

**LOS DEBATES EN TORNO A LA FIGURA DEL DAÑO PUNITIVO Y SUS CONDICIONES DE APLICACIÓN****Francisco JUNYENT BAS y M. Constanza GARZINO**

**Resumen:** Se analiza el daño punitivo como una multa civil en el marco de las relaciones de consumo y su regulación en el sistema argentino.

**Palabras claves:** daño punitivo – multa civil – relación de consumo

**Abstract:** The punitive damages as a civil penalty under consumer relations and their regulation in the Argentine system is analyzed.

**Key words:** punitive damages - civil penalty - consumer relationship

### **I. Consideraciones generales**

La introducción de la figura del daño punitivo o multa civil en el art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor, con motivo de la modificación acaecida en el año 2008, mediante ley 26.361, dio motivo a una fuerte polémica.

Una parte de la doctrina la vio con disfavor, por entender que era una figura extraña al derecho patrio, y que consecuentemente, no conjugaba adecuadamente con la tradición jurídica argentina.

Por el contrario, otro sector de los especialistas, entendieron que era un remedio absolutamente eficaz para evitar que en la producción en masa de la actual economía de mercado las grandes corporaciones produjesen daños que, más allá del resarcimiento concreto a los afectados, eran previsibles y consecuentemente, hubiesen podido ser evitados, aunque ello implicase un costo económico.

Kemelmajer de Carlucci<sup>1</sup> expresó que la idea implícita en esta herramienta sancionatoria está en que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia humana: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia.

En igual sentido, Zavala de González y González Zavala<sup>2</sup> señalaron que era necesaria la recepción normativa de la institución pues, en muchos casos, la equidad y la seguridad no se satisfacen con el sólo resarcimiento del daño, y por ende, se precisa una reacción más vigorosa ante conductas nocivas que lastiman el sentimiento de justicia.

Por su parte, Molina Sandoval<sup>3</sup> destacó que se trata de evitar que una conducta dañadora se repita constantemente, con afán lucrativo, aun cuando se indemnicen los perjuicios, pues, de nada sirve resarcir y volver a perjudicar los intereses de los consumidores.

Por ello, los daños punitivos procuran sancionar a quienes realicen graves conductas disvaliosas y tienen una finalidad disuasoria y sancionatoria, a partir de la imposición de una pena pecuniaria.

---

1 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?, Anales de la Academia Nacional de Derecho, 1993, N° 31, pág. 71.

2 ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde-GONZÁLEZ ZAVALA Rodolfo Martín, Indemnización punitivo, Foro de Córdoba N° 38, 1997, pág. 74.

3 MOLINA SANDOVAL, Carlos, MOLINA SANDOVAL, Carlos, Derecho de Consumo, Advocatus, Córdoba, 2008, pág. 67.

## II. Las particularidades de la sociedad de consumo

Al tratar este tema, Federico Álvarez Larrondo y Gonzalo Rodríguez<sup>4</sup> explicaron que la sociedad de consumo tiene notas que no es factible ignorar, pues la nueva economía de mercado construida sobre la matriz del “consumo” no es fácilmente comprensible y requiere de un análisis que permita entender de lo que se está hablando y fundamentalmente lo que está sucediendo en el plano socioeconómico.

Los autores citados recordaron que Zygmunt Bauman<sup>5</sup>, con esa precisión y claridad que muy pocos poseen, explicó que cuando decimos que la nuestra es una sociedad de consumo, estamos hablando de algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos.

Así, enfatizaron que debemos comprender cuáles son los pilares esenciales del sistema de consumo, agregando que son fundamentalmente tres.

En primer lugar, señalaron que la publicidad reconoce un antecedente previo, esencial: los medios de comunicación masivos. Desde esta vereda, las publicidades permanentes, y muchas veces incompletas, van creando necesidades en la población que siente la necesidad de “consumir” para estar en la época y sentir que “existe”.

En segundo lugar, en el sistema socioeconómico, ostenta un rol esencial la moda que se encarga de instalar lo que Álvarez Larrondo y Rodríguez<sup>6</sup> denominan el “disparador psicológico de la obsolescencia”.

Desde esta perspectiva, destacaron que el tercer mojón estructural lo constituye el crédito, y ponen de relieve que lo importante es consumir, porque el consumo evidencia libertad de elección, y advirtieron con agudeza que, obviamente, es una falsa libertad entre opciones prefijadas por los productores.

Esta necesidad socialmente instalada por “la matriz de consumo” y que resulta fundamental para perpetuar la cadena de producción –y con ello el crecimiento del empleo y del salario y del consumo y, así sucesivamente, en un círculo denominado “virtuoso”– requiere del crédito, que permite “la magia” que el capitalismo y sólo este sistema propone, que es el de adelantar el placer tornando actual lo futuro.

De esta forma, el crédito se torna elemento de supervivencia para alongar el estadio de bienestar; así, los autores citados<sup>7</sup> insistieron en que “... la avaricia empresaria termina, muchas veces, por ahogar a la gallina de los huevos de oro, tal como ha sucedido históricamente en la Argentina y todavía hoy lo hace. Tasas de interés del 42% mediante el uso de tarjetas de crédito, o préstamos hipotecarios de más del 20%, ineludiblemente conducen a un final estrepitoso o a una escalada inflacionaria que busque licuar tamañas tasas...”.

## III. La “movilidad líquida”: una sociedad que “fabrica necesidades” e invita al consumo

---

4 ÁLVAREZ LARRONDO, Federico y RODRÍGUEZ, Gonzalo; La extremaunción al pagaré de consumo, La Ley, 17/10/12

5 ZIGMUNT BAUMAN, Trabajo, Consumismo y nuevos pobres, Gedisa, Barcelona, 2005, 2a. reedición, pág. 44.

6 ÁLVAREZ LARRONDO; RODRÍGUEZ, ob. cit.

7 Idem anterior

Entre los estudiosos de la realidad social, el pensador Zigmunt Bauman<sup>8</sup> destacó que las nuevas relaciones en masa han alargado la distancia entre pobres y ricos, y consecuentemente, por nuestra parte agregamos que no se podría comprender el derecho del consumidor, y mucho menos los daños punitivos, sin la existencia de proveedores cada vez más concentrados y de alta profesionalidad y experiencia.

En esta inteligencia, observamos que estamos inmersos en una sociedad en la cual la producción industrial propone al consumidor novedades constantes, de manera tal que al decir de Stiglitz, hay un crecimiento en espiral de los bienes de consumo, para satisfacción de necesidades no siempre reales ni jerarquizadas correctamente<sup>9</sup>.

En esta línea de pensamiento, Mosset Iturraspe<sup>10</sup> explicó que una comprobación muy difundida y muy lamentable nos dice que cuando menores son las posibilidades económicas, y los consumidores o usuarios están cautivos de los bienes que se producen en el mercado, crece el índice de abuso de proveedores sobre consumidores.

El maestro citado expresó que el derecho del consumidor es el ordenamiento jurídico “de las necesidades” de bienes y servicios, y de su modo de satisfacerlas en un mercado caracterizado por la escasez.

En esta línea, enseñó que el bienestar general de la sociedad civil se alcanza mediante la solidaridad, y que entonces el derecho privado se publiciza en la medida que se preocupa por la igualdad de las personas, que ella sea real y efectiva, al menos en orden a evitar soluciones que dañen la dignidad del hombre.

Por ello, cuando con motivo de la comercialización de bienes y servicios el daño que se produce a los consumidores tiene “proyección social”, es decir, refleja una conducta impropia de las corporaciones que se enriquecen en función de lo que son conocidos como “microdaños”, se hace necesaria una herramienta que sancione y disuada dichas inconductas.

En esta línea, Arias Cau y Barocelli señalaron que la finalidad de la multa civil debe perseguir efectos disuasivos, ejemplificadores y preventivos respecto del sancionado, el conjunto de los proveedores de bienes y servicios y la sociedad en general<sup>11</sup>.

Tal como señaló Garrido Cordobera<sup>12</sup>, muchas veces la mera reparación del perjuicio resulta insuficiente para “desmantelar” los efectos de ciertos actos y esto aparece asociado no solo a los valores de justicia y equidad sino también a los de seguridad y paz social. La autora citada agrega, que “hay que ser sinceros los mecanismos jurídicos que “tocan” los bolsillos son muy convincentes en el mundo de hoy quizás más que aquellos que confían en los criterios solidaristas que pueden inspirar la conductas de las empresas”.

#### IV. Cuando los daños crean inequidad social

---

8 ZIGMUN BAUMENT, Trabajo, Consumismo y nuevos pobres, Gedisa, Barcelona, 2005, 2da. Reedición, pag. 44.

9 MOSSET ITURRASPE, JORGE, Introducción al derecho del consumidor, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 5, Consumidor, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 21.

10 MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., pág. 21.

11 BAROCELLI, Sergio S., “Incumplimiento de oferta y daños punitivos en el Derecho del consumidor. Comentario al fallo Schott, Mateo G. c/COTO C.I.C.S.A. s/Demanda sumarísima”, Revista Jurídica de Daños, IK-L-725.

12 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Los criterios económicos (costo, eficiencia) y los daños punitivos aplicado a la actividad industrial”, Buenos Aires, 1.999, en [http://www.garridocordobera.com.ar/pagina\\_nueva\\_411.htm](http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_411.htm).

En la doctrina y jurisprudencia anglosajona, ámbito en el que surgió el daño punitivo, se advierte una mayor practicidad al momento de resolver el resarcimiento a los consumidores, en especial, en aquellos casos donde el proveedor ha hecho prevalecer su interés económico para lucrar en el mercado, con indiferencia de los derechos del consumidor.

A su vez, la Unión Europea ya hace décadas tomó medidas a fin de equilibrar la relación entre proveedores y consumidores desmantelando prácticas abusivas. Así, mediante la Directiva sobre Créditos para el Consumo de 1979, art. 12, se recomienda la prohibición de la utilización de títulos cambiarios en operaciones de crédito para el consumo<sup>13</sup>.

Por su parte, nuestra legislación pone en el centro de las relaciones de consumo, propias del mercado socio-económico, la persona del consumidor, pues, ya el art. 42 de la Constitución Nacional lo enfatiza, y específicamente, el art. 8 bis de la LDC luego de establecer como directriz central de la conducta de los proveedores el trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, puntualiza que las conductas que coloquen a éstos en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias serán pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis.

La jurisprudencia nacional ha resuelto que: "... la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la Constitución nacional y 8 bis de la ley de defensa del consumidor, se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas post-contractuales; y como la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592"<sup>14</sup>.

Dicho derechamente, se trata de superar las relaciones de adhesión, impersonales y globales de la sociedad de consumo, introduciendo una directiva central de respeto a la persona del consumidor y previendo una sanción para su violación, a pesar de que no sea el único caso en que esta será aplicable, tal como veremos al analizar los antecedentes jurisprudenciales-.

## **V. Los requisitos de procedencia del daño punitivo en la legislación argentina**

### **V.1. El esquema legal**

Desde esta perspectiva, resulta necesario analizar la legislación patria, que en el artículo 52 bis de la LDC puntualmente dice: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de

---

13 En nuestro país ya en la década del '90 Bergel y Paolantonio se preocupaban por este tema y se pronunciaban en contra de estas prácticas abusivas en las operaciones de crédito. Ver: BERGEL, Salvador, PAOLANTONIO, Martín, Acciones y excepciones cambiarias, Depalma, 1992.

14 SCJBA, "Machianandiaréna, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina", 6 de Noviembre de 2012.

esta ley".

De la lectura de la norma se sigue que la primera constatación que se deriva del texto legal es que la procedencia de la multa civil requiere, en principio, como "único presupuesto" que el proveedor no cumpla las obligaciones legales o contractuales con el consumidor.

En esta línea, Picasso<sup>15</sup> destaca que pareciera que cualquiera sea la obligación violada, medie o no culpa o dolo del proveedor, haya o no un daño realmente causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya enriquecido, la norma establece la viabilidad de la sanción.

La interpretación literal del texto legal resulta realmente incomprensible pues, los autores partidarios de los daños punitivos concuerdan en la necesidad de que su imposición se vea rodeada de ciertos requisitos, que también han sido receptados en el derecho comparado.

En esta línea, Irigoyen Testa<sup>16</sup> cuestiona la lectura lineal del artículo y entiende que no es suficiente el incumplimiento, sino que también se requiere tener en consideración la conducta del demandado y el riesgo que dicho comportamiento ha traído aparejado para poder definir la eventual procedencia de la sanción.

En rigor, esta primera lectura requiere de una integración normativa con los demás elementos que hacen a la gravedad del hecho y las circunstancias que lo rodean, como así también a las pautas establecidas en el art. 49 del plexo consumeril.

## **V. 2. La viabilidad de su aplicación**

Desde una perspectiva realista, cabe puntualizar que más allá de las insuficiencias del texto legal, la situación de vulnerabilidad del consumidor y/o usuario, como así también, la política de la economía de mercado en donde las grandes empresas persiguen el lucro, aun a costa de una serie de "microdaños" propios de una sociedad de consumo, requieren un esfuerzo para salvar la norma y así lo ha hecho la jurisprudencia, tal como analizaremos infra.

En este contexto, Pizarro<sup>17</sup> siempre defendió el instituto entendiendo que tenía una finalidad preventiva y correctiva tendiente a modificar el comportamiento de los agentes en el mercado.

En igual sentido, los autores del proyecto del Código Civil de 1998 reglaron la figura en el art. 1587 de la siguiente forma: "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija en consideración a las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada...".

A partir de dicho texto, se advierte que la norma no refiere a factor de atribución subjetivo, sino a una conducta antisocial como la de "quien actúa con grave indiferencia respecto a los derechos ajenos", aspecto que tal como hemos visto, requiere de una necesaria profundización.

Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 incorporó la figura del "daño punitivo" bajo la denominación: "sanción pecuniaria disuasiva", estableciendo

---

15 PICASSO, Sebastián, Nuevas Categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor, en Reforma a la ley de Defensa del Consumidor, Dirigida por Roberto Vázquez Ferreyra, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 133.

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

17 PIZARRO, Daniel Ramón, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 380.

expresamente que se trataba de una de las funciones del derecho de daños.

Así, el artículo que regulaba el tema disponían: “Artículo 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Sin embargo, pese a que la Comisión Redactora había regulado la figura bajo estudio, e independientemente de la valoración crítica de ésta, lo relevante es que el Poder Ejecutivo eliminó el artículo transcrito, y en consecuencia, la figura del daño punitivo del Proyecto de Código, que posteriormente obtuvo media sanción en el Senado de la Nación, manteniendo la exclusión.

En definitiva, la única regulación vigente del daño punitivo sigue siendo la prevista en el art. 52 bis de la LDC.

### **V.3. Los presupuestos de procedencia: la opinión de la doctrina**

Desde esta perspectiva, cabe recordar las enseñanzas de Mosset Iturraspe y Wajtraub<sup>18</sup> quienes señalaron, a modo de síntesis, cuáles son los requisitos que deberán reunirse a los fines de poder aplicar la multa civil, a saber:

- a) el proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor;
- b) la parte perjudicada debe solicitar su aplicación;
- c) la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso;
- d) la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder;
- e) responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan;
- f) se fija un tope de cinco millones de pesos.

En esta inteligencia, resulta patente que los recaudos enumerados por los juristas citados deben articularse adecuadamente en cada caso concreto.

Así, hemos dicho que no basta el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, sino que la institución de las penas privadas propende al establecimiento de un derecho más igualitario y justo y, por ende, el reproche a la conducta del agente que causa el daño mediante trasgresiones groseras o una conducta desaprensiva se introduce en un carril subjetivo que tiñe la figura en forma particular.

---

18 MOSSET ITURRASPE Jorge, WAJNTRAUB Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 281.

En igual línea, Pizarro<sup>19</sup> expresó que el artículo 52 bis de la LDC permite, a partir de una lectura contextualizada, tener presente una serie de "notas típicas", siendo éstas:

- a) la gravedad de la falta,
- b) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal,
- c) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito,
- d) la posición de mercado o de mayor poder del punido,
- e) el carácter antisocial de la conducta,
- f) la finalidad disuasiva futura perseguida,
- g) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, h) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado,
- i) los sentimientos heridos de la víctima.

De tal modo, puede decirse que las deficiencias que parte de la doctrina critica a la norma pueden ser salvadas mediante el aporte de los especialistas en el tema, y con una prudente apreciación judicial, que defina los parámetros objetivos que han de tenerse en cuenta al momento de aplicar la sanción, tal como ha ocurrido en diversos casos.

## **VI. Valoración de las pautas de procedencia**

### **VI.1. La gravedad del hecho**

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

En una palabra, la consideración sobre la gravedad del hecho conlleva la necesidad de relacionar la conducta del proveedor no solamente como un hecho grave, sino también, con la nota de indiferencia o desaprensión que trasgreda las pautas de la moral media impuestas por la colectividad.

De tal modo, aunque no necesariamente todo lo antisocial es antijurídico, la propia normativa fondal considera ilícita la conducta que no tenga en cuenta la moral y las buenas costumbres, en los términos del artículo 953 del Código Civil.

Así, cuando la conducta del proveedor sea contraria a las buenas costumbres, o perjudique los derechos de un tercero, caen bajo la sanción de abusividad en el ejercicio del derecho, que sanciona expresamente el art. 1071 bis del Código Civil.

De lo dicho se advierte que en la gravedad del hecho converge el elemento objetivo o fáctico propiamente dicho con la conducta del dañador, es decir, que la calificación jurídica depende de ambos tipos de reproches, superando así las críticas de la doctrina en una interpretación axiosistemática.

---

19 PIZARRO, Daniel Ramón, Daños punitivos, en: Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 1993, p. 283.

Si bien este carácter solidario ha sido cuestionado por autorizada doctrina<sup>20</sup>, lo real y cierto, es que la procedencia del daño punitivo requiere de una gravedad intrínseca de la conducta y de la entidad del daño que se refleja socialmente.

En una palabra, resulta menester tener presente que la sanción procura en cierto modo evitar los cálculos matemáticos como económicos o meramente especulativos al momento de dañar a terceras personas.

Dicho derechamente, no resulta admisible que el incumplimiento contractual haya tenido como realidad subyacente un negocio especulativo para obtener rédito en función de una conducta reprochable.

### **VI.2. Legitimación para solicitar la aplicación de la multa**

En orden a la legitimación activa resulta patente que están habilitados para reclamar por daño punitivo todos los sujetos que pueden ser considerados consumidor o usuarios a la luz del art. 1 de la LDC.

De tal modo, la legitimación no es sólo del consumidor directo sino también de aquellos que forman parte de su círculo familiar o social, como así también del bystander, tal como lo explica Colombres<sup>21</sup>.

En consecuencia, el consumidor o usuario "conexo" o "indirecto" está habilitado para accionar en contra del proveedor del bien o servicio, en tanto la finalidad del instituto busca sancionar las conductas antisociales y vejatorias.

Una modalidad específica de este tipo de conducta se recepta puntualmente en el art. 8 bis de la LDC, tal como ya referimos, que exige condiciones de atención de trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, evitando colocar a estos últimos en condiciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

En este sentido, cabe advertir que el artículo citado en su último párrafo puntualmente señala que tales conductas, además de las sanciones previstas en la ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuara en nombre del proveedor.

### **VII. Una cuestión relevante: la diferencia entre el régimen de responsabilidad del art. 40 y la multa civil del art. 52 bis de la LDC**

Desde la perspectiva de la solidaridad, no cabe ninguna duda que no debe confundirse la situación del art. 52 bis de la LDC con la reglada en el art. 40 de la LDC, la cual se dispara a toda la cadena de producción y comercialización ante el daño resultante del vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio.

Por el contrario, en el supuesto del art. 52 bis se debe acreditar la "coactuación" de los agentes que integran la "cadena de producción y comercialización" en el hecho dañoso concreto, para poder predicar la existencia de solidaridad en cuanto al daño punitivo.

---

20 MOLINA SANDOVAL, Carlos, PIZARRO, Ramón Daniel, Los daños punitivos en el derecho argentino, Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa, Año 1, N° 1, septiembre de 2010, pág. 68.

21 COLOMBRES, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, LA LEY, www.laleyonline.com.



En una palabra, el art. 52 bis se sustenta en el art. 1081 del Código Civil en cuanto establece que la responsabilidad por el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trata de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.

En esta línea, también se ha dicho que para que procedan los daños punitivos debe existir una relación razonable entre éstos y los daños compensatorios, pues la penalidad debe medirse en función de múltiples parámetros entre los que cabe incluir además de los ya mencionados, el beneficio obtenido por el dañador, su condición económica y la finalidad preventiva del instituto.

Todo lo dicho impone introducirse en la valoración de la prueba producida en cada caso en particular para analizar si se dan los presupuestos de procedencia del daño punitivo.

### **VIII. Consideraciones generales relativas a la valoración de la prueba rendida en torno al factor de atribución del daño punitivo**

En esta inteligencia, y tal como lo ha apuntado la doctrina<sup>22</sup>, en el momento de dictar sentencia el juez debe determinar los hechos de la causa que resultaron acreditados apreciando o valorando las probanzas arrimadas por las partes, a fin de otorgarles o reconocerles la debida eficacia.

Ésta labor es lo que constituye en materia relativa a la valoración de la prueba y en donde, como es sabido, nuestro sistema se ajusta al de la “sana crítica racional”, según el cual el juez debe adecuarse a los principios que dimanen de la lógica y las máximas de la experiencia.

En una palabra, se trata de que el juez siga las directivas de un correcto entendimiento que integre con rigor lógico de los principios en que se apoya su argumentación, como así también, que dicha apreciación tenga en cuenta las proposiciones de experiencia que surgen o se derivan de los elementos probatorios y del curso ordinario de las cosas.

Va de suyo que obviamente la sana crítica exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho razonamiento en el decurso del decisorio, al cual deberá también agregar en última instancia un “prius” estimativo, de manera tal, de realizar una integración axiosistemática de todos los elementos acompañados por las partes.

De igual modo, cabe tener presente la directriz central del plexo consumeril del art. 3 de la LDC que recepta el principio “in dubio pro consumidor”, que es aplicable a la interpretación de la ley y también a la valoración de la prueba.

### **IX. La aplicación judicial**

#### **IX.1. Las dificultades en torno a la aplicación concreta de la figura**

El análisis del derecho judicial en orden a la figura del daño punitivo permite afirmar que, más allá de la gran cantidad de artículos doctrinarios sobre su configuración y condiciones de

---

22 RAMACCIOTTI, Hugo, Compendio de Derecho Civil y Comercial de Córdoba, Depalma, Córdoba, Tomo 1, pág. 550; ARAZI, Roland, La prueba en el proceso civil, Teoría y práctica, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1986, pág. 100; FERREYRA DE LA RUA, Angelina, Verdad Procesal, en: La prueba en el proceso, Advocatus, Córdoba, 2007, pág. 33.

procedencia, lo real y cierto es que los tribunales son realmente reacios a su aplicación<sup>23</sup>.

En opinión de Chamatrópulos<sup>24</sup>: "...la utilización insuficiente de la multa civil -para cumplir sus objetivos disuasorios- está originada no tanto en la falta de conductas reprochables o fallas probatorias por parte de los reclamantes sino más bien en la constatación de lo arraigado que está en la cultura jurídica argentina el principio de imposibilidad de enriquecimiento sin causa, que para muchos pareciera entrar en tensión ostensible con la solución legal del destino exclusivo de la condena al damnificado que contiene el actual art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor".

Por su parte, Zavala de González<sup>25</sup> explica que el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. Por eso, la prevención constituye una función insoslayable de la responsabilidad por daños.

La autora citada señala que el principio de reparación plena o integral no cubre todos los daños y todas las consecuencias, y de allí, que la exigencia ética y jurídica de "no dañar" requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados, de manera tal que las infracciones serias de prevención son pasibles de sanciones privadas contra el dañador que deberían satisfacer una función disuasoria.

La jurista entiende entonces que en esta línea se articula el artículo 52 bis de la LDC, asumiendo que el derecho de daños debe satisfacer no sólo intereses privados de las víctimas, sino también aplicar sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima.

En síntesis, el principio de no dañar impone como contrapartida asegurar el ordenamiento de conductas de convivencia y respeto de los derechos de los consumidores y usuarios.

Por nuestra parte, hemos defendido siempre la aplicación de la figura pues, constituye un instituto que se independiza del carácter resarcitorio para reprimir inconductas graves y reiteradas de los proveedores, otorgando efectiva y expresa vigencia a dos de las tres funciones del moderno derecho de daños, a saber: la preventiva y la sancionatoria.

## IX.2. El derecho judicial

Uno de los precedentes más relevantes a nivel nacional lo constituye la causa "Machianandarena"<sup>26</sup> donde se condenó a la demandada debido a la falta de colocación de accesos para discapacitados en uno de sus locales, lo que fue considerado como una conducta discriminatoria que conlleva un trato indigno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que tornaba procedente la pena civil del art. 52 bis de dicho cuerpo legal.

---

23 Por el contrario, los casos más destacables en los que sí se ha aplicado el daño punitivo son: CNA en lo Civ. y Com, Sala 2, de Mar del Plata, en autos: "Machianandarena, Hernández Nicolás c. Telefónica Argentina", 27/5/2009. El fallo de la Cámara fue confirmado íntegramente por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 6 de Noviembre de 2012; CNCivil, sala F, en autos "Cañadas Pérez c/Bank Boston", del 18/11/09; Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay N° 1, recaído en los autos "De la Cruz c/Renault Argentina S.A.", del 25/11/2009; CACiv. y Com, Sala 2, Rosario, en autos: "Rueda Daniela c. Claro AMX Argentina S.A.", de fecha 29/7/2010; CCC 1°, San Isidro, en autos: "Anglada Noercí c. Bristol Medicine S.R.L., La Ley, Buenos Aires, 2011; CCC 1° Nominación de Córdoba, "Navarro Mauricio José c. Gilpin Nash David Iván. abreviado", Auto N° 181, del 27 de octubre de 2011; STJ de Jujuy, "Montaldi Juan José c. Telecom Argentina S.A.". Amparo, 30/10/2013, [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com).

24 CHAMATRÓPULOS, Alejandro, Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina, La Ley, 6/8/2013, I.

25 ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, Función preventiva de daños, La Ley, 03/10/2011, 1, pág. 1.

26 CNA en lo Civ. y Com., sala 2, de Mar del Plata, en autos: "Machianandarena, Hernández Nicolas c. Telefónica Argentina", 27/5/2009.

En dicha oportunidad, el tribunal puso de relieve que la normativa patria sólo exige el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para con los consumidores y que, consecuentemente, se apartó del criterio restrictivo que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro.

En esta línea, en el fallo aludido, si bien se admitió que la norma ha sido criticada por su "apertura", y que existe consenso en que el daño punitivo sólo procede en supuestos de particular gravedad, la discriminación para con los discapacitados conlleva una desaprensión patente socialmente reprochable para con el hombre mismo en su dignidad, art. 8 bis de la LDC.

De tal modo, el juzgador valoró la gravedad del hecho y la reprochabilidad social de la conducta, persiguiendo un tratamiento digno para con todos los consumidores y/o usuarios.

En sentido similar, en autos "Cañadas Pérez c. BankBoston"<sup>27</sup> se había hecho lugar en primera instancia al daño punitivo por la suma de \$6.000 respecto de una mujer que reclamó al BankBoston que rectifique información falsa que la entidad había emitido respecto a su persona, con destino al Banco Central y a Veraz, en cuyos registros figuraba erróneamente como deudora.

A pesar de que los hechos fueron acreditados y reconocidos por la demandada, el tribunal de Alzada revocó la sanción atento a que no podía aplicarse retroactivamente.

De todas formas, como puede advertirse, el derecho judicial sigue sin receptar puntualmente el aspecto relativo al cálculo de los beneficios y pone el acento en la conducta reprochable, como fue el erróneo informe al Veraz de quien no era realmente deudora, a los fines de evitar la generalización de una conducta socialmente vejatoria.

Otro fallo relevante es "De la Cruz c. Renault Argentina S.A."<sup>28</sup>, donde se concedió al actor en concepto de daño punitivo la suma de \$5000, pues acreditó que se le había entregado un automóvil defectuoso; y pese a las sucesivas reparaciones realizadas por el servicio técnico, el problema no fue solucionado.

En igual línea de pensamiento, en el caso "Rueda c. Claro AMX"<sup>29</sup> se impuso a la demanda la sanción de daño punitivo en atención a la negativa insincera y contumaz de reconectarle el servicio de celular a la actora, bajo la excusa de que no había abonado determinado servicio, cuando se acreditó que todas las facturas se encontraban pagas.

En este caso se demostró el largo peregrinar del consumidor que tuvo que comunicarse reiteradamente con la empresa, concurrir a la sede del negocio en diversas oportunidades y que en todas éstas fue atendido por diversos empleados que nunca le dieron solución a su problema y que para colmo lo amenazaron con informar a la organización Veraz su condición de moroso.

De tal modo, el tribunal consideró que se configuraba claramente un caso de daño punitivo, ante la injusticia del daño y la inconducta contumaz y reiterada de la demandada.

En otro antecedente<sup>30</sup>, se condenó a la empresa de telefonía celular debe abonar a un usuario un resarcimiento en concepto de daño punitivo en tanto se acreditó que actuó con una actitud

---

27 CNCivil, sala F, en autos "Cañadas Pérez c. Bank Boston", del 18/11/09.

28 Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay N° 1, recaído en los autos "De la Cruz c. Renault Argentina S.A.", de 25/11/2009.

29 CACiv. Y Com, sala 2, Rosario, en autos: "Rueda Daniela c. Claro AMX Argentina S.A.", de fecha 29/7/2010.

30 C.Civ. y Com., Salta, Sala 1, 13/04/2011, P.D.H. C. Telecom Personal S.A.

groseramente negligente e indiferente, al no dar respuesta alguna al pedido de dar de baja al servicio, y de efectuar la transferencia de determinadas líneas.

Por su parte, la Sala A de la Cámara Nacional de Comercio<sup>31</sup>, resaltó la desigualdad entre el cliente y el banco, un comerciante de alto grado de especialización, con obvia superioridad técnica sobre la actora lo que coloca al cliente en línea con el art. 954 del Código Civil.

Por otro lado, en la causa "Anglada"<sup>32</sup> se impuso una condena por daño punitivo a una empresa de medicina prepaga que intentó el aumento de la cuota por mayoría de edad de sus afiliados, considerando el tribunal que la reparación al damnificado no es suficiente, pues resulta necesario disuadir a la demandada de que intente conductas similares en lo sucesivo, en atención a la gravedad de una actitud que se refleja en un sector vulnerable de la población.

En síntesis, el repaso de los casos jurisprudenciales permite advertir que la jurisprudencia patria ha sido sumamente prudente en la aplicación del daño punitivo y siempre ha considerado como presupuesto de su aplicación la conducta reprochable, antisocial y vejatoria del proveedor.

## **X. Un "leading case" nacional en materia de daño punitivo**

### **X.1. El marco del debate**

Tal como ya señalamos, en esta polémica en torno a la figura del daño punitivo, se advierte que la textura abierta del art. 52 bis de la LDC que ha llevado a un debate puntual sobre sus condiciones de procedencia y aplicación.

En un primer momento, se dijo que resultaba insuficiente el mero incumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales para que el proveedor pueda ser sancionado con el "plus" que implica el daño punitivo.

En esta inteligencia, en derecho comparado se exigía que además del incumplimiento de la obligación legal y/o convencional, esta situación se reflejara en un daño concreto, de carácter grave, y que también tuviese proyección social, de manera tal que pudiese hablarse de una inequidad o una conducta violatoria de la moral y de las buenas costumbres, que debía ser prevenida.

Por otra parte, este tipo de sanciones se había aplicado en el derecho anglosajón cuando existía una especulación económica por parte del proveedor que implicaba también una conducta deliberada en el sentido de que se prefería el costo económico de la reparación de los daños y no el retiro del producto defectuoso o la evitación del daño del que se tratase.

En definitiva, no sólo se tenía en cuenta los "deep pockets" de los proveedores, sino también el grave menoscabo de los derechos de los consumidores o usuarios, todo lo cual implicó la existencia de un factor de atribución subjetivo para poder aplicar la sanción, aspecto que tampoco surge expresamente del texto del art. 52 bis de la LDC.

Este aspecto, relativo al factor de atribución requerido para la aplicación del daño punitivo, fue debatido y definido en el "leading case" "Teijeiro c. Cervecería y Maltería Quilmes"<sup>33</sup> resuelto por

31 CNCom. Sala A, "Cusanelli A.P. c. BBVA Banco Francés s. Amparo", de 14/08/2009.

32 CCC 1°, San Isidro, en autos: "Anglada Noercí c. Bristol Medicine S.R.L., La Ley, Buenos Aires, 2011.

33 TSJ de Córdoba, "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G – ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 - T 14/12)", Sentencia N° 63, de fecha 15/4/2014.

el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sobre el que vale la pena realizar algunas observaciones.

### **X.2. Los aspectos emblemáticos de la causa "Teijeiro"**

Desde esta perspectiva, cabe recordar que en el caso, el Sr. Teijeiro demandó por daño material, moral y pide la aplicación del daño punitivo, en su carácter de consumidor de una gaseosa línea cola, por haber descubierto antes de consumirla un objeto flotando en su interior, el que consistió en un envoltorio de "gel íntimo", por lo que accionó contra la fábrica, distribuidora y comercializadora del producto.

Así, en primer instancia se hizo lugar a la demanda, por los montos solicitados en concepto de daño material y moral, como así también se condenó a la Cervecería y Maltería Quilmes a abonar al actor \$2.000.000 en concepto de daño punitivo, con fundamento en el art. 52 bis de la LDC.

En consecuencia, la fábrica apeló la resolución, la que finalmente es decidida, previa vista al Ministerio Público, por la Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, el día 17/4/2012.

En la Alzada se revocó la resolución de Primera Instancia y se admitió parcialmente la demanda, condenando a la fábrica Cervecería y Maltería Quilmes S.A. a indemnizar al actor sólo por daño material, es decir, por el valor de la botella de gaseosa en sí misma, rechazando el daño moral, como así también la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva, por diversos argumentos que detallaremos a continuación.

La Cámara sostuvo que: "...para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan como en aquel caso -el del art. 40 de la LDC- las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose".

Además, destacó que: "...aunque es cierto que la norma legal que nos ocupa únicamente menciona como presupuesto de procedencia de la multa civil el incumplimiento por el proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y la instancia de parte, omitiendo toda referencia a factores subjetivos de atribución de responsabilidad, también es cierto que la aplicación de esta multa no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino como facultativa del juez que "podrá" aplicarla..."

En una palabra, los magistrados puntualizaron que en el caso "Teijeiro" la demandada ha acreditado su diligencia y consecuentemente, entienden que "lo más importante y dirimente desde mi punto de vista es que esta "multa civil" tiene un carácter esencialmente punitivo o sancionatorio -de ahí la impropia denominación de "daños punitivos"- y, por tanto, esas sanciones no podrían jamás ser aplicadas en base a factores objetivos de atribución de responsabilidad sin violar los principios constitucionales de inocencia, del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) que rigen por igual en sus aspectos esenciales, aunque ciertamente con distinto grado e intensidad (C.S.J.N. Fallos 203:399; 256:97; 282:193; 284:42; 289:336; 290:202; 295:195; 303:1548; 310:316), sea que se trate de "penas" penales, administrativas o civiles (cfr. Bueres, Alberto y Picasso, Sebastián, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal Culzoni, pág. 59 y sgtes.)".

En síntesis, es claro el criterio de la Alzada, en el sentido de que la figura de la multa civil, mal

llamada "daño punitivo", requiere como condición de aplicación un reproche subjetivo a la conducta del agente dañador, fundando su opinión en los precedentes del derecho anglosajón, como así también en la opinión de la doctrina patria y en la finalidad del instituto

### **X.3. La resolución del TSJ en el caso "Teijeiro"**

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba confirmó el criterio de Cámara Civil y Comercial de 3º Nominación, en el sentido que la procedencia del daño punitivo requería de un factor de imputación subjetivo, tal como explicamos en reiteradas oportunidades<sup>34</sup>, pero recibió parcialmente el recurso de casación por entender que existía daño moral por violación a la confianza creada por la empresa proveedora.

En esta inteligencia, el Tribunal Címero cordobés puntualizó que en orden a las condiciones de procedencia del daño punitivo, en la doctrina y jurisprudencia nacional existen dos corrientes bien definidas:

A- Restrictiva: es la posición mayoritaria, que entiende que la correcta lectura del art. 52 bis de la LDC, exige que además del incumplimiento contractual, la gravedad del daño sea de tal entidad que demuestre una actitud desaprensiva por parte del dañador, es decir, existe un factor de atribución subjetivo. Así, el TSJ aclaró: "Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (LORENZETTI, Ricardo A., "Consumidores", edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los Daños Punitivos", edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361", LL 26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, "Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240", en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, ¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor", LL 2009-D, 1113. Coincidentemente con este criterio se han expedido los autores citados ut supra que han estimado correcta la decisión de la Cámara A-quo en el caso que nos toca decidir y la Comisión Interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)".

B- Amplia: según la cual basta que exista una conducta antisocial para que sea imputable el daño punitivo, aun cuando no se pruebe un reproche subjetivo en forma puntual.

El Alto Cuerpo expresó que: "sólo exige cualquier incumplimiento por parte del proveedor para mandarlo a pagar daños punitivos, postura que coincide con una interpretación estrictamente literal de la norma contenida en el art. 52 bis, L.D.C. (LOVECE, Graciela I., "Los daños punitivos en el derecho del consumidor", LL 08/07/2010; PÉREZ BUSTAMANTE, L., "La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", en Vázquez Ferreira, Roberto A. -Dir-, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, LL Supl. Especial, Buenos Aires, 2008, p. 120)".

Así, el TSJ validó el fallo de la Cámara 3º en cuanto adhería a la posición restrictiva y

---

34 JUNYENT BAS, Francisco, GARZINO, María Constanza, CARACTEROLOGÍA DEL DAÑO PUNITIVO, EN TORNO A LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN, CUANTIFICACIÓN Y DESTINO, Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia, Director Daniel Vítolo, Año 3, 1, Legis, 2012; JUNYENT BAS, Francisco, GARZINO, María Constanza, EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN NECESARIO PARA LA APLICACIÓN DEL DAÑO PUNITIVO, Compendio Jurídico, N° 65, Agosto 2012, Erreius y Errepar, Buenos Aires, 2012, pág. 55.

mayoritaria, al precisar que no bastaba el mero incumplimiento contractual o legal para la condena en daños punitivos, y que para su procedencia era necesaria la concurrencia de dos requisitos: a) una conducta deliberada del proveedor, culpa grave o dolo; b) daño individual o de incidencia colectiva, que por su trascendencia social, o por su gravedad tenían repercusión social.

De tal modo, y aun cuando el Tribunal Címero cordobés no se introduce en la cuestión de fondo, sino que desestima el recurso de casación, la lectura de los argumentos que permiten convalidar el fallo de 2º instancia denotan la posición asumida por el Alto Cuerpo.

#### **X.4. La prosecución del debate**

##### **X.4.a. La defensa del criterio restrictivo**

A partir del precedente citado autores como Hernández y Frustragli<sup>35</sup> opinaron que esta perspectiva es ajustada a los propósitos más nobles y contribuirá a hacer más factible el debate sobre la conveniencia de receptar en otras áreas de incumbencia a los daños punitivos, como acontece en el Derecho americano, en el quebequés, en algunos proyectos europeos, e incluso en la norma ya referida del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, favoreciendo a una prudente expansión de la figura hacia sectores del Derecho Privado en donde se requiere neutralizar o desalentar comportamientos fuertemente desaprensivos hacia intereses individuales o colectivos ajenos, vinculados a derechos fundamentales.

En una palabra, los juristas citados consideraron acertada la línea jurisprudencial asumida en el precedente resuelto por el TSJ cordobés en la causa “Teijeiro”.

##### **X.4.b. Una crítica fundada en la finalidad de la multa civil**

Desde otro costado, Álvarez Larrondo<sup>36</sup> expresa que el Alto Cuerpo cordobés ha tomado partida frente a la divisoria de aguas que se ha delineado en la interpretación del art. 52 bis de la LDC, adoptando la tesis restrictiva y que una comprensión cabal del fenómeno exige analizar qué tipo de sociedad queremos.

Así, el autor citado recuerda que: “en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica del Consumidor desarrollado en el seno de la UBA en el año 2010, que a los fines de determinar el quantum del daño punitivo (y en consecuencia su prueba), debe seguirse como pauta ineludible de interpretación, el listado de recaudos impuestos por el artículo 49 de la ley 24.240. Así, resultará conveniente acreditar:

1. El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario,
2. La posición en el mercado del infractor,
3. La cuantía del beneficio obtenido,
4. El grado de intencionalidad,
5. La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización,
6. La reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”.

En una palabra, el autor citado, sin coincidir definitivamente con la tesis restrictiva, señala que

---

35 HERNÁNDEZ, Carlos A., FRUSTRAGLI, Sandra, Decisión judicial sobre daños punitivos, La Ley. 30/4/2014-7.

36 ALVAREZ LARRONDO, Federico, La tesis restrictiva en daños punitivos. Necesidad probatoria, La Ley 30/4/2014,7.

la cuestión fundamental gira en torno a la necesidad de probar el reproche subjetivo, por lo que, en este tipo de juicios donde se pida daño punitivo, el interesado deberá desplegar la actividad probatoria pertinente.

### **XI. Conclusiones**

A modo de síntesis, cabe puntualizar que el criterio definido en la causa “Teijeiro” por el Tribunal Superior de Córdoba, requiriendo para la procedencia del daño punitivo un factor de atribución subjetivo constituye un precedente fundamental en la materia.

De todas formas, no puede ignorarse que el texto abierto del art. 52 bis de la LDC no permite predicar una hermenéutica cerrada, sino que habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto.

En este sentido, si bien el texto del artículo citado sólo hace referencia a la violación por parte del proveedor de sus “obligaciones legales o contractuales”, la doctrina y la jurisprudencia han aportado otros elementos a fin de definir los requisitos para su procedencia que deben ser tenidos en cuenta.

Así, existen hechos o conductas de los proveedores que por su habitualidad implican “microdaños”, pero que atento el alcance del colectivo afectado, constituyen conductas antisociales que implican una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, configurándose así el reproche requerido por la denominada “tesis restrictiva”.

En consecuencia, corresponde señalar que la procedencia del daño punitivo se convierte en gran medida en un tema de prueba pues, el consumidor y/o los consumidores, según se trate de una acción individual o de una colectiva, deben extremar el relato de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a los fines de que la indiferencia por sus derechos no constituya solamente un imperativo de su interés, sino que obligue al proveedor a acompañar todos los elementos probatorios que obren en su poder para esclarecer debidamente el conflicto, cumplimentando la manda de art. 53 de la LDC.

En este sentido, la eventual existencia de criterios especulativos adoptados por los proveedores, tales como los resumidos en los casos jurisprudenciales analizados, predicen un claro conocimiento de la operatoria que perjudica al consumidor o usuario, y que es el tipo de conducta que intenta disuadir y punir la figura de la sanción pecuniaria disuasiva.

A todo evento, tratándose de un problema que hace a la “cultura jurídica” todos los operadores del derecho debemos seguir profundizando en la solución de los distintos casos que se planteen en la vida real, para dotar de eficacia al instituto bajo estudio.