



Revista de
Derecho
Privado

**LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA,
EXAMINADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS SEMIÓTICO
DEL DISCURSO EN DOS SENTENCIAS PARADIGMÁTICAS**

MÓNICA ALEJANDRA CANTEROS
SANDRA NATALIA UMANSKY

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.06>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Rev. derecho priv. No. 56

julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

Los daños punitivos en la legislación argentina, examinados desde la perspectiva del análisis semiótico del discurso en dos sentencias paradigmáticas

Resumen

En el artículo las autoras se propusieron como objetivo contrastar dos sentencias en las que se analiza la procedencia de la figura de los daños punitivos, en el marco de la legislación consumerista argentina. Escogieron como metodología el análisis semiótico del discurso, según la propuesta de Magariños de Morentín (1996) realizando dos tipos de operaciones: identificatorias y contrastativas.

Observaron que los textos escogidos resultaron contrastables, apreciando que las sentencias son disímiles en cuanto a la función que sendos sentenciantes le confieren a esta figura y a los factores de atribución requeridos para su procedencia —la primera de ellas el factor objetivo, nada más, y la segunda un elemento subjetivo: culpa grave o dolo—. Afirma el sentenciante que la concesión de los daños punitivos es una atribución judicial.

Palabras clave: daños punitivos, funciones de la responsabilidad, análisis del discurso, semiótica, factores de atribución de la responsabilidad.

The punitive damages in Argentinian legislation, examined by the perspective of discourse semiotic analysis in two paradigmatic sentence

Abstract

In the present article we set out as an objective to oppose two sentences in which the origin of the figure of the punitive damages is analyzed, within the framework of the Argentine consumption legislation. We have chosen as a methodology the semiotic analysis of the speech, according to the proposal of Magariños de Morentín, J. (1996) making two types of operations: identificatories and contrastatives.

We have observed which the selected texts are comparable, appreciating that the sentences are dissimilar as far as the function that individual judges confer to him to this figure, to the factors of attribution required for their origin, demanding the first of them an objective factor, nothing else; and the second, a subjective element adheres: serious blame or fraud, appreciating the judge that the concession of the punitive damages is a judicial attribution.

Keywords: punitive damages, functions of the responsibility, analysis of speech, semiotics, factors of attribution of the responsibility.

Los daños punitivos en la legislación argentina, examinados desde la perspectiva del análisis semiótico del discurso en dos sentencias paradigmáticas*

MÓNICA ALEJANDRA CANTEROS**
SANDRA NATALIA UMANSKY***

SUMARIO

Introducción – I. DECISIONES METODOLÓGICAS – II. LOS DAÑOS PUNITIVOS – A. *El artículo 52 bis de la LDC*– III. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL – IV. ANÁLISIS SEMIÓTICO DE LAS SENTENCIAS ESCOGIDAS – A. *Cuestiones contextuales*– B. *Algunas marcas discursivas* – 1. Análisis de la Sentencia N.º 1 – 2. Análisis de la Sentencia N.º 2 – C. *Operaciones contrastativas* – 1. Función del daño punitivo – 2. Incumplimiento – 3. Factor de atribución objetivo – 4. Factor de atribución subjetivo – 5. Potestad judicial – 6. Costo-Beneficio – V. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Canteros, M. A. y Umansky, S. N. (Diciembre, 2016). Los daños punitivos en la legislación argentina, examinados desde la perspectiva del análisis semiótico del discurso en dos sentencias paradigmáticas. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.06>

** Abogada y especialista en Docencia Universitaria, Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), docente-investigadora de la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.N.E. Correo: mcanteros@eco.unne.edu.ar

*** Abogada Universidad Nacional del Nordeste, experta universitaria en Responsabilidad Social Corporativa (UNED-España), becaria cofinanciada UNNE-CONICET. Correo: sandraumansky@yahoo.com.ar

Introducción

El tratamiento que se ha dado a la figura jurídica *daños punitivos* desde hace seis años en la Argentina, y la discusión doctrinaria sobre la pertinencia, o no, de su incorporación al derecho interno del país, hacen de suma importancia y necesario en el mundo jurídico el estudio de la construcción de esta función de la responsabilidad.

Los daños punitivos son considerados multas civiles, ya que son sumas dinerarias que se imponen al autor de una conducta dañosa, con la particularidad de que se imputan independientemente de las condenas indemnizatorias y de los acuerdos previos entre las partes, buscando reponer el estado de las cosas lo más cercano posible al existente con anterioridad al perjuicio. El juez puede otorgar el daño punitivo con finalidad ejemplificadora de punición al autor de dicho daño, como también la de prevención para la ocurrencia de futuros menoscabos en los derechos de terceros, por hechos similares.

Este instituto jurídico tiene sus orígenes en países anglosajones que adscriben al sistema de *Common Law*, y ha tenido poca o nula recepción en los que siguen la tradición continental-romanista. En Argentina los daños punitivos fueron incorporados a la legislación en el 2008

con la sanción de la Ley N.º 26.361, que reformara la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario (en adelante LDC) mediante una técnica legislativa muy criticada por la doctrina y la jurisprudencia nacional, y cuya aplicación ha traído aparejadas numerosas dificultades a los operadores del derecho, quienes debieron expedirse sobre la materia.

En el presente artículo analizamos la jurisprudencia argentina en relación a esta figura, a la luz de dos fallos relevantes que tratan en su *decidendum* los daños punitivos y posibilitan su contrastación a través de las sentencias de ambos jueces, utilizando el método científico del análisis semiótico del discurso que, por sus características, permite una lectura más analítica y profunda para su interpretación.

I. DECISIONES METODOLÓGICAS

Como señalamos en el punto anterior, escogimos como metodología el análisis semiótico del discurso, siguiendo la propuesta de Magariños de Morentín (1996), quien plantea la realización de dos tipos de operaciones: *identificadoras* y *contrastativas*.¹

El interés del presente análisis se centra en desentrañar, desde los datos, en este caso desde el discurso judicial expresado en dos

1. No se realizan operaciones transformacionales, habida cuenta que estas requieren la comparación de dos pares de cuerpos textuales pertenecientes a tiempos históricos distintos, y que desde la sanción de la Ley N.º 26.361 no ha transcurrido un tiempo suficiente para posibilitar la realización de tales operaciones.

sentencias, las posibles interpretaciones de los jueces que, sobre la misma normativa, han fallado de manera dispar.

Las dos sentencias seleccionadas son consideradas paradigmáticas por haber sido, la primera de ellas,² la que trató el instituto en cuestión primigeniamente, concediendo al demandante (consumidor) la aplicación de los daños punitivos; y la segunda,³ por haber revocado una sentencia millonaria en la que el juzgado en primera instancia había concedido la multa civil, dejando al consumidor solamente con la compensación de obtener una botella de gaseosa.

Los dos fallos fueron decididos por ambas Cámaras de Apelación, constituyendo el criterio adoptado para su *decidendo* la base de sentencias firmes con criterios y resultados totalmente divergentes.

II. LOS DAÑOS PUNITIVOS

La figura jurídica que analizamos, en el ámbito del derecho del consumidor no está destinada

a reparar los daños que se causan a los consumidores; se trata de una suma de dinero que se adiciona a las indemnizaciones compensatorias, con la finalidad principal de castigar al dañador.⁴ Técnicamente, no constituye un

resarcimiento, sino una institución distinta: *una pena privada*, que el ordenamiento jurídico admite y legitima bajo ciertas circunstancias. Una suerte de *indemnización punitiva* (expresión que luce cuando menos contradictoria) o, más precisamente, una pena civil orientada a sancionar, a punir antes que a reparar. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 245).

La figura de los daños punitivos, de origen anglosajón, ha acarreado innumerables problemas en su adecuación al sistema de responsabilidad civil argentino. En tal sentido, Ricardo de Ángel Yágüez resumiendo los fundamentos esgrimidos por Salvador Cordech y Castiñeira Palou, recalcó las críticas a tal sistema de la siguiente manera:

Los punitive damages, en tanto en cuanto son sancionatorios y no compensato-

2. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata —Sala II— Argentina (2009). “*Machinandiaarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares*”. Expte. N.º 143.790. En adelante se identificará este fallo como Sentencia N.º 1.

3. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba —Sala III— Argentina (2012). “*Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. – Abreviados Otros*”. Expte. N.º 1639507/36. En adelante se identificará a este fallo como Sentencia N.º 2.

4. Algunos autores como Leandro Vergara piensan que la principal finalidad de los daños punitivos es preventiva y no sancionatoria, afirmación con la cual no estamos de acuerdo en relación con su aplicación en la Argentina, debido a que no se ha demostrado empíricamente que este tipo de sanciones, en el sentido y con los montos a los que vienen condenando los tribunales en nuestro país, sirvan para disuadir conductas futuras de los condenados, ni para desalentar conductas similares de otros proveedores.

rios, alteran la simetría de la ley; comparan la naturaleza de las multas penales pero no se imponen en un proceso que ofrezca las garantías constitucionalmente exigidas para la imposición de sanciones; dada la vaguedad de los criterios que permiten su imposición, los jurados carecen de estándares precisos y legítimos para decidir imponerlos. (2011, p. 210).

Si sostenemos al igual que Cordech y Castiñeira Palou el carácter sancionatorio de los daños punitivos, quien los imponga deberá realizar una interpretación restrictiva para su aplicación excepcional. Asimismo, tal interpretación deberá estar fundada en el respeto a las garantías propias del sistema represivo, siguiendo el principio del debido proceso legal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (CN) y concordantes en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Ante lo expresado resulta totalmente laxa la previsión legal del art. 52 bis de la LDC, que requiere para su procedencia, solamente, el incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor; son los jueces quienes, en sus sentencias, en definitiva, establecen el alcance de la figura bajo examen, razón por la cual algunos magistrados han establecido que solamente se requiere el factor objetivo determinado por la norma —incumplimiento de obligaciones legales o contractuales—, mientras otros han requerido la presencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad, tales como el

dolo, la culpa grave, la culpa lucrativa o el grave menosprecio por los derechos de terceros.

A. El artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario

La norma objeto de análisis establece:

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 argentina registra disidencias respecto a la pertinencia y conveniencia de la aplicación de este instituto en nuestro sistema jurídico.

Con deficiente técnica legislativa, esta norma convierte un supuesto de aplicación excepcional, tradicionalmente empleado para castigar con un tinte subjetivo de intencionalidad, en una pena que podría reclamar cualquier dam-

nificado ante el solo hecho de que el proveedor “no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor” (LDC, art. 52 bis).

El artículo 52 bis toma la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso como factores de cuantificación de esta multa, pero no como supuestos de procedencia, aclarando que esta será independiente de otras indemnizaciones que le correspondan al consumidor, tales como la reparación del daño emergente, el lucro cesante o el daño moral efectivamente sufridos.

Otra cuestión muy discutida es la relativa al destino de la multa, última que fue determinada a favor del consumidor, ya que al ser esta accesorio a las indemnizaciones por los daños efectivamente sufridos por la víctima, la condena a pagar por daños punitivos podría derivar en un enriquecimiento sin causa del consumidor.

Luego, establece la norma que “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” (LDC, art. 52 bis). El problema con la solidaridad establecida por la norma se relaciona con la ya mencionada falencia legislativa en cuanto al presupuesto de procedencia de los daños punitivos, ya que si se hubiese supeditado su concesión a la existencia de dolo o culpa grave por parte del proveedor, podría concluirse que la solidaridad recaería solo sobre aquellos proveedores que se comportaron en orden a tales factores de atribución de la responsabilidad y no en aquellos completamente inocentes que, sin embargo, también

deberán responder en función de un factor objetivo de atribución, lo que les impedirá probar como eximente la falta de dolo o culpa de su parte, limitándoseles tal posibilidad a la acreditación de la ruptura del nexo causal.

Por último, el art. 47, inc. b) de la LDC impone un tope máximo a esta sanción pecuniaria: cinco millones de pesos. Este tope también resulta cuestionable porque puede ser a veces excesivo —tal el caso de una PyMe que terminaría en quiebra a causa de la sanción punitiva impuesta, no siendo esta la finalidad de la disposición legal— y otras veces insuficiente para cumplir con sus funciones punitiva y preventiva, como sería el caso de empresas con posición dominante en el mercado o supuestos de daños masivos en los que recibirá una indemnización mayor quien primero reclame.

III. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La atribución de responsabilidad depende de dónde se origina el daño: si en la culpa de quien origina el perjuicio (teoría de la culpa subjetiva del daño, incumplimiento doloso o culposo o ilícito doloso o culposo), o en la falta de mención en la regulación específica; el factor de responsabilidad es la culpa.

Si el daño que se ocasiona no surge directamente de la conducta del sujeto obligado a reparar, o la conducta de este es irrelevante, o si el daño se origina por vicio de una cosa o riesgo de esta, como también por la realización de

una actividad riesgosa, estamos ante el factor de atribución objetivo.

La teoría de la culpa subjetiva que se origina por un accionar culposo o doloso tiene su fundamento legal en los artículos 1721, 1724, 1725 y 1728 del Código Civil y Comercial argentino. Asimismo, los factores objetivos surgen de lo legislado en los artículos 1757 a 1762 y 1370 a 1375, entre otros.

En la estructura de la LDC, el factor de atribución es el objetivo, conforme lo expresado en el artículo 40: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”.

En los países donde se originó la regulación de los daños punitivos (Inglaterra y Estados Unidos) se requiere, como presupuesto para su procedencia, una conducta especialmente grave o reprobable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia y efectivamente sufrido por la víctima (Lorenzetti, 2009, p. 559).

IV. ANÁLISIS SEMIÓTICO DE LAS SENTENCIAS ESCOGIDAS

A. Cuestiones contextuales

Recordemos que la incorporación de la figura de los daños punitivos no fue pacífica en la

legislación argentina, como tampoco la forma en que fue incorporada a través del art. 52 bis de la LDC. En efecto, la doctrina estuvo dividida frente a la posibilidad de articulación de la figura en el derecho civil argentino,⁵ así como respecto a los presupuestos necesarios para que los jueces la otorgaran en las sentencias. Las mayores críticas se generaron con la aparición de la Ley 26.361 —modificatoria de la Ley 24.240—, en cuanto a su técnica legislativa. En lo referente al tema que nos ocupa hubo autores que se manifestaron en el sentido de que el juez debía conceder los daños punitivos cada vez que existiera algún incumplimiento obligacional por parte del proveedor en una relación de consumo; otros autores se pronunciaron a favor de respetar la naturaleza del instituto según su regulación en los países de origen, para lo cual cada sentenciante debería evaluar la conducta del proveedor y las motivaciones que tuvo en miras al incumplir, para determinar si corresponde, o no, conceder la multa civil en cuestión.

Este es un tema no menor si sostenemos que los jueces deben constatar solamente el incumplimiento; en este caso, el reclamo por daños punitivos pasará a formar parte de la gran mayoría de las demandas por responsabilidad en las relaciones de consumo, como un rubro más que se sumaría al monto de las indemnizaciones en las sentencias. Para el supuesto que el factor de atribución requerido fuera el subjetivo, su procedencia sería excepcional

5. En contra de la incorporación, Bustamante Alsina (1994) e Iribarne y Bravo (2009), entre otros; con un criterio intermedio, Kemelmajer de Carlucci (1993); y a favor Pizarro (1996), entre otros.

cada vez que el incumplimiento derive de una conducta agravada con dolo o culpa por parte del proveedor.

El primer caso que tuvo resolución en los tribunales argentinos sobre la aplicación de los daños punitivos es el que identificamos como Sentencia N.º 1. En los hechos se relata que se trató de una persona con discapacidad, quien inició acciones legales contra una compañía de telefonía por no haber podido ingresar a realizar un reclamo, en virtud de que las instalaciones de dicha empresa no contaban con rampa de acceso para sillas de ruedas. Se impuso la suma de treinta mil pesos por concepto de daños punitivos, expresando el tribunal: “Para que la actuación de un proveedor merezca la sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más”. Y más adelante aclara:

El daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se dé cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos.

Como antecedente de la Sentencia N.º 2, un consumidor accionó debido a que encontró flotando en el interior de una botella de gaseosa un cuerpo extraño, que resultó ser un envase de gel íntimo. La juez de primera hizo lugar a los daños punitivos reclamados, estimando que

la ausencia de explicación seria y válida por parte de la demandada, su postura de negar el hecho, sin dar satisfacción en cuanto a la forma en que entiende puede haber sucedido aquél, no obstante encontrarse en condiciones de hacerlo, por ser justamente el fabricante del producto, me llevan a concluir que (...) ha existido en el proceso de llenado de los envases de vidrio retornable, una falla que a mi entender implica una negligencia que calificó de grave, razón por la cual, habiendo existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de grosera y evaluando la conducta desplegada por la empresa productora de la gaseosa, los riesgos que de ella derivan, el lucro indebidamente obtenido y su situación económica en el mercado consumidor, impone el pago de la suma requerida, es decir, de dos millones de pesos. (Sentencia N.º 97/2011).

Este fallo fue revocado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Tercera Nominación de Córdoba, en sentencia de fecha 17 de abril de 2012, dejando sin efecto la condena a pagar daño moral y daños punitivos. Es esta la sentencia que analizamos por considerar que no resultan suficientes para otorgar daños punitivos al consumidor los factores objetivos de atribución de responsabilidad, “sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que

ha generado el ilícito para evitar que continúe repitiéndose” (Expte. N.º 1639507/36).

En síntesis, la Sentencia N.º 1 para la aplicación del daño punitivo requirió solamente la existencia de factores objetivos de atribución de responsabilidad, esto es, incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, en tanto que en la Sentencia N.º 2 la Cámara impuso como necesaria la concurrencia de factores subjetivos, reflejando de esta manera la discusión doctrinaria posterior a la sanción de la Ley 26.361.

B. Algunas marcas discursivas⁶

En este apartado se expondrán las denominadas *operaciones identificatorias* (Magariños de Morentín, 1996), consideradas como aquellas que

segmentan y vinculan marcas perceptuales efectivamente presentes en determinado discurso social. Su aplicación implica el supuesto teórico de que la confrontación entre las marcas del discurso social que se pretende caracterizar y las de otro contemporáneo a éste otorga a estos su significado diferencial. (Piñeyro, 2012, p. 20).

1. Análisis de la Sentencia N.º 1

Siete son las marcas que se han identificado.

1. “Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación,”

El sentenciante aprecia así la articulación de la naturaleza de los daños punitivos con la finalidad de las normas de derecho de consumo. Considera que la responsabilidad, en estos casos, tiende tanto a la prevención cuanto a la reparación de los daños ocasionados al consumidor y, a su vez, esgrime que los daños punitivos sirven tanto para prevenir como para reparar los daños ocasionados al consumidor.⁷

2. “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.”

La marca más potente de esta sentencia se aprecia en la frase “Nada más”, que indica que para el sentenciante el único requeri-

6. Según Silva Fernández (2002) las marcas o marcadores discursivos son signos que no contribuyen directamente al significado conceptual de los enunciados (auxilian la condición de verdad), sino al de procesamiento (colaboran para la elaboración de inferencias).

7. Cabe destacar que al momento del dictado de la sentencia no se contemplaba en el derecho común la multiplicidad de funciones de la responsabilidad civil: preventiva, reparatoria y sancionatoria.

miento que trae la norma para la procedencia de los daños punitivos es el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales. Como dice la máxima jurídica “donde la ley no distingue, no debemos distinguir”. No se deben pedir más requisitos que estos, por más que la figura en sus orígenes requiera factores subjetivos para responsabilizar al proveedor.

La expresión “nada más” es, en sí, una composición semántica opuesta: “nada” y “más”, aparece contrapuesta por otra composición semántica: *sola exigencia*. Es decir, que la norma solo exige el incumplimiento legal o contractual, siendo este excluyente a la hora de aplicar los daños punitivos. En resumen: sin incumplimiento, no se deben otorgar daños punitivos.

3. “El daño punitivo resulta aplicable (...) a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo.”

El fallo resalta que para que proceda la condena a daño punitivo debe existir un vínculo jurídico —una obligación— y este debe encuadrarse en una relación de consumo, aquella que se da entre consumidor y proveedor, recordando que la relación de consumo según la doctrina dominante abarca todas las situaciones en que el sujeto es protegido antes, durante y después de contratar, dañado por un ilícito extracontractual

o cuando es dañado por prácticas del mercado (Lorenzetti, 2009, p. 84).⁸

4. “Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LL 2008-D, 58)”.

Esta marca confirma el “nada más” del ítem identificado como 1.- reforzando el juez su afirmación citando un artículo de doctrina especializada.

5. “Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro.”

El cálculo al que hace referencia esta marca es el concepto de lo que se denomina *ilícito lucrativo*. La existencia de esta especie de análisis económico para tomar la decisión con efectos jurídicos es considerado un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, requerido en la jurisprudencia extranjera para determinar la procedencia de los daños punitivos. El sentenciante exterioriza que la Ley 26.361 se “apartó” de este crite-

8. Según los conceptos de los artículos 1° y 2° de la LDC.

rio, al que considera “restrictivo”, por oposición al que cree más amplio al conceder daños punitivos basados en factores objetivos de atribución (incumplimiento).

6. Asimismo el fallo expresa que existe otro criterio contrario que requiere la existencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad, considerándola como postura dominante. Al respecto la marca nos dice:

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 menoscabo grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

El juzgador considera a esta postura como un “consenso dominante”. El calificativo *dominante* tiene un gran impacto en el destinatario, ya que se considera tal al que se ejerce por la fuerza o mediante el poder. Pero es de notar que este adjetivo acompaña a “consenso”, y esto recuerda que el concepto de consenso en las ciencias sociales cambia el paradigma de lo que se considera “verdad”.

El concepto de *verdad* adquiere otra dimensión: ya no se trata de una verdad,

única y permanente, sino sólo el producto de consensos, en un momento y en una cultura dados. Y su herramienta de producción y de exteriorización está representada por una multiplicidad de discursos que atraviesan una determinada sociedad. (López, 2002, p. 7). [Cursivas en el texto original].

Podemos inferir entonces que el sentenciante considera que la postura mayoritaria, que requiere factores subjetivos de atribución de la responsabilidad para condenar a daños punitivos, está consensuada, pero a tal consenso lo considera dominante y contrario a los requisitos que contiene la ley: incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del proveedor, nada más.

7. “Se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada-t. o. ley 26.361-).”

Por último, el magistrado pasa en limpio el argumento de sus sentencias para la concesión de los daños punitivos, realizando un resaltado muy potente mediante la utilización de la negrita y el subrayado. En su criterio, en el caso que está siendo juzgado, ha existido incumplimien-

to de normas de distinta jerarquía. Es de señalar que en los fundamentos de la sentencia que no hacen a la procedencia de los daños punitivos, el juez hace una extensa interpretación de las distintas normativas vulneradas, haciendo lo que en doctrina se denomina *diálogo de fuentes*,⁹ para hacer prevalecer el *bloque de constitucionalidad*.

2. Análisis de la Sentencia N.º 2

Para esta sentencia, ocho son las marcas halladas.

1. La primera consideración a realizar en relación a este fallo es que, previo a analizar la viabilidad de la condena a los daños punitivos, el sentenciante esgrime que “se ha configurado objetivamente un hecho anti-jurídico imputable a la demandada en su condición de proveedora y que consiste en un incumplimiento de sus obligaciones para con el consumidor derivadas de la relación de consumo”.

Si siguiéramos el razonamiento de la Cámara de Mar del Plata, al resolver la Sentencia N.º 1, estos serían los requisitos a analizar para juzgar la procedencia de los daños punitivos al dictar el fallo, “nada más”.

Pero el juzgador de la Sentencia N.º 2 aclara que

las razones arriba expuestas, que me llevan a rechazar los agravios en lo relativo a la condena a resarcir el perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones del proveedor en la relación de consumo, no son aplicables a la condena por los denominados “daños punitivos”.

Y luego la Cámara aduce los fundamentos en virtud de los cuales considera que el *factor objetivo* de atribución de responsabilidad establecido por la ley: incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor en una relación de consumo, *no es suficiente* para condenarlo al pago de daños punitivos.

2. Para reforzar lo dicho en la marca anterior, el juzgador utiliza una cita doctrinaria como apoyatura del acierto de su posición. En efecto, expresa:

En este sentido advierte Fernando Colombres que “el juzgador deberá analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos y no limitarse a constatar que hubo un incumplimiento contractual”. (DJ 19/10/2011,1).

9. “En un sistema complejo existe una relación ineludible entre la norma codificada y la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (...) Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables” (Lorenzetti, 2012, p. IV).

Puede asimismo verse aquí las corrientes doctrinarias contrapuestas en nuestro país, al observar la apoyatura teórica de ambos fallos.

3. Luego, considera que para la imposición de la multa civil que analizamos “es necesario que concurra un *reproche subjetivo de gravedad* tal que torne conveniente adoptar esa *medida excepcional* con el objeto de *disuadir al dañador* de la actitud que ha generado el ilícito, *para evitar que continúe repitiéndose*” (Sentencia N.º 2, pág. 5, párr. 2do.). [Cursivas añadidas].

Las marcas encontradas en este párrafo sientan las bases sobre las cuales el magistrado decide rechazar la condena a daños punitivos que había sido otorgada por el juez de primera instancia.

- a) Considera que resulta necesario un reproche subjetivo de gravedad, esto es, la concurrencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad.
- b) La concesión de los daños punitivos en el razonamiento del juzgador debe ser una medida excepcional, o sea que no debe ser concedida cada vez que haya un incumplimiento en la relación de consumo.
- c) Deja sentada la posición relativa a que la finalidad de la multa civil es disuasiva, es decir, previene que la conducta castigada continúe repitiéndose en el futuro,

por lo que considera que su finalidad es preventiva.

4. Posteriormente, el magistrado reconoce el desdoblamiento de la doctrina en la materia, sosteniendo que prestigiosos juristas defienden la tesis según la cual basta la responsabilidad objetiva, mientras otros autores de igual renombre afirman la necesidad de la existencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad, para luego fundamentar que se enrola en esta última postura con el mismo texto del artículo 52 bis de la LCD cuando expresa que el juez “podrá” aplicar la multa en cuestión, apoyándose en una cita doctrinaria.

En este sentido expresa el fallo: “la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino como facultativa del juez que “podrá” aplicarla (Cfr. Colombres, Fernando M., “Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa”, DJ 19/10/2011,1).”

En la expresión “podrá”, el enunciante basa su postura para requerir la existencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad, ya que es facultativo para el juez aplicar los daños punitivos —no son de procedencia inmediata— apreciando las particulares circunstancias del caso; en este sentido el juez puede incorporar requisitos extranormativos para conceder, o no, la multa civil en cuestión.

Esta decisión judicial, de aplicar o no la figura, implica que si el verbo *podrá* le da la *posibilidad* de hacerlo, el verbo “*graduará*” no solo ratifica este poder del juez, sino que le da la potestad de *subjetivar*, es decir, que no solo va a decir si hace o no uso de los daños punitivos, sino también *cómo* los aplica.

5. Más adelante el juez critica la redacción normativa del artículo 52 bis por su amplitud e imprecisión, y refuerza su postura, analizada en el punto anterior, esgrimiendo:

No cabe duda es que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil y un prudente ejercicio de esa amplísima atribución no puede perder de vista la naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos jurídicos que le han servido de fuente, como así también la construcción que en nuestro país han realizado la doctrina y la jurisprudencia. (Sentencia 2).

Aquí podemos resaltar los sesgos ideológicos de la sentencia. Parafraseando a Van Dijk, entendemos por ideología al sistema de creencias, que consisten en representaciones sociales compartidas, que son fundamentales o axiomáticas y que definen la identidad social del grupo, acerca de condiciones fundamentales y su modo de existencia y reproducción (2005, p. 10). Y lo hacemos fundadas en que el dirimente esgrime que está realizando un ejercicio *prudente*

de la atribución de otorgar los daños punitivos. Como contrapartida, el juez que no aprecie los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad —pese a que la norma no los requiere para su procedencia— está haciendo un ejercicio imprudente de esta potestad. A esto lo podemos interpretar en el sentido que si no se dan tales factores, el reclamo de daños punitivos pasaría a formar parte de las cuentas que ordinariamente reclaman los abogados de parte en sus demandas, cada vez que haya un incumplimiento legal o contractual en una relación de consumo y el juez deberá concederla, perdiendo la atribución de la mencionada potestad y dejando de ser una medida de carácter excepcional.

Para fundar esta posición, el juez remarca que el grado de la atribución “*podrá*” es muy amplio, es decir, que aquí el sentenciante tendrá la posibilidad de valorar todas las circunstancias del caso que *él* considere pertinentes para la concesión, o no, de los daños punitivos, más allá de lo expresamente establecido en la normativa legal.

Y todo esto sucede porque al analizar cada caso habrá que hacerlo —según este magistrado— en función de tres factores trascendentes:

- a) *La naturaleza y características que tiene este instituto en los ordenamientos que le han servido de fuente:* aquí nos encontraremos con un problema interpretativo mayor, ya que al tener el instituto que

analizamos orígenes diversos dentro del derecho anglosajón del Reino Unido y de los Estados Unidos de Norteamérica, siguiendo estos un sistema de fuentes del derecho basado en la costumbre y la jurisprudencia, la aplicación dada en cada Estado y en cada juicio en particular ha obtenido sus resultados en base a diferentes requisitos para su procedencia, aunque resulta justo destacar que siempre se han basado en la presencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad.

b) *La doctrina nacional*: la cual los magistrados de las dos sentencias en análisis reconocen que se encuentra dividida y que existen autores de la misma talla que se inclinan por requerir factores objetivos y factores subjetivos para atribuir la responsabilidad y habilitar la procedencia de los daños punitivos.

c) *La jurisprudencia nacional*: en este punto no se puede decir que se haya construido corriente jurisprudencial alguna, por la exigua cantidad de casos en los que se ha resuelto otorgar o no otorgar los daños punitivos.¹⁰

En los párrafos siguientes, quien fallase fundamenta en los antecedentes extranjeros a los que hace referencia, que siem-

pre requirieron de factores subjetivos para atribuir la responsabilidad y otorgar daños punitivos.

6. Para dar refuerzo a su postura de seguir los criterios de las construcciones en jurisprudencia nacional, el magistrado hace expresa referencia a la Sentencia N.º 1 y a otras decisiones judiciales sobre daños punitivos que requieren la presencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad para su procedencia.

En relación a la Sentencia N.º 1 expresa:

Así en el caso “Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina” se tuvo en cuenta para aplicar la multa que existió “un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva. (CCCom. de Mar del Plata, Sala II, 27/5/2009 en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XI, N.º 7, julio 2009).

Aquí debemos expresar que el recorte realizado de la Sentencia N.º 1 para la cita textual resulta arbitrario, ya que lo expresado no hace a la fundamentación de la sentencia en sí, sino que estaba esgrimiendo la existencia de las dos posturas (factores objetivos o subjetivos), y lo expresa en el senti-

10. La mayoría de los casos de condenas a daños punitivos fueron en contra de empresas de telefonía celular y su monto fue mínimo, alejándose de la finalidad sancionatoria ejemplificadora y disuasoria de la norma, sin fijar una postura muy fundada acerca de la necesidad de presencia de factores objetivos o subjetivos para la procedencia de la multa civil.

do de conformar a aquellos que consideran que además de lo requerido por la ley se necesitan factores subjetivos de atribución de la responsabilidad. En este caso hubo “un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva”, donde el factor subjetivo sería este último, sin argumentar las razones que apoyarían esta postura, lo cual no puede compararse con el tajante “nada más” en el que fundamenta la necesidad de que exista un incumplimiento legal o contractual de las obligaciones por parte del proveedor en una relación de consumo.

7. Luego hace referencia a lo que considera más trascendente para la procedencia de los daños punitivos, esto es, su finalidad punitiva o sancionatoria, la que justifica que no pueda basarse su procedencia en la presencia de factores objetivos de atribución de la responsabilidad, apoyándose, a tal efecto, en citas doctrinarias y jurisprudenciales.

Pero lo más importante y dirimente desde mi punto de vista es que esta “multa civil” tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio —de ahí la impropia denominación de “daños punitivos”— y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de

inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad (C.S.J.N. Fallos 203:399; 256:97; 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548; 310:316), sea que se trate de “penas” penales, administrativas o civiles (cfr. Bueres, Alberto y Picaso, Sebastián, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos” en *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, Rubinzal-Culzoni, pág. 59 y sgtes.).

Aquí podemos notar que el juez recurre a la *intertextualidad* entre la LDC que en ciertos casos se contrapone a la Constitución, utilizando el diálogo de fuentes dentro del sistema jurídico argentino, al que hicimos referencia al analizar la Sentencia N.º 1.¹¹

Este fundamento resultaría sumamente convincente para declarar la inconstitucionalidad de la norma y, a partir de allí, requerir la presencia de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad para la procedencia de los daños punitivos, sin embargo, el sentenciante no ejerce el control de constitucionalidad, sino que marca la falta de concordancia del requisito de procedencia del art. 52 bis de la LDC con el art. 18 y concordantes de la Constitución Nacional, al solo efecto de fundar su postura de requerir la existencia de factores subjetivos.

11. Ver nota N.º 9.

8. Finalmente, el juez explicita su postura ideológica-doctrinaria, al expresar:

Por esas razones coincido con la doctrina que entiende que “para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 2) el elemento objetivo, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una apoyatura de ejemplaridad” (Galdós, Jorge Mario; Llamas Pombo, Eugenio; Mayo, Jorge A.; “Daños Punitivos”; La Ley 5/10/2011, 5).

Luego, el sentenciante hace una expresa valoración de la prueba rendida en el expediente, entendiendo que

la prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “daño lucrativo”, es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada

de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia

y además aduce que el caso bajo examen fue aislado y no se han reportado más incidentes que hagan presumir que se faltó al cuidado debido en el proceso de embotellamiento. Es decir, no hubo daño lucrativo ni posibilidad de afectar intereses colectivos de la población.

C. Operaciones contrastativas

Según Piñeyro (2002, p. 20), parafraseando a Magariños de Morantín (1996):

Operación *contrastativa* es aquella que relaciona las marcas identificadas en determinado discurso social con otras marcas perceptuales identificadas en otro determinado discurso social, contemporáneo al primero.¹² Su aplicación implica el supuesto teórico de que la confrontación entre marcas del discurso social que se pretende caracterizar y las de otro contemporáneo a este otorga a estos su significado diferencial.

12. Resulta pertinente aclarar aquí que la contemporaneidad en el dictado de sentencias judiciales puede resultar diferente a la que se considera en el análisis de otros tipos de discursos sociales. Los tiempos que toman los distintos magistrados en el dictado de sus respectivas sentencias, la diferente necesidad de rendición de pruebas y la apreciación de estas y el cúmulo de tareas que les caben a los jueces en cada tribunal hace que dos casos que puedan ser contemporáneos y sobre similares temas de decisión obtengan sentencias en tiempos distintos. En el presente estudio analizamos la Sentencia 1 del mes de mayo de 2009 y la Sentencia 2, dictada en abril de 2012, y las consideramos contemporáneas por haber sido dictadas luego de la reforma a la LDC por la Ley N.º 26.361 y anteriores a la publicación del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Para contrastar ambos discursos hemos seleccionado las siguientes categorías de análisis:¹³

1. Función del daño punitivo

“Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación” (Sentencia N.º 1, 1.).

Desde mi punto de vista es que esta “multa civil” tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio (...) y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad. (Sentencia N.º 2, 7.).

2. Incumplimiento

“La norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más” (Sentencia N.º 1, 2.).

“Se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo”(Sentencia N.º 1, 7.).

“El juzgador deberá analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos y no limitarse a constatar que hubo un incumplimiento contractual” (Sentencia N.º 2, 2.).

3. Factor de atribución objetivo

“La norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más” (Sentencia N.º 1, 2.).

Desde mi punto de vista es que esta “multa civil” tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio ... y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad. (Sentencia N.º 2, 7.)

13. La numeración que se señala luego de cada sentencia de referencia responde al orden de las marcas utilizado al realizar las operaciones identificatorias en el ítem anterior.

4. Factor de atribución subjetivo

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. (Sentencia N.º 1, 6.). [Cursivas añadidas].

En el caso “Machinandiarena Hernández c/ Telefónica de Argentina” se tuvo en cuenta para aplicar la multa que existió “un abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva” (Sentencia N.º 2, 6.).

Coincido con la doctrina que entiende que “para la procedencia de los llamados daños punitivos es necesaria la concurrencia de dos requisitos: 1) el elemento subjetivo, que es más que la culpa o la debida diligencia; se trata de conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; 2) el elemento objetivo, esto es una conducta que produzca un daño individual o de incidencia colectiva, que supere el piso o umbral que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad una

apoyatura de ejemplaridad”. (Sentencia N.º 2, 8.).

5. Potestad judicial

“La aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino como facultativa del juez que “podrá” aplicarla”. (Sentencia N.º 2, 4.).

“No cabe duda es que el legislador ha dejado librado totalmente al arbitrio judicial la apreciación en cada caso concreto de la procedencia o improcedencia de la multa civil” (Sentencia N.º 2, 5.).

6. Costo-beneficio

La ley 26.361, evidentemente, se *apartó* del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. (Sentencia N.º 1, 5.). [Cursivas añadidas].

La prueba rendida demuestra que no estamos frente a lo que se denomina “daño lucrativo”, es decir aquellos que se producen por una omisión deliberada de ciertos cuidados o precauciones exigibles, con el propósito de abaratar costos o incrementar la ganancia. (Sentencia N.º 2, 9.).

VI. CONCLUSIONES

Una vez identificadas las marcas discursivas en cada sentencia y contrastado las diferencias entre uno y otro discurso judicial podemos concluir que ambas sentencias requieren, para el otorgamiento de la condena en daños punitivos, la existencia de una relación de consumo donde exista un incumplimiento, pero difieren en varios aspectos.

En cuanto a la categoría de análisis *función del daño punitivo*, podemos observar que la Sentencia N.º 1 incorpora la función preventiva, además de la reparadora, como característica propia en el derecho de consumo,¹⁴ ya que hasta la fecha de esta sentencia solo existía en la esfera del derecho común la finalidad reparatoria. La sentencia N.º 2, en cambio, sostiene que esta figura tiene únicamente una función sancionatoria, razón por la cual podemos concluir que ambas sentencias difieren al momento de definir las funciones del daño punitivo en el art. 52 bis de la LDC.

En relación a la categoría *incumplimiento*, la Sentencia N.º 1 requiere para la procedencia del daño punitivo solamente el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, “Nada más”. En cambio, la Sentencia N.º 2 exige otros requisitos de carácter subjetivo para proceder a la concesión de la multa civil. En consecuencia, la Sentencia N.º 2 amplía los requisitos exigidos para la procedencia de la figura bajo examen.

Respecto al *factor de atribución objetivo*, la Sentencia N.º 1 basa el otorgamiento de la multa por daños punitivos en este factor, mientras la Sentencia N.º 2 expresa que el factor objetivo resulta insuficiente para la procedencia de esta figura, bajo riesgo considerar el fallo inconstitucional. Nuevamente, podemos ver ampliados los requisitos exigidos para el otorgamiento de los daños punitivos en la Sentencia N.º 2.

A la inversa, en cuanto al *factor de atribución subjetivo*, la Sentencia N.º 1 hace mención a que dentro de los requerimientos que exige el derecho comparado, se encuentra la presencia del factor subjetivo para conceder los daños punitivos, no siendo este el fundamento sostenido por el sentenciante como argumento principal de su decisión. La Sentencia N.º 2 hace referencia expresa a la Sentencia N.º 1, alegando que, en este caso, para conceder los daños punitivos se tuvieron en cuenta factores subjetivos de atribución de la responsabilidad. Es de notar que, si bien la Sentencia N.º 1 hace referencia a los factores subjetivos de atribución de la responsabilidad, no los considera determinantes dentro del eje argumentativo para la concesión de los daños punitivos.

Por su parte, la Sentencia N.º 2 requiere para condenar a la multa civil, la existencia de elementos objetivos y subjetivos, sin los cuales el juez puede, o no, decidir conceder esta figura,

14. Sin hacer alusión a la función sancionatoria o punitiva propiamente dicha.

haciendo hincapié en esta potestad jurisdiccional ya que el texto expreso del art. 52 bis de la LDC expresa “el juez podrá...”.

Como lo señalamos al comentar esta marca discursiva en la Sentencia N.º 2, la importancia de esta potestad debe ser vinculada con la facultad de graduación de la multa civil y de la condena por parte del juez. Aquí radica la problematización de esta sentencia pues el análisis debe centrarse en el *¿Cómo*: lo hará a través de los *mundos semióticos posibles*¹⁵ conocidos por el juez, con sus respectivos géneros discursivos, como el de la legislación (objetivo), el humano (subjetivo) y el de los medios de comunicación? o ¿lo hará a través de toda su subjetividad?

Por último, ambas sentencias hacen referencia al cálculo de *costo-beneficio* que puede realizar el proveedor frente al incumplimiento de una obligación legal o contractual, pero la Sentencia N.º 1 considera que la LDC no requiere este tipo de conductas para que el juez conceda el daño punitivo; en cambio, la Sentencia N.º 2 decidió no conceder la multa civil en función de no haberse presentado en el caso el supuesto de “daño lucrativo”.

En síntesis, podemos apreciar que las sentencias resultan disímiles en cuanto a la función

que tiene el daño punitivo, a los factores de atribución requeridos para su procedencia, exigiendo la primera de ellas el factor objetivo, nada más, mientras la segunda adhiere un elemento subjetivo: culpa grave o dolo, apreciando el sentenciante que la concesión de los daños punitivos es una atribución judicial que, a la hora de graduar la sentencia, pone en juego toda la subjetividad del magistrado.

Por otra parte, es diferente el criterio que tienen ambas sentencias respecto a requerir un previo cálculo de costo-beneficio por parte del proveedor al decidir incumplir, ya que la Sentencia N.º 1 lo considera irrelevante fundamentándose en la redacción de la norma, en tanto la Sentencia N.º 2 lo aprecia como trascendente para condenar a esta multa civil.

Referencias

1. Bustamante Alsina, J. (1994). *Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley.
2. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Sala III. Argentina. (2012). *Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.* –

15. “Un **texto**, sus **interpretaciones** posibles y el conjunto de **referentes** construidos por cada una de tales interpretaciones, se integran en una estructura y un procesamiento de información para cuyo estudio resulta de utilidad el artefacto lógico conocido como “**mundos posibles**”. Atendiendo a los variados tipos de operaciones de interpretación, así como a las diversas calidades de los textos y de los referentes, de todo lo cual dicho artefacto lógico deber dar cuenta cuando se lo aplica al ámbito de la semiótica, propongo denominarlo, en esta especificidad, “**mundos semióticos posibles**” (Magariños de Morentin, s. f.). [Negritas y cursivas en el original].

- Abreviados Otros*. Expte. N° 1639507/36, del 17/04/2012.
3. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. Sala I. Argentina. (2009). *Machinandiaarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares*. Expte. N.º 143.790, del 27/05/2009.
 4. Colombres, F. M. (19 de octubre de 2011). Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa. *Doctrina judicial*, (1).
 5. Congreso de la Nación Argentina. Ley 24240 de Defensa del Consumidor. *Boletín Oficial*, 15 de octubre de 1993.
 6. Congreso de la República Nacional de Argentina. Ley N.º 26.361. Defensa del consumidor. *Boletín Oficial*, 7 de abril de 2008.
 7. De Ángel Yágüez, R. (2011). Los daños punitivos en el derecho continental europeo. *Revista de Derecho de Daños*, (2).
 8. Iribarne, S. y Bravo D'andré, I. (2009). De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*,(5). Argentina: La Ley.
 9. Juzgado Civil y Comercial de Primera Instancia, 5ª Nominación de la Provincia de Córdoba, Argentina. (2011). *Teijeiro o Teijeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G*. Sentencia N.º 97 del 23/03/2011.
 10. Kemelmajer de Carlucci, A. (1993). ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? *Anales. Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 38(31).
 11. López, M. S. (2002). Prólogo. En N. Canela, M. Alegre, M. Núñez, A. Bonnet y N. Piñeyro, *La semiótica de la resistencia. Las luchas populares y los medios masivos de comunicación en la Argentina después de 2000*. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales de la Universidad del Nordeste.
 12. Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
 13. Lorenzetti, R. (2012). Presentación del Proyecto. En *Poder Ejecutivo de la República Argentina. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
 14. Magariños de Morentín, J. (s. f.). *Los mundos semióticos posibles en la investigación social*. Recuperado el 13 de agosto de 2015 de centro-de-semiotica: <http://www.centro-de-semiotica.com.ar/MSP-fls.html>
 15. Magariños de Morentín, J. (1996). *Los fundamentos lógicos de la semiótica y su práctica*. Buenos Aires: Edicial.

16. Mayo, J. A. (2009). *La inconsistencia de los daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley.
17. Piñeyro, N. (2002). Introducción. En N. Canela, M. Alegre, M. Núñez, A. Bonnet y N. Piñeyro, *La semiótica de la resistencia. Las luchas populares y los medios masivos de comunicación en la Argentina después de 2000*. Buenos Aires: Centro de Estudios Sociales de la Universidad del Nordeste.
18. Pizarro, R. (1996). Daños Punitivos. En F. A. Represas y R. S. Stiglitz, *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Editorial La Rocca.
19. Pizarro, R. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* (t. III). Buenos Aires: Hammurabi.
20. Silva Fernández, I. C. (2002). *Los marcadores discursivos en textos argumentativos de periódicos españoles y brasileños*. Congreso Brasileño de Hispanistas. 2002. San Pablo. Recuperado el 5 de mayo de 2015 de [proceedings:http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSCO000000012002000100031&script=sci_arttext](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSCO000000012002000100031&script=sci_arttext)
21. Van Dijk, T. (2005). *Estructuras y funciones del discurso*. México: Siglo XXI Editores.