

**Autores:** Tévez, Alejandra N.; Souto, Maria Virginia

**Título:** Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor

**Fecha:** 2013-12-05

**Publicado:** RDCO 263-667

## I. Introducción

Como es sabido, el daño punitivo a favor del consumidor o usuario fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con la reforma introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (en adelante, LDC) (1).

Se trata, como también resulta conocido, de un instituto originario del derecho anglosajón, que lo ha conceptualizado como una condena monetaria extracompensatoria que sanciona al demandado por haber cometido un hecho grave y particularmente reprochable, a fin de disuadir o desalentar acciones futuras del mismo tipo (2).

Los punitives damages, en efecto, son considerados en el common law como una indemnización incrementada que se otorga al actor por encima de lo que meramente le compensaría el daño patrimonial cuando dicho daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude o una conducta dolosa por parte del demandado (3).

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

La norma resulta complementada por el art. 8 bis de la misma ley, que refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores, y establece en su última parte que "tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma..."(4).

Si bien nuestra legislación contempló antes de 2008 otros institutos emparentados o asimilables (5), lo cierto es que en el derecho argentino, hasta la sanción de la ley 26.361, no existía normativa alguna que receptara los daños punitivos.

Sin embargo, un antecedente anterior a la vigencia de aquella ley puede encontrarse en el fallo de la Corte Sup., en la causa "Tesone de Bozzone, Marta P. y otro v. K, G. y otros", del 19/9/2002. Se sentenció allí —por mayoría— que "es inadmisibile el recurso extraordinario contra la sentencia que no obstante no desestimar la demanda por mala praxis médica, aplicó a la clínica codemandada una sanción ejemplar por no haber custodiado la historia clínica (art. 280, CPCCN)"(6).

La concesión de daños punitivos presupone, a partir de la prescripción legal, lo siguiente: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47, LDC.

La doctrina ha considerado que el incumplimiento de una obligación legal o contractual por parte del proveedor es una condición necesaria pero no suficiente. En efecto, debe mediar, además, culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva (7).

A partir de su recepción en el derecho nacional resulta innegable la importancia que ha adquirido la figura. En efecto: para la doctrina, los tribunales, e incluso para los grandes proveedores —sujetos principales e inspiradores de la incorporación—, la admisión del daño punitivo (o "sanción pecuniaria disuasiva") por el

ordenamiento legal importó, sin lugar a dudas, una modificación trascendental de nuestro sistema resarcitorio.

A fundamentar esta anticipada conclusión nos dedicaremos en el apartado siguiente.

## II. Carácter y naturaleza de los daños punitivos

La novedad del daño punitivo halla su causa principal en la diferencia con otras indemnizaciones concedidas con sustento en la teoría de la responsabilidad civil. En este sentido, obsérvese que en nuestro sistema legal la responsabilidad se estructura sobre la base de la configuración de cuatro presupuestos, a saber: i) antijuricidad; ii) existencia de un daño; iii) relación de causalidad entre el hecho ilícito o el incumplimiento y el daño y iv) imputabilidad al autor del daño o concurrencia de un factor legal de atribución de responsabilidad (8). Sin la concurrencia de esas cuatro premisas no hay obligación de responder por el perjuicio causado (9).

A los fines de este trabajo y en lo que aquí interesa destacar, el daño punitivo viene a romper con ese sistema. Así, pues, desvía el centro de atención —puesto antes en la víctima— hacia un nuevo destinatario, que es colocado en la escena principal: el proveedor.

Ello surge implícitamente de lo dispuesto por el transcripto art. 52 bis, LDC, que establece que la graduación de la pena deberá efectuarse "en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan". Y también —y fundamentalmente— se deriva de lo previsto por el art. 49 de la misma normativa, utilizada en distintas oportunidades por la jurisprudencia (10) y la doctrina (11) como pauta de interpretación a los fines de determinar la procedencia y valuación del daño.

Obsérvese, en efecto, que el citado art. 49 refiere en su casi totalidad a características y cualidades de la persona del proveedor y a su conducta, en cuanto prescribe que deben tenerse en cuenta "...el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho...".

De allí que, para establecer tanto la procedencia como la graduación del daño punitivo, cabe aplicar analógicamente aquella norma que, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, fija un principio de valoración que resulta extensivo a la multa civil (12).

Destacamos incluso que no resulta condición de viabilidad del reclamo de daños punitivos que el consumidor o usuario hubieran sido sujetos pasivos en su esfera patrimonial o extrapatrimonial de perjuicio alguno. Pese a lo cual —bueno es destacarlo— no hemos tenido conocimiento de la existencia —hasta el momento— de acciones entabladas con el único fin de obtener la aplicación de daños punitivos (antes bien, la práctica revela que estos daños son reclamados usualmente como "un rubro más", en forma conjunta con otros ítems resarcitorios: v.gr., daño emergente, lucro cesante, etcétera).

En definitiva, el dato más destacable de esta incorporación normativa es el abandono del principio general de la plena reparación, uno de los más firmes del derecho continental europeo seguido por nuestro país (13), que predica que sólo debe resarcirse el daño efectivamente causado. Ello, pues el contenido conceptual y fundante de esta multa desatiende el principio basilar del sistema de responsabilidad civil según el cual la indemnización no puede convertirse en un enriquecimiento para el damnificado. Adicionalmente, tampoco considera este instituto que deba colocarse a la víctima en la misma situación en la que habría sido emplazada si el hecho dañoso no se hubiera producido.

Recuérdese, en punto a esto último, que la regla general en materia de reparación es que el responsable debe resarcir todo el daño causado por su acto ilícito, sin que tenga carácter de pena, sino de indemnización, postura que surge de lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082 y 1109, CCiv.

De los lineamientos expuestos se infiere, entonces, que la figura del daño punitivo no compensa el daño patrimonial ni el extrapatrimonial. Y, antes bien, se utiliza con la finalidad de sancionar, castigar, corregir o punir al proveedor que no cumple con sus obligaciones legales o contractuales.

Es indudable, entonces, el carácter sancionatorio de esta figura.

Sobre el particular, resulta útil recordar un antiguo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que analizó la cuestión referida a la naturaleza de las sanciones creadas por normas de derecho público, administrativo, financiero y policial —entre otras—, que avala la conclusión anticipada.

En efecto, en "Bemberg, Federico O. v. Provincia de Buenos Aires y otra", del 1/7/1960 (14), señaló el Alto Tribunal que "...deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en vez de poseer carácter retributivo del posible daño causado, tienden a prevenir la violación de las pertinentes disposiciones legales" (conf. consid. 13).

En el mismo precedente, la Corte agregó incluso que aquella pauta debía considerarse como vía de principio con virtualidad para interpretar otros casos similares. Y puntualizó que, para el supuesto que examinaba, la sanción revestía carácter penal pues también se presentaban —en lo que aquí interesa destacar— los siguientes elementos: i) desproporción entre el monto de la multa prescripta y el perjuicio que podría imputarse al contribuyente infractor —lo cual, en principio, inducía a rechazar el carácter retributivo—; ii) imputación a los recurrentes de haber cometido actos tipificados como delitos, y iii) el hecho de que algunas leyes involucraban al mismo tiempo una sanción de carácter inequívocamente retributivo con otra de matiz penal o represivo.

Trasladados estos principios rectores, sentados por la Corte Suprema de Justicia a la figura del daño punitivo, no cabe duda alguna en punto a la caracterización de esta figura como una de tipo penal.

Ello pues, como ya señalamos, no presenta carácter retributivo —nota principal que fijó la Corte y que contienen las sanciones no penales—, tiene por finalidad prevenir la violación de disposiciones legales y, finalmente, exhibe desproporción entre el monto de la sanción prevista por la ley y el perjuicio que podría irrogarse.

Adviértase, además, que por la génesis del instituto su cuantificación se deslinda del daño personal y cierto.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, las siguientes dos cuestiones: 1. existe una imputación de comisión de un ilícito: el incumplimiento de la LDC, y 2. el mismo obrar antijurídico del proveedor que habilita el reclamo de daños punitivos puede también motivar una pretensión indemnizatoria que tenga por fin volver las cosas a su estado anterior.

Ahora bien, si caracterizamos el daño punitivo como una sanción de tipo criminal, no debemos olvidar que el art. 18, CN, consagra la irretroactividad de las leyes de esta naturaleza. En efecto, la norma dispone que nadie puede ser penado sin "ley anterior al hecho del proceso"(nullum crimen nulla poena sine lege). Así pues, en tal caso, la retroactividad tendría por efecto convertir en delito una conducta que no lo era en el momento de ser ejecutada (15).

De allí que debe necesariamente concluirse que no podrá aplicarse daño punitivo si la conducta reprochada al proveedor fue desplegada con anterioridad a la sanción de la ley que introdujo la figura (16).

Recordamos, por las implicancias temporales respecto de su vigencia, que la ley 26.361 que incorpora el daño punitivo en nuestro ordenamiento legal fue publicada en el BO el 7/4/2008 y que —de acuerdo con lo establecido en el art. 65, ley 24.240— entraría en vigencia a partir de ese mismo momento.

En tales condiciones, dado que el art. 3º, CCiv., consagra el principio de irretroactividad de las leyes, estableciendo que aquellas "no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario", debe necesariamente concluirse que no procede aplicar la multa civil por conductas dañosas acaecidas con anterioridad a la vigencia de la ley 26.361.

### III. Finalidad de los daños punitivos

Los daños punitivos son definidos por el Restatement Second of Torts como "sumas otorgadas al actor además y por encima de las pérdidas reales con el propósito de castigar una conducta fuertemente reprochable y para disuadir al demandado y a otros de imitar esa conducta en el futuro".

El objetivo de los daños punitivos es, bien se ve, aplicar una sanción. Sin embargo, se trata también de disuadir, canalizar un sentimiento de venganza y desaprobación social y dismantelar los efectos de ciertos actos ilícitos.

De allí que, usualmente, se reconoce en la multa civil una doble finalidad: por un lado, punir o sancionar y, por otro, desalentar la comisión de acciones del mismo tipo.

Vista la cuestión desde el ángulo de la prevención, se advierte una estrecha vinculación con la doctrina del análisis económico del derecho.

Así lo evidencia con claridad un precedente de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, en el que se dijo que "una característica propia del ilícito de consumo es su naturaleza lucrativa y expansiva. Resulta crematísticamente beneficioso para el proveedor violar la ley pues eso siempre le traerá un rédito, ya sea en ganancias o en ahorro, pero además —y esto es lo más nocivo— lo colocará en mejor posición que a sus competidores afectando así la eticidad del mercado en su conjunto. Si el ilícito de consumo queda impune es probable que, en la competencia propia de cualquier actividad pluripólica, los proveedores que cumplan la ley sean desplazados del mercado por aquellos que la transgreden, ya que estos últimos obtienen mejores réditos. Frente a esta particular característica, el daño punitivo o mejor dicho la indemnización punitiva del daño, aparece como un requisito indispensable para que la ley consumerista tenga la necesaria vigencia, regencia y exigencia"(17).

Así, si bien en lo inmediato la imposición de una suma dineraria al proveedor tiene por objeto aplicarle una sanción, para comprender en su plenitud esta figura no deberá pasar desapercibido su rol disuasivo. Y ello así, tanto para el proveedor apercibido como para los restantes y aun para el mercado en general.

La cuestión no es menor. Ello porque parece evidente que la multa civil impuesta deberá ser de suficiente entidad para "convencer" al proveedor —hablando desde cálculos de costos empresariales— de que le resultará más conveniente ajustar su conducta a las pautas legales en lugar de cargar con el riesgo de no hacerlo.

Y es a partir de tal posición que, a fin de crear incentivos para que se obre con más cuidado en el futuro, desde el punto de vista del análisis económico del derecho podría resultar apropiado y beneficioso que el importe que eventualmente se fije en concepto de daño punitivo supere las sumas concedidas al usuario o consumidor por daños derivados de la misma inconducta del proveedor.

Trataremos de explicar y justificar esta anticipada postura en los párrafos siguientes, con base en lineamientos cardinales y premisas angulares sobre las que se desarrolla la teoría del análisis económico del derecho que —al fin y al cabo— la sustenta.

#### IV. El análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho parte de la base de que el individuo es un ser racional, que aplica esa racionalidad al ámbito económico a fin de que guíe sus pasos en la asignación de recursos. En este sentido, la hipótesis de inicio de esta escuela es conocida como individualismo metodológico, entendido como "la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo".

Desde esta perspectiva economicista, el daño es visto como un costo que alguien debe asumir. Según cómo sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos —si hay culpa concurrente— o un tercero —como puede ser el seguro, el Estado, el principal o el garante—.

Ahora bien, cuando ese costo, que significa el daño, no es soportado por el causante, los partidarios del análisis económico del derecho hablan de una externalización. Así, el daño es transferido a otro patrimonio y, al no ser reclamado por la víctima, no entra dentro de sus cálculos. En cambio, cuando el daño es indemnizado, el costo se internaliza: es decir, lo asume quien lo causa (18).

Señala Posner (19) en este sentido que "la función económica más dramática del derecho es la corrección de externalidades, tanto positivas... como negativas, pero también puede desempeñar una función importante en la reducción de los costos de transacción (sobre todo creando derechos de propiedad) y por ende hacer posibles o facilitar, más que sólo simular, los procesos de mercado"(20).

La externalización del daño importa que la salud, el bienestar, el patrimonio de los consumidores o de la comunidad se vea afectada por la acción u omisión del proveedor. Tal es lo que sucede, p. ej., cuando se inserta en el mercado un producto o servicio riesgoso y el proveedor no cumple con las reglamentaciones administrativas o legales que autorizan su venta o prestación.

Este accionar del proveedor puede justificarse desde un razonamiento económico. En efecto, el empresario que así decide proceder realizará de modo previo un estudio de costo-beneficio. Concretamente, evaluará cuál es el gasto que le demandará el cumplimiento de las disposiciones legales o administrativas que regulen la actividad, en contraposición al beneficio que ello le traerá aparejado. De alcanzar el proveedor un resultado que implique que tendrá que solventar mayores costos que las ventajas que obtendrá, desistirá de ajustar su conducta a las reglamentaciones vigentes. Ello, pues la solución contraria le significará una erogación adicional, que implicará que el negocio no será redituable. Consecuentemente, decidirá —como política empresarial— no internalizar los

costos y los trasladará fuera de su patrimonio, es decir, los externalizará. Así, las consecuencias negativas de la inserción del producto o servicio riesgoso, como ser los posibles daños a la salud y al bienestar de los consumidores, serán absorbidas por el mercado y, en particular, por algún consumidor.

Como remedios o mecanismos creados para paliar estas decisiones negativas de las políticas empresariales —que también generan, como consecuencia inmediata, un mercado de competencia imperfecta— se estructuran desde el Poder Legislativo los sistemas de responsabilidad objetiva.

Ejemplo de ello lo constituye: i) el art. 40, LDC, que establece el principio de responsabilidad objetiva y solidaria; así, si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, la ley ordena que debe responder el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien hubiera puesto su marca en la cosa o servicio; o ii) las presunciones de culpa del dueño o guardián de la cosa (arg. art. 1113, CCiv.). Ambas herramientas legales intentan, a través de la obligación de reparar el daño causado, disuadir al proveedor de la necesidad de internalizar sus costos de transacción.

Sin embargo, en los sistemas de responsabilidad civil que —como vimos— siguen el principio resarcitorio, los mecanismos se activan *ex post* con la única finalidad de compensar el daño causado. De allí que aquéllos no constituyen incentivos efectivos para que los proveedores ajusten su conducta a derecho y para que asuman, en definitiva, los costos de transacción. Por tal razón, no serán suficientes para actuar *ex ante* de la producción del daño y, en consecuencia, no se podrá prevenir su causación (21).

Refiriéndose a la distinción entre estos sistemas, Posner ejemplifica la cuestión del siguiente modo: "Podríamos recurrir al sistema de responsabilidad por negligencia para disuadir a los restauranteros de servir alimentos echados a perder; pero no lo hacemos, y requerimos, por el contrario, que los restaurantes obtengan una licencia y se sometan a inspecciones. La diferencia se encuentra entre la regulación *ex post* y *ex ante*. Entre mayores sean las consecuencias si la disuasión falla, y por ende entre más severa sea la sanción óptima *ex ante*, más fuerte será el argumento económico en favor de la regulación *ex ante*"(22).

## V. Algunas conclusiones

Sentadas las precedentes consideraciones conceptuales, entendemos que la incorporación de la multa civil en nuestro derecho, con la correlativa posibilidad de imponer al proveedor la obligación de abonar cierta suma de dinero que no se encuentra relacionada con el daño efectivamente causado al reclamante, resulta un mecanismo eficaz desde el análisis económico del derecho para disuadir al proveedor de la necesidad de que asuma los costos de la transacción. Ello bajo la efectiva amenaza de que, en caso de que así no lo hiciere, tendrá un costo mayor que soportar.

Es en este sentido que postulamos que, para alcanzar los loables fines que persigue la sanción pecuniaria disuasiva, su importe debería ser significativamente mayor al otorgado para resarcir el daño patrimonial o moral del damnificado. Ello así, para evitar quedar a "mitad de camino".

Véase, en efecto, que la aplicación de una multa exigua o que no se compadezca con el grado de reproche formulado a la conducta del sancionado podría conspirar contra la propia finalidad del instituto.

De allí que creemos, en definitiva, que si la aplicación de la multa civil —obviamente, en los casos en que proceda imponerla— provoca en el proveedor la internalización de los costos de transacción, se configurará por consecuencia de ello la competencia de empresarios en un mismo pie de igualdad. Y, paralelamente, se evitará la concurrencia desleal, circunstancia que derivará —obviamente— en un beneficio para el mercado que se trasladará luego hacia la sociedad en su conjunto.

Para concluir, parece evidente que la aplicación eficaz de esta sanción, desprovista de los arraigados principios de la reparación integral de la teoría de la responsabilidad civil y valorada de acuerdo con sus finalidades propias, alentará el correcto comportamiento comercial de los proveedores y conllevará a la adecuación paulatina de su conducta a las prescripciones legales. Así será, en la medida en que se generalice la convicción de que la realización por parte de aquéllos de actos reprochables que importen la obtención de un enriquecimiento indebido no quedará impune. Y ello redundará, en definitiva, en la satisfacción del sujeto al que la LDC intenta proteger antes que a ningún otro: el consumidor.

(1) Destacamos —por las implicancias respecto de la aplicación del instituto— que la ley modificatoria citada fue publicada en el BO el 7/4/2008 y que, de acuerdo con lo establecido en el art. 65, ley 24.240, entraría en vigencia a partir de ese mismo momento.

- (2) Cooter, Robert D. - Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 4ª ed., Addison - Wesley, Boston, 2004, p. 311.
- (3) Black's Law Dictionary.
- (4) Véase, en tal sentido, primer voto de la Dra. Alejandra N. Tevez en el fallo de la C. Nac. Com., sala F, 10/5/2012, "Rodríguez, Silvana A. v. Compañía Financiera Argentina S.A s/sumarísimo".
- (5) V.gr., la cláusula penal; las astreintes del art. 666 bis, CCiv.; el daño moral para quienes pregonan su naturaleza sancionatoria; la indignidad para suceder; las indemnizaciones tarifadas del derecho laboral; la privación de la patria potestad.
- (6) JA 2003-I-763.
- (7) López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA 2008-II-1198.
- (8) Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1980, p. 9.
- (9) Aclaremos que omitimos toda consideración respecto de la responsabilidad del Estado por conductas lícitas, pues carece de relevancia a fines de este trabajo.
- (10) Véase, en tal sentido, primer voto de la Dra. Alejandra N. Tevez, en el fallo de la C. Nac. Com., sala F, del 5/6/2012, en "Murana, Paola S. v. Peugeot Citroën Argentina S.A s/ordinario".
- (11) López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos...", cit., p. 1198; Falco, Guillermo, "Cuantificación del daño punitivo", LL del 23/11/2011, p. 1.
- (12) Véase el primer voto de la Dra. Alejandra N. Tevez en el fallo de la C. Nac. Com., sala F, del 2/7/2013, en "Iglesias, Lucas D. v. Aseguradora Federal Argentina s/sumarísimo".
- (13) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?", *Anticipo de Anales*, año XXXVIII, segunda época, nro. 31, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- (14) Fallos 247:225; LL 104-189.
- (15) Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 235.
- (16) Véase, en tal sentido, primer voto de la Dra. Alejandra N. Tevez, en el fallo de la C. Nac. Com., sala F, 3/4/2012, "Onorato, Viviana A. y otro v. Llao Llao Resorts S.A s/ordinario"; ídem, sala F, 20/11/2012, voto del Dr. Rafael F. Barreiro en "Lento, Érica V. y otro v. Banco de Servicios Financieros S.A y otro s/ordinario", entre otros.
- (17) C. Noroeste Chubut, 16/8/2011, en "M., G. J. y otra v. E. C. S.R.L s/daños y perjuicios". elDial.com AA6F39.
- (18) López Herrera, Edgardo, "Introducción a la responsabilidad civil", [www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf](http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf) (10/9/2013).
- (19) Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 242.
- (20) El mismo autor ejemplifica: "Estos papeles dobles del derecho se ilustran bien en la evidente preocupación de la ley por los problemas del monopolio bilateral. El monopolio bilateral incrementa los costos de transacción, a veces hasta el punto en que fallan las transacciones maximizadoras del valor; y entonces hay una externalidad. Aun cuando ocurra la transacción, será a un costo mayor que si no hubiera un monopolio bilateral. La ley trata así de adivinar cómo desearían las partes (ex ante) asignar alguna carga o beneficio, como la responsabilidad si ocurre alguna contingencia favorable o desfavorable. Si la ley adivina bien, se minimizarán los costos de transacción, haciendo innecesario que las partes convengan una asignación distinta de la legal, y se producirá la asignación eficiente de los recursos si los costos de transacción son prohibitivos" (Posner, Richard A., *El análisis...*, cit., p. 242).
- (21) Elias, Ana I., "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", en Ariza, Ariel (coord.), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 144.
- (22) Posner, Richard. A., *El análisis...*, cit., p. 227.