

De los Daños Punitivos o la Sanción Pecuniaria Disuasiva – la cuestión del destino de los fondos-

Of punitive damages or the dissuasive pecuniary sanction - the question of the fate of funds-

Por Martina L. Rojo (LLM) *

RESUMEN

La autora analiza el nuevo artículo 52 bis de la ley de defensa del consumidor, en lo concerniente a la figura del daño punitivo. La reflexión apunta al modo en que el instituto jurídico mencionado es aplicado por los jueces y el destino del monto indemnizatorio, como así también, acerca de la efectividad real y futura de su incorporación a nuestro sistema legislativo.

ABSTRACT

The author analyzes new article 52 bis of the law on defense of the consumer, with regard to punitive damage figure. The reflection points to the mode in which the mentioned legal Institute is applied by judges and the fate of the compensation amount, as well, about the actual and future effectiveness of their incorporation into our legal system.

PALABRAS CLAVES

Daños punitivos- defensa del consumidor- destino de la indemnización.

KEY WORDS

Punitive damages - consumer - target of compensation.

*Prof. Titular Derecho Económico Internacional y Economía (USAL) - Miembro de la International Association of Consumer Law y de la Society of International Economic Law
Trabajo recibido 9/6/2013 y aprobado 12/7/2013

I.- Introducción

Los “daños punitivos” figuran en el artículo 52 bis de la Ley 24240 y, como nos explica Lorenzetti, fueron definidos por la jurisprudencia como,

*sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentadas por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro*¹

Sabemos que el art. 52 bis fue incorporado en la Ley de Defensa del Consumidor por la reforma de la Ley 26.361. Para comprender mejor el objetivo buscado por el legislador de 2008 resulta útil la reseña de los fundamentos de la norma en la Cámara Baja que nos recuerda Ana Inés Elías en su capítulo del libro coordinado por Ariel Ariza y publicado en diciembre de dicho año por Abeledo²:

...el artículo propuesto incorpora al estatuto del consumidor la figura del daño punitivo del derecho anglosajón, consistente en una sanción de multa a favor de aquél cuando ha sido víctima de una conducta disvaliosa del proveedor(...). Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en si, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad.

El origen de este instituto se encuentra en el Derecho anglosajón, en particular de Inglaterra, pero es en los Estados Unidos donde este concepto ha alcanzado mayor desarrollo³.

Si leemos un texto estadounidense sobre el tema, nos encontramos que los “punitive damages” vienen del verbo “to punish” (castigar) y también son denominados “exemplary damages” (para servir como ejemplo). Ellos son reclamables en casos donde la conducta del demandado puede ser considerada “outrageous” (ultrajante, indignante, injuriosa), “malicious” (maliciosa, dolosa) y/o “oppressive” (opresiva, abrumadora, angustiante, bochornosa). Para determinarlos se tiene en cuenta tales características de la conducta, pero también el patrimonio o riqueza (“wealth”) del demandado⁴.

Cabe destacarse que la Argentina es uno de los pocos países no anglosajones que ha regulado la figura.

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, Consumidores, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 557.

² ARIZA, Ariel (Coordinador), La reforma del régimen de defensa del consumidor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 148

³ VÍTOLO, Daniel R., Las reformas al Régimen de Defensa del Consumidor en el proyecto de código civil y Comercial de la Nación, AD HOC, Buenos Aires, 2012, pág. 155.

⁴ EMERSON, Robert W., BUSINESS LAW, Ed BARRONS, Nueva York, 2009, p. 158

II.- Normativa vigente en la Argentina.

Así entonces, luego de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) 24.240 mediante la Ley 26.361 , publicada en el Boletín Oficial en el año 2008, contamos en nuestro derecho, con la consagración legislativa de los “daños punitivos” en el ámbito del consumo, mediante una norma general (art.52 bis LDC) y una norma especial (art.8 bis LDC).

Se trata de un tema de suma importancia para la defensa de los consumidores que ha generado un importante interés doctrinario en nuestro país. Sin embargo, no ha tenido gran aceptación en la jurisprudencia por considerarse una figura “nueva” tras solo cinco años de su incorporación a nuestro sistema normativo.⁵

El joven jurista tucumano Alejandro Chamatropulos nos explica que el daño punitivo fue solicitado en 58 casos y aplicado en 22 de ellos hasta el mes de abril de este año 2013. Asimismo, recalca que el monto global de las condenas por daño punitivo en nuestro país a la misma fecha ascendía a \$ 339.320, una suma nada impresionante⁶.

Los jueces argentinos se han mostrado reacios a aceptar la incorporación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico y críticos respecto a su procedencia.

Lo escueto de los montos hasta ahora fijados en concepto de daño punitivo nos hace reflexionar también sobre el verdadero alcance de su rol “preventivo”.

Nos dice Bersten:

*La multa civil mira la disuasión de ciertas conductas de los proveedores que perjudican a los consumidores o usuarios en la relación de consumo. Por eso, otorgar un monto reducido en razón de ella dificulta el cumplimiento de dicha función esencia”.*⁷

Actualmente no resulta jurídicamente acertado criticar la procedencia de estos “daños” en nuestro orden jurídico, ya que *“la causa fuente de la obligación de abonar por daños punitivos nace tanto del hecho ilícito propiamente dicho, como de la misma ley. De forma que existe claramente una causa fuente de la obligación para aplicar daños punitivos: proveniente de la ley y del hecho ilícito (cuyo destino la norma expresamente concede al*

⁵ Más de 150 trabajos publicados, según Bersten Horacio en “Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC”, La Ley 04-02-13.

⁶ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, XII Congreso Argentino de Defensa del Consumidor, Rosario, mayo de 2013.

⁷ BERSTEN, Horacio, Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LDC, La Ley 04-02-13.

consumidor). Por ello no es aceptable el argumento de «enriquecimiento ilícito».⁸

Sin embargo, sigue muy arraigada en los jueces la concepción del enriquecimiento sin causa y por ello encontramos tan pocas sentencias de daño punitivo.

Otro elemento de análisis de la mencionada realidad radica en la limitada atención que nuestra sociedad dedica a la “prevención” del riesgo respecto del consumo. No se considera a la “prevención primaria” del riesgo como algo prioritario por parte de las autoridades administrativas y, en sede judicial, sigue siendo subvalorada la “prevención del riesgo” respecto de la “indemnización del daño”⁹

III. La reforma proyectada - El destino de los fondos

La proyectada reforma del Código Civil y Comercial nos presenta una nueva redacción del tema que hoy regula el artículo 52 bis.

La doctrina había señalado que dicho artículo padecía deficiencias técnicas¹⁰. No se había convocado a los expertos del tema en la preparación del artículo, el cual termina siendo una “grata sorpresa” para los juristas del área.

Las mencionadas deficiencias técnicas debían subsanarse¹¹ y, a criterio de muchos autores, el texto proyectado viene a mejorar (aunque no en forma completa) dichas debilidades del texto, al mismo tiempo que fortalece la figura ya que extiende su uso a todos los derechos de incidencia colectiva. Es dable destacar que el proyecto refuerza la idea de la “prevención” del daño como un objetivo general de todo el código¹².

Pero el tema que particularmente nos interesa analizar hoy es la modificación que propone el proyecto respecto al destino de los fondos fijados en concepto de sanción preventiva o daños punitivos.

El problema que presenta el texto proyectado es que si bien fija que el requerimiento de daños punitivos ante la justicia debe ser a pedido de parte, sin embargo la norma no garantiza un porcentaje de la eventual condenación en daño punitivo para el reclamante, sino que señala que el destino de los fondos

⁸ FRUGOLI, Martín, Daños punitivos hoy, daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 y el futuro pendiente. Recuperado 26-dic-2012, Cita: MJ-DOC-6125-AR | MJD6125 en: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2012/12/25/danos-punitivos-hoy-danos-punitivos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-2012-y-el-futuro-pendiente/>

⁹ Conf. Cosimo Gonzalo Sozzo, XIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, Rosario, mayo de 2013.

¹⁰ STIGLITZ, Gabriel, Los avances del Derecho del Consumidor, Sup. Act. LA LEY, 05/03/13

¹¹ XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009. En Lopez Herrera Edgardo Los daños punitivos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 394.

¹² STIGLITZ, Gabriel. Disertación en el XIII Congreso Argentino del Derecho del Consumidor, Rosario, mayo de 2013 y art citado ut supra.

será fijado por el juez en cada caso, *“la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”*.

Estamos en desacuerdo con esta modificación del destino de los fondos.

Desde luego, no tiene nada de malo dejar librada la decisión del destino de los fondos al juez. Probablemente el espíritu de la reforma sea tratar de hacer al instituto más “simpático” a la posición de los magistrados nacionales, quienes, como hemos señalado, no se han mostrado demasiado propensos a hacer lugar a la figura.

Sin embargo la modificación proyectada respecto al destino de los fondos desconoce la realidad de los reclamos de consumo. Ningún abogado recomendará a su cliente-consumidor llevar adelante los complicados y costosos pasos procesales necesarios en el reclamo de esta multa civil si no tiene la certeza de que, para el caso de que los mismos sean reconocidos, le será adjudicado al cliente algo de la sumas establecidas en dicho concepto¹³.

Hasta la fecha el criterio dominante y el que la actual ley contempla es que la suma sea asignada íntegramente a la víctima.

Los argumentos a favor de ello son varios, por ejemplo, destaca Zetner: *“que funciona como incentivo del ejercicio de acciones preventivas y asegura el objeto inhibitorio”*¹⁴.

Nos recuerdan los colegas cordobeses Junyent Bas, Varizat y Garzino que:

*el damnificado es el principal interesado en la aplicación de la sanción, y que consecuentemente, constituye un incentivo para su aplicación” (...) y que “por su parte, Zavala de González y González Zavala indicaron que la indemnización punitiva es reputada como una pena civil cuyo importe debe destinarse a la víctima, a semejanza de las astreintes y de los intereses sancionatorios”*¹⁵.

En verdad, destinar los fondos al consumidor opera como una “garantía” que justifica la inversión de tiempo y dinero que la dificultad de la prueba de esta figura implica.

El más importante argumento a favor de destinar los fondos al consumidor reclamante gira en torno de la necesidad de brindar un “premio” al actor que actúa como incentivo o estímulo a iniciar la demanda y asumir el riesgo de la inversión de tiempo y dinero que implica el proceso judicial de su reclamo¹⁶.

¹³ LOPEZ HERRERA, ob. Cit., p. 339.

¹⁴ ZETNER, Diego, Contrato de Consumo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p.244.

¹⁵ JUNYENT BAS- VARIZAT- GARZINO, Destinatario de la multa en el daño punitivo, LA LEY 01/03/2013, 01/03/2012

¹⁶ CARRANZA TORRES, Luis y ROSSI, Jorge, Derecho del Consumidor, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2009, p.356.

El colega AGUSTIN BENDER en su comentario en la página: <http://www.nuevocodigocivil.com/consumidores/> destaca:

...se trata de establecer un sistema de incentivos superior al sistema de la "reparación integral" para que sea la sociedad civil la que impulse la buena fe en la relación de consumo (...) El derecho del consumidor, con los incentivos correctos, genera un círculo virtuoso donde todas las empresas se preocupan en actuar de buena fe, beneficiando por sobre todo a los consumidores pero también a aquellas empresas que ya actuaban de buena fe y que competían en inferioridad de condiciones con las empresas incumplidoras (20-08-12).

Acordamos con los autores cordobeses Junyent Bas, Varizat y Garzino, que cabe preguntarnos “en el caso de que un consumidor afectado por un proceder susceptible de ser sancionado con una multa civil pretenda solicitar judicialmente la aplicación de esta última, ¿tomará la decisión de asumir los costos antes reseñados si corre el riesgo de no obtener ninguna compensación económica que le permita recuperar —siquiera en parte— el dinero y el tiempo invertido en producir la prueba?”¹⁷

La figura lleva ya cinco años en nuestra normativa y la esperada “lluvia de casos” reclamando daños punitivos no se ha dado. Claramente el objetivo no es enriquecer al actor y a sus abogados sino, antes bien, establecer entre los proveedores un temor cierto que los disuada de cometer conductas graves dañosas. Y para ello es necesario que se demanden estos “daños punitivos” ante la justicia y que en los casos que corresponde fijarlos los montos de los mismos sean altos. “Que les duela a las empresas pagarlos” diríamos con lenguaje de la calle.

Nos dicen los colegas cordobeses citados que no debemos olvidar que “en lo que respecta a multas civiles, los consumidores que deciden llevar adelante un reclamo de esta naturaleza con su compleja etapa probatoria resultan ser —en los hechos— verdaderos y necesarios “auxiliares de la justicia”; que merecen, al menos, un porcentaje de la sanción pecuniaria como premio por colaborar en la disuasión de conductas antisociales que deben desalentarse y erradicarse del mercado”.¹⁸

Sostenemos que el total (o al menos una parte importante de las sumas) deben concederse a la víctima. Siguiendo con los fundamentos para ello entendemos que esta posición permite perseguir mejor el objetivo preventivo de detectar y sancionar las conductas susceptibles de estos daños, ya que

¿qué víctima y letrado invertiría tanto esfuerzo en detectar un ilícito si luego el destino va a parar a otro lado? Este

¹⁷ JUNYENT BAS- VARIZAT- GARZINO, Destinatario de la multa en el daño punitivo, LA LEY 01/03/2013, 01/03/2013, 1

¹⁸ Idem

*despliegue investigativo y probatorio, evidentemente, requiere como contrapartida recibir un plus por la actuación exitosa en prevenir la producción o reiteración de conductas susceptibles de daños punitivos*¹⁹.

Acuerda con esta posición Lopez Herrera, quien nos dice que si bien hay diversas posturas sobre a quién destinar los fondos provenientes del “daño punitivo”, *“se reitera que todas coinciden en que la víctima debe tener participación tanto el obtener algo de la condena como en decidir a qué organizaciones se destinará el dinero que no le es propio”*²⁰.

De la misma manera el colega de Universidad de Buenos Aires Jorge Pinto Gonzalez Bonorino en su comentario de la misma fecha en la página web del proyecto señalaba:

Tampoco sirven otros sistemas (como el proyectado) que sustraen el producido de esta multa al consumidor, ya que nadie mejor que el, para custodiar sus propios derechos, y tener herramientas que lo impulsen a reclamar, frente a pequeños montos defraudados por los que no invierten en la atención al consumidor y generan innumerables violaciones, que al ser irrelevantes monetariamente hablando terminan disuadiendo al mismo de reclamar, beneficiando injustamente al proveedor incumplidor.

Por su parte los argumentos en contra a destinar los fondos al consumidor reclamante se basan en que *“no fomenta la solidaridad social, sino que promueve la avaricia, y que puede importar un enriquecimiento sin causa para el beneficiario”*²¹ o en que resulta *“inductiva de industrias del juicio”* (esto último está totalmente desmentido por la realidad actual)²².

Estos argumentos quedan desvirtuados por un simple y honesto análisis de la conducta humana. Como nos dice López Herrera,

Si bien hay gente altruista en todo el mundo, esta virtud no abunda, y mejor es entonces no matar el incentivo” (...) *“Los propósitos preventivos de la norma proyectada se diluyen por la falta de incentivo para demandar que tienen la víctima o sus abogado”*.²³

También nos dicen los cordobeses citados:

De lo anteriormente expuesto, se deriva que la disposición que establece que el destino de la multa debe ser resuelta

¹⁹ Idem nota 4

²⁰ LOPEZ HERRERA, op. Cit, pág. 53.

²¹ Idem.

²² NOVICK, Marcela y TAMBUSI, Carlos E., “Reforma al Código Civil y Defensa del Consumidor” en http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/012_Novick_Tambussi_REFORMA_CODIGO_Y_CONSUMIDOR.pdf

²³ LOPEZ HERRERA, op. Cit, pág. 51.

por el "juez por resolución fundada" denota desconocimiento del ser humano. Así la norma es abierta y no tiene en cuenta que aunque sea una facultad jurisdiccional y que se trata de una "multa" y no de un resarcimiento, el no reconocimiento de la labor judicial que debe desarrollar el consumidor o afectado para lograr acreditar el hecho antisocial y el grave menosprecio hacia los derechos de los terceros resulta una solución disvaliosa²⁴.

Coincidimos. La condena debe destinarse a la víctima porque es la mejor solución para que se pongan en marcha los incentivos que harán que los consumidores soliciten a la justicia la aplicación de esta sanción ejemplificadora y preventiva²⁵.

IV. El efecto "publicitario"

No podemos negar que nuestra rama del Derecho adolece de conocimiento masivo por parte de los ciudadanos. Falta su inclusión en los planes de estudio de nivel inicial, medio y universitario (tal como manda la ley desde hace 20 años). Se carece de espacio para estos temas en los medios masivos de comunicación (con la honrosa excepción del destacado programa de televisión de nuestro colega Javier H. Wajntraub en canal METRO), como así también, se verifica una exigua formación en los profesionales.

Los daños punitivos causan debate, sí, pero también dan visibilidad a los problemas. ¿Quién no conoce el caso de la madre que murió (Lilly Gray) y el hijo de 13 años (Richard Grimshaw) que sufrió graves quemaduras tras un choque por el defecto de diseño del Ford Pinto (Grimshaw c. Ford Motor Co de 1981²⁶) o el caso de la abuela que se quemó en el auto conducido por su nieto por lo caliente del café de Mc Donalds? ("Liebeck Stella vs McDonalds Restaurants" de 1994²⁷).

Asimismo, no debemos olvidar que, en la actual sociedad de comunicación, este tipo de medidas posee fuertes efectos "publicitarios" que el Derecho del Consumidor necesita hoy desesperadamente.

Si bien la ley no habla de la publicidad y del conocimiento público de la sanción, ello es esencial para la función ejemplificadora del instituto bajo análisis.

En 2012 hubo 12.571 reclamos en Defensa del Consumidor en la CABA, un 5% más que en 2011²⁸. La cifra resulta insignificante considerando que la población de la ciudad, según el censo de 2010, tenía 2.890.151 habitantes. En el reciente XIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor,

²⁴ JUNYENT BAS, op. cit

²⁵ LOPEZ HERRERA, op. Cit., pág. 340.

²⁶ Grimshaw v. Ford Motor Co. 119 Cal.App.3d 757

²⁷ Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994)

²⁸ Clarín, 04-01-13 50.

celebrado en Rosario a principios de este mes se destacaba que en promedio reclamaban solamente diez de cien consumidores cuyos derechos habían sido vulnerados.

Asimismo en 2010, un estudio de la consultora TNS Argentina demostraba que el 80% de los encuestados consideraba que sus derechos como consumidores no se respetaban. Y las asociaciones de consumidores estaban de acuerdo en que *“lo que ha faltado es difusión y educación por parte del Estado sobre los derechos del consumidor”* ²⁹(...) *El Estado debería aplicar sanciones ejemplificadoras porque las actuales cuando se aplican son blandas. Y así a las empresas les termina conviniendo incumplir”* (...) *lo que se busca de esta manera es ser componedores en vez de sancionadores” y ello no es lo que busca la población*³⁰.

V. Conclusión

Es por ello que como conclusión adherimos a los manifestado por Vítolo en su libro:

*no es feliz la propuesta respecto de la modificación del destino de la sanción pecuniaria, pues propone que sea el juez quien decida cuál es el destino de ella, por resolución fundada, se abre un espectro muy amplio en materia de discrecionalidad, cuya revisión posterior parece también una cuestión demasiado abierta, al no hacer referencias –por parte de la ley- del criterio para la elección del destinatario, dejándolo como una decisión de mérito y conveniencia para los tribunales, lo que hace sumamente cuestionable la iniciativa*³¹.

²⁹ Declaraciones de Osvaldo Riopedre de ADECUA en Clarín 15-03-10, “Derechos del Consumidor, para 8 de cada 10 no se respetan”, pag. 32

³⁰ Idem

³¹ Vítolo, obra citada ut supra, página 175/176.