Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

DAÑOS PUNITIVOS: FUNCIONES Y ASEGURABILIDAD

Autor: Helena Gouguenheim

Legajo: 24263

Mentor: María Guadalupe Martínez Alles

Victoria, 31 de julio de 2017

Índice

I. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO……..….....3

a) Introducción……..…..3

II. FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS…….....5

a) Función resarcitoria…….....5

b) Función preventiva…….....7

c) Función sancionatoria…….....9

III. FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DAÑOS PUNITIVOS…….....10

a) Función preventiva…….……..10

b) Función sancionatoria……...…14

IV. INCONVENIENTES QUE ENFRENTAN LAS FUNCIONES DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN CASO DE QUE EL ASEGURAMIENTO SEA ADMITIDO……...……17

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL ASEGURAMIENTO DE DAÑOS PUNITIVOS……...……19

a) Breve análisis sobre el aseguramiento de daños punitivos en Estados Unidos……...……...20

b) Posturas a favor de la asegurabilidad de daños punitivos…….……...22

i) Cooter……..22

ii) Polinsky y Shavell……...24

VI. INAPLICABILIDAD DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES NORTEAMERICANOS DE LA ASEGURABILIDAD DE DAÑOS PUNITIVOS EN ARGENTINA……...….....25

a) Inaplicabilidad de la postura de Cooter…….....26

b) Inaplicabilidad de la postura de Polinsky y Shavell…….....28

VII. LEY DE SEGUROS ARGENTINA: ARTÍCULO 112 Y LA NATURALEZA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS COMO SANCIÓN……..…….…..29

a) Dilema de la Ley de Seguros argentina…….……...29

i) Naturaleza Penal……...30

ii) Naturaleza civil…….…32

VIII. CONCLUSIONES……...……...36

IX. BIBLIOGRAFÍA……...…….....37

I. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO

a) Introducción

El 7 de marzo de 2008 el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nº 26.361, modificatoria de la Ley de Defensa del Consumidor, e incorporó el artículo 52 bis, que prevé la figura de daños punitivos, a la Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240 (en adelante, LDC). Argentina fue y es el primer país de Latinoamérica que logró receptar y admitir el instituto de daños punitivos en su ordenamiento normativo.

Sin embargo, a casi una década de la incorporación de esta figura en la legislación argentina aún es posible afirmar que existen polémicas e inquietudes respecto de su propósito, procedencia y alcance. Si bien la admisión de nuevas figuras pocas veces resulta ser tarea sencilla, la falta de especificidades y la abundancia de omisiones pueden significar problemas a la hora de aplicar y reglamentar institutos novedosos.

En este sentido, el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 destacó que la figura de daños punitivos "proviene de un campo ajeno a la responsabilidad civil, tradicionalmente enfocada en la reparación. Es culturalmente distante, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área latinoamericana o europea que han sido las tradicionales influencias en nuestro derecho. Es todavía novedoso donde se aplica, porque está en constante revisión. Ha sido estudiado en la doctrina argentina bajo el nombre de 'daños punitivos', siguiendo en este aspecto a la práctica anglosajona. Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador".[1]

Más allá de ser una novedad, los daños punitivos son definidos como "condenas pecuniarias extra compensatorias que los jueces imponen, excepcionalmente, a pedido de

[1] Extracto del Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011 (presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti).

parte con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a este, y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro" (Martínez Alles 2012, 62). A su vez, es importante resaltar que los daños punitivos son aplicados en aquellos casos donde una mera reparación del daño sufrido no es suficiente para eliminar los efectos que surgen del hecho ilícito en cuestión, en especial cuando se trata de un hecho grave y reprochable que implica una conducta intolerablemente nociva y donde se puede identificar un notable menosprecio y desinterés por los derechos de terceros (Martínez Alles 2012). Se imponen en supuestos en los que los proveedores utilizan determinadas técnicas, de forma reiterada, como una forma de financiarse mediante sus consumidores[2]. Técnicas que no solo involucran conductas descalificables desde un punto de vista social, sino que se caracterizan por demostrar una gran indiferencia hacia los derechos de la víctima (Zavala de Gónzalez 2004).

El artículo 52 bis de la LDC dispone que en caso de que "el proveedor no cumpla con las obligaciones legales o contractuales que tiene 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".

Ahora bien, vale aclarar que el artículo 1 de la LDC considera proveedor a toda "persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios". Por lo tanto, muchos de ellos al saber que son pasibles de sufrir la aplicación de daños punitivos desean saber si existe la posibilidad de asegurarse contra estos últimos. Lamentablemente, los legisladores a la hora de redactar el artículo que incorpora los daños punitivos a nuestra legislación han omitido expedirse sobre su aseguramiento y, por ende, hoy en día no existe

[2] Véase CN de Ap. en lo Comercial, Sala F, "Iglesias Lucas Daniel c. Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ sumarísimo", 02/07/2013, en LL, AR/JUR/26380/201. En dicho fallo se sostuvo que la conducta de la compañía aseguradora que emitió una póliza con fecha de vigencia falsa y esgrimió luego la carencia de seguro, debe considerarse temeraria pues importa un abuso de las garantías que la ley ha establecido para la defensa de los derechos litigiosos.

un consenso sobre si nuestra ley debería o no aceptar la asegurabilidad de la figura bajo análisis.

En el presente trabajo se analizarán las funciones de los daños punitivos y la afectación que podría tener el aseguramiento de la figura sobre estas. Seguidamente, se estudiarán las posturas del análisis económico del derecho que sostienen que la idea de reproche no juega un rol central en la figura de daños punitivos y ponen el foco en la idea de eficiencia. Desde estos tradicionales enfoques norteamericanos se intentará averiguar si es socialmente deseable permitir que en Argentina se firmen contratos de seguro que incluyan expresamente el pago de los daños punitivos. Por último, se examinará la Ley de Seguros argentina y se intentará determinar si los daños punitivos son sanciones civiles o penales y el impacto que su clasificación tiene sobre la posibilidad de permitir su asegurabilidad.

II. FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS

Una de las grandes críticas que se le hace al aseguramiento de daños punitivos es el hecho de que el contrato de seguro hace desvanecer las funciones del instituto. En este sentido, es necesario repasar las funciones del Derecho de Daños para luego poder comprender las funciones de la figura de los daños punitivos y las razones por las cuales dejarían de volverse operativas con la contratación de un seguro.

a) Función resarcitoria

Siempre se ha considerado que el Derecho de Daños se encuentra orientado al resarcimiento de daños, y por lo tanto, posee una función resarcitoria que parecería ser casi excluyente. Así, la víctima, la reparación, la compensación y la indemnización comprenden elementos primarios del Derecho de Daños. Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos (2012) consideran que la función resarcitoria del derecho de daños implica el cumplimiento de una obligación a cargo del dañador, y a favor de la víctima, que posee el objetivo de resarcir el daño injustamente causado. La función resarcitoria se encuentra asociada a la idea de que debe ser una persona distinta de la víctima quien soporte las consecuencias del daño. Quien ha ocasionado el daño deberá colocar al damnificado en su situación original, es decir en el

estado en la que la víctima se encontraba antes del acaecimiento del daño (Anzoátegui 2008).

La reparación del daño se dispara ante una violación del deber de no dañar o ante el incumplimiento de una obligación. Tanto es así, que el artículo 1716 del Código Civil y Comercial dispone que: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Asimismo, el artículo 1740 del mismo Código prevé que: "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.". Por lo tanto, la función resarcitoria actúa únicamente luego del acaecimiento del hecho dañoso y apunta a resarcir a la víctima del daño, de manera tal, que esta logre ser situada en el estado anterior al que se encontraba antes del daño.

El acto ilícito no es quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien injustamente lo soporta. Gran parte de la doctrina sostiene que el Derecho de Daños ya no implica un reproche moral, se trata de reparar y resarcir a la víctima que ha sufrido un daño injustificado, se enfoca en la injusticia y no en el reproche del daño. Asimismo, el daño no justificado es aquel que permite que las consecuencias económicas derivadas de este se desplacen desde el patrimonio de la víctima hacia el del causante del daño[3]. Este desplazamiento es el que, luego, provoca que se despliegue la función resarcitoria debido a que será alguien, distinta de la víctima, que deberá resarcir a esta última para eliminar así los perjuicios ocasionados injustamente.

[3] Véase más en Carlos A, Calvo Costa, "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Jurisprudencia Argentina*, Núm. 4, Fascículo 13 (diciembre 2012): 42.

b) Función preventiva

La función preventiva siempre jugó un rol importante en el Derecho de daños. Sin embargo, dicho rol nunca llegó a alcanzar la autonomía que posee la función resarcitoria. El antiguo dicho "es mejor prevenir que curar" ha cobrado gran protagonismo en la responsabilidad civil. Esto se debe a que la realidad ha demostrado que si bien los daños suelen ser compensados con dinero, existen casos en los cuales la compensación monetaria no alcanza para que haya una reparación integral y, por lo tanto, la víctima sigue padeciendo parte del daño. En efecto, la evitación del daño es aún más preferible en aquellos casos donde se logre prevenir que la víctima sufra un daño de difícil reparación, tales como los daños extra patrimoniales. Es evidente que la función preventiva consagra la importancia de tutelar los derechos mediante métodos que tiendan a evitar el daño o evitar que el daño se agrave (Ossola 2016). Matilde Zavala de González (2011), por su parte, explica que el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. Por ende, la prevención es una función esencial de la responsabilidad por daños.

Concordantemente, el principio alterum non laedere, también conocido como el principio de no dañar, es el principio fundante del derecho de daños. Si bien es cierto que la reparación del daño puede compensar a la víctima o aliviar el daño sufrido, lo cierto es que pocas veces las cosas vuelven al estado anterior. "Se trata, en definitiva, de impedir que los daños acontezcan, adoptándose todas las medidas que sean razonablemente necesarias para ello" (Ossola 2016, 171). Zavala de Gónzalez (2011) sostiene que el deber constitucional de no dañar exige ante todo procurar su evitación, recién luego de lo cual, en caso de fallar, se debe proceder a proveer su resarcimiento[4]. La prevención no trata de compensar a las víctimas sino que intenta evitar que estas sufran daños que, en determinados casos, pueden llegar a ser casi irreparables.

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en 2011, se concluyó que "los principios de prevención y precaución se inscriben en la función preventiva que es prioritaria en el Derecho de Daños y que el principio de prevención,

[4] Véase también Matilde, Závala de Gónzalez, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999)

comprende, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. Involucra además la adopción de tomar los recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento."

En esta línea, resulta conveniente citar a Sebastián Soler (1996, 345) quien señaló que "el derecho no es un sistema de convivencia que se satisfaga con la aplicación de las sanciones, aspira a no tener que aplicarlas; a que se cumplan los preceptos primarios. La sanción no es el precio de la violación.". Vale destacar que para la víctima la prevención del daño suele ser más económica que su reparación. Al adoptar determinadas medidas preventivas se reduce no solo en número de accidentes sino también sus costos. Esto se logra mediante dos mecanismos básicos: "1) prohibiendo actos específicos o actividades consideradas como causas de accidentes: prevención general o método del mercado; y 2) encareciendo el ejercicio de esas actividades, y en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costos de los accidentes que provocan: prevención específica o método colectivo." (Sema 2015, 3).

Actualmente, la función preventiva se ve reflejada en varios de los artículos del nuevo Código Civil y Comercial[5]. Tanto el deber de prevención como la acción preventiva son claras referencias de dicha finalidad. Esto implica que hoy en día las personas poseen una herramienta para prevenir aquellos daños previsibles. Los jueces, por su parte, deberán ir perfilando los contornos de la figura de acción preventiva a través de sus decisiones judiciales. Por último, los abogados cuentan con una figura legal que les permite resolver

[5] Véase los siguientes artículos del Código Civil y Comercial de la Nación: *Artículo 1710:* Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. *Artículo 1711*: Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. *Artículo 1712:* Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño. *Artículo 1713:* Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

las inquietudes de sus clientes[6]. Los artículos anteriormente citados son los que permiten que se pueda accionar antes de que el daño ocurra, no es necesario esperar. De todas formas, es imprescindible aclarar que la función preventiva opera incluso en aquellos casos donde el daño ha acaecido, para así, evitar su agravamiento o continuación (art. 1711 CCYCN).

c) Función sancionatoria

Tal como señala Federico Ossola (2016), en el pasado la responsabilidad civil y la responsabilidad penal parecían estar mezcladas pues no era posible diferenciarlas de forma tajante. Con el tiempo, la responsabilidad civil fue asociada con la reparación de los daños y la responsabilidad penal con la imposición de sanciones. No obstante, tal distinción no es de carácter estricto debido a que hoy en día existen sanciones civiles como ser las astreintes. Asimismo, los daños punitivos, de claro carácter sancionatorio, fueron incorporados en la LDC. Por último, el Proyecto del Código Civil y Comercial preveía la figura de la sanción pecuniaria disuasiva que lamentablemente fue eliminada por decisión de la Comisión Bicameral.

El artículo 1708 establece que las disposiciones de "este Título" son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Por ende, parecería ser que la función sancionatoria en el Código Civil y Comercial ha sido, en cierto sentido, dejada de lado. Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, esto no significa que la función sancionatoria no forma parte de las funciones que se le adjudican a la responsabilidad civil. Dicha función se despliega a través de figuras especiales tales como la cláusula penal, astreintes y los daños punitivos en las relaciones de consumo.

Tal es así, que el propio Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto en su artículo 1714 que: "Si la aplicación de las condenaciones pecuniarias administrativas, *penales* o civiles respecto de un hecho provoca una *punición* irrazonables o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto". Dicha facultad es

[6]Enrique, Camps, "La pretensión preventiva de daños", *Thompson Reuters, Artículos de Opinión,* Nuevo Código Civil y Comercial (agosto 2015). Disponible en: http://thomsonreuterslatam.com/2015/08/25/doctrina-del-dia-la-pretension-preventiva-de-danos-autor-carlos-enrique-camps/

aplicable a todo caso en el cual se impongan sanciones civiles, penales o administrativas de forma excesiva. El artículo se destaca por ser una norma que reconoce la existencia de la función sancionatoria y que determina que bajo ningún punto de vista la función bajo análisis puede ser aplicada de forma excesiva.

III. FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DAÑOS PUNITIVOS

Los daños punitivos poseen dos funciones elementales, la preventiva y la sancionatoria. Como ha sido mencionado *ut supra*, para lograr entender las críticas que desarrollaremos más adelante acerca de la asegurabilidad de los daños punitivos, es esencial comprender como se despliegan dichas funciones y cuáles son sus finalidades. Las funciones son sumamente relevantes debido a que ellas nos permiten entender las implicancias prácticas que posee el aseguramiento de los daños punitivos.

a) Función Preventiva

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que el propósito general del castigo es prevenir. Usualmente el castigo, o la amenaza de ser castigado dan lugar a la prevención. De acuerdo a la finalidad preventiva del derecho de daños, quienes se propongan causar un daño, decidirán no hacerlo si advierten la posibilidad de ser severamente sancionados. Es por esto que la función preventiva de los daños punitivos depende de dos factores: "a) si la ley de hecho regularmente atrapa y sanciona a aquellos que violan los derechos de terceros, y b) si los potenciales dañadores comprenden lo que la ley dice y entienden que la justicia sanciona las conductas establecidas en dicha ley"[7] (Owen 1994, 377).

Se ha establecido que "será menester dejar de lado el concepto iusprivatista (individualista) del daño resarcible, abriéndole paso a una tendencia nueva, publicista (colectiva) de tipo preventiva y represiva, donde se busque no tanto la reparación personal del lesionado, sino la paralización de los efectos dañosos, y se prevenga la reiteración de casos similares" (Morello et al. 1983, 234). Es decir, no solo se debe garantizar que la víctima reciba una indemnización que repare aquel daño que injustamente ha sufrido, sino

[7] La traducción me pertenece.

que se deben implementar métodos que permitan que hechos dañosos no se continúen cometiendo en el futuro.

Fue la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba en el fallo "Raspanti, Sebastián c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario - otros - recurso de apelación" (26/6/2015) la que estableció que:

> Vale destacar que el instituto bajo examen -daño punitivo- no sólo cumple una función sancionatoria y reparadora, sino también "preventiva". La finalidad que persigue no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos.

Los daños punitivos, en particular, apuntan a que los potenciales causantes de daños opten por evitar conductas dañosas por temor a la sanción pecuniaria (Otaola 2014). Se trata de una "pena privada que 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"[8]. Los daños punitivos y su función preventiva apuntan a que no sólo el dañador evite cometer hechos dañosos en el futuro, sino que también otros posibles dañadores también se abstengan de desplegar conductas dañosas por temor a la imposición de la figura. Siguiendo esta línea, teniendo en cuenta la clasificación de prevención, especial o general, el instituto se propone alcanzar ambos tipos (Otaola 2014):

La prevención especial es aquella en la cual el causante del daño condenado al pago de daños punitivos no posee incentivos suficientes para realizar nuevamente la conducta reprochada. En primer lugar, este tipo de prevención se dirige específicamente al responsable del daño. Mediante la aplicación de los daños punitivos pretende desalentar al dañador y así evitar que este reincida. Para que los daños punitivos logren prevenir que

[8] Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala II, "Machinandiarena Hernandez Nicolas c. Telefónica de Argentina", 27/05/2009, en LL, AR/JUR/10675/2009.

potenciales dañadores realicen graves inconductas es esencial que las probabilidades de ser atrapados y los costos de la multa sean superiores a los beneficios obtenidos. Esto se debe a que ningún sistema preventivo puede ser eficaz si el responsable puede retener un beneficio que supera el costo de la sanción.

Lo expuesto hasta aquí se ve claramente reflejado en el fallo "Grimshaw v. Ford Motor Company"[9]. La empresa Ford lanzó al mercado en los años 70 el modelo Ford Pinto. En las etapas de prueba había quedado claro para la empresa que el modelo de auto poseía graves defectos. Primero, en caso de que el auto colisione de determinada manera, el depósito de combustible estaba posicionado de manera tal que este último fácilmente iba a explotar e incendiarse. Segundo, los materiales utilizados para construir el vehículo, en caso de sufrir un impacto, iban a deformarse y bloquear las puertas. Los defectos manifiestos en la etapa de prueba claramente advertían que existían posibilidades de que en caso de choque, tanto el conductor como los pasajeros podían quedar atrapados dentro del vehículo y morir a causa de la explosión del combustible.

Si bien la empresa automotriz se encontraba en conocimiento de los defectos presentes en el nuevo modelo decidió igualmente lanzarlo al mercado. La razón de tal decisión se debió a que las posibilidades de que este explotara, según expertos, eran mínimas y los costos de reparación de las potenciales víctimas eran menores que los costos de corrección de defectos. En otras palabras, a Ford le resultaba económicamente más ventajoso enfrentar las reparaciones de las potenciales muertes a corregir los defectos de fabricación presentes en su nuevo modelo.

Sin embargo, cuando Lilly Gray y Richard Grimshaw chocaron contra otro auto mientras se trasladaban en un Ford Pinto, sufrieron graves quemaduras. Gray murió y Grimshaw quedó con secuelas permanentes en su cuerpo a causa de estas. Grimshaw inició acciones legales contra la empresa y el tribunal decidió que el actor recibiera 2.800.000 dólares por daños compensatorios y 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos. Fueron justamente los daños punitivos los que permitieron que Ford no reciba

[9] Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, "Grimshaw v. Ford Motor Co", 29/05/1981 (Cal. App. 3d, 757).

beneficio alguno por haber lanzado dicho modelo al mercado sin haber corregido previamente sus defectos.

En esta línea, vale destacar que los daños punitivos son impuestos en aquellos casos en los cuales los proveedores y productores utilizan técnicas para obtener beneficios económicos a costa de los consumidores. Por lo tanto, si un productor vende de forma masiva un producto que sabe que posee defectos, lógicamente es probable que sean muchas las personas que sufran daños al consumir dicho producto. Lamentablemente, la mayoría de las personas no saben que al sufrir un daño de este tipo, por más pequeño que sea, (donde el proveedor desplegó una conducta grave que implica un gran menosprecio hacia los derechos de terceros) se ha violado la ley. Además, el daño individual suele ser pequeño, con lo cual las víctimas no se ven incentivadas a reclamar debido a que no conocen la figura de daños punitivos. Por consiguiente, son pocas las personas que inician los reclamos correspondientes. No obstante, es necesario aclarar que el hecho de que el daño individual sea pequeño no es el único motivo por el cual las víctimas no inician el reclamo. Muchas veces quienes sufren un daño injustificado no detectan que han sido objeto de un esquema semejante y no tienen conocimiento de quien los ha dañado.

Sin embargo, cuando el responsable del daño es condenado el autor David Owen (1994) destaca que los daños punitivos sirven para “rellenar” aquellos daños compensatorios que no fueron reclamados por el resto de los afectados. Al proveedor o productor se le informa que deberá pagar el precio resultante de todos los daños ocasionados por la venta del producto que sabía que era defectuoso. Los daños punitivos mandan una claro mensaje a los potenciales dañadores, la ley no permitirá bajo ninguna circunstancia beneficios económicos ilícitos obtenidos mediante conductas reprochables desde un punto de vista social, que demuestran una indiferencia hacia los derechos de la víctima. En resumen, quien desee obtener dichos beneficios deberá enfrentar la aplicación de la figura de daños punitivos. El mensaje, juega un rol no solamente amenazante sino también preventivo.

En cuanto a la prevención general en los daños punitivos, este es un tipo de prevención que funciona “como una suerte de "efecto dominó" en el que la condena al pago de daños punitivos en el caso particular, funciona como un ejemplo/incentivo para que el

resto de la sociedad adecue su comportamiento de manera tal de evitar la producción de daños y/o conductas similares a la reprochada en el caso particular" (Selvarolo Arcuri 2015, 19). La aplicación de daños punitivos apunta a que el dañador no vuelva a realizar dichas prácticas o conductas que conllevan un notable menosprecio y desinterés por los derechos de terceros. El hecho de sancionar duramente a alguien en particular funciona como mensaje para el resto de los potenciales dañadores, quienes al ver que no obtendrán beneficio alguno evitarán incurrir en conductas dañosas.

b) Función sancionatoria

El instituto de daños punitivos es definido por Pizarro (1993, 291) como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro". Por lo tanto, consiste básicamente de un monto que excede el de las indemnizaciones que le corresponden al damnificado. "Los juristas (…) entienden que este *plus* tiene como meta la punición del infractor: "los 'daños punitivos' tienen entonces un propósito netamente sancionatorio." (Brodsky 2012, 280). Entonces, es evidente que los daños punitivos poseen una función sancionatoria y son aplicados a aquellos casos en los cuales el causante del daño prevé que el beneficio obtenido de la acción dañina será superior a la suma de dinero que podría tener que pagar en concepto de indemnizaciones por daños. Se trata de sancionar al responsable de causar el daño, ya sea con dolo o con un grave menosprecio hacia los derechos de la víctima. Recordemos que si bien la función punitiva en la responsabilidad civil existe, poco de ella se ve reflejado en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, la tan polémica función parece verse claramente presente en la figura de daños punitivos presente en la LDC.

Los daños punitivos no tienen como objetivo la restauración del daño ya que lejos se encuentran de los daños compensatorios que son otorgados a la víctima luego de un hecho dañoso (Tagliani 2016). Estos no intentan reparar a la víctima, ni situarla en la situación en la que se hallaba antes del hecho ilícito, sino que funcionan como una sanción "extra" que deberá pagar el responsable del daño. Picasso sostiene que los daños punitivos no tienden a resarcir un daño sino que apuntan a causar un mal al causante del daño con

fines de castigo y de prevención general, afirma que dicha institución posee la naturaleza de una pena.[10] Incluso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, determinó en el fallo "Raspo, Miguel Ángel y otros c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario" (02/06/2015) que "la función accesoria es la sanción al dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria".

Martínez Alles (2012) señala que existen dos modelos de sanción que se construyen como implementación de las finalidades sancionatorias de los daños punitivos. Por un lado, se encuentra al modelo de sanción privada. Por el otro, el modelo de sanción social.

El modelo de sanción privada implica que los daños punitivos posibilitan la aplicación de una sanción a quien ha desplegado, en contra de otro, una conducta grave que implica un gran menosprecio hacia los derechos de este último. El instituto de daños punitivos es una condena pecuniaria, de carácter extra compensatorio que posee como objetivo final vindicar los derechos de la víctima a no ser maltratado o menospreciado (Martínez Alles 2012). Entonces, la suma del monto en concepto de daños punitivos debe ser lo suficiente como para sancionar al responsable del daño. Incluso, el artículo 8 bis de la LDC establece que: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.". Por ende, los daños punitivos buscan sancionar al dañador y, así, reivindicar los derechos de la victima que se hayan visto afectados o vulnerados por las conductas ya mencionadas en el artículo.

El modelo de sanción social establece que los daños punitivos son condenas pecuniarias de carácter extra compensatorias que permiten la aplicación de una sanción a aquel que ha desplegado una conducta especialmente reprochable no solo hacia la víctima sino también hacia la sociedad en general. A su vez, el monto en concepto de daños punitivos debe ajustarse a una cantidad adecuada para castigar a quien ha desplegado

[10] Véase Sebastián, Picasso, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Vol. IV, Núm. 5 (2015): 1. Disponible en: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf

semejante conducta, y disuadir, al responsable y a otros, de incurrir en este tipo de prácticas en el futuro. Se trata de posibilitar la sanción de ciertos proveedores por haber incurrido en una práctica, esquema o política empresaria de colocar productos y servicios en el mercado con grave menosprecio de sus consecuencias dañosas para la sociedad (Martínez Alles 2012). Por lo tanto, en este tipo de modelos, el actor en su demanda no solo alegará que el demandado ha realizado una conducta que debe ser sancionada porque lo ha colocado en una situación vergonzante, de descuido o represión a él, sino también a la sociedad en general.

Los daños punitivos, bajo este modelo, pasan a ser "una herramienta sancionatoria al servicio del interés público o social que va mas allá del particular interés y situación del actor individual que demanda, exigiendo la consideración de los derechos o intereses de terceros ajenos al pleito y la evaluación de la conducta reprochable del demandado como un todo" (Martínez Alles y Nazareno 2014, 709). El modelo le otorga poder al actor para que no solamente persiga intereses individuales sino también públicos o sociales, y así lograr que el dañador sea sancionado por sus conductas especialmente graves y disuadir, a éste y a otros, de realizar conductas similares en el futuro. Owen (1994), por su parte, afirma que el dañador debe devolver aquello valioso que le ha robado al individuo y a la sociedad, para así evitar un injusto empobrecimiento de la víctima y un inaceptable enriquecimiento del dañador. La única forma de restablecer la justicia es castigando al responsable del daño. En el fallo "Kirkland v. Midland Mortage Co.", la Cámara Federal de Apelaciones del Onceavo Circuito (07/03/2001) expresó que "los daños punitivos sirven al bienestar colectivo porque disuaden las conductas reprochables dirigidas al público en general y castigan al demandado por dicho comportamiento. El monto de los mismos debe ser medido de manera que refleje, no sólo el daño causado a un individuo en particular, sino la reprochabilidad de la conducta del demandado considerada como un todo".

Ahora bien, más allá de la doctrina y los modelos expuestos, la jurisprudencia[11] se ha encargado de remarcar la función sancionatoria del instituto de daños punitivos resaltando que:

[11] En igual sentido la justicia argentina ha sentenciado en el fallo "Raspanti, Sebastián c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario - otros - recurso de apelación" de la Cámara 6a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de

> Se ha definido a los daños punitivos como sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a *punir* graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro; así, este instituto tiene un *propósito netamente sancionatorio* de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad *punir graves inconductas*. [12]

La realidad demuestra que los daños punitivos son aplicados para sancionar gravemente al responsable del daño y así lograr que éste y otros no repitan conductas similares a la sancionada. La función sancionatoria de los daños punitivos es aquella que da lugar a la disuasión. El castigo efectivo o potencial que implica la aplicación de los daños punitivos desalienta a dañadores o potenciales dañadores a realizar nuevamente la conducta sancionada. Es por esto que la función punitiva de los daños punitivos es sustancial, sin ella los daños a los consumidores seguirían repitiéndose.

IV. INCONVENIENTES QUE ENFRENTAN LAS FUNCIONES DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN CASO DE QUE EL ASEGURAMIENTO SEA ADMITIDO

Como ya se ha adelantado, existen argumentos para sostener que el aseguramiento de la sanción que nos ocupa vulnerarían los fines punitivos y preventivos que la figura de daños punitivos posee.

Fue en el caso "Northwestern National Casualty Co. v. Mc. Nulty" que la Corte del Quinto Circuito de Northwestern (21/08/1962) sostuvo que "si se permitía descargar en un seguro las consecuencias de los daños punitivos, estos no tendrían ningún efecto disuasivo

---

Córdoba, 26/06/2015, en LL, AR/JUR/3759/2015, que "Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.". A su vez, la CN de Ap. en lo Comercial, sala B, en el fallo "G. I., T. c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario", 18/05/2016, en LL, AR/JUR/33790/2016 sostuvo que "el daño punitivo comprende las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños experimentados por el damnificado, destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Lo anterior apunta a que el dañador pague a la víctima cierta suma de dinero, con el fin de castigar graves inconductas del victimario y evitar el acaecimiento de hechos semejantes en el futuro."

[12] CF de Ap. de Córdoba, sala A, "Aguirre, Daniela del Valle c. Banco Cetelem Argentina S.A. s/ Ley de defensa del consumidor", 23/06/2015, en LL, AR/JUR/24353/2015.

ni punitivo contra el culpable."[13]. Se determinó que los daños punitivos tienen la finalidad de castigar a quien ha causado un daño injusto a otro y, a su vez, sirve para alertar a otros de las posibles consecuencias que deberán enfrentar en caso de realizar conductas similares a la sancionada. Asimismo, aclaró que la compañía de seguros no se encontraba obligada a responder ante la aplicación de daños punitivos y que bajo ningún punto de vista se permitiría que una parte ajena al hecho dañoso se hiciera cargo de pagar el monto impuesto en concepto la figura en cuestión[14].

En lo que respecta a la función sancionatoria, es necesario destacar "si el monto punitorio lo paga una compañía de seguros, deja de ser punitorio; y la espina que, teóricamente, debía dejar una marca en el demandado, difícilmente logre cumplir su cometido." (Díaz, Elías y Guevara 2003, 9). En caso de que el dañador pueda asegurarse contra la aplicación de daños punitivos su patrimonio se verá intacto debido a que al contratar un seguro y pagar una póliza de seguros que incluya el instituto en cuestión, no solo el dañador no recibirá una sanción directa sino que la prima de seguro siempre será menor que el monto en concepto de daños punitivos que le sea impuesto y, por lo tanto, el dañador siempre se verá beneficiado. Siempre será más económico para el asegurado pagar todos los meses una prima antes que deber abonar una multa millonaria. Los daños punitivos apuntan a castigar económicamente al dañador por su conducta gravemente reprochable pero sin obligarlo a tener que retirarse del mercado (Grisetti 2010). En este sentido, permitir que una compañía de seguros responda ante una condena en concepto daños punitivos impuesta a su asegurado diluiría la función punitiva de la figura debido a que ya no es el dañador quien enfrenta el castigo sino la aseguradora.

También, ha de tenerse en consideración que la imposibilidad de sancionar, mediante la aplicación de una pena dura dirigida al causante del hecho dañoso, deriva en la imposibilidad de desplegar la función disuasoria. La razón de dicha afirmación se debe a que es el castigo impuesto al dañador el que permitirá que tanto este como el resto de los proveedores, que deseen incurrir en conductas similares, se abstengan de hacerlo. Si se permite el aseguramiento de los daños punitivos, los proveedores continuarían cometiendo

[13] La traducción me pertenece.
[14] United States Court of Appeals Fith Circuit, "Northwestern National Casualty Co. v. McNulty"….

actos dañosos debido a que se darían cuenta que sería la aseguradora quien debería enfrentar la multa y no ellos. La función preventiva es accesoria a la sancionatoria, esto implica que la ausencia del miedo al castigo haría que la función preventiva se desvanezca o carezca de sentido.

Sin embargo, autores como Priest (1989) han señalado que el aseguramiento de los daños punitivos para algunas Cortes estadounidenses no siempre implica la remoción de la función preventiva. La razón de dicha consideración se debe a que la misma póliza de seguro puede actuar como un mecanismo de prevención. Los potenciales dañadores no querrán realizar daños que puedan implicar la aplicación de daños punitivos debido a que por más que hayan contratado un seguro, aún temerán que la póliza alcance valores exorbitantes o que la condena en concepto de daños punitivos exceda el límite de la póliza contratada[15]. Por lo tanto, preferirán evitar accionar de forma dañosa.

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL ASEGURAMIENTO DE DAÑOS PUNITIVOS

En lo que respecta al análisis económico del derecho y el aseguramiento del instituto de daños punitivos, es necesario destacar que se trata de una visión que se enfoca únicamente en la eficiencia del aseguramiento. En otras palabras, el rol de la reprochabilidad de la conducta desplegada por el proveedor, que ha decidido incumplir con sus obligaciones contractuales y legales, no juega un papel central. Las posturas estadounidenses que serán analizadas a continuación, consideran que el seguro es una respuesta eficiente y que su aplicabilidad o prohibición no deben ser decididas en base a su función sancionatoria, sino en base a su eficiencia.

[15] Supreme Court of Wisconsin, "Brown v. Maxey", 23/09/1985, (, 373 N.W.2d 672) y Supreme Court of New Mexico, "Baker v. Armstrong", 8/08/1987 (744 P.2d 170.).

a) Breve análisis sobre el aseguramiento de daños punitivos en Estados Unidos

La respuesta a si los daños punitivos son asegurables en determinado Estado de Estados Unidos suele no siempre ser del todo clara. Maniloff (2014) destaca que el tema de la asegurabilidad de daños punitivos varía de Estado en Estado[16].

En determinados Estados se permite la celebración de contratos de seguro que incluyen todo tipo de daños punitivos. Otros, solamente permiten el aseguramiento contra la aplicación de daños punitivos que surjan de una conducta que involucre una negligencia grosera. A su vez, algunos Estados prohíben cualquier tipo de aseguramiento contra la figura de daños punitivos, y otros, si bien prohíben este tipo de contratos, permiten que las empresas se aseguren contra daños punitivos en casos donde haya una responsabilidad indirecta.

Postura	**Estados**
Veinticuatro Estados permiten este tipo de seguro.	Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Louisiana, Maryland, Mississippi, Montana, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, Oregon, South Carolina, Tennessee, Texas, Vermont, Washington, Wisconsin, y Wyoming.
Tres Estados permiten el aseguramiento de aquellos daños punitivos que surjan únicamente de una conducta que involucre negligencia grosera.	Nevada, Virginia, y West Virginia.
Ocho Estados prohíben totalmente este tipo de seguros.	California, Colorado, New York, North Dakota, Ohio, Rhode Island, South Dakota, y Utah.

[16] Véase Randy J., Maniloff, "Punitive Damages: Insurable In 38 States – The Sometimes Oversimplified Issue", LexisNexis Legal Newsroom Insurance Law. Consultado el 25 de abril de 2017. Disponible en: https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/insurance/b/insurance-coverage/archive/2014/06/03/punitive-damages-insurable-in-38-states-the-sometimes-oversimplified-issue.aspx

Diez Estados prohíben este tipo de aseguramiento, pero lo permiten en casos de responsabilidad indirecta.	Connecticut, Florida, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Minnesota, New Jersey, Oklahoma, y Pennsylvania.
Dos Estados prohíben el aseguramiento contra daños punitivos en contextos de conductores no asegurados, pero no han tratado el tema en otros casos.	Maine y Massachusetts
Tres Estados aún no se han pronunciado respecto al tema.	Michigan, Missouri, y Nebraska

Observando la tabla es posible concluir que gran parte de los Estados que conforman los Estados Unidos admiten el aseguramiento contra daños punitivos. Además, hasta 1962 los tribunales que tuvieron que pronunciarse respecto de la posibilidad de celebrar un seguro de este tipo fundamentaron sus decisiones según lo previsto en las pólizas de los seguros involucradas en el caso. La mayoría de las pólizas en aquel entonces establecían que la cobertura del seguro alcanzaba "todas las sumas dinerarias que el Asegurado deba pagar en concepto de indemnización por causar daños físicos". En este sentido, la Corte de Apelaciones en lo Civil de Texas en el fallo "Dairyland County Mutual Insurance Co. v. Wallgren" (18/02/1972) decidió que el lenguaje utilizado en la póliza de seguro era lo suficientemente extenso como para concluir que la aseguradora debía responder en caso de que al asegurado se le aplicara la figura de daños punitivos. Fueron muchos los casos en los cuales los tribunales entendieron que la suma en concepto de daños punitivos constituía un monto dinerario que el asegurado se veía obligado legalmente a pagar; y usualmente los daños punitivos se imponían en casos donde la víctima había sufrido un daño físico[17], con lo cual para los jueces era evidente que la póliza de seguros abarcaba la figura de daños punitivos. Por ende, los precedentes judiciales estadounidenses, en el pasado, reiteradamente condenaban a diversas compañías de seguros a abonar el importe de una condena de "punitive damages" cuando la póliza no los excluía expresamente.

[17] Usualmente eran accidentes de tránsito

El estudio jurídico estadounidense Warner, Norcross y Judd[18] explica que existen dos problemas a la hora de asegurarse contra el instituto de daños punitivos. El primero, la póliza debe proveer este tipo de aseguramiento. El segundo, no debe haber políticas estatales aplicables que impliquen una restricción a la asegurabilidad de los daños punitivos.

Aún así, existen maneras de evitar dichos obstáculos. En lo que respecta al primer problema, el Estudio jurídico recomienda negociar con la aseguradora una póliza que expresamente incluya el instituto de daños punitivos. No importa que el país donde se ubique el asegurado no permita el aseguramiento de daños punitivos, esto se debe a que puede suceder que un tribunal de otro estado, donde sí se permite el aseguramiento, decida aplicar la figura de daños punitivos y reconozca el aseguramiento.

En cuanto a las políticas estatales aplicables, una forma de evitarlas es comprar una póliza en un Estado que permita el aseguramiento de daños punitivos e intentar negociar una cláusula que establezca que la póliza del seguro será interpretada según las leyes del Estado donde se adquirió. Sin embargo, en caso de juicio no se admitirá este tipo de cláusula si el derecho elegido no tiene conexión alguna con el caso. De todas maneras, una posible solución a este problema es negociar con el seguro una clausula del "lugar más favorable". Esto implica que el aseguramiento contra daños punitivos se regirá por la ley del país que sea más favorable siempre y cuando sea ese mismo país donde: "a) se hayan adjudicado los daños punitivos, b) ocurra el acto que dio lugar a la aplicación de la figura c) el asegurado haya sido incorporado o tenga su sede principal de negocios, d) el seguro haya sido incorporado o tenga su sede principal de negocios."[19].

b) Posturas a favor de la asegurabilidad de daños punitivos

i) Cooter

Cooter (1982) reconoce que una de las principales críticas realizadas en contra del aseguramiento de daños punitivos es aquella que afirma que dicha práctica incrementará los

[18] Warner Norcross and Jude. "Punitive Damages: What Can Your Company Do To Increase the Odds of Coverage?". *Warner Norcross and Jude attorneys at law*, Publications october 2010. Consultado el 6 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.wnj.com/Publications/Punitive-Damages-What-Can-Your-Company-Do-To-

[19] "Punitive Damages: What Can Your Company Do To Increase the Odds of Coverage?"

comportamientos dañosos que, justamente, son los que los tribunales intentan prevenir. De todas formas, el autor sostiene que tanto el dañador como la víctima se encontrarán en una mejor situación y se verán beneficiados si la asegurabilidad de daños punitivos es permitida[20]. Esto se debe a que, por un lado, los potenciales dañadores podrán decidir si contratar un seguro de este tipo los beneficia o no, si se encuentran en una mejor situación con o sin el seguro. Por el otro, los daños punitivos son multas civiles extra compensatorias que son otorgadas conjuntamente con daños compensatorios. Por lo tanto, las víctimas son "sobrecompensadas" debido a que reciben una cuantía por daños compensatorios y daños punitivos. Consecuentemente, en caso que de la asegurabilidad de daños punitivos desencadene un aumento de comportamientos dañosos, las víctimas recibiendo los montos monetarios en concepto de daños compensatorios y punitivos podrán aún encontrarse en una mejor situación en comparación a si nunca hubiesen sufrido el daño. Sin embargo, Cooter (1991) en un trabajo posterior admite que dicho argumento no es válido en aquellos casos donde la reparación del daño de forma perfecta sea imposible, como por ejemplo, la muerte de un hijo. La razón de dicha afirmación se basa en que si los seguros que abarquen a la figura de daños punitivos hacen que los asegurados cometan más daños irreparables, las víctimas se encontrarán en una peor situación ya que no podrán ser plenamente compensadas. En este tipo de daños resulta imposible situar a la víctima en el estado anterior en el que se encontraba antes del acaecimiento del daño

El autor explica que el aseguramiento de daños punitivos podría hacer que los asegurados comiencen a desarrollar conductas irrazonables y cometer daños excesivos. Por lo tanto, los seguros se encuentran ante dos problemas, que pueden denominarse como "riesgo moral" y "selección adversa". El primero tiene que ver con el comportamiento de la empresa, que podrá comenzar a ser más riesgoso al saber que el seguro será quien responderá totalmente o en parte por los daños causados. El segundo tiene que ver con la

[20] En este sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Scaglione, Eduardo Luis c/La Buenos Aires Seguros S.A. s/Cobro de pesos", 10/06/2009, en LL, AR/JUR/52004/2009 sostuvo en que "El seguro tiene una doble finalidad de solidaridad social, por un lado, reparar integralmente a las víctimas, y por el otro, preservar el patrimonio del condenado, evitando colocarlo en una eventual situación de penuria económica. Permitir el encarecimiento del proceso que soporta el asegurador —efecto reflejo de la tesis restrictiva— implica la posibilidad del aumento del costo de las primas que afecta a la institución del seguro y al interés general".

tendencia de los tomadores de seguros de alto riesgo a desplazar a los tomadores de seguro de bajo riesgo del mercado de seguros.

De todas maneras, vale destacar que ambos problemas pueden reducirse o eliminarse si las aseguradoras logran recolectar información suficiente sobre los asegurados del mercado para así poder dar lugar al comienzo de una selección beneficiosa. Las aseguradoras, según Cooter (1989), pueden monitorear a los potenciales dañadores. Estas intentan disminuir los costos lo máximo posible, y por ende, intentan evitar reclamos. Para poder lograr disminuir la cantidad de reclamos, las aseguradoras pueden pedirle a potencial asegurado un historial de comportamientos cuidadosos. Además, en caso de que al asegurado se le aplique la figura de daños punitivos, la aseguradora puede, en caso de resultar conveniente, renovarle o no renovarle la póliza de seguro. Por lo tanto, si los seguros hacen un constante monitoreo, podrán eliminar los inconvenientes de riesgo moral y selección adversa.

a) Polinsky y Shavell

Polinsky y Shavell (1998) sostienen que los daños punitivos deben ser aplicados únicamente si el dañador tiene posibilidades de eludir la responsabilidad atribuida por los daños causados. Ellos afirman que sin lugar a dudas los daños punitivos deberían ser asegurables. Según los autores, la pregunta sobre si los daños punitivos son asegurables debe ser tratada de igual forma que aquella sobre daños compensatorios. Por lo tanto, el dilema de la asegurabilidad de daños punitivos y daños compensatorios posee el mismo razonamiento.

Advertimos que los daños compensatorios son asegurables. Asimismo, los autores entienden que los daños punitivos remplazan a los daños compensatorios cuando el responsable del ilícito tiene posibilidades de evitar afrontar las responsabilidades que se le atribuyan por los daños causados[21]. Por ende, para ellos los argumentos que sirven para fundamentar el aseguramiento de los daños punitivos coinciden con aquellos utilizados para sostener la asegurabilidad de los daños compensatorios.

Con respecto a los daños monetarios, Polinsky y Shavell (1998) afirman que tanto el asegurado como la víctima estarán en una mejor situación. Las víctimas siempre serán

[21] La doctrina mayoritaria entiende que los daños punitivos son multas civiles extra compensatorias.

compensadas por los daños sufridos, y aún, en el hipotético caso de que los comportamientos dañosos aumenten debido a que los asegurados comiencen a comportarse de forma menos cuidadosa, todas las víctimas serán compensadas por los daños sufridos. Además, en cuanto a los asegurados, serán las empresas de seguros quienes responderán ante una eventual imposición de daños punitivos.

En cuanto a los daños no monetarios, los autores reconocen que un aumento de comportamientos dañosos perjudicará a las víctimas. Además, estas quizás no serán compensadas totalmente por los daños sufridos o, en algunos, casos no serán compensadas en absoluto. Por lo tanto, las victimas estarán en una peor situación. Sin embargo, destacan que el aseguramiento es socialmente deseable debido a que los beneficios obtenidos por los asegurados superarán los perjuicios sufridos por las víctimas. Además, las pérdidas de las víctimas se verán disminuidas debido a que los seguros tienen incentivos financieros para construir estructuras de cobertura y primas que ayuden a controlar el riesgo (Polinsky y Shavell 1998)

Asimismo, los autores sostienen que la prohibición de contratar un seguro contra la aplicación de daños punitivos no solo empeoraría el bienestar de los potenciales dañadores, sino que también haría que estos dejen de realizar actividades socialmente beneficiosas que traigan consigo riesgos de responsabilidad (Polinsky y Shavell 1998)

VI. INAPLICABILIDAD DE LOS CRITERIOS TRADICIONALES NORTEAMERICANOS DE LA ASEGURABILIDAD DE DAÑOS PUNITIVOS EN ARGENTINA

Irigoyen Testa es, hasta el momento, uno de los autores que se ha dedicado a estudiar de cerca la asegurabilidad de los daños punitivos en Argentina. En *La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argentina: explicación desde el Análisis Económico del Derecho*[22] el autor explica claramente las razones por las cuales las posturas estadounidenses del

[22] Matías, Irigoyen Testa, "La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argentina: explicación desde el Análisis Económico del Derecho*". InDret Revista para el Análisis del Derecho* – Universitat Pompeu Fabra, (julio 2011). Consultado el 8 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/835_es.pdf

análisis económico del derecho y el aseguramiento del instituto no pueden ser aplicadas a la realidad argentina.

a) Inaplicabilidad de la postura de Cooter

En primer lugar, se analizaran las razones por las cuales los argumentos expuestos por Cooter, en favor del aseguramiento de los daños punitivos, no pueden ser aplicados en Argentina. Irigoyen Testa (2011) afirma, al igual que Cooter, que el seguro permitiría mejorar el bienestar particular del asegurado y de la potencial víctima en aquellos casos donde el daño acaecido sea un daño reparable. Sin embargo, destaca que en términos de los criterios de Pareto o Kaldor- Hicks el aseguramiento de daños reparables o irreparables no es eficiente.

El criterio de Pareto establece que una situación es eficientemente óptima cuando nadie puede mejorar su situación sin, necesariamente, empeorar la situación de otra persona. A su vez, el criterio de Kaldor Hicks[23] determina que una situación es óptima cuando los ganadores pueden, hipotéticamente, compensar con lo ganado a los perdedores sin que sea obligatorio que dicha compensación suceda. Obviamente, la situación deja de ser óptima en aquellos casos donde un cambio genere que los ganadores obtienen beneficios inferiores a las pérdidas que sufren los perdedores.

El autor advierte que el bienestar general decrece cuando el aseguramiento de daños punitivos es permitido pues la mejora de los asegurados y las víctimas es inferior a la pérdida de los potenciales asegurados y las víctimas de daños reparables o irreparables. El mercado de seguros argentino posee una grave asimetría de información que genera el surgimiento de problemas tales como el riesgo moral y la selección adversa. Por lo tanto, y como consecuencia de estas problemáticas, los seguros aumentarán la prima y muchos proveedores decidirán no contratar el seguro. Esto a su vez, provocará un aumento de víctimas que no recibirán una compensación oportuna o adecuada (Irigoyen Testa 2011).

Ahora bien, autores como Grisetti (2010) han sostenido que aún en caso de permitir el aseguramiento de daños punitivos, las primas serían tan elevadas (debido a la

[23] Véase Nicholas, Kaldor, "Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, Vol. 49 (1939): 549.

incertidumbre y los montos máximos aplicables de cinco millones previstos en la LDC) que parte de los empresarios no podrían acceder a un seguro de estas características. Sin embargo, advertimos que en Argentina la práctica misma otorga cierta previsibilidad ya que en promedio las condenas firmes rondan los cuarenta mil pesos[24]. Por ende, el mercado argentino posee cierta certidumbre. Entonces, la pregunta que surge es: ¿Qué corporación buscaría asegurarse contra la figura de daños punitivos si las condenas monetarias son tan bajas? Para las empresas no tendría sentido alguno asegurarse contra condenas en concepto de daños punitivos que tranquilamente podrían costear.

Asimismo, el autor reconoce que el argumento expuesto por Cooter que supone que "es posible pronosticar que a largo plazo pueda existir una selección "beneficiosa" que contrarreste los efectos del fenómeno de selección adversa" (Irigoyen Testa 2011, 11) no es posible en el mercado argentino. La razón reside en que los seguros en argentina no logran diferenciar entre los buenos asegurados o malos asegurados. En el mercado argentino existen únicamente los malos asegurados que adoptan conductas gravemente reprochables. Por lo tanto, el problema de la asimetría de información empeora.

> Así, según el llamado fenómeno de selección adversa, en un mercado de seguros donde las compañías de seguros no pueden distinguir entre los potenciales asegurados que poseen más riesgo o menos riego (dado que todos son "malos" asegurados), el precio de las primas subirían enormemente, lo que se expulsaría del mismo a los "menos" malos asegurados (dañadores que si bien predicen que actuarán de forma gravemente reprochable, estiman que sus riesgos serán inferiores a aquéllos de otros asegurados). (Irigoyen Testa 2011, 11)

[24] Véase fallo de la Camara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina", 27/05/2009, en LL, AR/JUR/10675/2009 el cual condenó a pagar una multa en concepto de daños punitivos de 30.000 pesos. En el fallo "Amaya, María Antonia c. BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual", 03/12/2013, Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, los montos impuestos por daños punitivos alcanzaron los 40.000 pesos. Asimismo, la Cámara 6.º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba en "Merli Maarit, Elin c/Telecom Argentina S.A. – Abreviado – Cumplimiento/Resolución de contrato – Recurso de apelación" resolvió aplicar una condena en concepto de daños punitivos de 25.000 pesos.

b) Inaplicabilidad de postura de Polinsky y Shavell

Irigoyen Testa considera, a diferencia de Polinsky y Shavell, que en el mercado argentino el aseguramiento de daños punitivos no guarda relación alguna con el aseguramiento de daños compensatorios. Por lo tanto, ambos aseguramientos no deben resolverse de igual forma.

El autor argumenta que el seguro de daños compensatorios no posee las mismas finalidades que presenta el seguro de daños punitivos. Esto se debe a que el seguro de daños compensatorios permite que se reduzca el riesgo de acontecimientos dañosos contra potenciales asegurados. En cambio, los seguros de daños punitivos enfrentan los problemas de selección adversa y, además, la figura de daños punitivos es impuesta en casos donde el daño sea gravemente reprochable. Por lo tanto, en el caso de los seguros de daños punitivos no se intenta reducir un riesgo debido a que cuando la conducta es intencional el riesgo parece esfumarse. Tal como explica Irigoyen Testa (2011, 12), el seguro de daños punitivos no es contratado por los proveedores para disminuir un riesgo, sino para especular con los beneficios obtenidos del hecho dañoso (por el cual se les imponga la figura de daños punitivos) que superarán a la prima del seguro. El seguro de daños punitivos hará que los asegurados constantemente estén pensando en las ganancias que podrán obtener en aquellos casos donde el beneficio obtenido supere el precio pagado en concepto de la prima. No se evitará un riesgo sino que se fomentarán conductas intencionales gravemente reprochables.

A su vez, vale destacar que en el caso de los seguros de daños compensatorios, estos son socialmente deseables debido a que permiten que haya un patrimonio solvente para compensar a las víctimas. Por lo tanto, se reduce el riesgo de que las víctimas no sean oportunamente compensadas. No obstante, como se mencionó con anterioridad, los daños punitivos son multas civiles extra compensatorias que son pagadas a las víctimas que supuestamente ya fueron indemnizadas por daños compensatorios (Irigoyen Testa 2011, 13).

Por último, Polinsky y Shavell sostienen que si los potenciales dañadores no poseen la posibilidad de trasladar sus riesgos a una compañía de seguros, los costos de esta imposibilidad implicará un aumento en los precios de los bienes y servicios que afectará negativamente a los consumidores. Sin embargo, Irigoyen Testa (2011, 14) afirma que este

argumento es aplicable a casos de daños compensatorios pero no a supuestos de daños punitivos debido a que en el caso del seguro de los daños punitivos el riesgo no existe y, por lo tanto, no hay riesgo alguno que trasladar. A su vez, a través de la imposición de daños punitivos se intenta que el proveedor pague todos los daños ocasionados. Por ende, si se permite la contratación de un seguro de daños punitivos los proveedores podrán trasladar el pago de esos daños a la compañía de seguros y podrán seguir evitando pagar la totalidad de aquellos daños.

VII. LEY DE SEGUROS ARGENTINA: ARTÍCULO 112 Y LA NATURALEZA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS COMO SANCIÓN

a) Dilema de la Ley de seguros argentina

La Ley de Seguros argentina ha sido utilizada por parte de la doctrina para argumentar que la asegurabilidad de daños punitivos se encuentra terminantemente prohibida. El artículo 112 de la mencionada ley dispone que:

> La indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa.

Autores, tales como Zunino (2001), afirman que el artículo en análisis es imperativo y, por ende, no puede ser alterado u obviado por las partes. Las sanciones penales o administrativas son de orden público y no pueden ser objeto de un contrato de seguro. Por lo tanto, las partes no pueden decidir libremente si desean o no celebrar un contrato de seguro que establezca que las penas aplicadas por autoridad administrativa o judicial serán incluidas en los alcances indemnizatorios del seguro. Hasta el momento el artículo 112 ha sido utilizado para sostener que la Ley de Seguros veda, de forma absoluta, aquellos contratos que permitan el aseguramiento de daños punitivos. Siguiendo esta línea, las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron que “como regla las penas privadas no son asegurables.”.

Sin embargo, el artículo 112 de la Ley de Seguros argentina posee un dilema escasamente analizado hasta el momento. Aceptar que el artículo en cuestión debe ser interpretado como una rotunda prohibición al aseguramiento de daños punitivos implica ver

solo una parte de la problemática. Considero que para poder contemplar la totalidad de la disyuntiva es necesario analizar el concepto de pena para poder afirmar que existe un obstáculo legal al aseguramiento de daños punitivos.

Por un lado, se podría argumentar que los daños punitivos son sanciones de naturaleza civil y, por lo tanto, concluir que no existe obstáculo legal al aseguramiento de los daños punitivos debido a que el artículo 112 de la Ley de Seguros argentina no abarca sanciones de dicha naturaleza. Sin embargo, dicha interpretación es usualmente rebatida por parte de la doctrina que argumenta que sin importar cuál sea la naturaleza de la sanción, esta última no deja de ser una pena y por ende el aseguramiento de daños punitivos no debe ser permitido.

Por el otro, como mencionamos *ut supra*, si entendemos que el artículo 112 de la Ley de Seguros se refiere a penas, que son al fin y al cabo sanciones, existiría una prohibición expresa en la ley que implicaría un obstáculo normativo para el aseguramiento de los daños punitivos debido a que estos últimos son considerados sanciones.

i) Naturaleza Penal

Parte de la doctrina sostiene que los daños punitivos tienen un carácter penal. Por ende, no pueden ser aplicados en nuestro sistema de responsabilidad civil ni pueden ingresar al ámbito del Derecho Privado[25]. "Así, si el Derecho Civil se encarga de la compensación por el daño causado y el Derecho Penal se ocupa de las penas que corresponde aplicar al autor del hecho, es evidente que una institución sancionadora solo puede pertenecer a la esfera criminal." (Brodsky 2012, 280).

Existen quienes argumentan que el ámbito civil no asegura la aplicabilidad de las garantías constitucionales que obligatoriamente deben estar presentes a la hora de aplicar penas para sancionar inconductas o ilícitos. Si bien es cierto que la Constitución no aclara expresamente ámbitos de aplicación de las garantías previstas en ella, existe una postura minoritaria que considera que la Ley Fundamental reenvía indirectamente al proceso penal, debido a que allí únicamente se podrán respetar aquellas garantías (Picasso 2015).

[25] Ver más en Jorge, Bustamante Alsina, "Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", La Ley B (1994): 860. (LL 1994-B, 860)

Según la postura que considera a los daños punitivos como penas de naturaleza penal, estos deben ser obligatoriamente canalizados en un proceso penal. En tal sentido, en el fallo "Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado" de la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (01/07/2014) Peugeot Citroën Argentina S.A. [parte demandada] sostuvo que dicho instituto tiene una naturaleza penal, por lo que su aplicación en sede civil y/o comercial resulta inconstitucional debido a que allí no se cumplen con todos los derechos y garantías que se proveen en la órbita penal. Asimismo, reafirmó dicha naturaleza al alegar que representan un castigo para aquel a quien le son impuestos.

Los daños punitivos son sanciones utilizadas para reprimir inconductas graves y reiteradas de los proveedores. Se trata de un instituto, que lejos de poseer un carácter resarcitorio, tiene como objetivo principal castigar cuando quien daña lo hace con el propósito de obtener un beneficio, y a la vez, actúa con un grave menosprecio hacia los derechos de terceros. Difícilmente el responsable del daño pueda considerar que el instituto no implique una sanción. Selvarolo Acuri destaca que si bien todas las sanciones buscan punir una conducta que el Derecho reprueba contundentemente, la diferencia que distingue a los daños punitivos de otras penas reside en que la condena, es decir el monto en conceptos de daños punitivos, debe guardar obligatoriamente una cercanía o similitud con el beneficio injustamente obtenido por el responsable del daño en la ejecución del hecho antijurídico (Selvarolo Arcuri 2015). Además, como bien destaca Brodsky (2012), la condena impuesta en concepto de daños punitivos siempre excede el perjuicio sufrido por la víctima, por lo tanto, su naturaleza penal es incuestionable.

En palabras de Pizarro y Vallespinos (2012, 208) "las penas privadas constituyen una especie de sanción jurídica que busca castigar graves inconductas mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima del comportamiento ilícito". En relación con la definición de pena, los daños punitivos no parecen alejarse o distinguirse de aquello que conocemos como sanciones privadas. Fue por esta razón que parte de la doctrina actualmente aún se opone a su aplicabilidad argumentando que "los "daños punitivos" tienen el carácter de una sanción materialmente penal (una multa), de lo que se deriva que son extraños al ámbito del derecho de daños." (Barocelli et al. 2016, 255).

En palabras de Picasso (2015), una pena es aquella que tiene como objetivo castigar al dañador y evitar que en el futuro vuelvan a cometerse hechos similares. Tal como se ha señalado anteriormente, los daños punitivos poseen una función sancionatoria y preventiva. Por lo tanto, no cabrían dudas respecto a su carácter de pena. El autor también destaca que al momento de determinar el monto a pagar, al aplicar una pena las autoridades tienen en consideración la gravedad de la conducta y no el daño efectivamente causado como en el caso de una indemnización[26].

No obstante, son justamente las concepciones de castigo o sanción y la naturaleza penal adjudicadas a la figura de los daños punitivos que ha desatado una serie de críticas, particularmente debido a que se argumenta que la figura de daños punitivos en el Derecho de Daños desconoce la garantía ne bis in idem y el principio de legalidad indispensables en el proceso penal.[27]

ii) Naturaleza civil

Para algunos, el instituto de daños punitivos no tiene un carácter penal debido a que tiene como objetivo principal sancionar a aquellos individuos que violen una norma civil. Parte de la doctrina argentina afirma que los daños punitivos son sanciones de naturaleza civil, que si bien se encuentran diseñadas para ser decididas y aplicadas en un proceso penal, pueden ser aplicadas sin obstáculo constitucional alguno debido a que a este tipo de sanciones no les resultan aplicables las garantías penales[28]. A su vez, Trigo Represas sostiene que el derecho privado contiene varios institutos punitivos como ser la clausula penal, intereses punitorios o sancionatorios y astreintes entre otros. También, Bueres y Picasso (2011) reconocen que existen penas que son aplicadas en otras materias (no solo en materia Penal) y que estas deben ser fijadas respetando determinadas garantías, aunque

[26] Sebastián, Picasso, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación". *RCyS* Vol. IV, Núm. 5 *(*2015):1. Disponible en: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf

[27] Véase Diego F., Martinotti, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", La Ley F (2001): 1317. (LL 2001-F-1317). El autor sostiene que "la aplicación de sanciones penales en el marco de un proceso civil resulta inconstitucional por cuanto el demandado no tiene las garantías que le son aseguradas en el proceso penal".

[28] Otros afirman que trata de sanciones civiles que al poseer una función punitiva deben ser aplicadas en la órbita del Derecho Privado pero deben contemplar obligatoriamente todas las garantías presentes en el Derecho Penal.

estas últimas no posean los estrictos requisitos impuestos por el Derecho Penal. Por lo tanto, la imposición de penas o sanciones de ilícitos contractuales o extracontractuales no son nada novedoso en el mundo del derecho privado.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán afirmó que “el sector más amplio de la doctrina autoral, sin renegar del carácter sancionatorio (no compensatorio) que revisten los llamados daños punitivos, los conciben como sanciones civiles y no penales strictu sensu, razón por la cual quedan excluidos del régimen de garantías propias del derecho penal; así se recomendó —de lege ferenda— en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al aconsejarse "la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero".”

Usualmente, las penas son estrictamente asociadas al Derecho Penal debido a que este último, en contraposición al Derecho Privado, posee mejores condiciones y estructura para garantizar el respeto de los derechos constitucionales que pueden verse vulnerados al aplicar una pena. Sin embargo, señalan que la Constitución Nacional no define específicamente ámbitos de vigencia para aplicar las garantías. Tampoco existe un calificativo que obligue a considerar que estas deben ser “penales”. Simplemente establece las garantías que deben estar presentes en las instancias que resuelvan la imposición de penas o sanciones (Martínez Alles y Nazareno 2014)

Martínez Alles y Nazareno (2014) destacan que considerar al derecho penal como el único derecho que permite la plena realización de las exigencias constitucionales necesarias para castigar es un error. Existen dos razones para fundamentar lo expuesto. En primer lugar, el derecho penal posee varios influjos, que usualmente son contradictorios, y que no necesariamente colocan el respeto por las garantías como prioridad. En segundo lugar, las garantías no son estáticas.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba determinó en el fallo “Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado” (10/05/2016), ya mencionado, que:

> El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que consagra el instituto del daño punitivo, no se encuentra en pugna con la Constitución Nacional, pues la punición en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión del delincuente, sino que se expresa por la función de tutela que la ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley referida. [29]

También, estableció que el propósito sancionador de los daños punitivos no le otorga sin más el carácter penal, debido a que el Derecho de Daños tiene la posibilidad y el deber de cumplir con esta función, que no pertenece únicamente al Derecho Penal. Por lo tanto, concluyó que no existe ningún impedimento para que la figura de daños punitivos se emplace en el derecho privado.

En esta línea, la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala II remarcó que los daños punitivos son:

> De la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.).[30]

Díaz, Elías y Guevara (2003) se han ocupado de establecer los motivos por los cuales los fines buscados a través de los daños punitivos, es decir una punición civil, no deben ser logrados mediante la acción del Derecho Penal. Los mismos destacan que las formas que los ilícitos civiles pueden adquirir son infinitas por lo que resulta imposible encasillarlos en normas penales las cuales son estrictamente cerradas. A su vez, las personas jurídicas son las que suelen ser castigadas mediante la imposición de daños

[29] Véase María Constanza, Garzino, "La Constitucionalidad del daño punitivo: Una nueva convalidación por el TJS de Córdoba", *LLC,* Núm. 5 (julio 2016).

[30] Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala II, "Machinandiarena Hernandez Nicolas c. Telefónica de Argentina", 27/05/2009, en LL, AR/JUR/10675/2009. Véase también CN de Ap. en lo Comercial Sala B, "García Ink, Tomas vs. Swiss Medical S.A. s. Ordinario", 18/05/2016, en RC J, 3194/16.

punitivos, al no existir un individuo determinado la responsabilidad personal de tipo penal y sus fines se ven disueltos. Otro de los tantos argumentos expuestos establece que el lento funcionamiento del Congreso jamás permitiría que la normativa penal se vea actualizada constantemente. Incluso, destacan que los potenciales dañadores normalmente ejercen lobby en el Congreso de la Nación, con lo cual sería imposible crear sanciones penales eficaces o adecuadas.

Resulta evidente que para algunos autores los daños punitivos son sanciones de naturaleza civil. Sin embargo, el hecho de que una sanción sea de naturaleza civil no implica que no se encuentre abarcada por el término "pena" del artículo 112 de la Ley de Seguros Argentina. El autor Tale (2010, 9) explica que:

> La "multa civil" o punitive damages no puede entrar en el concepto de pago de indemnización, porque es el pago de una pena. En relación con este punto, "prescribe el art. 112 de la Ley de Seguros (…) Claro está que esta regla legal no se refiere a las multas civiles aplicadas a pedido del damnificado, sino que se trata de otras penas; pero corresponde hacer una interpretación extensiva que las incluya, con fundamento en la ratio iuris de dicho precepto legal y en el principio de la buena fe e la interpretación de los contratos.

A mi entender, toda pena implica una sanción, sin importar su naturaleza. Por ende, parecería ser que el artículo en cuestión representa un obstáculo legal al aseguramiento de los daños punitivos.

La mayoría de la doctrina evita adentrarse en este tipo de análisis debido a que parece poco convincente y casi imposible demostrar que una sanción civil no implica una pena. En el particular caso de los daños punitivos, estos tienen como finalidad castigar a quien despliegue una conducta que implique una total desaprensión y falta de interés o cuidado hacia los derechos de terceras personas. Por lo tanto, parecería difícil poder sostener que dicho castigo, sea de la naturaleza que fuere, no importe una pena. En resumen, el artículo 112 de la Ley de Seguros argentina abarca a los daños punitivos sin importar su naturaleza civil o penal. Es por esto que el aseguramiento de los daños punitivos posee un obstáculo legal debido a que es considerada una sanción del derecho.

Universidad de SanAndrés

VIII. CONCLUSIONES

Resulta evidente que el aseguramiento de los daños punitivos es un tema controversial y de difícil resolución. En Argentina, los legisladores han elegido el silencio a la hora de regular la cuestión bajo análisis y, por lo tanto, las dudas con respecto a su prohibición o aceptación son mayores.

Claro está que las funciones de los daños punitivos son relevantes a la hora de analizar la asegurabilidad y, tal como ha quedado demostrado en el presente trabajo, permitir el aseguramiento de los daños punitivos diluiría las funciones del instituto. Si en Argentina se permitiera contratar un seguro contra la figura bajo análisis, la función sancionatoria dejaría de tener sentido debido a que sería el seguro quien debería soportar la carga de la condena y, por lo tanto, el dañador y su patrimonio escaparían del pago del monto impuesto en concepto de daños punitivos. Además, la función preventiva, que es accesoria de la sancionatoria, también se vería afectada por el aseguramiento de daños punitivos debido a que al eliminarse el miedo a una posible sanción los potenciales dañadores no tendrían incentivos suficientes para desplegar conductas más diligentemente o dejar de realizar conductas dañosas. Consecuentemente, el aseguramiento atenuaría las funciones de los daños punitivos y en consecuencia haría que el instituto de daños punitivos pierda eficiencia.

Además, se ha probado que el artículo 112 de la Ley de Seguros argentina pasaría a ser un obstáculo inevitable para el aseguramiento de daños punitivos. En efecto, al estudiar la naturaleza (civil o penal) de los daños punitivos se ha determinado que la figura en cuestión indudablemente es una sanción y, por lo tanto, una pena que se encuentra abarcada por el artículo 112 de la presente ley.

Las propias funciones del instituto, el mercado argentino y nuestra legislación de seguros han demostrado que permitir la asegurabilidad de los daños punitivos en Argentina no solo no es recomendable, sino que la propia legislación de seguros argentina lo prohíbe.

QUAERERE VERUM
Universidad de
San Andrés

IX. BIBLIOGRAFÍA

a) General

Aciarri, Hugo. “Funciones del Derecho de daños y de prevención”. *La Ley* A (2013): 717. (LL 2013- A, 717)

Álvarez Larrondo, Federico M. “Los daño punitivos”. *La Ley* A (2000): 1111. (LL 2000-A 1111)

Álvarez Larrondo, Federico M. “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”. *La Ley* F (2010): 397. (LL 2010-F, 397)

Anzoátegui, Ignacio. “Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños”. *Revista Jurídica Lecciones y Ensayos*, Núm. 84 (2008): 135-171.

Barocelli, Sergio Sebastián y Johanna Caterina Faliero. “Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor”. *Régimen del Código Civil y Comercial*, Núm. 279 (julio/agosto 2016): 45-53. (RCCyC 2016- 255)

Brodsky, Jonathan M. “Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores”. *Lecciones y Ensayos*, Núm. 90 (2012): 277-298. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/brodsky.pdf

Bueres, Alberto y Picasso Sebastián. "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos". *Revista de Derecho de Daños*, Núm. 2, Daño Punitivo (2011).

Colombres, Fernando M. “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”. *La Ley* E (2008): 1159. (LL 2000-E, 1159).

Colombres, Fernando M. “Algunas cuestiones acerca de los daños punitivos”. *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año III, Núm. 2 (abril de 2012): 131.

Cooter, Robert D. “Economic Analysis of Punitive Damages”. *Southern California Law Review*, Vol. 56 (1982): 79-102.

Cooter, Robert D. “Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?”. *Alabama Law Review*, Vol. 40, 1 (989): 1182-1185.

Cooter, Robert D. “Economic Theories of Legal Liability”. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, Num. 3 (Summer 1991): 11-30.

Díaz, Juan Cruz y Elias, José Sebastián. “¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate amplio”. *Jurisprudencia Argentina*, Vol. II. (2003). Disponible en La Ley Online.

Grisetti, Ricardo Alberto. “Daños punitivos: un replanteo de las función del derecho de daños y las relaciones entre el derecho civil y penal”. *La Ley Online* (2010).

Hijano, Agustín. “La Función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial”. *Informe Ambiental Anual 2016 Farn* (2016). Disponible en: http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2016/07/23Hijano.pdf

Junyent Bas, Francisco y M. Constanza Garzino. “Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación.”. *Revista Universidad Nacional de Córdoba, Estudios de Derecho Empresario*, Vol.4 (2014): 48.

López Herrera, Edgardo. *Los Daños Punitivos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Las normas Fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

Molina Sandoval, Carlos y Ramón D. Pizarro. “Los daños punitivos en el derecho argentino”. *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año 1, Num. 1 (Septiembre 2010): 65.

Morello, Augusto M. Hitters, Juan C., Berizonce, Roberto O. "La defensa de los

intereses difusos". En *La justicia entre dos épocas*. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1983.

Universidad de SanAndrés

Martínez Alles, María G. "¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima". *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año XIV, Núm. 5 (mayo2012): 55-100.

Martínez Alles, María G. y Patricio Nazareno. "Desafíos constitucionales de los daños punitivos: Los problemas del ne bis in idem". En *Tratado de los Derechos Constitucionales III*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

Ossola, Federico A. "Función preventiva y función sancionatoria". En *Responsabilidad civil*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

Otaola, María Agustina. "La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino". *Revista de la Facultad –Universidad Nacional de Córdoba -facultad de derecho y ciencias sociales*, Vol. 5, Núm. 1 (2014).

Owen, David G. "Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform". *Law Rev Villanova University*, Volume 39, Issue 2 (1994): 363-413.

Picasso, Sebastián. "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación". *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nació*, 2015. Doctrina 19 de abril de 2016. Disponible en: http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/Las-funciones-del-derecho-de-da%C3%B1os-por-Picasso.pdf

Polinsky, Mitchell A. y Steven Shavell. "Punitive Damages: An Economic Analysis". *Harvard Law Review*, Vol. 111, Num. 4 (February 1998): 870. Disponible en: https://www.amherst.edu/system/files/media/1582/PolinskyShavell.pdf

Priest, George L. "Insurability and Punitive Damages". *Faculty Scholarship Series*, Vol. 40, Paper 614 (1989): 1009. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/614

Pizarro, Ramón D. "Daños punitivos". En *Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: La Rocca, 1993.

Pizarro, Ramón D. y Carlos G. Vallespinos. *Obligaciones T.5*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

Selvarolo Arcuri, Guido M. “La función preventiva en la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos”. *Revista de responsabilidad civil y seguros,* Núm. 8 (2015):18-22.

Sema, José Ignacio. “La función preventiva en el Código Civil y Comercial. Fundamentos para su reconocimiento legal”. *Doctrina Jurídica*, Vol. 1 (septiembre 2015).

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino Tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1996.

Tagliani, Maria Soledad. “Los daños punitivos en el derecho argentino”. *Revista de responsabilidad civil y seguros,* Núm. 10 (2016): 32-41

Tale, Camilo. “¿Son asegurables las condenas a pagar las "multas civiles" de la ley de defensa del consumidor?”. *La Ley* F (2010), 946. (LL 2010-F, 946)

Zavala de Gónzalez, Matilde. *Actuaciones por daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

Zavala de Gónzalez Matilde."Función preventiva del daño". *La Ley* E (2011), 1116. (LL 2011-E, 1116)

Zunino, Jorge O. *Régimen de Seguros. Ley 17.418*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

b) Jurisprudencia

Norteamericana:

Supreme Court of Wisconsin, “Brown v. Maxey”, 23/09/1985, (373 N.W.2d 672)

Supreme Court of New Mexico, “Baker v. Armstrong”, 8/10/1987, (744 P.2d 170.)

United States Court of Appeals Fith Circuit, “Northwestern National Casualty Co. v. McNulty”, 21/08/1962, (307 F.2d 432).

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, “Eliza kirkland v. Midland Mortage Company”, 7/032001, (243 F.3d 1277).

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two, "Grimshaw v. Ford Motor Co", 29/05/1981, (Cal. App. 3d, 757).

Argentina:

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Scaglione, Eduardo Luis c/La Buenos Aires Seguros S.A. s/Cobro de pesos", 10/06/2009, en LL, AR/JUR/52004/2009.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, "Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado", 10/05/2016, en LL, AR/JUR/25136/2016.

Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Machinandiarena Hernandez Nicolas c. Telefónica de Argentina", 27/05/2009, en LL, AR/JUR/10675/2009.

CN de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA", 18/11/2009, en LL, AR/JUR/45423/2009.

CN de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, "Iglesias, Lucas Daniel c. Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ sumarísimo", 02/07/2013, en LL, AR/JUR/26380/2013.

Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Defilippo, Darío Eduardo y Otro c. Parra Automotores S.A. y Otro s/ abreviado", 01/07/2014, en LL, AR/JUR/32494/2014.

CN de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, "Raspo, Miguel Ángel y otros c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario", 02/06/2015. Disponible en: http://www.camoron.org.ar/vermas-fallos.php?f=1126

CN de Apelaciones de Córdoba, Sala A, "Aguirre, Daniela del Valle c. Banco Cetelem Argentina S.A. s/ Ley de defensa del consumidor", 23/06/2015, en LL, AR/JUR/24353/2015.

Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Raspanti, Sebastián c. AMX Argentina S.A. s/ ordinario - otros - recurso de apelación", 26/06/2015, en LL, AR/JUR/3759/2015.

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

CN de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “G. I., T. c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario”, 18/05/2016, en LL, AR/JUR/33790/2016.

c) Legislación

Ley 24.240 y sus modificatorias. Ley de Defensa del Consumidor B.O 15/10/1993.

Ley 17.418. Ley de Seguros. B.O 06/09/1967

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés