

## EL DAÑO PUNITIVO: FÓRMULAS MATEMÁTICAS PARA CUANTIFICARLOS (EXPRESARLOS NUMÉRICAMENTE)

Pedro F. Silva-Ruiz  
Académico Correspondiente  
Puerto Rico

*Sumario:* I. Antecedentes. II. La(s) fórmula(s) matemática(s) para cuantificar los daños punitivos. La propuesta por E. Arias Cáu y S. Nasif; la de M. Irigoyen Testa. III. Las conclusiones de la comisión 4: consumidor: daños punitivos de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, septiembre de 2019. IV. Resúmenes de algunos fallos judiciales recaídos, provincia de Córdoba, sobre los daños punitivos y su cuantificación. V. A modo de conclusión.

### I. *Antecedentes*

Hace ya algunos años escribí y publiqué<sup>1</sup> un ensayo sobre el daño punitivo significando sus orígenes, concepto, así como función principal. El tema fue estudiado en tres países, a saber: Puerto Rico, Estados Unidos de Américas y la Argentina. En esta última nación destacaba el art. 52 *bis* de la Ley 26.361 que lo incorporó o añadió a la Ley 24.240, sobre Defensa del Consumidor (sancionada ésta el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 13 de octubre del mismo año).

Como la doctrina fue exportada a Norteamérica (desde el Reino Unido de Gran Bretaña) estudié el tema en los Estados Unidos de América, país donde ya a mediados del siglo 19 estaba arraigada. La jurisprudencia sobre daños punitivos entonces examinada no utilizaba fórmula matemática alguna para cuantificarlos. Los casos establecieron tres guías o criterios, con el propósito de que la cantidad de dinero a pagarse como daño punitivo

---

<sup>1</sup> Pedro F. Silva-Ruiz, *El daño punitivo (daño ejemplar, daño vindicativo, daño no compensatorio) – A propósito del artículo 52 bis sobre el daño punitivo, incorporado por la Ley 26.361 a la Ley 24.240, sobre Defensa del Consumidor de la República Argentina*, en “Revista de Derecho Privado”, marzo-abril 2012, núm. 2, Editorial Reus, Madrid, España, págs. 25-36.

estuviese conforme con la décima cuarta enmienda de la Constitución federal (privación de la vida, libertad o propiedad sin el debido procedimiento de ley).<sup>2</sup> Esas guías son las siguientes: (1) el grado de reprochabilidad (degree of reprehensibility) de la mala conducta (misconduct) del demandado; (2) la relación desigual entre los daños punitivos y los daños compensatorios (the disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award) y (3) la comparación con otras multas civiles (para determinar la razonabilidad de los daños punitivos).

En los Estados Unidos de América no se utilizan fórmulas matemáticas para cuantificar los daños punitivos. Además, su ámbito de aplicación no se limita al derecho del consumo / consumidor. Así también es en Puerto Rico.

## II. La(s) fórmula(s) matemática(s) para cuantificar los daños punitivos

Una de las comisiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebrada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL),

---

<sup>2</sup> El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América había expresado preocupación sobre la constitucionalidad de las cantidades de dinero concedidas en daños punitivos ya que “corrían salvaje” (“run wild”), concluyendo que pudiera violarse el debido proceso de ley si fuesen excesivas o irrazonables. Véase *Pacific Mutual Life Insurance v. Haship*, 449 US 1, 18 (1991). Basta recordar que, en un caso, se concedieron US\$4 millones por daños compensatorios y US\$4 millones también por daños punitivos, que fueron reducidos a US \$2 millones. *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1966).

“En *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, el Tribunal Supremo estadounidense ha revalidado su doctrina, anteriormente establecida en *BMW of North America, Inc. v. Gore*, según la cual la *Due Process Clause* (14a. Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América) impone límites a las indemnizaciones sancionatorias (*punitive damages*), en función de los tres factores siguientes: (1) el grado de culpabilidad de la conducta del demandado; (2) la proporción entre el importe de la indemnización sancionatoria y la gravedad del daño causado a la víctima [y] (3) las sanciones impuestas por la realización de conductas similares a las enjuiciadas en el caso concreto.” Pablo Salvador Coderch, *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool, Inc.*, No. 99-2035, en “In Dret” 3/2001, Barcelona, España, julio de 2011 (digital)

La cita del caso *Cooper Industries...* es 532 U.S. 424, 121 S. Ct. 1678; resuelto el 14 de mayo de 2001.

Para abundar más en el estudio de los daños punitivos en los E.E.U.U., véase: Anthony Sebola, *The U.S. Supreme Court’s Theory of Common Law Punitive Damages: An Inauspicious Start*, Benjamin Cardozo School of Law, Yeshiva University, Faculty Research Paper no. 369, Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, New York, New York, July 2012, pp. 131-144.

en Santa Fe, Argentina, del 26 al 28 de septiembre de 2019, fue la del *consumidor: daño punitivo*.<sup>3</sup>

D. Esteban J. ARIAS CÁU<sup>4</sup> y Doña Sofía NASIF<sup>5</sup> presentaron, en las aludidas *Jornadas*, la ponencia: *La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación*, once (11) páginas. Entre sus conclusiones de *lege lata* (el derecho / la ley como existe, la ley que es), se señalan las siguientes: “(1) que la incorporación del daño punitivo al régimen de defensa del consumidor en el año 2008 (ley no. 26.361) constituyó un avance notable en la protección del consumidor, a pesar de su defectuosa técnica legislativa, habilitándose al juez a imponer una sanción ejemplar ante la grave conducta del proveedor; (2) que la imposición de un tope legal de \$5.000.000 significó una desacertada decisión de política legislativa...; (3) que resulta necesario establecer criterios numéricos objetivos (ej. fórmulas) que sirvan de pautas para el juez a fin de imponer la sanción punitiva y preventiva; que a tales efectos, el análisis económico del derecho posee las herramientas adecuadas para ello...” (pág. 1).

Entre las conclusiones de *lege ferenda* (el derecho / la ley que debería ser o la ley / el derecho del futuro) proponen que: “(1) ...una futura reforma derogue el tope legal de \$5.000.000 y, en consecuencia, no se imponga límite alguno para los daños punitivos; (2) ...que una futura reforma dicte una norma que contenga una fórmula matemática para el

---

<sup>3</sup> Las ponencias presentadas están colgadas en el internet. Pude obtenerlas, ya que por asuntos técnicos no podía imprimirlas, gracias a la gestión de los señores Felipe Ferretti, alumno, y el abogado Emanuel Nagel, Coordinador de la Unidad de Acreditación de la Secretaría Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, a quienes agradezco su colaboración.

<sup>4</sup> Profesor Asociado, Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS; Juez de Cámara Civil y Comercial del Poder Judicial de Jujuy, Argentina.

<sup>5</sup> Abogada Mediadora (FIME). Poder Judicial de Jujuy.

cálculo de los daños punitivos a fin de brindar seguridad jurídica y medios para un debido control judicial”. Proponen las fórmulas siguientes:

$$D.P.=\{CB*[a/b/1000) + (c * d)\} / e * f$$

Al discutir los fundamentos, los autores significan, entre muchos otros: (1) la reconfiguración del derecho de obligaciones como la responsabilidad por daños, se incorporan dos nuevos rubros, como el daño directo (art.40 *bis*, Ley de Defensa del Consumidor o LDC) y el daño punitivo (art.52 *bis*, LCD); (2) indica una noción del daño punitivo, siguiendo a Pizarro, que dice que son “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” (Ramón Pizarro, “Daños punitivos” en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos (dirs.), *Derecho de daños. Libro homenaje al Profesor Doctor Félix Trigo Represas*, segunda parte, La Rocca, Bs. As., 1993, págs. 287-337). De esa noción se pueden señalar las siguientes características: “(a) son sumas dinerarias; (b) por ilícitos graves cometidos por el demandado; (c) accesorias de la indemnización de daños concedida al damnificado; (d) destinadas a prevenir hechos similares [y] (e) punir graves inconductas” (citas omitidas); (3) el daño punitivo se incorporó al ordenamiento jurídico argentino por la Ley 24.240, art. 52 *bis*. Dicho art.52 *bis*: daño punitivo reza:

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 impongan no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley. <sup>6</sup> (itálicas nuestras)

Así, los daños punitivos existen tan sólo en la Ley de Defensa del Consumidor y no en el derecho de daños en general; (4) Matías Irigoyen Testa (*Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*, en Castillo Cadena y otros (coord.), “Relaciones contemporáneas entre derecho y economía”, coedición Grupo Editorial Ibáñez y Univ. Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, págs. 27-61) ha propuesto la fórmula  $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$  donde: *D* = daño punitivo a determinar; *C* = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados; *Pc* = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados; *Pd* = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio, en virtud de su carácter accesorio o no autónomo. (pág. 8)

La fórmula propuesta por ARIAS CÁU et. al. quedó indicada precedentemente. La repito:

$$D.P. = \{CB * [(a/b/1000) + (c * d)]\} / e * f$$

donde:

*D.P.* = daño punitivo a determinar; *CB* = Canasta básica o Canasta básica total; *a* = el “perjuicio” en los términos del art.49 LDC (Ley de Defensa del Consumidor). Es decir, que el magistrado deberá ponderar el tipo de molestia ocasionada, ya que no será igual el daño que derive para instalar un servicio domiciliario a que el consumidor ingiera un producto en mal estado; *b* = equivale a “posición en el mercado”. Se distingue entre “pequeño” proveedor,

---

<sup>6</sup> “Artículo 47- Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que podrán aplicar independientemente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: ...b) multa de pesos CIEN (\$100) a pesos cinco millones (\$5.000.000) ...”

“mediano” proveedor y “gran” proveedor, según la clasificación efectuada por la Ley núm. 24.467, que tendrá los siguientes valores: Micro y pequeña empresa = pequeño proveedor; Mediana empresa = mediano proveedor; Gran proveedor = monto que supere el máximo establecido para la mediana empresa; *c* = equivale a “cuantía del beneficio” ...; *d* = equivale a “grado de intencionalidad” ...; *e* = equivale a “gravedad de riesgos o perjuicios sociales”. Esta variable expresa el impacto social de la acción u omisión grave desplegada por el proveedor...

D. Ezequiel MENDIETA también presentó ponencia: *Cuantificación de los daños punitivos. A propósito de la fórmula “Irigoyen Testa”*, doce (12) páginas. Concluye que: “(1) los daños punitivos tienen como función principal la prevención de daños futuros incentivando a los proveedores que inviertan en medidas razonables de prevención para evitar los daños a la sociedad; (2) la utilización de las fórmulas matemáticas para cuantificar los daños punitivos es preferible antes que el uso de premisas genéricas que nada dicen acerca de la forma por la cual se determinó el monto...; (3) es recomendable la utilización de la fórmula “Irigoyen Testa”, puesto que se contemplan todas aquellas variables necesarias para que los daños punitivos funcionen como una verdadera herramienta de prevención, en especial la posibilidad de que el proveedor pueda eludir la responsabilidad por los daños reparables causados.”(pág. 12)

Significa que la fórmula “Irigoyen Testa” – para la cuantificación de los daños punitivos – se ha ido expandiendo a lo largo de todo el país desde el fallo “Castelli” (C. 1º. Civil y Com. de Bahía Blanca, sala II, “Castelli, María C. / Banco de Galicia y Buenos Aires, S.

A., 28/08/2014, RC y S 2014-XI-33) por la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca).<sup>7</sup>

Es el damnificado quien debe recibir las sumas correspondientes, teniendo en cuenta la función preventiva y disuasoria que tienen los daños punitivos.

Sostiene que para cuantificar los daños punitivos se debe recurrir a lo establecido en el art. 52 *bis* de la Ley 24.240 y en el artículo 1714 del Código Civil y Comercial,<sup>8</sup> siendo en el primero donde se establecen los parámetros tales como la gravedad del hecho (de la falta) y las “demás circunstancias” del caso.

El mencionado Ezequiel MENDIETA en el escrito *Fundamentos de por qué el destino de los daños punitivos debe ser para el consumidor*, cinco (5) páginas, informa sobre “el debate que se dio en la *Law Commission Reform* de la Cámara de los Comunes del Parlamento británico (*Law Reform Commission, “Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages”*, *Law Report* del Parlamento británico, 1997), en la cual se analizó una eventual regulación para los *exemplary damages*”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Bahía Blanca es una ciudad de aproximadamente más de un cuarto de millón de habitantes, en el sur oeste de la provincia de Buenos Aires.

<sup>8</sup> Art. 1714. Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

<sup>9</sup> The Law Commission, item 2 of the sixth programme of law reform: damages: AGGRAVATED, EXEMPLARY AND RESTITUTIONARY DAMAGES (to the Lord High Chancellor of Great Britain), 197 págs. (internet).

Señala que los “*exemplary damages*” prefieren denominarlos “*punitive damages*” (1.20, pág. 5); que es en este renglón donde mayor reforma legal es necesaria (1.13, pág. 4). Véase a la pág. 184 las recomendaciones sobre los “*exemplary damages*”, destacándose que deben ser mantenidos (vs. rechazados o eliminados). El informe es del 11 de septiembre de 1997 y fue publicado el 16 de noviembre de 1997.

Indica, además, que en el Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor se propone que el destino de los fondos establecidos en concepto de daños punitivos sea decidido por el juez mediante sentencia fundada. MENDIETA dice que “sería recomendable... [asegurarle] al consumidor al menos el cincuenta por ciento (50%) del monto que se otorgarse por tal concepto”.

ARIAS CÁU y CRUZ, en su escrito *Los daños punitivos en el porvenir del derecho del consumidor*, 8 páginas, propone (*de lege ferenda*): “(1) en el marco del art. 118 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, en relación al destino de la sanción punitiva, debe interpretarse que, como regla general, ésta siempre es a favor del consumidor damnificado; (2) se sugiere que el juez decida el destino de la sanción punitiva sólo en los casos que se trate de acciones colectivas; (3) . . . ; (4) se sugiere eliminar del texto proyectado la segunda parte del inc. 1. del art. 118; (5) se sugiere como texto del inc. 3 del proyecto art. 118 el siguiente: “La sanción punitiva tiene como destino el patrimonio del consumidor damnificado que reclama. Sin embargo, en las acciones colectivas, podrá tener el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.<sup>10</sup>

Dicho art. 118 reza: Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas: 1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad: 2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración la circunstancia del caso, en especial, la gravedad de la conducta del

---

<sup>10</sup> “El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor” fue presentado en el Senado de la Nación, convirtiéndose en “proyecto de ley”. Tiene una norma que modifica el art .52 *bis* vigente, que es el art. 118 proyectado.

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. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor. 3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada; 4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria. 5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

*III. Las conclusiones de la Comisión 4, consumidor: daños punitivos de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral (UNL) en septiembre de 2019*

Algunas de las conclusiones más significativas de la Comisión 4 sobre daños punitivos son: (1) “la legislación vigente (art. 52 *bis* de la ley 24.240) resulta insuficiente para brindar un marco jurídico adecuado a la regulación de los daños punitivos; (2) los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de consumo sustentable y a la Defensa de la Competencia; (3) debe ampliarse el ámbito de aplicación de los daños punitivos a otros supuestos [*de lege ferenda*]; (4) los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria [finalidades de la figura]; (5) los daños punitivos se distinguen claramente del resarcimiento de daños y perjuicios [naturaleza de la figura]; (6) la procedencia de la sanción no está condicionada a la existencia de un ilícito lucrativo [ilícitos lucrativos]; (7) la figura debería denominarse “sanción pecuniaria disuasiva” [denominación de la figura – art. 52 *bis* – Art. 118 PLDC] [mayoría de votos]; (8) sin perjuicio de las deficiencias técnicas de la norma vigente, debe interpretarse que consagra un factor subjetivo de atribución agravado, consistente en la culpa grave-dolo del proveedor [factor de atribución - art. 52 *bis* de la ley 24.240] [mayoría de votos]; (9) la expresión “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” debe entenderse como

comprensiva del dolo y la culpa grave [factor de atribución Proyecto] [mayoría de votos]; (10) no corresponde otorgar al juez facultades para aplicar daños punitivos de oficio [imposición de oficio - art. 118 PLDC] [mayoría de votos]; (11) no corresponde imponer topes cuantitativos a los daños punitivos [cuantificación topes cuantitativos] [mayoría de votos]; (12) para la cuantificación de los daños punitivos deben ponderarse los parámetros valorativos establecidos en el art. 52 *bis* de la ley 24.240 y en el art. 118 del PDLDC [modos y pautas para cuantificarlos - empleo de fórmulas] [unanimidad]; además de los parámetros anteriores, resulta conveniente acudir a fórmulas matemáticas, entre otros” [mayoría].  
Otras.<sup>11</sup>

#### *IV. Resúmenes de algunos fallos judiciales recaídos, provincia de Córdoba, sobre los daños punitivos y su cuantificación*<sup>12</sup>

**1. Sentencia núm. 29. Rio Cuarto (ciudad en la provincia de Córdoba), 16 de abril de 2018**, expediente núm. 2413224, 23 págs., *Formía, Fabricio Luciano c / Pettiti Automotores, S.A. y otro* (primera instancia)

A la página 18 y siguientes, se significa la fórmula propuesta por Matías Irigoyen Testa para cuantificar los daños punitivos:

“ $D = C \times [(1 - pc) / (pc \times pd)]$ ”, donde: “*D* es la cuantía de los daños punitivos a determinar;

---

<sup>11</sup> El documento que recoge las “conclusiones” consta de seis (6) páginas. Las conclusiones indicadas fueron aprobadas por unanimidad, a menos que otra cosa se indique (mayoría).

<sup>12</sup> Estos fallos me han sido facilitados por D. José Fernando Márquez, Académico Numerario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en atención a la gestión que realizara, a mi solicitud, el Dr. Christian Sommer, Secretario Técnico de la Academia de Córdoba. Agradezco a ambos su gestión.

Véase, también, Aida Kemelmajer de Carlucci, *Breves reflexiones sobre los mal llamados “daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, en “Estudios de Derecho Empresario” (ISSN 2346-9404), págs. 82-89, donde reseña la jurisprudencia en que se han impuesto daños punitivos (págs. 83-85) y aquella otra en la cual se rechazó la petición de daños punitivos (págs. 86-87). En lo que llama “reflexión de cierre” la autora escribe: “las sanciones pecuniarias disuasivas”, como otras figuras jurídicas, requiere de jueces atentos a la realidad, prudentes, abiertos a los nuevos fenómenos. Por consiguiente, más allá de la regulación (perfectible, como toda obra humana) es el juez quien la conducirá con éxito o fracaso, con o sin proyecto de código civil”. (pág. 89).

“*C* es la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

“*pc* es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria por daños provocados;

“*pd* es la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.”

Impone a los demandados abonar al demandante una multa civil (“daño punitivo”), de dos millones quinientos noventa y seis mil trescientos dieciséis pesos (\$2.596.316).

(págs. 21/23)

**2. Sentencia núm. 109. Córdoba, 23 de agosto de 2018**, expediente núm. 5880166, *Villagra, Carlos Martín contra Telecom Argentina, S.A.* Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia núm. 423, de 25 de octubre de 2017 por el Juez Primera Instancia y Trigésimo Sexta Nominación Civil y Comercial que resolvió: 1) acoger parcialmente la demanda del señor Carlos Martín Villagra en contra de Telecom Argentina, S.A., y en consecuencia condenar a la empresa mencionada a: (1) cumplir con la obligación contractual asumida, en un plazo de 30 días, procediendo a realizar la instalación correspondiente (conexión de la línea de teléfono fija con servicio de internet Arnet, en el domicilio (que menciona); (2) pagar las siguientes sumas de dinero: (a) 199,50 pesos en concepto de gastos; (b) 15,000 pesos en concepto de daño moral, y (c) trescientos mil ochocientos veintidós con cuarenta y dos centavos , en concepto de daño punitivo del art. 52 *bis*, Ley 24,240, modificada por la Ley 26,361; (2) imponer las costas a la parte demandada y otros (que en esta ocasión no interesa mencionar, como los honorarios de peritos y abogados).

*Las cuestiones a resolver eran:* (1) si se ajusta a derecho la sentencia dictada; (2) en su caso, pronunciamiento que corresponde dictar.

A. El vocal doctor Walter Adrián Simes, dijo en torno a la primera cuestión:

1. No resulta conteste al principio de buena fe ni evidencia una conducta acorde a la requerida por las normas del consumo, el hecho de cobrar el arancel correspondiente a la conexión de un servicio cuando resulta que la empresa (Telecom Argentina) no estaba en condiciones de brindarlo.

2. Resulta contrario al principio de buena fe contractual recibir el abono por un servicio que la empresa informara estaba en condiciones de prestar y luego pretender justificar su inacción alegando problemas internos y ausencia de normas indicativas de el plazo en que la obligación debía ser cumplida.

3. La conducta de empresarios y consumidores está reglada tanto por el Código Civil y Comercial, artículos 1096/1099 y la Ley núm. 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor, art. 8 *bis*).

4. Cita un precedente de supuestos fácticos similares al del caso ante su inmediata consideración (sentencia núm. 107 del 29 de septiembre de 2016; recurso de apelación) que resolvía procedente la indemnización y multa civil solicitada.

5. Los daños punitivos han sido definidos como las “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” (Pizarro, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 453).

Estos daños tienen una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir conductas similares.

6. El tribunal no utiliza la fórmula aplicada por el tribunal inferior en cuanto a la cuantificación del daño punitivo, sino que estimará su cuantía conforme a las particularidades de cada supuesto.

7. Así, considera los siguientes aspectos (tomados de la sanción administrativa ya que resultan útil para cuantificar la sanción punitiva): (a) el perjuicio resultante de la infracción; (b) la posición en el mercado del infractor; (c) la cuantía del beneficio obtenido; (d) el grado de intencionalidad; (e) la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales y su generalización, y (f) la reincidencia en la conducta.

8. Fija la sanción punitiva en cien mil pesos, más intereses (cuantificación que obedece en cierta medida al prudente arbitrio judicial).

9. La parte demandante se vio privado durante casi tres (3) años de la prestación de un servicio esencial, sin tener certeza de cuando ello ocurriría.

10. Que se admita el daño punitivo no es óbice a la procedencia del daño moral, *pues participan de distinta naturaleza. El daño moral busca indemnizar los padecimientos espirituales con génesis en el hecho lesivo, mientras que el daño punitivo procura punir las inconductas del demandado mediante el pago a la víctima de una suma de dinero.*

11. El daño moral trata de una modificación disvaliosa del espíritu, por lo cual no permite una cuantificación estrictamente objetiva, por lo que en principio queda al arbitrio judicial.

B. El vocal doctor Alberto Zarza dijo sobre la primera cuestión (si se ajusta a derecho la sentencia dictada):

1. La disidencia se circunscribe al monto que corresponda mandar a pagar por daño punitivo (se justifica la procedencia del daño punitivo).

2. El tribunal de primera instancia cuantificó el daño punitivo en trescientos ochenta mil y dos pesos con cuarenta y dos centavos (\$300,822.42). El vocal W. A. Simes lo cuantificó en cien mil pesos (\$100.00).

La vocal Dra. Claudia Zalazar significo que el cálculo debía realizarse conforme a la fórmula matemática “Irigoyen-Testa”.

Comparte los fundamentos expuestos por el vocal doctor Zarza en lo que se refiere al mecanismo seguido a los fines de cuantificar el daño punitivo.

3. La fórmula aplicada por el tribunal inferior recurrido para cuantificar el daño punitivo es:

$$D = Cx [(1 - Pc) / (Pc x Pd)], \text{ donde:}$$

D = cuantía de los daños punitivos a determinar;

C = cuantía de la indemnización compensatoria por los daños provocados;

Pc = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

Pd = probabilidad de ser condenado por daños punitivos, variable que se encuentra condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria.

C. La vocal doctora Claudia Zalazar dijo sobre la primera cuestión:

1. Procede confirmar la procedencia del daño punitivo, así como la procedencia y cuantificación del daño moral que realizó el vocal Simes, más disiente en cuanto a la cuantificación del daño punitivo.

2. Procede la sanción prevista en el art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor.

3. El juez inferior aplicó la fórmula matemática para cuantificar el daño punitivo ideada por Irigoyen Testa.

4. La función del daño punitivo no es sólo la de castigar a la parte demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro; se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares.

5. Irigoyen Testa destacó que la función de los daños punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio: el principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente; y, por otra parte, la accesorio, es la sanción del dañador, ya que, toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extra compensatoria.

6. La Ley de Defensa del Consumidor no determina los parámetros para la cuantificación del daño punitivo. Se debe acudir a los parámetros del art. 49 de dicha ley, que, si bien rigen para sanciones en sede administrativa, resultan de suma utilidad para la determinación de la multa en sede judicial (por analogía).

7. La empresa demandada incumplió injustificadamente con sus deberes contractuales, en particular con la instalación del servicio de telefonía fija e internet en el domicilio del actor (parte demandante) por más de siete (7) años, hasta la actualidad. También actuó contra el principio de buena fe y la teoría de los actos propios. Violó la demandada otros deberes, como el de "información", así como el derecho a la "protección de los intereses económicos del consumidor".

8. El factor “tiempo” fue otro derecho del consumidor vulnerado.

9. Igualmente se vulneró la “confianza” generada en el consumidor respecto a la empresa Telecom. La confianza, dice Rezzónico, - exige que las partes honren las expectativas que han generado en los demás, puesto que el principio de confianza deriva del de buena fe, y al igual que este se impone y juega durante todo el iter contractual. Véase también el art. 1067 (protección de la confianza del Código Civil y Comercial vigente).

En el ámbito del consumo el principio de confianza se expande a favor del consumidor y se reduce en contra del proveedor en razón de una subjetivación que pondera la especial situación de las partes (relación débil-fuerte, profesional-inexperto etc.).

10. Telecom Argentina, empresa multinacional, presta sus servicios de manera monopólica en la ciudad (Córdoba).

11. El grado de intencionalidad, generalidad y reincidencia (art. 49 Ley de Defensa del Consumidor). La empresa contó entre 2014-2015 con 110 procesos sancionatorios precisamente por incumplimiento en el plazo de instalación de líneas telefónicas, sólo en Córdoba. Es ésta la conducta que debe ser desterrada a fin de cumplir con la finalidad disuasoria de la sanción.

12. El daño punitivo tiene como objetivo castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañosa, buscándose con ella evitar que se obtengan beneficios merced a una conducta ilícita.

13. Como la conducta de Telecom consiste en una práctica abusiva, de allí deriva la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción. La empresa tiene una reincidencia en su conducta infractora, en la demora exagerada en la instalación de servicios de telefonía fija y de internet.

14. El límite máximo de la sanción está expresamente reglado en el art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor que señala que no puede superar el monto de la sanción del art. 47 inc. “b” de la Ley núm. 24.240: cinco millones de pesos.

15. La fórmula de Irigoyen Testa determina que a mayor posibilidad de condena tanto por reparación del daño, como por daño punitivo (las dos variables que recepta) menor será su cuantificación.

La fórmula propuesta por Irigoyen Testa<sup>13</sup> es:

$$D = C \times [(1-Pc) / (Pc \times Pd)]$$

El significado de cada uno, *D*, *C* fue indicado en el voto del doctor Zarza (indicados precedentemente).

Con los datos concretos determinados, sustituidos en la fórmula precedente, resulta que *D* (cuantía de los daños punitivos) asciende a \$1.492.590,90, que es un monto

---

<sup>13</sup> Irigoyen Testa, Matías, *Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables*, en la “Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa”, La Ley, año II, núm. 6, diciembre de 2011, págs. 87-94.

considerablemente superior al del juez de primera instancia. Sin embargo, el *principio de la "reformatio in peius"* (art. 356, segunda parte del CPCC) no permite condenas por el monto antes determinado, por lo que la única opción posible es la confirmación del monto mandado a pagar en primera instancia de \$300.822,42. (El principio de la "reformation..." consiste en que el juez de una instancia superior no puede agravar la situación jurídica del quejoso, del apelante").

16. Se insiste en la necesidad de que el Poder Judicial asuma el deber constitucional (art.42) de tomar las medidas necesarias para garantizar la eficacia del derecho del consumidor, y la adecuada aplicación y cuantificación del daño punitivo, es una de las vías para ello.

17. En la figura del daño punitivo está en juego el interés social en la sanción de conductas disvaliosas. Es el interés colectivo de los consumidores el que se tutela, y que emerge del art. 42 de la Constitución Nacional.

Corresponde rechazar la apelación de Telecom Argentina y confirmar la sentencia del juez de primera instancia en su totalidad/en todas sus partes.

*Segunda cuestión (pronunciamientos que corresponde dictar)*

1. El vocal doctor Simes dijo: corresponde acoger parcialmente el recurso de apelación de la demandada Telecom Argentina, revocar parcialmente la sentencia dictada y en consecuencia cuantificar el daño punitivo en la suma \$100.000, más intereses.

2. El vocal doctor Zarza dijo: adherirse a lo expresado por el vocal Simes por compartir los fundamentos.

3. La vocal doctora Zalazar dijo: adherirse a lo resuelto por el vocal Simes.

*Se resuelve:* acoger parcialmente el recurso de apelación de la demandada Telecom Argentina y revocar parcialmente la sentencia dictada y en consecuencia cuantificar el daño punitivo en la suma de \$100.000, más intereses. Se hacen otros pronunciamientos que no interesan en este momento.

**3. Sentencia núm. 116. Córdoba, 2 de octubre de 2019**, expediente núm. 6079690, *Quiroga Crespo, Carlos Guido José contra Banco Itau Argentina, S.A.*, Cámara Quintana de Apelación en lo Civil y Comercial.

Resuelve el recurso de apelación del señor Quiroga Crespo. Hace lugar parcialmente a la demanda contra el Banco Itau Argentina, condenándolo a abonar al demandante la suma de \$196.390,00 pesos comprensiva de: daño material por la suma de \$6.390,00 pesos (seis mil trescientos noventa pesos); daño moral por la suma de \$40.000 pesos (cuarenta mil pesos) y daño punitivo por la suma de \$150.000 pesos (ciento cincuenta mil pesos), más intereses. Se hacen otros pronunciamientos que ahora no interesan (costas y honorarios profesionales).

Las cuestiones a resolver son: (1) si procede el recurso de apelación de la parte demandada y (2) si procede el recurso de apelación de la parte demandante y (3) en su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A. A la primera cuestión, el vocal Joaquín Ferrer dijo:

1. Cuestión preliminar: la parte demandante contrató con la demandada un paquete de servicios bancarios, en el marco de un convenio que la entidad financiera había celebrado con el Colegio de Abogado de Córdoba. El referido paquete era gratuito (sin costo de mantenimiento u otros) para el cliente. Luego esas condicionales iniciales fueron modificadas unilateralmente por la entidad bancaria.

La parte demandante alegó que este cambio de condiciones generó un ahorro de comisiones, no comunicadas apropiadamente, lo que le generó un saldo deudor en su cuenta, que debió cancelar (pagar). La demandada sostuvo que las condiciones fueron debidamente comunicadas al domicilio del demandante.

La juez de primera instancia recibió la demanda y resolvió que había habido un incumplimiento contractual y una conducta indebida por el Banco demandado.

Ambas partes apelaron. El recurso del demandante se ciñe a los daños mandados a pagar; la demandada sostuvo que la demanda no debió acogerse.

2. Relevancia del pago de la deuda por el demandante. Aunque el demandante pagó la deuda, inmediatamente envió un correo electrónico significando que lo hacía para no perjudicar una operación comercial que estaba realizando. El tribunal de primera instancia resolvió que el pago efectuado no podía considerarse ni como un reconocimiento expreso o tácito de la deuda imputada y del cambio de las condiciones contractuales y legitimidad.

3. La demandada ha incurrido en diversas vulneraciones a la Ley de Defensa del Consumidor: deber de información al consumidor; publicidad engañosa (aquella que contiene inexactitudes u ocultamientos que pueden inducir a la confusión del destinatario sobre los alcances y características del producto o servicio, o las condiciones de la comercialización).

La publicidad integra el contrato de consumo celebrado. Art. 8 Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240).

El fundamento de la tutela del consumidor radica no en las condiciones personales del sujeto (p. ej.: que es abogado), sino en su vulnerabilidad estructural en relación con el profesional.

4. Daño moral (padecido por el demandante). La cuantificación del daño moral es uno de los más difíciles de la tarea judicial. Ello es así porque la valoración depende de dos planos de subjetividades. Una es la de sujeto que lo padece a la que nadie puede acceder- ya que solo cada uno sabe su propia medida- y otras, la del juez quien valorará como cuantificara el dolor ajeno sin conocer objetivamente en qué consiste y cuál es su dimensión, salvo lo que él mismo podría sentir (“precio del dolor” y “precio del consuelo”). Pero justo es reconocer que no existe ninguna posibilidad objetiva de comparación, entre múltiples razones porque hay individuos con mayor posibilidad de aceptación y porque se trata de perjuicios intraducibles al plano monetario (cita de caso).

La suma de dinero mandada a pagar en concepto de daño moral resulta razonable y ajustada a derecho a la luz de los hechos probados. Art. 1741 del nuevo Código Civil y

Comercial; que en su párrafo final reza: “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Se ordenó pagar cuarenta mil pesos, que debe ser actualizado desde la fecha del hecho.

5. Daño punitivo, - a la constitucionalidad de la norma que habilita la aplicación del daño punitivo ha sido resuelta favorable a dicha constitucionalidad. Sus preceptos son de orden público.

Está consagrado en el art. 52 *bis* de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC).

El daño punitivo no puede ser aplicado en sede administrativa.

Tres son las funciones del instituto: *sancionar al causante de un daño inadmisibles, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares* al que mereciera la punición.

La naturaleza del daño punitivo es civil, no penal,

6. El daño punitivo es una sanción pecuniaria. El art. 52 *bis* LDC reza: “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 daño 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, inciso b) de esta ley.”

7. El daño punitivo tiene una doble finalidad: preventiva y punitiva. Pizarro (*Daño Moral*, p.453, Hammurabi, Bs. As., 1996) explicó: “se trata de 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”.

8. Los requisitos que deben concurrir a los fines de la procedencia del daño punitivo son: 1) *petición de parte, pues no procede de oficio*, es decir por el consumidor dañado; 2) la existencia de un daño efectivo; 3) *que existía entre las partes una relación de consumo* y 4) la presencia de un elemento subjetivo del dañador, es decir, una culpa agravada (Galdós, Jorge, *Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor* en: “Tratado de Derecho del Consumidor”, G. Stiglitz y Carlos Hernández, directores, tomo III, Bs. As., La Ley, 2015, pág. 286/290).

9. Para la procedencia del daño punitivo *ha de existir una conducta deliberada por parte del proveedor*, es decir, a la luz de un factor de atribución subjetivo calificado (culpa grave o dolo).

10. En este caso (*Quiroga Crespo...*) existe una *relación de consumo* derivada de la contratación por el demandante de un paquete de servicios bancarios, en el marco de un

Convenio entre el Banco demandado y el Colegio de Abogados. Existe el *factor de atribución subjetivo* requerido para que proceda la sanción, así como la culpa grave y/o dolo por parte del Banco (conducta reprochable subjetiva).

11. Cuantificación del daño punitivo. La sanción por daño punitivo se graduará "... en función de la gravedad del daño y demás circunstancias del caso..." (art. 52 *bis*, de la Ley de Defensa del Consumidor - LCD). Así, dos parámetros a tenerse en cuenta: uno concreto, gravedad del hecho y otro de carácter abierto, demás circunstancias del caso. El perjuicio para el consumidor (art. 49 LDC). Vulnerabilidad del consumidor.

En este caso, los hechos configurativos del reclamo revisten el, carácter de grave: el Banco ofreció un paquete con una bonificación a la que adjudicó el carácter de permanente con conocimiento de que no iba a mantener esas condiciones. Además, se ha causado un claro perjuicio para el consumidor (art. 49 LDC). El banco *actuó intencionalmente* ya que mantuvo su posición indebida, obligando a la parte demandante a litigar para lograr un reconocimiento de su derecho y la reparación de los daños sufridos. La demandada ha reincidido, ya que se han acreditado varios reclamos fundados en similares situaciones. La actuación del Banco ha tenido *transcendencia social* ya que es dable presumir que su conducta se ha extendido (o pudo extenderse) a un número más grande de personas.

Las indemnizaciones en daños punitivos impuesta por el tribunal inferior es muy baja, por lo que se aumenta fijándola en trescientos mil (\$300.000) pesos.

B. La señora vocal Claudia Zalazar a la primera cuestión planteada dijo: se adhiere al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

C. Igualmente (en cuanto a la primera cuestión) se adhiere al voto emitido por el vocal Ferrer, el vocal Rafael Aranda.

A la *segunda cuestión* (si procede el recurso de apelación de la parte demandante), el vocal Joaquín Ferrer dijo:

1. El recurso del demandante es admitido parcialmente, en relación al monto del daño punitivo el que se fija en trescientos mil (\$300.000) pesos.

La vocal Claudia Zalazar dijo en torno a la segunda cuestión planteada:

1. Adhiere al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

El vocal Rafael Aranda dijo en torno a la segunda cuestión planteada:

1. Adhiere al voto emitido por el Joaquín Ferrer.

Sobre la tercera cuestión planteada (¿Qué pronunciamientos corresponde dictar?), el vocal Joaquín Ferrer dijo:

1. Admitir el recurso de apelación de la parte demandante, únicamente en relación al monto por el cual procede el daño punitivo, el que se fija en la suma de trescientos mil pesos (\$300.000). (otros pronunciamientos que ahora no interesan).

La vocal Claudia Zalazar en cuanto a la tercera cuestión dijo:

1. Adherirse el voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

El vocal Rafael Aranda en cuanto a la tercera cuestión dijo:

1. Adherirse al voto emitido por el vocal Joaquín Ferrer.

Por el resultado de la votación precedente, se resuelve:

1. Admitir el recurso de apelación de la parte demandante, únicamente en relación al monto del daño punitivo, el que se fija en la suma de trescientos mil pesos (\$300.000). (Otros pronunciamientos que en este momento no interesan).

#### *V. A modo de conclusión*

1. Es preferible denominar el instituto daños punitivos (“punitive damages”), aunque “sanciones pecuniarias disuasivas” no está mal. “Daño ejemplar” (“exemplary damage”), “daño no compensatorio” (“non compensatory damage”) y “daño vindicativo” (“vindictive damage”) son denominaciones también utilizadas. Cada nombre pretende sugerir, evocar, o enfatizar alguna particularidad concreta.

2. Pueden proceder ambos daños: morales y punitivos, pues su naturaleza es distinta. Mientras el primero (daño moral) busca indemnizar los padecimientos espirituales (no materiales) que tienen génesis en el hecho lesivo, el segundo (daño punitivo) procura punir las inconductas de la parte demandada mediante el pago a la víctima (parte demandante) de una suma de dinero.

3. Los daños punitivos tienen finalidad tanto preventiva como disuasoria y también sancionatoria.

4. Los daños punitivos no deben ser utilizados como un medio de especulación y lucro.

5. No pueden confundirse los daños punitivos con los del resarcimiento por los de daños y perjuicios (daños compensatorios o que reparan o indemnización del daño).

6. Es altamente recomendable utilizar fórmulas matemáticas para cuantificar los daños punitivos a satisfacer al damnificado. En esta área tan trascendental, el derecho argentino ofrecer fórmulas dignas de reflexión y hasta su incorporación, con o sin enmiendas por el derecho estadounidense y puertorriqueño.

7. Futuras (propuestas) reformas del instituto – (1) que el juez pueda apreciarlos de oficio (vs. que sean solicitados por el damnificado únicamente); (2) que el destino del dinero no sea tan sólo para el damnificado – deben ser examinadas con muchísimo cuidado.

8. Debería ampliarse el ámbito de aplicación de los daños punitivos a otros supuestos, pues actualmente, en derecho argentino, sólo aplican a las relaciones de consumo (y alguna otras pocas).

PFSR@2019

NB: en algunas ocasiones hemos omitido las comillas al transcribir oraciones y párrafos, pero se reconoce que pertenecen a los autores citados.