

OBLIGACIONES

Director de área: ALBERTO J. BUERES

Colaborador: GONZALO SOZZO

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL MICROSISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

I. Los aspectos relevantes de la sentencia

CCCom. de Mar del Plata, sala II, 27-5-2009, "Marchinandiarena Hernández, Nicolás c/Telefónica de argentina" (Revista "Responsabilidad Civil y Seguros", año XI, N° 7, julio de 2009)

El fallo que comento aplicó los daños punitivos previstos en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Los hechos fueron que una empresa de telefonía celular no contaba con una rampa de acceso para personas con capacidades especiales, lo cual imposibilitó que un consumidor que concurría allí a realizar un reclamo por el servicio pudiera ingresar al local.

El consumidor demandó a la empresa por los daños y perjuicios ocasionados; el rubro del daño resarcible reclamado fue el daño moral.

La sentencia de primera instancia había condenado a la empresa a abonar \$ 30.000 en concepto de daño moral y \$ 30.000 por daños punitivos, lo cual fue confirmado por la Cámara de apelaciones.

La sentencia tiene a mi modo de ver tres aspectos centrales: a) reivindicación de los derechos de minorías o grupos débiles¹; b) emplea en la argumentación el derecho fundamental a la dignidad de trato del consumidor, y c) aplicación de daños punitivos.

Me detendré especialmente en el último aspecto mencionado.

¹ Es interesante ver cómo en la sentencia se articulan dos tipos de derechos que favorecen a colectivos sociales débiles, superponiéndose ambas calidades en la persona del actor: los derechos de las personas con capacidades diferentes y los derechos de los consumidores.

II. La cuestión de la indignidad de trato: hacia la constitucionalización material

Como ya he tenido oportunidad de explicar, resulta auspicioso que la jurisprudencia comience a dar cuenta de la existencia de este derecho fundamental del consumidor empleándolo como pieza esencial del razonamiento de ciertos decisorios como el que me ocupa².

Este fenómeno significa que se produce una constitucionalización efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios; se trata de la *mise en euvre* de la norma fundamental del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Es que la sola referencia en una norma fundamental a un derecho no significa su constitucionalización, más que en un sentido formal, sino sólo cuando se lo emplea para tomar decisiones que no podrían ser fundadas si no es a partir de la norma fundamental.

III. La discriminación en razón de la discapacidad como forma de trato inequitativo al consumidor

Para la Cámara que resuelve el caso “la sola circunstancia de no poder acceder al local de la demandada por no haber rampa, en una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad –como se analizará a continuación– la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a los discapacitados motrices el ingreso a los edificios de uso público, implica un acto discriminatorio en general para este colectivo, que seguramente ha provocado en el actor una dolencia íntima en él y que debe ser reparada”.

Luego desarrolla la idea de discriminación por razones de discapacidad teniendo en consideración tanto los tratados internacionales –en el “sistema universal” de derechos humanos y en el “sistema interamericano de protección de los derechos humanos”– como el Derecho nacional (arts. 16 y 75, inc. 23).

La conclusión general es que no resolver mediante medidas positivas razonables las desventajas de las personas discapacitadas constituye un acto de discriminación.

Dicho esto, desde mi perspectiva, se hace necesario ahora explicar por

² Vid. en esta misma Revista SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, sección de jurisprudencia sobre *Contratos*, N° 2009-1, p. 561, donde comento la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de abril de 2008, “Ledesma, María c/Metrovías SA”, Lexis N° 70044232.

qué un acto de discriminación constituye una afectación del derecho fundamental del consumidor a ser tratado con dignidad y equidad.

Para la sentencia una de las “vías” o “modos” de producir un “trato indigno” es la discriminación, es decir establecer diferencias en virtud de motivos inaceptables socialmente.

La discriminación como modalidad de afectación de la dignidad, concretamente, de “trato inequitativo”, está expresamente prevista y regulada en el artículo 8° bis de la ley 24.240, entre las prácticas comerciales abusivas.

Un acto discriminatorio puede constituir –como en el caso– un “trato indigno”, específicamente, un “trato inequitativo”, pues la discriminación constituye en el fondo una afectación al derecho a la igualdad (art. 16, Const. Nac.), que es también la razón última por la cual se sancionan los “tratos inequitativos”.

IV. Los daños al consumidor sin que exista un accidente de consumo

Cuando regula el problema de los daños que sufre el consumidor en su persona, el sistema de protección del consumidor tiene esencialmente en miras la hipótesis del daño que se le produce a aquél con motivo de un accidente de consumo. El eje de la regulación de los daños a los consumidores en razón de la relación de consumo está en la norma del artículo 40 de la ley 24.240.

Ésta es la primera particularidad del fallo que comento: no existió en el caso un “accidente de consumo”. Tampoco se trató de un consumidor “ex-puesto a una relación de consumo” que sufrió un daño. Aquí existía una relación de consumo causada en un contrato de servicio de telefonía móvil.

V. El problema de los daños punitivos

1. Los daños punitivos en la sentencia

La sentencia funda la procedencia de los daños punitivos en su recepción en el Derecho Comparado –“Derecho anglosajón”, “sistema de Derecho Continental europeo” y en “Canadá”–.

Explica que proceden cuando una norma –legal o convencional– concreta lo permite, sin que se encuentre habilitado que el decisor los infiera a partir de normas principales que fueren exportadas desde otros campos como el del Derecho Penal.

Argumenta que mediante este instituto se persigue sancionar “ciertas graves inconductas”.

Señala el fallo que el instituto de los daños punitivos “participa de la naturaleza de una pena privada” y que “la pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición...”

Sostiene que si bien la doctrina nacional ha realizado críticas, “la mayoría [...] la ha recibido con elogios” y que “la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., ob. cit., p. 567)”.

La sentencia se detiene luego en el problema de las condiciones de procedencia para el funcionamiento del instituto conforme el artículo 52 de la ley 24.240 según la ley 26.361. Observa que para la norma los daños punitivos sólo requieren que haya mediado un incumplimiento contractual o de una obligación legal. Y agrega: “es decir a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo”, de modo que si en el ámbito de dicha relación existe un “derecho violado” “existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos”.

Así mismo recuerda el tribunal que “Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio 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”.

También recuerda que en el Derecho Comparado estas multas sólo proceden “en supuestos de particular gravedad” calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, “particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.)”.

Estimo que el tramo más relevante de la argumentación del decisorio en este aspecto –referido a los daños punitivos– es aquel en el cual realiza la subsunción del caso: “En esta última categoría [se refiere al caso excepcional de existencia de abuso de posición de poder, cuando evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o los derechos de incidencia colectivos] –a mi criterio– se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del artículo 8° bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada –t. o. ley 26.361–)” (los corchetes me pertenecen).

2. *Los daños punitivos en la ley 24.240*

Como se señaló la reforma de la ley 26.361 incorporó en el artículo 52 bis la figura de los daños punitivos. Prescribe el artículo: “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 esta ley”.

Esta disposición legal constituye una innovación introducida por la ley 26.361 y no reconoce antecedentes en la regulación originaria de la ley 24.240. Es, por otro lado, la primera vez que se regula en el Derecho positivo argentino la cuestión de los daños punitivos.

En la norma que comento se regula la posibilidad de que el juez de la causa al condenar al proveedor lo obligue también a abonar daños punitivos –aquí llamada “multa civil”– a favor del consumidor.

Pueden delimitarse dos planos de discusión: a) si puede o no regularse los daños punitivos en el Derecho argentino; b) en su caso, cómo debería regularse.

La regla legal ha sido criticada. La primera crítica fundamental es que es parca en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para que el juez establezca la multa.

Esto ha sido señalado puntualmente por la dogmática consumerista, que ve con preocupación que la única referencia que se hace en la norma para ordenar la multa civil sea que exista un incumplimiento por parte del o los proveedores³. En este sentido señala Ariel Ariza que “La amplitud del supuesto de hecho condicionante de la aplicación de la multa civil resulta exageradamente amplio...”⁴ La sentencia que anoto refiere a estas cuestiones y se inclina por la idea de que en el caso procede una sanción, pues además de haber mediado un incumplimiento de una obligación de fuente legal que integra el contenido de la relación de consumo, que está causada en un contrato de

³ PICASSO, Sebastián, *Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*, en Supl. Esp., *Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, abril de 2008, p. 123.

⁴ ARIZA, Ariel, *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 134.

consumo, ha existido aquí un abuso de la posición de poder del proveedor en el marco de la relación de consumo, que evidencia un menosprecio grave por derechos individuales y de incidencia colectivos. Con lo cual se establece una regla de cuño jurisprudencial según la cual habría una doble dimensión en la cual debe ser analizado el incumplimiento obligacional: la que puede denominarse “clásica” en el Derecho Privado según la cual debe analizarse si el plan prestacional se corresponde o no con lo efectivamente realizado por los sujetos que intervinieron en la ejecución de la obligación. Y un segundo plano o dimensión en la cual el decisor debería constatar si ese incumplimiento “revela” una actitud de menosprecio o de desentendimiento absoluto de los derechos fundamentales.

La regla legal del artículo 52 bis regula la cuantificación del daño. Para la norma esta “multa civil” será graduada por el juez, considerando:

- a) *La gravedad del hecho*. Se refiere a la gravedad del perjuicio social producido por el proveedor. En la sentencia que comento se consideró “la gravedad del incumplimiento” sin más aclaración. Aquí es necesario que se profundice, pues, la idea de “incumplimiento grave”, ya que tiene una tradición diferente en el Derecho Privado que la que se le asigna en esta disposición legal.
- b) *Demás circunstancias del caso*. Esta pauta es sumamente imprecisa, aunque hay que reconocer que ello también puede actuar como una oportunidad. En el caso que anoto el tribunal empleó este renglón para considerar como uno de los criterios de cuantificación “la envergadura de la empresa demandada” y “las demás circunstancias personales del actor”.
- c) *Con independencia de otras indemnizaciones que se establezcan*, es decir, el monto de los daños punitivos es autónomo e independiente respecto de las indemnizaciones que se fijen. En efecto, se dispone que no podrá emplearse como *policie*, como a veces ocurre en el campo de la cuantificación del daño moral, para fijar la cuantía del daño punitivo en relación –por ejemplo, un porcentaje– con la indemnización por daños.

Con una redacción imprecisa, la norma que comento en su segunda parte parece querer decir que la misma solidaridad obligacional que vincula a los proveedores en el campo de la responsabilidad por daños (art. 40), rige en relación con la “multa civil”. En una palabra: los proveedores condenados a abonar una multa civil, la deben en forma solidaria, de modo que el consumidor podrá exigir esa obligación en forma forzada a todos o a cada uno por el todo.

Luego, como ocurre en las obligaciones solidarias, la norma dispone innecesariamente que el proveedor que hubiera abonado más allá de la porción propia en la obligación posee una acción de regreso contra sus codeudores por todo aquello que hubiera abonado en exceso. La parte final de la norma bajo comentario le fija una tope máximo al *quantum* de la multa civil. En efecto, establece que el monto de la multa civil que se imponga “no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”, es decir \$ 5.000.000.

El beneficiario de la multa es según la norma el mismo consumidor. Este destino final para la indemnización ha sido criticado por la dogmática consumerista. Esta regla ha sido objeto de fuertes cuestionamientos por la dogmática consumerista que se ha ocupado del asunto. La otra solución posible es que este tipo de sumas contribuya a financiar un fondo común de reparación o para la educación e información al consumidor. Dada la “desviación” de la regulación argentina, Ariel Ariza sugiere que “...su graduación habrá de ponderar que la sanción no tiene ya finalidad resarcitoria”⁵.

En el Derecho argentino hubo intentos de introducir la figura de los daños punitivos. Una crítica fuerte que se ha hecho a esta norma que analizo ahora es que precisamente no consideró estos antecedentes, que hubieran podido haber constituido una interesante guía para construir la regulación⁶.

VI. La polifuncionalidad del Derecho de Daños

El problema de los daños punitivos remite en un primer término a la cuestión de las funciones del sistema que se ocupa de regular el problema de los daños en el Derecho.

Mi tesis en este punto es que la incorporación de los daños punitivos por la ley 26.361 en el marco de los daños sufridos por consumidores en las relaciones de consumo muestra que el “Derecho de Daños” se vuelve progresivamente cada vez más polifuncional.

El Derecho de la responsabilidad civil en la primera modernidad tuvo una finalidad social y política, que ha sido impulsar los comportamientos correctos. Esta función fue desarrollada a partir del dispositivo de la culpa, trasladando los costos económicos de los daños en estos casos. A esto se denominó función reparadora. El Derecho de Daños refleja en su regulación legal muy claramente su función reparadora pero son prácticamente inexis-

⁵ ARIZA, ob. cit., p. 135.

⁶ En este sentido, ELÍAS, Ana Inés, *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 159, 151 y 157.

tentes las disposiciones legales que permiten afirmar que cumple otras funciones. Este argumento desde mi visión constituye un verdadero problema para el desarrollo del argumento acerca de la plurifuncionalidad del Derecho de Daños.

El debate es si este sistema puede asumir otras funciones y hasta qué punto puede hacerlo. Se dice que también cumple una función de prevención; una función punitiva o sancionatoria y hasta una precautoria.

Sin embargo, más allá del debate dogmático lo cierto es que en los hechos lo que hoy llamamos el “Derecho de Daños” va incorporando, por vía de la reforma legislativa o del “sistema abierto” de la jurisprudencia, estas funciones.

Ante este dato fáctico, la salida que ha encontrado la dogmática es atribuir polifuncionalidad al Derecho de Daños. Así el Derecho de Daños tendría a la vez una función de reparación, de prevención y de precaución.

La incorporación de una regulación de los daños punitivos en el sector de los daños a consumidores constituye un síntoma de este fenómeno: se desarrollan herramientas punitivas o sancionatorias que cumplen un objetivo de prevención indirecta.

Ahora bien, el problema que subsiste es que esta polifuncionalidad importa asumir primero nuevos paradigmas de sociedad, de ciencia y de Derecho. Esto no se ha hecho. No ha existido una reflexión adecuada en este punto, por lo que la coexistencia entre dispositivos provenientes de los diferentes paradigmas que subyacen a las distintas funciones no se encuentra regulada.

La aspiración sería quizá que el Derecho de Daños absorbiera estos nuevos modelos. Pero el contexto normativo, los discursos y las prácticas de este campo exhiben una realidad diferente. Así, puede verse como, pese a que se declara muchas veces que el Derecho de Daños tiene una tarea preventiva, su realidad discursiva y normativa no permite explicar por qué la prevención forma parte de su estructura y funciones. Es que no hay nada en la arquitectura de esta regulación jurídica que refleje dicha prevención. Quizá el intento más importante por dotar al Derecho de Daños de una función preventiva provenga de la escuela del análisis económico del Derecho, y tal vez el deber de información en general y la regla del decreto 1798 tengan más que ver con la simple prudencia que con la prevención, constituyendo entonces una reafirmación del principio de autorresponsabilidad tan caro a la tradición liberal.

Sin embargo, un Derecho de Daños pluralista es posible; para ello quizá pueda comenzarse por la idea de que el Derecho de Daños forma parte de

un sistema general que se ha constitucionalizado, y que al mismo tiempo existen microsistemas como el del daño ambiental, el daño a los consumidores, etcétera, que han derogado parte de su regulación originaria para sus ámbitos de aplicación específico. También hay tareas improrrogables: es necesario establecer las reglas de comunicación internas entre estos microsistemas.