no fue una decisión acertada de política legislativa, por varios motivos: a) El techo o límite máximo de \$ 5.000.000 carecía de un método de actualización por inflación; b) El límite máximo se configuró como un punto de referencia²⁵ para valorar *ex ante* el costo de una conducta ilícita y, a partir de allí, hacer un análisis económico previo del costo-beneficio.

III.2.3 Fórmulas para el daño punitivo

En las conclusiones del “XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (2011)”, al abordarse el tópico para los daños punitivos, por unanimidad, se dijo: “Para que la cuantía de los daños punitivos no sea inferior ni exceda el monto necesario para

²² ACCIARRI, Hugo A. - IRIGOYEN TESTA, Matías, “La utilidad...”, cit., LA LEY 2011-A, 877.

²³ La redacción escueta del art. 52 *bis* trajo como consecuencia este interrogante, sobre quién podía considerarse damnificado: ¿El consumidor considerado individualmente o también procede ante la petición de una asociación de defensa del consumidor inscrita? Ampliar en ARIAS CÁU, Esteban J.-GARZINO, María C., “Una nueva polémica sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y el daño punitivo”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, Junio 2014, págs. 136-152, nota a fallo CNCom., sala D, 08/11/2013, “Asociación Protección Mercado del Sur -Proconsumer- c. Garbarino S.A.I.C. s/ ordinario”, La Ley online: AR/JUR/83623/2013.

²⁴ JUNYENT BAS, Francisco; GARZINO, María C., “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”, LA LEY 19/12/2011, 1: “... cada caso concreto arroja una serie de dificultades, pues deben tenerse en cuenta las pautas que surgen del art. 49 de la LDC que si bien refiere a la sanción administrativa resulta útil para considerar también la sanción punitiva”.

²⁵ En neurociencia esto se denomina como *efecto anclaje*. Conf., FROS CAMPELO, Federico, *El cerebro del consumo*, Ediciones B, Bs. As., 2015, pág. 145: “Este es el secreto cognitivo de cómo funciona el anclaje: el cerebro toma siempre un primer parámetro como evidencia y después evalúa toda pieza de información adicional *comparativamente* en función de la conclusión inicial que ya extrajo. Estas piezas de información adicional tienen menos peso a la hora de reconfigurar lo que el cerebro ya asumió como modelo de la realidad”.

cumplir con la función de disuasión, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan cumplir con aquella función²⁶”.

Uno de los autores que más se ha dedicado a los daños punitivos y su cuantificación ha sido sin duda Matías Irigoyen Testa²⁷, quién ha propuesto la fórmula siguiente:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

Las variables son: “D” = daño punitivo 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 sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio, en virtud de su carácter accesorio o no autónomo.

La fórmula fue utilizada por los tribunales, por ejemplo, en los autos “Castelli” y entre sus fundamentos se dijo: “Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado (...) Tampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor²⁸”.

IV.- NUESTRA PROPUESTA

Por nuestra parte, nos parece que hay que dar una vuelta de tuerca más y proponemos la fórmula siguiente:

$$D.P.= \{CB * [(a/b/1000) + (c*d)]\} / e * f$$

Explicamos a continuación las variables utilizadas:

“D.P.” = “daño punitivo a determinar”. “CB” = “Canasta Básica²⁹” o “Canasta Básica Total³⁰” que publica el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas (INDEC).

²⁶ “XI Congreso Internacional de Derecho de Daños”, AABA, celebrado en la Universidad de Buenos Aires los días 2 y 3 de junio de 2011.

²⁷ IRIGOYEN TESTA, Matías, “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en CASTILLO CADENA, Fernando y REYES BUITRAGO, Juan (coord.), *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, págs. 27-61. Este trabajo resultó acreedor del prestigioso premio internacional “Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía”, año 2011, <http://www.derechouns.com.ar/?p=3912->), quien mejoró la fórmula tradicional propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (Cooter, Robert D., “Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?”, 40 Ala. L. Rev. 1143 1988-1989)

²⁸ Cam.1º Ap.Civ.Com.Bahía Blanca, 28/08/2014 in re “Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico”, Expte. N° 141404. Posteriormente, también se utilizó en Cam.2º Ap.Civ.Com.Bahía Blanca, 15/08/2017 in re “Frisicale, María Laura c/ Telecom Personal SA s/ daños y perjuicios”, Expte. N° 148485.

²⁹ Hemos decidido tomar como base la CBT, por tratarse de un concepto omnicompresivo de las necesidades que viven los consumidores, que se actualiza constantemente y que deviene aplicable en todo el país.

“a” equivale al “perjuicio” en los términos del art. 49 LDC. Es decir que el magistrado deberá ponderar el tipo de molestia ocasionada, ya que no será igual el daño que derive para instalar un servicio domiciliario a que el consumidor ingiera un producto en mal estado³¹.

“b” equivale a “posición en el mercado”. A tales efectos, distinguimos entre “pequeño” proveedor, “mediano” proveedor y “gran” proveedor, según la clasificación efectuada por la ley N° 24.467, que tendrá los siguientes valores:

Micro y pequeña empresa (pequeño proveedor)	Mediana Empresa (mediano proveedor)	Monto que supere el máximo establecido para la mediana empresa (gran proveedor)
3	2	1

“c” equivale a “cuantía del beneficio”. A modo de ejemplo, una gran empresa que incurra en “micro daños” se verá más beneficiada, ya que la probabilidad de ser demandado es menor y la repetición de acciones reprochables es frecuente. En este punto efectuamos la clasificación en: leve, moderado y alto:

Leve (beneficio)	Moderado (beneficio)	Alto (beneficio)
1	2	3

“d” equivale a “grado de intencionalidad³²”. Esta variable depende del análisis subjetivo de la conducta desplegada por el dañador, conforme las circunstancias del caso. Por lo tanto, será merecedor de una mayor pena quien incurra en dolo directo; dolo eventual; como también culpa grave. Efectuamos la clasificación en: bajo, moderado y alto:

Bajo (culpa grave)	Moderado (dolo eventual)	Alto (dolo directo)
1	2	3

“e” equivale a “gravedad de riesgos o perjuicios sociales”. Esta variable expresa el impacto social de la acción u omisión grave desplegada por el proveedor. A modo de ejemplo, no recibirá la misma pena la empresa láctea que fabrique yogures cuya composición química tenga efectos cancerígenos, y sabiéndolo, el proveedor la lanza al mercado; de aquél fabricante de automotores con defectos de fabricación.

³⁰ La noción de esta variante es: “La canasta básica alimentaria (CBA) se ha determinado tomando en cuenta los requerimientos normativos kilocalóricos y proteicos imprescindibles para que un varón adulto, de entre 30 y 60 años, de actividad moderada, cubra durante un mes esas necesidades. (...) Para determinar la canasta básica total (CBT) se amplía la CBA, considerando los bienes y servicios no alimentarios. La estimación se obtiene mediante la aplicación del coeficiente de Engel (CdE), definido como la relación entre los gastos alimentarios y los gastos totales observados en la población de referencia”. Los montos de la “Canasta Básica” pueden consultarse en <https://www.indec.gob.ar/>

³¹ CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos...*, cit., pág. 205.

³² LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos...*, cit., pág. 317: “Sólo el dolo o la culpa grave (factores agravados de atribución) justifican los daños punitivos”.

Efectuamos la clasificación en: cero riesgo, bajo riesgo, riesgo moderado, alto riesgo, según los casos:

Cero riesgo	Bajo riesgo	Riesgo moderado	Alto riesgo
3	2	1	0

“f” equivale a “reincidencia³³”. El inconveniente para cuantificar la reincidencia es que un consumidor se verá beneficiado por el daño que sufrió un anterior consumidor. Así, una vez comprobada la reincidencia la misma se clasificará en: esporádica o muy frecuente:

No hay reincidencia	Reincidencia Esporádica	Reincidencia frecuente
1	2	3

Conviene recordar que en el régimen procesal del consumidor rige el principio de carga probatoria dinámica o inversión de carga de la prueba a favor del consumidor (art. 53, tercer párrafo, LDC). Es decir, si el consumidor invoca y existen presunciones suficientes de la reincidencia en contra de algún proveedor, será este último quien deberá arrimar a la causa elementos de convicción suficiente para comprobar que no incurrió en reiteración de hechos que infrinjan la LDC.

Por último, advertimos que no hemos incorporado dentro de nuestra fórmula la variable “circunstancias del caso”, quedando a cargo del juez su determinación, conforme las pautas brindadas.

V.- BANCO DE PRUEBAS

El Sr. “X” leyendo un diario de amplia circulación de su ciudad tomó conocimiento de una promoción realizada por una Agencia de Turismo que ofertaba una semana en Mar del Plata, en un hotel “todo incluido”, con vista al mar y a un precio razonable. Celebró el contrato con la agencia, pero al arribar al hotel, constató que el servicio “todo incluido” requería desembolsar una suma de dinero considerablemente superior a la promocionada. De regreso a su ciudad, realiza los reclamos pertinentes ante la Agencia, quién hizo caso omiso. Ante ello el Sr. “X” demanda con fundamento en la LDC, y solicita se condene a la accionada al pago de una indemnización por incumplimiento contractual con más daños punitivos.

Previa acreditación de una relación de consumo (elemento subjetivo, objetivo y destino final), el juez hace lugar a la pretensión, y entiende que en los obrados se encuentra suficientemente probada la reprochabilidad de la conducta, por resultar violatoria de lo establecido en los arts. 8, 8 *bis* y 10 bis LDC con más los arts. 1092, 1093 y 1100 del CCyC por tratarse de una publicación engañosa, habiéndose violado el trato digno del consumidor. El magistrado entiende que los perjuicios ocasionados al consumidor equivalen a la suma de pesos veinte mil (\$20.000), que se trata de una *mediana empresa*, que el beneficio es *moderado* por tratarse de un caso en el que existe un grado de probabilidad de ser demandado, que el grado de intencionalidad es *alto* ya que el fin de la publicidad era engañar al consumidor, que los perjuicios sociales son de

³³ Recordemos que la norma establece que “se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de CINCO (5) años”.

bajo riesgo y que no ha logrado probarse reincidencia. Advertimos, que el monto que tomaremos en concepto de Canasta Básica Total es el último monto arrojado por el INDEC.

$$D.P.= \{CB * [(a/b/1000) + (c*d)]\} / e * f$$

$$D.P.= \{25.205,03 * [(20000/2/1000) + (3*2) / 1000]\} / 2 * 1$$

$$D.P. = \{25.205,03 * [(10) + (6)]\} / 2 * 1$$

$$D.P. = \{25.205,03 * [(16)]\} / 2 * 1$$

$$D.P. = \{403.280,48\} / 2 * 1$$

$$\mathbf{D.P.= \$201.640,24}$$

Por lo tanto, la condena será una indemnización de \$20.000 con más \$201.640,24 en concepto de daño punitivo, advirtiéndose una proporción de diez veces más y de casi 5% del máximo de la escala del art. 47 *in fine* LDC.

VI.- CONCLUSIONES:

Proponemos que las “XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” declaren:

De lege lata

1º) Que la incorporación del daño punitivo al régimen de defensa del consumidor en el año 2008 (ley Nª 26.361) constituyó un avance notable en la protección del consumidor, a pesar de su defectuosa técnica legislativa, habilitándose al juez a imponer una sanción ejemplar ante la grave conducta del proveedor.

2º) Que la imposición de un tope legal de \$5.000.000 significó una desacertada decisión de política legislativa que, además de la carencia de su incremento automático conforme pautas previas y objetivas, conspiró para su deficiente aplicación por el juzgador, agregándose a ello la imprecisión de los criterios o requisitos de imposición.

3º) Que resulta necesario establecer criterios matemáticos objetivos (ej. fórmulas) que sirvan de pautas para el juez a fin de imponer la sanción punitiva y preventiva.

4º) Que a tales efectos, el análisis económico del derecho posee las herramientas adecuadas para ello y conjuntamente a los principios y valores del régimen protectorio, servirán de apoyo para su adecuada y justa aplicación.

De lege ferenda

1º) Proponemos que una futura reforma derogue el tope legal de \$5.000.000 y, en consecuencia, no se imponga límite alguno para los daños punitivos.

2º) Proponemos que una futura reforma dicte una norma que contenga una fórmula matemática para el cálculo de los daños punitivos a fin de brindar seguridad jurídica y medios para su debido control judicial

3º) Proponemos la fórmula siguiente:

$$\mathbf{D.P.= \{CB * [(a/b/1000) + (c*d)]\} / e * f}$$