

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

COMISIÓN N° 4: Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo y los criterios judiciales.

Francisco Junyent Bas¹ y María Constanza Garzino²

PONENCIA:

1.- *El daño punitivo, introducido en nuestra legislación con la sanción de la ley 26.361, reformó la ley de Defensa del Consumidor, en el art. 52 bis, y generó un gran debate doctrinario con posturas a favor y en contra de la figura de origen anglosajón.*

2.- *Adviértase que en nuestra legislación la responsabilidad civil cumplía hasta entonces una función netamente resarcitoria, y en algunos casos preventiva, pero con dicha norma se incorporó en el plexo consumeril un capítulo diferente, relativo a la sanción y disuasión de las conductas antisociales, capítulo que ha quedado vigente luego de la sanción del CCC.*

3.- *La doctrina, al criticar el texto de la norma, también discurrió en torno a sus condiciones de procedencia, y señaló la necesidad de precisar adecuadamente los casos en que correspondía su aplicación.*

4.- *La jurisprudencia, con absoluta prudencia fue condenando en concepto de daño punitivo en casos concretos, sin ocasionar el temido "abuso" del instituto que en ningún caso ocurrió, y a esos fines pueden mencionarse numerosos precedentes.*

5.- *De tal modo, aún de "lege lata" debe entenderse que el actual art. 52 bis de la LDC, al exigir una conducta antisocial y disvaliosa, atento a la gravedad del hecho punible, requiere la "grave indiferencia por los intereses ajenos", es decir, contiene el reproche a la conducta del agente como factor de atribución subjetivo, apartándose del régimen general del art. 40.*

6.- *Este aspecto, ha sido claramente explicado por el maestro Alterini³ cuando puntualiza que para fijar el monto de la multa habría sido preferible considerar puntualmente no solamente la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, sino también el perjuicio resultante de la infracción, la posición en el mercado del proveedor, el grado de intencionalidad y su generalización.*

¹ Profesor Titular de Derecho Concursal y Cambiario y Profesor Titular de Derecho del Consumidor, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba

² Magister en Derecho Privado, Universidad Nacional de Rosario y docente de Obligaciones, Derecho Privado II, Universidad Nacional de Córdoba.

³ ALTERINI, Atilio, Las reformas a la ley de Defensa del Consumidor, Primera lectura 20 años después, en: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (director), Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 1239.

7.- Sin embargo, los fallos jurisprudenciales permiten advertir una diferenciación en el modo de aplicación de reproche que cabe ponderar cuando se habla de la “tolerancia cero”.

I. Introducción

El daño punitivo, introducido en nuestra legislación con la sanción de la ley 26.361, reformó la ley de Defensa del Consumidor, en el art. 52 bis, y generó un gran debate doctrinario con posturas a favor y en contra de la figura de origen anglosajón.

Adviértase que en nuestra legislación la responsabilidad civil cumplía hasta entonces una función netamente resarcitoria, y en algunos casos preventiva, pero con dicha norma se incorporó en el plexo consumeril un capítulo diferente, relativo a la sanción y disuasión de las conductas antisociales.

En este sentido, la doctrina, al criticar el texto de la norma, también discurrió en torno a sus condiciones de procedencia, y señaló la necesidad de precisar adecuadamente los casos en que correspondía su aplicación.

En esta línea, la jurisprudencia, con absoluta prudencia fue condenando en concepto de daño punitivo en casos concretos, sin ocasionar el temido "abuso" del instituto que en ningún caso ocurrió, y a esos fines pueden mencionarse numerosos precedentes, tal como veremos infra.

En este marco, un fallo que tuvo repercusión nacional, por la relevancia del monto del daño punitivo establecido en primera instancia, fue el recaído en la causa "Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes"⁴, en el que se condenó a la empresa demandada a pagar una multa de pesos dos millones (\$2.000.000) en tal concepto.

Sin embargo, el tribunal de Alzada revocó el resolutorio interpretando que no se configuraban las condiciones de procedencia del daño punitivo, y desestimando la existencia de una conducta antisocial que mereciera el reproche reglado en el art. 52 bis de la ley 26.361.

Esta problemática relativa a las condiciones de procedencia del daño punitivo se extendió a todo el ámbito nacional y así la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio ha dicho que *“La legislación argentina incorpora en la LDC:52 la figura del "daño punitivo" y si bien es cierto que fue criticado el alcance amplio con el que fue legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, 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 exterioriza menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva”*.

El Tribunal citado enfatizó que *“...la mención al incumplimiento de una obligación legal o contractual sólo debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva. Dicho en otras palabras, si no hay*

⁴ CCC° 3° de Córdoba, "Teijeiro o Teigeiro Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes saica y g, Abreviado- Otros", 17/04/2012.

incumplimiento no puede haber daño punitivo, pero puede haber incumplimiento sin daño punitivo, situación que se dará en la mayoría de los casos... ...El elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos... ”.

Por su parte, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata ha dicho que *“al presente esta postura se impone en la jurisprudencia nacional que, en forma ampliamente mayoritaria, considera que el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil, propugnando una interpretación sistemática del texto legal. En ese sentido, se señala que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar.”*

Por el contrario en autos *“Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. S/ Daños y Perjuicios – Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Tucumán* señaló que *“el sólo hecho que en un envase conteniendo un producto destinado al consumo humano se encuentre un elemento extraño, sea o no nocivo para la salud, pone en evidencia la singular potencialidad dañosa del acontecimiento, como consecuencia de la falta de control por parte del fabricante y embotellador. En efecto, así como en distintos casos se pudo encontrar una pila alcalina, un gel íntimo para uso sexual o un envoltorio de cigarrillos, con un mayor o menor riesgo para la salud, integridad psicofísica y hasta para la vida misma de los consumidores, la experiencia indica que, ante la falta de un adecuado control y de la diligencia debida por parte de los proveedores, existe la posibilidad de que se introduzca en el proceso de envasado cualquier tipo de veneno o sustancia nociva para la vida o la salud, como por ejemplo, cianuro, arsénico, ácido muriático, soda cáustica, etcétera, posibilidad que los jueces tenemos el deber de prevenir y evitar por todos los medios que pone a nuestra disposición la ley y el derecho.”*

II. El debate planteado.

II. 1. Los argumentos en torno al criterio de aplicación.

En esta inteligencia, la cuestión principal "anida" en la consideración del factor de atribución para la aplicación del daño punitivo. ¿Es correcta esta pauta de atribución?

En este sentido, se debate sobre el factor de atribución necesario para tornar imputable el reproche que justifique la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva. Así, parte de la doctrina entiende que ante la entidad de los daños, el factor de atribución a fin de la aplicación del daño punitivo debe ser objetivo.

Así, contra la resolución del caso Tejeiro alguna doctrina⁵ afirmó que "cuando está en juego la salud, se establece un criterio de tolerancia cero", por lo que, entiende que "en cuanto al deber de seguridad... muchos de los incumplimientos deberán caracterizarse como negligencias graves, transformándose en un reproche subjetivo". En este sentido, el autor citado destaca que en ciertos casos no hay margen para error, por lo que si un proveedor sabe que en su actividad, su margen para fallar es casi nulo,

⁵ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Daños punitivos si, daños punitivos no, La Ley, 03/05/2012.

"cuando el incumplimiento se produce, no cabe más que hablar de culpa grave de una manera casi automática".

En una palabra, ésta corriente de opinión entiende que la circulación de una bebida con un "cuerpo extraño" es suficiente para considerar viable la sanción articulada en el art. 52 bis de la LDC, en atención a que se encuentra de por medio la salud de los potenciales adquirentes.

En esta línea, el fallo tucumano citado supra dispuso que *"no obstante las conclusiones periciales, según las cuales –dadas las instalaciones, tecnología y aseguramiento de calidad de la demandada– “es imposible que se envasen botellas con elementos extraños a la gaseosa” (fs. 450/452), lo cierto, real e incontestable es que, como lo indica el a quo, “la pila está en la botella, que la actora adquirió” (fs. 752 vta.). La demandada no probó que la gaseosa Seven Up de 1,25 litro haya sido adulterada, abierta o violada de cualquier modo, ni por la actora damnificada ni por un tercero. Y, aún cuando se tratase de un acto de sabotaje, lo cual tampoco ha sido probado, el criterio de “tolerancia cero”, fundado en la particular diligencia que cabe exigir a proveedores de productos alimenticios o medicinales destinados al consumo humano, hace que tal acto de sabotaje no borre el reproche de conducta hacia Cervecería y Maltería Quilmes S.A., que por los intereses en juego debe extremar su diligencia para evitar poner en riesgo la vida y salud de los consumidores: hoy es una pila alcalina o un gel íntimo para relaciones sexuales; mañana puede ser cianuro, el virus del ébola o cualquier otro elemento extraño perjudicial para la vida o salud de las personas.”*

Es más, el Tribunal agrega que *“es cierto que en los casos “Teijeiro” y “Colazo”, tanto el Tribunal Superior de Justicia como la Cámara Quinta en lo Civil y Comercial de Córdoba, respectivamente, desestimaron la pretensión de imposición de una multa por daño punitivo con el fundamento dirimente que la empresa demostró un obrar diligente y no se probó dolo o culpa grave de su parte. Sin embargo, entendemos que ello se debe a una valoración dogmática abstracta de la situación, que no se compadece con los hechos ni con el más elemental sentido común.*

Así el Vocal del primer voto cuestiona el rechazo del daño punitivo en los precedentes citado expresando que: *“más allá de las teóricas conclusiones periciales, si no existió “culpa grave” de Cervecería y Maltería Quilmes S.A., me pregunto: ¿cómo llegaron al interior de botellas de bebidas gaseosas elementos tan insólitos como un envoltorio de gel íntimo, o de cigarrillos, o una pila alcalina? Por otro lado, los prestigiosos tribunales cordobeses parecen perder de vista el alto interés público, que excede ampliamente el particular del concreto consumidor, en que semejante negligencia por parte de Cervecería y Maltería Quilmes S.A. en el futuro no provoque una catástrofe de intoxicación de cientos o miles de personas porque en las botellas de gaseosas, eventualmente, haya cianuro, arsénico, ácido muriático, soda cáustica o cualquier otro veneno o producto tóxico, como lamentablemente ya ocurrió en España, con el tristemente célebre caso del aceite de colza.*

El Tribunal tucumano culmina su pensamiento destacando: *“La finalidad principal de los llamados “daños punitivos” no es sancionar, sino prevenir por medio del efecto disuasivo y ejemplar de la sanción conductas desaprensivas, indignantes,*

recalcitrantes o antisociales, que además pueden poner en grave riesgo la vida y salud de los consumidores.”

En esta línea, es donde se argumenta que el tema se introduce en un aspecto tan sensible como la salud, y consecuentemente, el criterio de juzgamiento debe ser de "tolerancia cero", cuestión que hoy se encuentra a resolución de la Corte Suprema.

De todas formas, este tipo de afirmaciones no es discutible y de lo que se trata es de analizar si realmente hubo un riesgo a la salud, y si éste pudo ser imputable al accionar de la empresa embotelladora, agregándose que la situación fuese de tal gravedad que hiciese viable el daño punitivo.

Sin embargo, cabe terminar por esclarecer si el daño punitivo requiere de un factor de imputación subjetivo o es suficiente el carácter antisocial y grave de la conducta del proveedor.

II. 3. Una primera distinción entre el daño punitivo del art. 52 bis y la responsabilidad solidaria del art. 40 de la LDC.

El tema es delicado, y debe distinguirse el factor de atribución requerido en el caso del art. 40 de la LDC, del necesario para la aplicación del daño punitivo.

Desde otro costado, también cabe afirmar que una cuestión es la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la cadena de producción, y otra muy distinta es el reproche a fin del funcionamiento de la sanción pecuniaria disuasiva, que como multa civil requiere de la configuración estricta de las condiciones de procedencia de una verdadera pena.

En esta línea, la ley 24.240, en materia de responsabilidad resarcitoria, se asienta sobre un sistema de índole objetivo, por lo que aquélla nace, no por culpa presumida, sino por el riesgo o el vicio de la cosa que puede causar daños al consumidor y/o usuario.

Así, el art. 40, LDF, establece que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán, el productor, el fabricante, el distribuidor, el proveedor, el vendedor, y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio” .

Asimismo, el artículo bajo comentario impone lo que se ha dado en llamar “imputabilidad concurrente”⁶, por lo que, el consumidor puede actuar contra todos o cualquiera de los indicados como responsables y que integran la cadena de distribución de la cosa: el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

De lo dicho se sigue, que el factor de atribución en la responsabilidad solidaria del art. 40 de la LDC es de carácter objetivo, sin que se requiera demostrar la culpa o dolo de cada uno de los integrantes de la cadena de comercialización, distribución, etc., por expresa disposición legal. En definitiva, éste es el análisis que debe prevalecer a fin de imputar la responsabilidad resarcitoria.

Sin embargo, el reproche difiere en caso del daño punitivo del art. 52 bis de la LDC, el que por tratarse de una penalidad típica, requiere del reproche subjetivo en la

⁶ FARINA, Juan; en Código Civil Comentado, Belluscio –director-, Zannoni – coordinador-, Astrea, T. VIII, Bs.As., 1999, p. 933.

conducta del agente: culpa, culpa grave, dolo, malicia o desaprensión de derechos de terceros, tal como veremos a continuación.

III. La doble finalidad del instituto: preventiva y sancionatoria.

Desde esta perspectiva, no cabe duda alguna que la finalidad del instituto o móvil es de carácter sancionatorio, pues procura castigar determinadas conductas que lesionan al interés comunitario y que deben ser reprochadas por el derecho.

Asimismo, también posee un jaez preventivo, pues como sostiene la doctrina⁷, las puniciones procuran impactar de manera concreta en el espectro de las conductas de todos los integrantes de la comunidad.

En consecuencia, se ha señalado el doble carácter del instituto, es decir, que su finalidad no es sólo castigar al proveedor por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares⁸.

En particular, Irigoyen Testa⁹ destaca que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio; el principal, es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente, y por otra parte, la accesorio, es la sanción al dañador ya que, toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por las circunstancias fácticas de ser una condena en dinero extracompensatoria.

De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas.

Así, Lorenzetti¹⁰ explicó que la responsabilidad civil tiene tres finalidades que deben incorporarse a la parte general de toda normativa fondal, a saber: preventiva, reparadora y sancionatoria.

IV. Condiciones de ejercicio del daño punitivo

IV. 1. La gravedad del hecho.

Desde esta perspectiva, cabe puntualizar que aparece como cartabón esencial o directriz central "la gravedad del hecho" y "demás circunstancias del caso".

En una palabra, la consideración sobre la gravedad del hecho conlleva la necesidad de relacionar la conducta no solamente como un hecho grave, sino también,

⁷MOLINA SANDOVAL C., Molina Sandoval, Carlos, Derecho de Consumo, Advocatus, Córdoba, 2008, pág. 76.

⁸ÁLVAREZ 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.

⁹IRIGOYEN TESTA, Matías, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo 5, Córdoba, 2009, pág. 111.

¹⁰LORENZETTI, Ricardo Luis, Conferencia de apertura de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, haciendo referencia a la proyectada reforma de unificación de los Códigos Civil y Comercial en orden a las funciones de la responsabilidad civil.

con la nota de indiferencia o desaprensión que transgreda las pautas de la moral media impuestas por la colectividad.

De tal modo, aunque no necesariamente todo lo antisocial es antijurídico, la propia normativa fonal considera ilícita la conducta que no tenga en cuenta la moral y las buenas costumbres, en los términos del artículo 279 del Código Civil y Comercial de la Nación, introduciendo un matiz subjetivo en la valoración del hecho que es visto no sólo como "daño resarcible", sino también, como "conducta disvaliosa" y ésta última característica es la que habilita la multa civil.

En esta inteligencia, resulta patente de todos los precedentes jurisprudenciales donde se ha aplicado la sanción de daño punitivo, que el agente o proveedor tenía conocimiento del vicio de la cosa, verbigracia el caso "Grimshaw c. Ford Motors Co." famoso como el "caso Ford Pinto", en donde el defecto del automóvil hubiese requerido su retiro del mercado, y por el contrario, la empresa fabricante optó por no asumir el costo que ello implicaba, y consecuentemente, se hizo responsable de los daños que se ocasionaran, en una actitud desaprensiva y antisocial que fundamenta no solamente el mero resarcimiento de todo tipo de daño, sino también la imposición de la pena civil, como un rubro independiente, a fin de disuadir este tipo de conductas.

Igual tipo de reproche se puede advertir en otros precedentes extranjeros: el caso "Anderson c. General Motors" donde también se produjeron serias quemaduras al incendiarse un Chevrotlet Malibú, cuyo depósito de gasolina estaba situado muy próximo al paragolpes trasero. En ambos casos, se advierte que el fabricante tenía conocimiento del defecto del producto, y que sin embargo, le saldría más barato indemnizar a las víctimas que realizar las reparaciones pertinentes en los vehículos que ya circulaban.

En una palabra, cabe insistir que en la multa civil se encuentra siempre presente el factor de atribución subjetivo, por el menosprecio de los derechos de los consumidores y/o usuarios, y consecuentemente, su aplicación no deviene por imperio del art. 40 de la LDC, sino por la "suma injusticia" de la conducta que no resulta restañada por la indemnización aunque sea plena e integral.

En este sentido, este tipo de reproche debe poder formularse respecto a cada integrante de la cadena, y no se dispara automáticamente como lo dispone el art. 40 de la LDC, que sólo hace referencia a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario, y no a la multa civil que como penalidad, tiene presupuestos diferentes, al grado tal que la demostración de la diligencia por parte del proveedor impide la aplicación de la sanción punitiva disuasoria, tal como sucedió en el caso "Teijeiro".

IV. 2. El factor de atribución.

Desde esta perspectiva, cuando la conducta del proveedor sea contraria a la ley o a las buenas costumbres, o perjudique los derechos de un tercero, cae bajo la sanción de abusividad en el ejercicio del derecho, que regula expresamente el art. 1071 bis del Código Civil, y en consecuencia se advierte que la multa civil tiene como presupuesto el análisis subjetivo de la conducta del dañador, tal como adelantamos supra.

De lo dicho se sigue que en la gravedad del hecho converge el elemento objetivo o fáctico propiamente dicho, con el proceder del proveedor, es decir, que la calificación

jurídica de la sanción reglada en el art. 52 bis de la LDC depende de ambos tipos de reproches, superando así las críticas de la doctrina en una interpretación axiosistemática.

Un ejemplo paradigmático lo constituye el caso "Machinandiarena", en donde la condena se debió a la falta de colocación de accesos para discapacitados, de manera tal que la "gravedad" se configuraba no solamente por la discriminación entre seres humanos de capacidades diferentes, es decir, el hecho objetivo dañoso, sino también por el carácter "desaprensivo" de la conducta de la demandada y el impacto social que dicho comportamiento genera, configurándose el aspecto subjetivo de la figura.

Este criterio desarrollado en la jurisprudencia mayoritaria en la que se ha aplicado el daño punitivo, resultaba asumido por el Código Civil y Comercial, y puntualmente la Legislación complementaria relativa a la ley de Defensa del Consumidor, al modificar el art. 52 bis, y bajo la denominación de "sanción pecuniaria disuasiva", establecía que el juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, una sanción pecuniaria, a quien actúa con *grave menosprecio* hacia los derechos del consumidor...", regulación que a la postre no llegó a sancionarse dejando vigente el texto original que nada dice del reproche subjetivo, todo lo cual mantiene la incertidumbre sobre el criterio definitivo de aplicación.

IV. 4. El carácter subjetivo del reproche.

En esta línea, la jurisprudencia ha ratificado la necesidad del reproche subjetivo para hacer procedente la aplicación del daño punitivo.

Así se ha dicho "...no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se requiere algo más. Y ese algo más tiene que ver con la necesidad de que exista dolo eventual o culpa grave por parte de aquel a quien se sancione con la multa. Se trata de casos de particular gravedad, que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con esta figura es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador respecto de los derechos de terceros". ("Callejo, Diego Alejandro c/Volkswagen S.A. de Ahorro p/f Determinados y Otro s/sumarísimo - CNCOM – SALA B – 14/06/2017)

La Vocal Gómez Alonso de Díaz Cordero ha dicho que "...la multa civil es de aplicación excepcional y requiere de la comprobación de una conducta disvaliosa por la cual el responsable persiga un propósito deliberado de obtener un rédito con total desprecio de la integridad o dignidad del consumidor".

En una palabra, pareciera necesario advertir adecuadamente las diferencias entre los daños propiamente dichos, es decir, la función resarcitoria de la responsabilidad, y el llamado "daño punitivo" como multa que articula una alternativa de punición que hace a las funciones sancionatoria y disuasoria de esta figura.

Por el contrario no puede obviarse la opinión de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Tucumán cuando pone de relieve "*el criterio de tolerancia cero según el cual, cuando se trata de la salud de los consumidores, esto es, cuando está en juego la integridad psicofísica y la vida misma de las personas, la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia, pues, la importancia de los bienes e intereses comprometidos no deja margen para el más mínimo error. Así, determinadas actividades, como la fabricación, envasado, distribución y comercialización de*

productos alimenticios –alimentos y bebidas– o medicamentos destinados al consumo humano, exigen del proveedor empresario una máxima diligencia, la cual debe ser apreciada en los términos del art. 1725 del CCCN (art. 902, Código Civil): “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias” (cfr. CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, Daños punitivos sí, daños punitivos no..., LA LEY 2012-C, 63, AR/DOC/2047/2012).”

Tal como se advierte la jurisprudencia nacional, si bien admite la necesidad del reproche subjetivo, le otorga a este aspecto de procedencia del daño punitivo una diversa ponderación, al grado tal que causas similares han sido resueltas en sentidos diferentes.

Desde esta perspectiva, en los temas de salud la denominada “tolerancia cero” se acerca mucho a un factor de atribución objetivo, y no parece quedarse solamente en una cuestión de valoración probatoria.

Esta cuestión ya fue abordada por el maestro Alterini¹¹ cuando puntualiza que para fijar el monto de la multa habría sido preferible considerar puntualmente no solamente la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, sino también el perjuicio resultante de la infracción, la posición en el mercado del proveedor, el grado de intencionalidad y su generalización.

De tal modo, el conocido jurista puntualmente pone de relieve que en el daño punitivo, existe un factor de atribución subjetivo pues, para la aplicación del daño punitivo se analizará el "grado de intencionalidad y su generalización" del hecho reprochable al proveedor.

En igual sentido, una autor de la talla de Picasso¹² explica que la primera constatación que surge del análisis de la norma en el sentido de que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas a que el proveedor incumpla sus obligaciones, medie o no dolo o culpa del proveedor, constituye una lectura parcial del texto legal.

En una palabra, el autor citado argumenta que para la procedencia de la multa civil resulta necesario que la conducta del proveedor en su antisociabilidad implique una especulación de la operatoria mercantil con conocimiento del desmedro de los derechos del consumidor.

V. Conclusiones.

A partir de las consideraciones y aportes doctrinarios reseñados, cabe realizar a modo de síntesis, una enumeración de las pautas de aplicación de la multa civil del art. 52 bis de la LDC.

Dicho derechamente, coincidiendo con Pizarro¹³, cabe efectuar una interpretación funcional y sistémica de las notas típicas que configuran el daño punitivo.

¹¹ ALTERINI, Atilio, Las reformas a la ley de Defensa del Consumidor, Primera lectura 20 años después, en: VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (director), Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 1239.

¹² PICASSO, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la ley de Defensa del Consumidor, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 123.

¹³ PIZARRO, Daniel Ramón, Daños punitivos, en: Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Felix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

De tal modo, éstas son:

- a) el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales,
- b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor, tal como sería la hipótesis del art. 8 bis de la LDC.
- c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal,
- d) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito,
- e) la posición de mercado o de mayor poder del punido,
- f) el carácter antisocial y reprochable de la conducta y su repercusión en el medio social, es decir, el factor de atribución subjetivo, que se descubre ante el menosprecio a los derechos de los consumidores y usuarios,
- g) la finalidad disuasiva futura perseguida,
- h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial,
- i) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado,
- j) los sentimientos heridos de la víctima.

En definitiva, y pese a la supuesta claridad del marco teórico aparece un enfrentamiento entre la necesidad del reproche subjetivo y el modo como se entiende que se configura este aspecto cuando se recurre a la interpretación denominada “tolerancia cero”.