

**Voces:** DAÑO PUNITIVO ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ LEY ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DAÑO ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ INDEMNIZACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ DERECHO COMPARADO ~ ESPIRITU DE LA LEY ~ GRADUACION DE LA PENA

**Título:** ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?

**Autor:** Irigoyen Testa, Matías

**Publicado en:** RCyS2009-X, 16

**I. Introducción.- II. El artículo 52 bis de la LDC: "el juez podrá".- III. ¿Cuándo el juez debe imponer una condena por Daños Punitivos?.- IV. La función de los Daños Punitivos.- V. La conducta gravemente reprochable.- VI. Conclusiones.**

**Abstract:** De la literalidad del artículo 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor no se puede inferir directriz alguna dirigida al juez sobre cuándo debe hacer lugar a una condena por DP. No obstante, una vez que el magistrado se encuentra habilitado para entender sobre el fondo de la cuestión, el mismo debe analizar, resolver y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el juicio que lo ocupa, la imposición de los daños punitivos.

## I. Introducción

Este trabajo se centra en la interpretación del nuevo artículo 52 bis de la Ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) (1), Ley de Defensa del Consumidor (a continuación, LDC); específicamente, sobre la admisibilidad de los Daños Punitivos (en adelante, también, DP). Se pretende brindar respuestas a los siguientes interrogantes: 1) ¿cuándo el juez puede entender sobre la necesidad o conveniencia de los DP?; 2) ¿cuándo el magistrado debe imponer una condena por DP?

Consideramos que la normativa en análisis presenta cierta oscuridad interpretativa, sobre todo con respecto a la segunda de las cuestiones planteadas. En consecuencia, se evidencia un manifiesto riesgo de que los operadores del derecho arriben (en cuanto a la admisión de los DP) a conclusiones jurídicas desacertadas y divergentes. Por lo tanto, en pos de la seguridad jurídica, se considera provechoso que exista una interpretación adecuada, consensuada y, de ser posible, uniforme sobre el mandato legal dirigido al juez que se desprende de dicho artículo.

En primer lugar, señalamos que no coincidimos con la exégesis que se lleva a cabo en la primera sentencia argentina de segunda instancia que acepta la procedencia de los DP. La Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en "Machinandarena Hernández Nicolás c. Telefónica Móviles Argentina S.A. s/Daños y Perjuicios" (27/05/2009), citando textualmente al distinguido Profesor Federico Alvarez Larrondo, (2) manifiesta: "Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción [daño punitivo], la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más" (3) [La bastardilla nos pertenece].

Contrariamente, entendemos que el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor es sólo una condición sine qua non para que el magistrado se encuentre facultado para entender sobre el fondo de la cuestión y valorar sobre la eventual necesidad o conveniencia, en el caso particular sometido a juicio, de una condena por DP. En contraposición a la interpretación efectuada por la Cámara de Apelaciones mencionada, entendemos que aquella circunstancia fáctica (además de la instancia del damnificado), por sí misma y "nada más", no es suficiente para que el magistrado pueda considerar que deba (como imperativo legal) imponer una multa civil, sin que sea necesaria ninguna justificación jurídica adicional para arribar a la convicción fundada en Derecho de que el demandado "merezca la citada sanción". Por lo tanto, en este trabajo se pretende demostrar que cualquier sentencia dictada en contra a lo expuesto precedentemente, podría ser tachada de arbitraria.

## II. El artículo 52 bis de la LDC: "el juez podrá"

Siguiendo la teoría de Hans Kelsen sobre la estructura de la norma jurídica (como juicio hipotético), (4) se podría afirmar que la norma primaria (5) (fundamental para Kelsen) (6) es un imperativo dirigido al juez en forma de mandato, que lo obliga, verbigracia en el caso de las sanciones penales, a castigar al delincuente, cuando se tengan por acreditados, con respecto al mismo, los supuestos fácticos requeridos por el tipo penal (7).

Sin embargo, a diferencia de lo que acontece en el Derecho penal (impregnado por la rigidez de la materia) (8), los DP poseen flexibilidad a la hora de ponderarse sobre la posible necesidad o conveniencia de su imposición. En este caso, estamos ante una norma primaria (siguiendo el razonamiento kelseniano) (9) sin fuerza imperativa para el juzgador. El Derecho positivo argentino, artículo 52 bis de la LDC, prescribe que el juez puede (pero no que debe) condenar por DP una vez que se den (y se acrediten) los supuestos de hecho exigidos por la ley: instancia realizada por el damnificado e incumplimiento por parte del proveedor (con el consumidor) de sus obligaciones legales o contractuales.

Por supuesto, en un Estado de Derecho, en particular en un sistema republicano de gobierno (10), el juez no

podría ejercer esa opción y decidir condenarlo no por DP sin una fundamentación expresa (no arbitraria) basada en Derecho (11). El magistrado no se halla dispensado de expresar los argumentos que explican el fundamento jurídico por el cual llega a un particular dictamen (y no a otro), correspondiéndole brindar información sobre la eventual legalidad de su acto jurisdiccional (12). Por lo tanto, una sentencia que imponga o deniegue una condena por DP (previamente peticionada por el damnificado), basada "nada más" en que el proveedor no cumplió "con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" podría ser tachada de arbitraria (13).

### III. ¿Cuándo el juez debe imponer una condena por Daños Punitivos?

De la literalidad del artículo 52 bis de la LDC no se puede inferir directriz alguna dirigida al juez sobre cuándo debe hacer lugar a una condena por DP. No obstante, una vez que el magistrado se encuentra habilitado para entender sobre el fondo de la cuestión (14), el mismo debe analizar, resolver y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el juicio que lo ocupa, la imposición de los DP.

Se podría afirmar que el magistrado debe interpretar el artículo 52 bis, conforme con el "espíritu de la ley", (15) la "voluntad del legislador" (16) o la "finalidad perseguida por la ley" (17), atendiendo a la función que debe cumplir la figura en estudio (18), según lo define y justifica la doctrina comprada y nacional de los DP (fuente material del Derecho) (19).

Lo expuesto se fundamenta en la hermenéutica jurídica nacional que se desprende del artículo 16 del Código Civil (20) y de la jurisprudencia pacífica actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual, recientemente, en "Aban, Francisca América c. ANSES" (11/08/2009), reitera: "Que es jurisprudencia de este Tribunal que en la interpretación de la ley ha de tenerse en cuenta el contexto general y los fines que aquella persigue (Fallos: 267:215) (LA LEY, 125-293) y que con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de sus objetivos (Fallos: 308:2246, entre muchos otros); también ha dicho que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)" (21) [La bastardilla nos pertenece].

Asimismo, existen indicios suficientes para entender que, más allá de la ambigüedad conceptual que presentan, el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" o la "finalidad perseguida por la ley" convergerían (y nunca se apartarían), en general, en la aspiración del logro de la función de los DP desarrollada por la doctrina especializada. Por lo tanto, la deseabilidad del cumplimiento de esta función es lo que motivaría a la norma ("ratio legis") y justificaría su creación (22). Así, en primer lugar, como presunción cierta de lo indicado, se destaca que el nuevo artículo 52 bis denomina esta multa civil conforme con la designación empleada por la doctrina dominante comparada (23) y nacional (24): "Daño punitivo". En segundo lugar, como acreditación concluyente de lo expuesto, en los Fundamentos del Proyecto de Ley que incluye el artículo en estudio (25) y del Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación que tratan a dicho Proyecto, (26) se explica que: "el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del derecho anglosajón" [la bastardilla nos pertenece] (27).

### IV. La función de los Daños Punitivos

La función que deben cumplir los DP está directamente vinculada con la teoría sobre la admisibilidad (y monto) de la figura en estudio. Aquella determina los requisitos para la admisibilidad de los DP (y las variables significativas para calcular su cuantía).

Desde la "Doctrina Jurídica Tradicional" (28) (en adelante, también, DJT) en contraposición al "Análisis Económico del Derecho" (a continuación, AED), se ha destacado que las funciones del Derecho de daños deben ser la prevención, la compensación y la sanción. La primera, persigue una solución ex ante; las dos últimas buscan alternativas ex post después del acaecimiento del hecho dañoso (29).

Coincidentemente, desde el AED, podríamos afirmar que el sistema de responsabilidad debería cumplir, al menos, con una primera función principal: la de disuasión o prevención que minimice los costos sociales, para reducir, hasta el nivel óptimo, (30) los daños tolerables en una sociedad (conforme con los niveles de actividad y de prevención deseables). Asimismo, según el criterio de eficiencia perseguido, podríamos sostener que es deseable, bajo ciertos supuestos, una segunda función principal, que es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas (31). Por último, podríamos admitir la deseabilidad de una última función accesorio, que es sancionatoria. En principio, la primera función principal (disuasoria) se logra mediante la segunda función principal (compensatoria) y, excepcionalmente, cuando ésta es insuficiente o inadecuada para crear los incentivos de prevención óptimos, la función accesorio (sancionatoria) es necesaria para alcanzar el cumplimiento de la función principal disuasoria.

En particular, con respecto a la función que deben cumplir los DP (tanto desde la DJT (32) y el AED (33)), se podría distinguir una función principal y otra accesorio. La función principal es la disuasión (específica y general) de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo

expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley (34) y del Dictamen de las comisiones de la Cámara Diputados de la Nación (35) (que examinan de forma particular el Proyecto) destacan que: "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad".

Por otra parte, la función accesoria de los DP sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición, tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria (la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria). Así, en los Fundamentos ya mencionados, (36) se explica que los DP "consisten en una sanción de multa".

Además, se podría afirmar que esta función accesoria sancionatoria sigue la suerte de la principal disuasoria (37). Por lo tanto, cuando la indemnización por daños y perjuicios (función compensatoria) no es suficiente para cumplir con la función de disuasión del Derecho de daños debido a "errores de aplicación"(38) del Derecho, es necesario que los DP entren en escena para aportar su función principal preventiva mediante una sanción pecuniaria (función accesoria).

Desde la DJT, aquellos llamados "errores de aplicación" del Derecho podrían traducirse como la inexistencia de una disuasión suficiente (para prevenir daños no tolerables socialmente) con condenas exclusivas de daños y perjuicios. Por otro lado, desde el AED, aquellos "errores de aplicación" pueden entenderse como una baja probabilidad (menor que el ciento por ciento) de que el dañador sea condenado por el valor total del daño causado y/o esperado (39). En la práctica (tanto desde la DJT y el AED), los "errores de aplicación" del Derecho tendrán lugar, por ejemplo, cuando existan desaciertos en la valoración de la prueba, infravaloración del daño causado, (40) inadecuado acceso a la justicia (41), imperfecta información disponible, débiles incentivos para accionar, (42) etcétera.

Finalmente, ante supuestos fácticos contrarios a los señalados, se podría afirmar también que si la condena exclusiva por daños y perjuicios es idónea para satisfacer la función de disuasión del Derecho de daños (al no existir "errores de aplicación"), (43) entonces, la condena por DP carece de fundamento jurídico conforme con su finalidad principal disuasoria y accesoria sancionatoria que, como indicamos, seguiría la suerte de la principal.

## V. La conducta gravemente reprochable

Desde la DJT y la jurisprudencia en general, se coincide en exigir, para la admisibilidad de los DP, una conducta gravemente reprochable por parte del dañador; es decir, dolo directo —malice—, dolo eventual —recklessness— o culpa grave —gross negligent—. Concordantemente, los Fundamentos del Proyecto Ley y del Dictamen legislativo citados ut supra (44) indican que la finalidad de los DP es "desbaratar la perversa ecuación" [económica del proveedor] y, por lo tanto, se está requiriendo un comportamiento con dolo (o culpa grave, cuyas consecuencias son asimilables, en nuestro Derecho civil, a aquéllas correspondientes al dolo) (45).

En el Derecho comparado, el Tribunal supremo de Estados Unidos de Norte América dejó sentadas algunas directivas sobre la admisibilidad de los DP: 1) En 1996, (46) manifestó que debe tenerse en consideración el grado de reprochabilidad (reprehensibility) de la conducta del demandado. 2) En 2003, (47) expresó que la razonabilidad de una condena por DP surge: a) de haber existido o no un daño físico en vez de un daño patrimonial; b) de que el dañador evidenció o no un comportamiento con indiferencia (indifference) o con dolo eventual (recklessness) en contra de la salud o la seguridad de terceros; c) de la prueba existente en autos, pudiéndose demostrar en juicio la conducta del demandado en otros estados (de aquél país), para acreditarse el actuar del demandado en el estado donde se produjo el daño (siempre que aquel comportamiento tenga un nexo con el daño específico padecido por el demandante). 3) En 2007, (48) especificó que aquella prueba por daños a terceros ajenos al pleito sólo será procedente para determinar la reprochabilidad (reprehensibility) de la conducta del demandado y el riesgo de su comportamiento para la sociedad, pero nunca para determinar la cuantía de la figura en estudio.

Por otra parte y según adelantamos, en el Derecho argentino, entendemos que la jurisprudencia actual sobre los DP es inexacta con respecto a la exégesis que debe llevarse a cabo del artículo 52 bis de la LDC. Por un lado, el primer fallo de primera instancia (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8, Departamento Judicial de Mar del Plata), confirmado por su respectiva Cámara de Alzada, tiene en consideración para la admisión de los DP "la indiferente actitud de la empresa" y que con los DP "se alentará a la pronta y efectiva adopción de los arbitrios necesarios y suficientes para evitar su repetición —siguiendo en tal consideración los postulados de la doctrina autoral especializada"(49). Por otro lado, la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (sala II), que confirma la anterior resolución, va más allá en su interpretación del artículo 52 bis de la LDC, al citar textualmente al Profesor Federico Alvarez Larrondo y afirmar que "para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más"(50) [La bastardilla nos pertenece]. Sin embargo, la mencionada Cámara, al interpretar el artículo analizado con un alcance amplio (sin justificación a nuestro entender), no desconoce que "existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de

enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.)<sup>(51)</sup> [La bastardilla nos pertenece].

Conforme con lo manifestado por la Cámara, la doctrina nacional especializada sobre los DP sigue a aquella del derecho comparado. Así, ya desde las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de hace una década, la doctrina dominante nacional sobre los DP viene manifestando que "es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero"<sup>(52)</sup> [La bastardilla nos pertenece] y, también, que "las penas privadas tienen por finalidad prevenir graves inconductas futuras ante el temor que provoca la sanción; reflejar la desaprobación social frente a éstas: en su ámbito específico proteger el equilibrio de mercado; y desmantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo"<sup>(53)</sup> [La bastardilla nos pertenece].

Finalmente, se podría argumentar también desde el AED <sup>(54)</sup> sobre la necesidad del requerimiento de una conducta gravemente reprochable (dolo o culpa grave) para que los DP sean procedentes y que, de esta forma, sea posible obtener los incentivos necesarios conforme con una disuasión óptima. El juez debe sancionar con los DP (función accesorio) a la conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente, cuando además la indemnización por daños es insuficiente para crear los incentivos adecuados encaminados a la disuasión óptima de aquéllos (función principal de los DP). Es decir, los daños punitivo deben imponerse cuando existe un "error de aplicación" del Derecho (probabilidad menor que el ciento por ciento de que el dañador sea condenado por el valor total del daño causado y/o esperado) y, por lo tanto, aquél actúe con la intención de apartarse por debajo de los niveles de precaución deseables socialmente, o bien, cuando aquella falta de inversión en precaución es tan evidente que el dañador o cualquier otra persona en las mismas circunstancias habría podido advertirlo sin ninguna dificultad (dolo o culpa grave).

Consecuentemente, a contrario sensu, consideramos también, desde el AED, que en supuestos donde el dañador que se aparta de forma leve o moderada de los niveles de precaución deseables, debido a un error de información (no considerado grave) que lo llevan al sincero convencimiento (al igual que cualquier otra persona, en iguales circunstancias, hubiese entendido) <sup>(55)</sup> de que su comportamiento es el socialmente adecuado (falta de culpa grave o dolo), la indemnización compensatoria esperada, en principio, sería suficiente para el logro de los incentivos adecuados. Bajo estas circunstancias, una condena extra por DP carece de funcionalidad (principal y accesorio) <sup>(56)</sup>. Además, si adicionalmente se imponen los DP, se provocaría un exceso en precaución no deseable socialmente, y, por lo tanto, externalidades negativas de costos sociales irrecuperables <sup>(57)</sup>.

## VI. Conclusiones

Según la exégesis propuesta para el artículo 52 bis de la LDC conforme con el espíritu de la ley y la doctrina jurídica tradicional de los DP (y también justificación desde el AED), se deben distinguir tres cuestiones jurídicas diferenciables y sucesivas que el magistrado debe ponderar, dictaminar y fundar en Derecho al recibir una demanda por DP.

Primero, es necesario analizar, resolver y justificar legalmente si existe o no una facultad legal para que el juez trate el fondo de la cuestión: estudio sobre la posible necesidad o conveniencia de imponer una condena de DP (y, en caso afirmativo, sobre su cuantía). Según el artículo 52 bis de la LDC, el juez sólo posee esta facultad legal a "instancia del damnificado" y cuando "el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor".

Segundo, sólo una vez superada positivamente la primera cuestión, el magistrado deberá estudiar, decidir y fundar en Derecho si es o no necesario o conveniente, en el caso analizado, imponer una multa civil, y únicamente en caso afirmativo, el mismo debe imponerla. Aquí, el artículo 52 bis de la LDC debe analizarse junto con otras fuentes del Derecho. Por seguridad jurídica, consideramos valioso que la norma sea interpretada de forma apropiada, consensuada y, de ser factible, coincidente por la doctrina y jurisprudencia nacional. Entendemos que los jueces deberían interpretar este artículo, conforme con el "espíritu de la ley", la "voluntad del legislador" y la "finalidad perseguida por la ley", atendiendo a la función que debe cumplir la figura en estudio, según lo define y justifica la doctrina comprada y nacional de los DP (fuente material del Derecho). Por lo tanto, proponemos como interpretación de *legis lata*, que el magistrado sólo debe condenar al proveedor por DP, cuando éste ha actuado con grave indiferencia a los derechos del consumidor (dolo o culpa grave) y la sanción (función accesorio de los DP) sea necesaria para atender la función principal de esta figura jurídica: disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente.

Tercero, después de resolverse de forma afirmativa la cuestión anterior, el juez graduará, fundadamente, su cuantía. Lo expuesto será realizado, según el artículo 52 bis, "en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones"<sup>(58)</sup>. La que nunca podría exceder la suma de \$ 5 millones <sup>(59)</sup> y —según nuestro criterio, conforme con el llamado "espíritu de la ley", "voluntad del legislador", "finalidad perseguida por la ley", la doctrina jurídica tradicional dominante y justificaciones del AED— aquélla que sea suficiente para atender la función principal preventiva de los DP <sup>(60)</sup>.

(1) La ley 26.361, artículo 25 (Adla, LXVIII-B, 1295), sancionada en marzo de 2008, incorpora el artículo 52 bis a la LDC. 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 art. 47 , inc. b) de esta ley".

(2) Véase ALVAREZ LARRONDO, Federico, "Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361", La Ley, 2008-D, 58 (La Ley Online, pp. 8.)

(3) Hemos consignado la carátula correcta conforme con el expediente n° 143.790 analizado, de trámite por ante la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, sala II. Se advierte que las recientes publicaciones de la sentencia analizada poseen una errata en su carátula. Véase "Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina", C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª (27/05/2009), La Ley 2009-C, 647 y ss. (La Ley Online, pp. 12.) La sentencia de Cámara confirma el fallo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8, Departamento Judicial de Mar del Plata (expediente n° 20338/2008). Este fallo ha sido condecorado en ALVAREZ LARRONDO, Federico M. "El debut de los daños punitivos", RCyS 2009-VII, pp. 62 y ss. y criticado, con argumentos diferentes a los desarrollados en este trabajo, en NALLAR, Florencia, "Imprudencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", La Ley 19/06/2009, 7 y en PISCASSO, Sebastián, "Los 'Daños Punitivos'", en PISCASSO, Sebastián y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores), Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, 1a edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, v. 1, pp. 630-633.

(4) KELSEN, Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, 1973, pp.77 y ss.

(5) Sin entrar a tratar la conocida discusión iusfilosófica sobre esta temática, lo cual excedería claramente el objeto de este trabajo, recordemos que un importante sector de la doctrina invierte los conceptos de norma primaria y norma secundaria. Por otra parte, pensemos también en la Teoría Ecológica del Derecho (1944) del iusfilosófico argentino Carlos Cossio quien entendía a la norma jurídica como un juicio disyuntivo. Para el autor nacional la norma jurídica es una sola norma completa en dos tramos: la endonorma (deber jurídico impuesto por el ordenamiento jurídico) y la perinorma (sanción para el incumplidor del deber jurídico). COSSIO, Carlos: La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, 2a edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964. Las diferencias iusfilosóficas mencionadas no varían las conclusiones arribadas en este trabajo.

(6) Por otra parte, la norma secundaria, según Kelsen, se induce de lo opuesto a lo sancionado e implica un deber jurídico.

(7) Asimismo, recordemos al penalista positivista Karl Binding, quien va más allá con su postura, llegando a sostener que el delincuente "cumple" con la ley penal al delinquir; es decir, lleva a cabo el supuesto de hecho descripto por la ley penal, cuyo comportamiento acarrea una pena (a través de un imperativo dirigido al juez criminal con el mandato de castigar al delincuente).

(8) Consideramos que la rigidez del derecho penal en cuanto a la tipicidad de los delitos, sería un obstáculo insuperable para la prevención de los novedosos negocios del daño en el Derecho del consumo, constantemente innovadores al ritmo de los actuales avances tecnológicos y científicos. Estimamos que el numerus clausus aplicado a los DP sería incompatible con la necesaria flexibilidad (propia del derecho civil) que requiere el cumplimiento de las funciones de dicha figura. El tratamiento de esta temática en este artículo excedería ampliamente el objetivo de esta investigación.

(9) Véase nota n° 5 del presente trabajo.

(10) Además de la división y control del poder que define a un sistema republicano, entre otros aspectos principales de este sistema encontramos a la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios y la igualdad de todos antes la ley.

(11) Se ha sostenido que una fundamentación no fundada sólo sería una aparente fundamentación. Véase CARRIO, Genaro R. y CARRIO, Alejandro D., El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria. En la Jurisprudencia de la Corte Suprema, tercera edición, primera reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, t. I, pp. 260.

(12) Esta argumentación que consideramos válida para la admisibilidad de los DP (y también para la cuantificación de los mismos), fue sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCJBA), en un contexto diferente, juzgándose sobre la cuantificación de una indemnización por accidente de trabajo. En aquel caso, la SCJBA sentenció que "...los tribunales...no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y las razones que justifican porqué se arriba a determinado importe que se considera justo y no a otro ... , y que permita, en suma, como todo acto jurisdiccional válido, conocer la legalidad del mismo..". Véase "Nicola, Daniel Victorio c. Nicola, Aldo Andrés. Accidente", SCBA, AyS, 1994 II, 255. Oportunamente (en

coautoría con Hugo A. Acciarri), hemos citado este fallo y estudiado estos argumentos aplicados al análisis del empleo de las fórmulas matemáticas para la cuantificación de daños por incapacidades y por muertes; véase ACCIARRI, Hugo A. e IRIGOYEN TESTA, Matías "Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes" (2008). Disponible en La Ley Online, en Litiga Online: Responsabilidad Civil y Seguros - Asesor Actuarial Pericial: Fórmulas Indemnizatorias - Valor Vida —"Sobre las Fórmulas". Este razonamiento se encuentra explicado en ACCIARRI, Hugo A, "¿Deben Emplearse Fórmulas Para Cuantificar Incapacidades?" en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Buenos Aires, año IX, N° V, mayo de 2007, pp. 9-24.

(13) Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene: "Que en tal sentido cabe comenzar por recordar que, cuando esta Corte Suprema habilitó el recurso extraordinario por arbitrariedad, mediante creación jurisprudencial a partir del caso "Don Celestino M. Rey c/Don Alfredo y Don Eduardo Rocha s/falsificación de mercaderías y de marca de fábrica" del año 1909 (Fallos: 112:384), sostuvo que "... el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso ante esta Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces..." Véase "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set S.A". CS (21/12/1999), La Ley Online, pp. 2. Véase también: Fallos t. 150, pp. 84; Fallos t. 131, pp. 387; Fallos t. 112, pp. 384.

(14) Es decir, una vez que el damnificado ha solicitado una condena por DP y el proveedor ha incumplido "con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" (véase artículo 52 bis de la LDC).

(15) El jurista Jorge Mosset Iturraspe ha manifestado: "Ocurre que las palabras de la ley deben enriquecerse con el contexto -interpretación sistemática-, con los antecedentes históricos y legislativos y con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada. Todo ello no significa otra cosa, en nuestra opinión, que atender al espíritu y a la finalidad de la ley". Véase MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El plexo normativo: el finalismo de las leyes. Los usos y costumbres. (En el Proyecto de Unificación)", La Ley, 1987-D, pp. 1087 y ss. (La Ley Online, pp. 1).

(16) El jurista italiano Roberto De Ruggiero ha dicho que: "La reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador se opera mediante una investigación mas profunda y compleja encaminada a establecer los motivos que determinaron el precepto, los fines a que este tiende la ocasión en que fue dictado". Véase DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil: Introducción y Parte General; Derecho de las Personas; Derechos Reales y Posesión, Traducción de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Ed. Reus S.A., Madrid, Vol. I, pp. 132. En otro orden de ideas, El jurista Guillermo A. Borda ha expuesto que: "Es verdad que todavía los fallos hablan con frecuencia de la voluntad del legislador; pero con ello no se quiere significar (como no se trate de algún juez de criterio anacrónico) la intención psicológica del legislador-hombre, sino el propósito perseguido por la ley y los fines tenidos en cuenta al sancionarla, lo que es perfectamente legítimo". Véase BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.999.

(17) El tratadista Jorge J. Llambías dijo: "En cuanto al fin de la ley su determinación es fundamental para orientar la interpretación de la norma". Véase LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de derecho civil, Parte General, 19a edición, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2001, t. 1, pp. 115. El Profesor Miguel Federico De Lorenzo manifiesta que "Cuando nos referimos pues, a los "fines" de la norma, hacemos referencia, en todo caso, a los fines duraderos y a la par variables de ésta". Véase DE LORENZO, Miguel Federico, "Abuso de derecho y pretérito indefinido", La Ley 21/04/2009, pp. 1 y ss. (La Ley Online, pp. 1).

(18) Sobre este punto y, en general, sobre las funciones de los sistemas de la responsabilidad civil el autor agradece los valiosos aportes y comentarios de Hugo A. Acciarri. Los errores que contenga este trabajo, no obstante, son de exclusiva responsabilidad del autor. Se adelanta que para esta investigación, cuando nos referimos a la función de los DP, aludiremos al propósito o finalidad preferible que debe tener esta figura jurídica, según la doctrina dominante especializada. La justificación sobre esta preferencia excedería el objetivo de este trabajo. Se destaca la sagaz puntualización del Profesor Hugo A. Acciarri. El mismo critica la vaguedad que encierran los conceptos el espíritu de la ley, la voluntad del legislador, la finalidad perseguida por la ley o la finalidad de una institución jurídica. Asimismo, argumenta sobre la imposibilidad o irrelevancia para la exégesis normativa de descubrir, en el mundo del ser, los objetivos que surgen de aquellas imprecisas nociones. El mencionado autor se plantea el siguiente interrogante: "¿Puede pensarse que los autores de esos textos apoyan su razonamiento en una personificación metafísica de la ley o se basan en la voluntad de los autores materiales del texto de las normas (que obviamente, no tiene obligatoriedad legal)? No parece probable". Contrariamente, considera que sería más claro que el jurista proponga y justifique, en el mundo del deber ser, la función (o finalidad) preferible que debe perseguir una institución jurídica. Sin embargo, más adelante explica: "La crítica imputa de modo fundamental que estos y otros procedimientos llevan a los juristas a imponer sus valores, pero de un modo subrepticio y solapado, en cuanto no hacen explícito que se trata de sus valoraciones subjetivas, ni tampoco dan razones para mostrar por qué serían preferibles a otras". Véase ACCIARRI, Hugo A. La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención y minimización de costos sociales, 1a edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Capítulo IX ("Objetivos y Funciones de los Sistemas de

Responsabilidad Civil"), (en prensa). Por nuestra parte, adelantamos que cualquiera que sea la postura mencionada adoptada por el operador del derecho, en nuestra opinión, la interpretación del artículo 52 bis de la LDC debería llevarse a cabo conforme con el cumplimiento de la función deseable que deben perseguir los DP (según lo propone y justifica la doctrina especializada).

(19) En este lineamiento de ideas, el tratadista Jorge J. Llambías ha manifestado que "de ordinario, las cuestiones dudosas o controvertidas se deciden por la postura que frente a ellas asume la doctrina". Véase LLAMBIAS, op. cit., pp. 89.

(20) Código Civil de la República Argentina, artículo 16: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Esta norma se puede relacionar con el artículo 1.071 del mismo cuerpo legal (texto según la Ley 17.711): "... La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos..." Véase Código Civil de la República Argentina, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2009, artículos 16 y 1.071.

(21) Véase "Aban, Francisca América c. ANSES" CS (11/08/2009), La Ley 28/08/2009, 7 (La Ley Online, pp. 7). Véase también: "Obra Social Unión Personal Civil de la Nación c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados," CS (13/05/2008), La Ley Online, pp. 3; "D. C., M. G. y otros c. Ministerio de Justicia" CS (18/07/2006), DJ 27/09/2006, pp. 252 y ss. (La Ley Online, pp. 3). Asimismo: Fallos t. 327, pp. 1507; Fallos t. 312, pp. 1036; Fallos t. 310, pp. 1390; Fallos t. 302, pp. 973; Fallos t. 290, pp. 56; Fallos t. 267, pp. 46; Fallos t. 265, pp. 21 y 336; Fallos t. 263, pp. 453; Fallos t. 261, pp. 36; Fallos t. 253, pp. 267; Fallos t. 249, pp. 37. Véase también LOPEZ MESA, Marcelo "Interpretación de la ley (De la exégesis al finalismo y un poco más allá en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia)", La Ley, 1996-A, pp. 1116.

(22) Jorge J. Llambías explica que la "ratio legis" (motivo que justifica la norma) y fin de la norma se identifican al momento de la sanción de la ley. Véase LLAMBIAS, Jorge J., op. cit. pp. 110.

(23) La denominación "daños punitivos" es una traducción literal de punitive damages y es la más popular que posee esta multa civil en los países del Common Law. También existen otros nombres menos usuales: "exemplary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart damages, punies". Véase el clásico diccionario de inglés jurídico BLACK'S LAW DICTIONARY, Abridged Seventh Edition, by Bryan A. Garner, Editor in Chief West Group, ST. Paul, MINN., Estados Unidos de América, 2000, pp. 322. Parte de la doctrina jurídica del derecho continental se ha demostrado resistente a dicha denominación, afirmándose que lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos y no el daño en sí mismo. Los diccionarios inglés-castellano traducen, generalmente, el término inglés punitive damages como "daños punitivos o ejemplares". Véase SPANISH LAW DICTIONARY, Diccionario de Términos Jurídicos, Spanish-English, English —Spanish, (comprehensive coverage 50,000 entries) Ed. Team, Peter Collin Publishing, Printed in Finland, WS Bookwell, 2000, pp. 513.

(24) No obstante, en la doctrina nacional, de forma minoritaria, también se han propuesto otros nombres, como ser indemnizaciones punitivas por daños. Véase ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, 2d, Daños a las personas [Integridad espiritual y social], Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, pp. 448. Esta denominación, es compatible con las traducciones literales posibles de punitive damages. La palabra inglesa damages —además de ser el plural de damage (daño)— permite la traducción como indemnización; no obstante el término indemnización puede dar lugar a una confusión conceptual, puesto que los DP son extra compensatorios y por lo tanto "no indemnizatorios" de daño alguno.

(25) Véase el Proyecto de Ley firmado por Stella M. Córdoba, Juan M. Irrazabal, Eduardo G. Macaluse, Heriberto E. Mediza, Adrián Pérez y Patricia Vaca Narvaja; iniciado por ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (expediente n° 1061-D-2006), publicado en: Trámite Parlamentario n° 19 (28/03/2006). (Cámara revisora: Honorable Senado de la Nación, expediente n° 0065-CD-2006.) Disponible en la Web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1061-D-2006> (pp. 22.)

(26) Véase el Dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Orden del día n° 0306/2006 (26/05/2006). Disponible en la Web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: <http://www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-306.pdf> (pp. 16).

(27) Sobre el particular, y coincidentemente con la jurisprudencia ya citada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Banco Central de la República Argentina c. Banco Patricios S.A." (18/07/2006) sostuvo: "Que esta Corte ha afirmado reiteradamente que en la tarea de interpretar la ley debe tenerse en cuenta el contexto general y los fines que la informan... La aplicación de tal directriz interpretativa impone adentrarse en la indagación del propósito del legislador exteriorizado en el debate parlamentario (Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047)". Disponible en La Ley Online, pp. 4.

(28) Utilizamos esta denominación en este artículo en contraste al "Análisis Económico del Derecho".

Conforme con los fines de esta investigación, consideramos excesivo detenernos a debatir sobre el acierto o desacierto de la denominación empleada (ni tampoco sobre la designación Análisis Económico del Derecho -Economic Analysis of Law- en lugar de Derecho y Economía -Law & Economics). Sin embargo, elegimos este nombre puesto que consideramos que es el más utilizado en contraposición al Análisis Económico del Derecho, empleado en distintos ambientes académicos, verbigracia por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU). A título de ejemplo, véase Resolución n° 409 - CONEAU — 00 (Acreditación de proyecto de carrera de Maestría), disponible en: <http://www.coneau.gob.ar/archivos/resoluciones/Res409-00p1127.pdf>

(29) En esta línea de ideas, Ramón Daniel Pizarro afirma que el derecho de daños no sólo se integra con la prevención y la reparación del daño injustamente causado o sufrido, sino que también con algunas cuestiones de naturaleza sancionadora, orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito, mediante la implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas. Lo contrario importaría aceptar que alguien se pueda enriquecer merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia. Véase PIZARRO, Ramón D., "Daños Punitivos", en Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 290. Asimismo, con similar criterio, Matilde Zavala de González manifiesta, que "dado el principio de unidad del orden jurídico, nada impide que el Derecho civil y, en particular el de daños, en determinadas circunstancias prevean penas pecuniarias para el autor de un hecho lesivo". Véase ZAVALA DE GONZALEZ, op. cit., pp. 454. Asimismo, Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal y Roberto M. López Cabana han manifestado que la responsabilidad tiene alcances de sanción. Véase ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales, 2a edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp.144. Por último, recordemos los Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998: "Son aplicaciones de la teoría de la prevención del daño, protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido. Es que, de no ser así, "ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar" (Aguiar)". Véase Proyecto de Código Civil de 1998, disponible en la Web oficial InfoLEG del Centro de Documentación e Información del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación: <http://infoleg.meccon.gov.ar/codigos/proycodciv-1998.doc>

(30) Destacamos que se podría considerar más apropiado, para el caso de daños irreparables, no aludir al nivel óptimo y, en su lugar, referirnos al nivel deseable socialmente. Desde el AED se suele utilizar el término óptimo según el criterio de eficiencia de Pareto o Kaldor-Hicks. En general, las investigaciones se basan en este último criterio. Según el primer criterio de eficiencia, una situación es un óptimo de Pareto cuando nadie puede estar mejor, sin que, por lo menos, otra persona esté en una situación peor. Por otra parte, según el llamado criterio de Kaldor-Hicks, estamos frente a una situación óptima cuando no existe margen de mejoría, puesto que, ante un cambio, los ganadores obtendrían beneficios inferiores a las pérdidas que otras personas soportarían (el bienestar de la comunidad disminuiría). Este criterio, sólo mide si los ganadores podrían, en términos hipotéticos, compensar con lo ganado a los perdedores, sin requerirse que esa eventual compensación se efectivice. Véase POSNER, Richard A., Economic Analysis of Law, Ed. Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1992, pp. 14. Véase también ACCIARRI, Hugo A, Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños, ALACDE - George Mason University, Law & Economics Center. Berkeley, 2009, pp. 12. En particular sobre el Análisis Económico del Derecho del Consumidor, véase ACCIARRI, Hugo A. y TOLOSA, Pamela "La Ley de Defensa del Consumidor y el Análisis Económico del Derecho", en PICASSO y VAZQUEZ FERREYRA, op. cit., v. 2, pp. 1-65; véase también CASTELLANO, Andrea, "Defensa del consumidor e instituciones jurídicas. Un análisis económico", Jurisprudencia Argentina, 2006-II, Número Especial de Derecho y Economía, Fascículo N° 7, Lexis Nexis, mayo de 2006, pp. 52-62.

(31) Entendemos que el cumplimiento y deseabilidad de esta segunda función principal sería apoyada por los cultores del AED que asuman que el derecho de daños debe crear incentivos óptimos según el criterio de Pareto. Sin embargo, sería más difícil encontrar similar postura dentro de aquéllos que acepten como objetivo del derecho de daños la disuasión óptima según el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks. Véase nota anterior.

(32) Desde la DJT Rubén Stiglitz y Ramón D. Pizarro manifiestan que: "La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados". Véase Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", La Ley, 2009-B, pp. 949. (La Ley Online, pp. 6.). Véase también LOPEZ HERRERA, Edgardo, Los Daños Punitivos, 1a edición., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(33) Para una explicación más detallada desde el AED véase IRIGOYEN TESTA, Matías, "Daños Punitivos: Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos", Jurisprudencia Argentina, 2006-II, Número Especial de Derecho y Economía, Fascículo N° 7, Lexis Nexis, mayo de 2006, pp. 36-51; JA 2006?II?1024.

(34) Véase nota n° 25 del presente trabajo.

(35) Véase nota n° 26 del presente trabajo.

(36) Véase notas n° 25 y n° 26 del presente trabajo.

(37) Consideramos que la función sancionatoria de los DP es diferente a aquella correspondiente a las sanciones penales. Mientras que la primera tiene carácter sancionatorio por el sólo hecho de ser extracompensatoria, la última es una compensación de la culpa del agente fundada en razones de retribución por el mal cometido; es decir, es una función de justicia tal como lo sostenían sus principales exponentes KANT y HEGEL. Véase MIR PUIG, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2a edición, Ed. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pp. 25 y ss.

(38) El término "errores de aplicación" es introducido en el AED por Robert D. Cooter y Thomas Ulen. Véase COOTER, Robert D. y ULEN Thomas, *Law and Economics*, Ed. Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1997, pp. 314 y ss.

(39) En otros términos, cada vez que el nivel de precaución deseable socialmente sea mayor que la responsabilidad compensatoria esperada y menor o igual al daño esperado, existirá una falta de disuasión deseable socialmente, puesto que el potencial dañador racional no invertirá en el nivel de precaución adecuado y, como consecuencia, se producirá el daño esperado. En esta línea de ideas, en otro trabajo propusimos, desde el AED, la siguiente definición para los DP: Son aquellas condenas judiciales de dinero, que sumadas a las indemnizaciones compensatorias, deberá afrontar aquél que, mediante una grave violación a la ley, no cumplió con el nivel de precaución socialmente deseable, dado que especuló con una baja probabilidad (menor que el ciento por ciento) de ser condenado por el valor total del daño causado o esperado. Véase IRIGOYEN TESTA, loc. cit. (Lexis N° 0003/012583, pp. 2.).

(40) Desde el AED se podría afirmar que esto ocurrirá cuando una indemnización por daños y perjuicios no deja a la víctima en la misma curva de indiferencia que se encontraba antes del acaecimiento del daño (daños irreparables o daños reparables infravalorados). Por definición, se podría afirmar que esto siempre ocurrirá cuando estemos frente a daños que son irreparables para las víctimas.

(41) Verbigracia, por el costo económico del litigio, el costo de oportunidad de asistir a las audiencias judiciales, etcétera.

(42) Por ejemplo, en supuestos de microdaños o por desconfianza al sistema judicial.

(43) Desde el AED, se coincide en que cuando existe una compensación perfecta y la probabilidad de condena es del ciento por ciento, entonces el victimario internalizará los daños que ocasione en un sistema de responsabilidad objetiva y adoptará los niveles de precaución y actividad óptimos. Asimismo, en un sistema de responsabilidad subjetiva, el potencial victimario adoptará los niveles de precaución óptimos. Por lo tanto, se logran los incentivos deseables y la indemnización compensatoria perfecta es suficiente para lograr la disuasión apropiada.

(44) Véase notas n° 25 y n° 26 del presente trabajo.

(45) Sobre este punto, recordemos la poca trascendencia práctica entre nosotros, de la diferenciación teórica desde la DJT entre el dolo y la culpa grave, puesto que tradicionalmente en el Derecho civil europeo continental y el Derecho latinoamericano las consecuencias de la culpa grave son asimiladas con las del dolo. Véase ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto M., op. cit., pp. 197. Asimismo, desde el AED Richard A. Posner manifestó que la conducta muy descuidada se equipara a veces con el comportamiento deliberado (dolo). Véase POSNER, Richard A., op. cit., 1992, pp.225 y ss.

(46) Véase "BMW of North America, Inc. v. Gore", 517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 (1996). Disponible en la Web oficial del Tribunal supremo de Estados Unidos de Norte América: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>

(47) Véase "State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell", 538 U.S. 408, 123 S. Ct. 1513, 1522, 155 L. Ed. 2d 585 (2003). Disponible en la Web oficial del Tribunal supremo de Estados Unidos de Norte América: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-1289.pdf#search=%22state%20farm%20mutual%20automobile%22>. Véase también KIRCHER, John J; WISEMAN, Christine M; GHIARDI, James D, *Punitive Damages*, Law and Practice, Ed. Thompson West, West Group, 2000, 2004 Cumulative Supplement, 6/2004, pp. 3-6.

(48) Véase "Philip Morris USA v. Williams", 549 U.S. 346, 127 S. Ct. 1057, 166 L. Ed. 2d 940 (2007). Disponible en la Web oficial del Tribunal supremo de Estados Unidos de Norte América: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>

(49) Véase "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina S. A. s/Reclamo contra actos de particular. Sumarísimo (Art.321 inc.1)" (expediente n° 20338/2008), Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8, Departamento Judicial de Mar del Plata. (Inédito.)

(50) Véanse notas n° 2 y 3 del presente trabajo.

(51) "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina", C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala

2ª (27/05/2009), La Ley 2009-C, pp. 647 y ss. (La Ley Online, pp. 12.)

(52) Véase XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santa Fe, 23 al 25 de setiembre de 1999, LLGran Cuyo1999, 827, conclusiones de la comisión n° 10 (La Ley Online, pp. 13). Véase también LOPEZ HERRERA, op. cit.

(53) *Ibidem*.

(54) Véase la postura de Robert D. Cooter en COOTER, Robert D., "Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis" Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series. Paper 29. February 1, 1999, pp.27. Disponible en: <http://repositories.cdlib.org/blewp/29>. p 24 - 29.

(55) Si esa sincera creencia en haber invertido en forma óptima no existe (o cualquier otra persona en iguales circunstancias no hubiese creído lo mismo), estaríamos ante un supuesto de dolo (directo o eventual) o culpa grave y cuando la indemnización por daños y perjuicios no alcanza la función de prevención adecuada del Derecho de daños, los DP deben aplicarse.

(56) No obstante, según la teoría del AED, se podría argumentar que la amenaza de DP podría brindar los incentivos adecuados, para que potenciales dañadores meramente negligentes (sin dolo ni culpa grave) inviertan en información extra (control extra de su nivel de precaución), hasta que el costo marginal de invertir en información sea igual a la reducción marginal de los costos derivados por errores de información, conforme con los niveles de precaución óptimos. Si así fuera el caso, los DP serían procedentes. No obstante, entendemos que en la práctica, si el dañador sinceramente cree (o cualquier otra persona en su lugar así lo hubiera entendido) que su nivel de precaución es el adecuado, una indemnización exclusiva por daños y perjuicios brindaría una disuasión suficiente.

(57) Se podría afirmar que si un potencial dañador que posee información imperfecta (no grave), que lo llevan a invertir por encima o por debajo del nivel óptimo de precaución, se encuentra amenazado no sólo por una eventual condena por daños y perjuicios sino que también por DP, entonces, se estarían creando incentivos no deseables socialmente, que lo llevarían a un exceso de precaución. Lo indicado ocurrirá, principalmente, con toda persona aversa al riesgo que pretenda reducir al mínimo la posibilidad de ser condenado por DP. En estos casos, aquellos individuos tendrán claros incentivos para invertir sistemáticamente por encima de los niveles deseables socialmente, provocando externalidades negativas de costos sociales irrecuperables (verbigracia, en mercados competitivos, el precio de productos y servicios sería superior al óptimo; existiría una escasez de producción y se disminuiría de forma ineficiente el acceso a bienes y servicios valiosos para determinados consumidores o usuarios). Con relación a este punto, recordemos la postura sobre la interpretación de la ley, expuesta ut supra, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "... también ha dicho [la Corte] que en esa tarea no puede prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018 y 2200; 324:2107; 331:1262 "Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD)", y sus citas)". Véase "Aban, Francisca América c. ANSES" CS (11/08/2009), loc. cit. y nota n° 21 del presente trabajo.

(58) Lamentamos lo poco precisa que es la normativa en estudio.

(59) Desde el AED se podría afirmar que no existe justificación para que exista una cuantía máxima fija, la cual, en ocasiones, iría en contra del cumplimiento de la función disuasoria de los DP.

(60) Según nuestro derecho positivo, debe ceñirse a aquella suma que sea menor (interpretación de lege lata conforme al espíritu de la ley que incorpora los DP). No obstante, de acuerdo con la función de éstos, es deseable (propuesta de lege ferenda) que el único límite de los mismos sea aquella cuantía necesaria para atender a su función preventiva. Véase Code civil du Québec - Civil Code of Québec, Edición 2009-2010, Ed. Publications du Québec, Québec, 2009, artículo 1621.