

La Ministra dijo allí: "La única posibilidad de extender la imputación de delitos de lesa humanidad a personas que no son agentes estatales es que ellas pertenezcan a un grupo que ejerce el dominio sobre un cierto territorio con poder suficiente para aplicar un programa, análogo al gubernamental, que supone la ejecución de las acciones criminales".

Ya me he referido al error jurídico que la inédita "limitación" mencionada supone<sup>(5)</sup>. Dislate que es aún más sorprendente si se tiene en cuenta los antecedentes y experiencia de su autora, que debe conocer, cabe presumir, no sólo la amplia y coincidente jurisprudencia que existe sobre el tema emanada del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sino también la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, así como la actividad —en este mismo punto— del Tribunal Penal Internacional, que tiene toda una serie de procesos abiertos en curso contra los líderes de bandas armadas subversivas que cometieron crímenes de guerra en distintos escenarios del mundo. Ellos nada tienen ciertamente que ver con el Estado, ni sus imputados fueron sus agentes.

(5) CÁRDENAS, EMILIO J.; MANFRONI, CARLOS A. y VIGO LEGUIZAMÓN, JAVIER, *El terrorismo como crimen de lesa humanidad. Reflexiones sobre la impunidad en la Argentina*. Edicem, 2009, págs. 71 a 82, donde se transcribe mi trabajo: *Los "grupos revolucionarios"...* cit.

La opinión antes transcrita de la Dra. Argibay tiene asimismo algún grado de coincidencia con la del Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, cuando éste se pronunciara en el caso antes mencionado, y está —en cambio— absolutamente contrapuesta con la excelente disidencia del ex Ministro de la Corte Suprema Dr. Antonio Boggiano, en el caso "Lariz Iriondo, Jesús María", que presumiblemente le costara el cargo<sup>(6)</sup>.

Del inusual y equivocado voto antes referido de la Dra. Argibay, la cultura de la repetición que caracteriza a la actividad tribunalicia derivó la opinión hoy prevalectante que en la Argentina (único lugar del mundo en que esto es así) sostiene equivocadamente que los delitos de lesa humanidad sólo pueden ser cometidos por el Estado o sus agentes.

Esta tesis se da realmente "de patadas" con la doctrina universal sobre el tema y con la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales, razón por la cual debiera ser revisada urgentemente. Si esto ocurriera, dejaría de ser,

(6) Fallos: 328:1268. Los casos "Lariz Iriondo" y "Simón" pueden verse también en el libro publicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretario de Jurisprudencia: *Delitos de lesa humanidad*, julio 2009. El primero, en pág. 148 y sigs.; y el segundo, en pág. 161 y sigs. El extraño voto de la Dra. Argibay aparece —en cambio— al pie de la pág. 186 de este mismo libro.

como es hoy, uno de los cimientos sobre los que —errónea y caprichosamente— se ha edificado el rincón de impunidad que aún existe en la Argentina. Aquel que beneficia a quienes pudieron haber cometido crímenes aberrantes contra civiles inocentes o militares que, por su condición de "fuera de combate" (como los que estaban secuestrados), están jurídicamente asimilados a ellos. Crímenes que, por varios miles, se cometieron ciertamente desde la subversión todo a lo largo de la trágica década de los sesenta.

En mi opinión, todo lo que se ha avanzado en materia de lo que se ha dado en llamar "terrorismo de Estado" no ha sido, para nada, acompañado por avances similares en materia de crímenes de guerra (esto es, de delitos de lesa humanidad cometidos en tiempos de conflictos armados internos) contra civiles inocentes, como fueron los atentados perpetrados en su momento por los militantes de los movimientos subversivos<sup>(7)</sup>.

VOCES: ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHOS HUMANOS - CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD - JURISPRUDENCIA

(7) CÁRDENAS, EMILIO J., *Más sobre la vergonzosa "Resolución 15807" de la Procuración General de la Nación*, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, diciembre 2009, pág. 43 et seq.

## El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores

por MARIANO E. DE ESTRADA

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. — 2. NOCIONES PRELIMINARES. — 3. LAS DIFERENTES POSTURAS. — 4. LA LITERALIDAD DE LA NORMA. — 5. JUSTIFICACIÓN DE LA EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL DAMNIFICADO. — 6. CONCLUSIÓN.

### 1 Introducción

Meses después de que la ley 26.361 incorporara al texto de la Ley de Defensa del Consumidor la figura del daño punitivo<sup>(1)</sup>, algunas asociaciones de consumidores, en el marco de acciones colectivas iniciadas por las mismas, comenzaron a pedir la aplicación de este instituto y la consecuente condena a la parte demandada a pagar una suma en concepto de daño punitivo, en adición a otras indemnizaciones o condenas que se estuvieran persiguiendo en el juicio<sup>(2)</sup>.

Al momento de la preparación de este artículo no se han publicado resoluciones judiciales acerca de la posibilidad o no de que un legitimado anómalo como una asociación de consumidores, o como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público Fiscal, entre otros, reclame la aplicación de una condena por daño punitivo en el marco de una acción colectiva, motivo por el cual me parece oportuno compartir algunas reflexiones sobre esta cuestión.

### 2 Nociones preliminares

A fines de una mejor comprensión de la cuestión es preciso repasar brevemente algunas nociones básicas acerca de los institutos jurídicos a los que me referiré.

a. En primer lugar es necesario tener en cuenta que la figura del daño punitivo, conocida desde hace tiempo en

algunos países, recién tuvo recepción legislativa expresa en abril del año 2008 cuando la ley 26.361 modificó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, incorporando el art. 52 bis que regula este instituto. Su aplicación queda, entonces, circunscripta a casos donde los derechos de consumidores hayan sido afectados.

Sin pretender hacer una descripción exhaustiva de las características del daño punitivo, y sin hacer referencia a las distintas discusiones que existen hoy en día respecto de cuestiones tales como su constitucionalidad o no, puede afirmarse lo siguiente:

- (i) Se trata de una sanción pecuniaria que se impone a proveedores que no cumplen con sus obligaciones legales o contractuales con un consumidor.
- (ii) El importe es fijado sobre la base de la gravedad del incumplimiento y las demás circunstancias del caso.
- (iii) El monto de la sanción es a favor del consumidor.
- (iv) Es una condena adicional a otras indemnizaciones que puedan corresponder a favor del consumidor.
- (v) Persigue una finalidad sancionatoria y preventiva que incentive a los proveedores a cumplir con sus obligaciones frente a los consumidores.

b. Sin perjuicio de que aún no está definido legislativa ni jurisprudencialmente el alcance de las facultades que ciertos sujetos como las asociaciones de usuarios, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal, entre otros, poseen para ejercer derechos de consumidores, a los efectos de este artículo basta tener presente que actualmente la normativa argentina<sup>(3)</sup> le otorga a ciertas personas como las mencionadas una legitimación anómala o extraordinaria en virtud de la cual pueden dar inicio a acciones judiciales para el ejercicio de derechos que no son de su titularidad pues pertenecen a terceros consumidores que no les han otorgado poder para representarlos.

En la materia atinente a los derechos de los consumidores esta legitimación anómala o extraordinaria, más allá de la discusión existente acerca de su mayor o menor alcance<sup>(4)</sup>, le permite a las asociaciones de consumidores iniciar acciones judiciales en defensa de ciertos derechos pertenecientes

(3) Art. 43 de la Constitución Nacional y arts. 52 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor.

(4) Respecto de esta cuestión existen dos posturas distintas. Una más restrictiva que considera que la legitimación anómala está exclusivamente prevista para la defensa de derechos de incidencia colectiva en sentido estricto, entendiendo por éstos a los que pertenecen a toda la comunidad o a grupos indefinidos de personas y que no son susceptibles de apropiación individual. La otra postura, más flexible, extiende la legitimación anómala también a la defensa de derechos individuales, cuando se dan ciertos requisitos como la homogeneidad entre los reclamos de cada individuo, o el poco monto de cada reclamo individual.

cientes a la comunidad en general o a grupos más o menos amplios e indeterminados de consumidores.

Por el carácter de los derechos ejercidos en estas acciones así como por la cantidad de sujetos que están alcanzados por estos litigios (usualmente sin tener conocimiento de ello), se las llama comúnmente "acciones colectivas" en contraposición con las "acciones individuales" iniciadas por cada persona individualmente por sí o a través de representantes expresamente designados.

Con estas nociones básicas se puede entonces comenzar a analizar la cuestión planteada, que consiste en determinar si en el marco de una acción colectiva iniciada por un legitimado anómalo como una asociación de consumidores en defensa de derechos de terceros, se puede reclamar la imposición al proveedor demandado de una condena en concepto de daño punitivo.

### 3 Las diferentes posturas

Luego de la aparición del daño punitivo en el derecho argentino por imperio de la ley 26.361, la doctrina comenzó a preguntarse si esta nueva herramienta podía ser utilizada en el marco de las acciones colectivas iniciadas, mayormente, por asociaciones de consumidores<sup>(5)</sup>.

La postura amplia fue puesta de manifiesto por las asociaciones de consumidores y sus letrados en el marco de algunas acciones colectivas existentes, así como en algunos artículos doctrinarios publicados<sup>(6)</sup>.

La postura contraria, es decir, la que le veda a los legitimados anómalos el derecho de solicitar daño punitivo en una acción colectiva, fue mantenida en los juicios en curso por los demandados y sus profesionales. Asimismo, algunos autores se han manifestado en similar sentido en artículos doctrinarios<sup>(7)</sup>.

A continuación expondré los motivos por los cuales me inclino por considerar acertada la tesis que postula que, de acuerdo a la normativa vigente, los legitimados anómalos como las asociaciones de consumidores no pueden reclamar la aplicación de daños punitivos en el marco de acciones colectivas.

(5) En este sentido, en el artículo *Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor*, de FERNANDO MATIAS COLOMBRES, LL del 16-9-08, el autor deja planteada la inquietud.

(6) Respecto de artículos doctrinarios puede citarse BERSTEN, HORACIO L., *La multa civil en la Ley de Defensa del Consumidor. Su aplicación a casos colectivos*, LL del 19-3-09.

(7) Así se pueden citar los trabajos: *La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino* de FEDERICO M. ÁLVAREZ LARRONDO, en JA, II-1246; *Repensando la incorporación de los daños punitivos*, de AGUSTÍN ÁLVAREZ, publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, link: <http://www.acadere.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>; *Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor*, de PABLO SÁNCHEZ COSTA, en LL del 20-7-09; y *Algunos aspectos del daño punitivo (o multa civil) en el derecho argentino*, de IGNACIO M. REBAUDI BASAVILBASO y CHRISTIAN R. PETTIS, en La Ley Online.

#### 4 La literalidad de la norma

El primer y obvio aspecto que hay que tener en cuenta es que la propia ley exige que el daño punitivo puede ser impuesto por el juez "a instancia del damnificado", de lo cual se extrae una primera conclusión en el sentido de que estamos ante un instituto que no puede ser aplicado de oficio ni a pedido de cualquier persona, sino a pedido del damnificado.

Es importante tener en cuenta que la ley habla del "damnificado" y no simplemente del consumidor o usuario. Esta manera especial con la que la ley denomina al sujeto legitimado para pedir la aplicación del daño punitivo indica que para poder pedir una condena por ese concepto el peticionante debe ser algo más que un simple consumidor a quien su proveedor le incumplió alguna obligación. Debe tratarse de un consumidor que, como consecuencia de ese incumplimiento, haya sufrido algún daño concreto y, por lo tanto, pueda ser considerado como "damnificado".

Lo anterior se condice además con el hecho de que el daño punitivo, en la forma en la que ha sido regulado, tiene una naturaleza accesoria y necesita de la configuración de un daño principal que merezca una indemnización independiente<sup>(8)</sup>.

Por otra parte, el hecho de que el art. 52 bis de la LDC haga mención al damnificado como único sujeto legitimado y no mencione a ninguno de los sujetos legitimados anómalos que mencionó previamente en el art. 52 es sumamente ilustrativo de la intención del legislador de limitar el elenco de personas facultadas para pedir la aplicación del daño punitivo.

Cuando la ley ha querido dotar a ciertos sujetos de legitimación anómala para ejercer derechos de titularidad de terceros, los ha identificado con precisión, tal como surge del art. 52, que menciona expresamente a las asociaciones de consumidores y demás legitimados extraordinarios. Por ende, si en el art. 52 bis el legislador no mencionó a ninguno de los legitimados anómalos descriptos en el artículo inmediatamente anterior, es porque no consideró conveniente que dichas personas pudieran pedir la aplicación del daño punitivo.

En otras palabras, el derecho de pedir la aplicación de una condena por daño punitivo es de titularidad exclusiva de cada consumidor damnificado, y posee una naturaleza tal que impide que sea ejercido por alguien distinto a él.

Y tampoco puede sostenerse que los sujetos o entidades legitimados anómalos tengan la facultad de ejercer cualquier derecho de un consumidor, ya que no son en rigor de verdad representantes de los consumidores sino sujetos o entes a los que la ley le ha asignado la tutela de ciertos derechos de naturaleza colectiva (que algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales extienden en casos excepcionales a derechos individuales homogéneos), quedando fuera de su ámbito de actuación cualquier otro tipo de derecho.

En definitiva, la legislación vigente no ofrece margen alguno para que una asociación de consumidores u otro legitimado anómalo suplante a cada uno de los consumidores individuales y solicite en beneficio de éstos una condena en concepto de daño punitivo.

#### 5 Justificación de la exclusividad a favor del damnificado

Adicionalmente a los argumentos explicados anteriormente basados en la literalidad de la ley, existen otros motivos que justifican que el daño punitivo sólo pueda ser reclamado individualmente por cada consumidor damnificado.

a. En este sentido lo primero que hay que señalar es que dada la naturaleza sancionatoria del instituto, que además fue previsto para casos especiales de graves incumplimientos legales o contractuales, es preciso que haya un damnificado perjudicado gravemente por la conducta del proveedor incumplidor. Y como estamos en la esfera de contratos patrimoniales de consumo, la única persona calificada para decidir si sufrió un daño o no, y en su caso la gravedad del mismo o del incumplimiento que lo ocasionó, es el propio damnificado.

Y ningún legitimado anómalo puede suplantar al propio consumidor damnificado en la tarea de valorar los actos u omisiones del proveedor en el caso concreto a efectos de determinar si corresponde o no el pedido de aplicación de daño punitivo.

(8) Conf. LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, pág. 373.

Respecto de lo anterior alguien podría decir que si un legitimado anómalo puede suplantar a un grupo de consumidores en el ejercicio de sus derechos individuales homogéneos (como algún sector de la doctrina y la jurisprudencia acepta en ciertos casos), no existen motivos para impedirle hacer lo mismo respecto del ejercicio del derecho individual de pedir una condena por daño punitivo.

Sin embargo, a ese razonamiento debe oponerse el hecho de que justamente es en el campo del ejercicio de derechos individuales homogéneos donde más discusiones se han suscitado acerca de si las asociaciones de consumidores u otros sujetos similares tienen facultades como para invocar esos derechos mediante una acción colectiva.

Y a ello hay que agregar que el derecho individual de cada consumidor de solicitar una condena por daño punitivo en su beneficio no necesariamente será homogéneo con el de otros consumidores que se encuentren en su misma situación, ya que a los efectos de analizar la procedencia o no de una condena por este concepto y especialmente al momento de fijar el monto de la misma, el juez debe tener en cuenta "la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso", parámetros que necesariamente deberán ser analizados caso por caso y no de manera colectiva.

Existiendo entonces la necesidad de analizar el comportamiento puntual del proveedor frente a cada consumidor presuntamente damnificado para determinar si existió una conducta que merezca sanción así como para fijar la magnitud de la misma, resulta imposible que un tercero como un legitimado anómalo solicite la aplicación de esta penalidad en el marco de una acción colectiva.

Sobre este último punto es muy importante tener en cuenta el derecho de defensa que le asiste al proveedor demandado, quien debería poder defenderse del pedido de daño punitivo invocando todas las defensas particulares que pueda tener respecto de cada uno de los consumidores alcanzados por la acción colectiva. Esta cuestión ha suscitado un debate muy interesante en los EE.UU., existiendo opiniones encontradas, aunque los fallos más recientes de la Corte de dicho país revelan una tendencia hacia el rechazo de los daños punitivos en el marco de acciones de clase, cuando eso implicaría obstaculizar al demandado en el ejercicio de las defensas individuales que pudiera tener<sup>(9)</sup>.

Contra lo anterior podría argumentarse que si en un caso determinado los temas a debatir han sido lo suficientemente homogéneos como para permitir la tramitación de una acción colectiva (aceptando a estos efectos la opinión del sector de la doctrina que considera que las acciones colectivas también proceden en estos casos), eso significa que el debate sobre la condena por daño punitivo puede realizarse de manera colectiva sin afectar el derecho de defensa del demandado.

Sin embargo, el caso en cuestión bien podría ser lo suficientemente homogéneo en relación con los temas a debatir respecto de la condena principal que se persigue, y no serlo en cuanto a las cuestiones a discutir en torno al daño punitivo, ya que el debate sobre el daño punitivo comprende cuestiones adicionales que en algunos casos deberían determinarse caso por caso (por ejemplo, si el proveedor intencionalmente engañó a un cliente acerca de las características del bien o producto que estaba comercializando).

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo anterior, es lógico que la aplicación de una condena por daño punitivo contra un proveedor se canalice a través de una acción individual iniciada por un consumidor, en la cual se analizará la conducta concreta de aquél en relación con el accionante y se podrán esgrimir todos los argumentos o defensas que las partes tengan.

b. Una segunda justificación de la limitación del derecho a pedir la aplicación de daño punitivo radica en que estamos ante institutos de excepción cuya aplicación e interpretación es restrictiva. La excepcionalidad se advierte en dos cuestiones: en que la legitimación anómala que invocan las asociaciones de consumidores y demás sujetos similares es extraordinaria y no implica dejar sin efecto el principio básico de que el interés es la medida de la acción y que los derechos sólo pueden ser ejercidos por sus titulares, salvo casos excepcionales expresamente previstos por la ley (como el caso de los derechos de incidencia colectiva en sentido estricto). La segunda cuestión donde se ad-

(9) Sobre este punto recomiendo la lectura del trabajo de SHEILA B. SCHEUERMAN, *Two Worlds Collide: How the Supreme Court's Recent Punitive Damages Decisions Affect Class Actions*, Baylor L. J.: 60.3: 880-940 (2008), también ubicable en [http://works.bepress.com/sheila\\_scheuerman/](http://works.bepress.com/sheila_scheuerman/).

vierte la excepcionalidad es en la propia naturaleza del daño punitivo que, por su naturaleza sancionatoria, es de aplicación restrictiva.

Resulta entonces correcto que el legislador haya limitado el derecho de pedir la aplicación del daño punitivo al consumidor damnificado.

c. Un tercer motivo que fundamenta la limitación establecida por el legislador en cuanto al elenco de personas que pueden pedir la aplicación del daño punitivo es que al estar ante un instituto novedoso y ajeno a la tradición jurídica argentina, corresponde ser sumamente cautos a la hora de definir si esta herramienta puede ser utilizada por otras personas distintas a los consumidores damnificados. En esta primera etapa del daño punitivo en nuestro país parece muy prudente haber restringido la posibilidad de pedir su aplicación exclusivamente a aquellos consumidores que se consideren a sí mismos damnificados.

d. En cuarto lugar puede señalarse que la opción del legislador de circunscribir la posibilidad de pedir daño punitivo al consumidor damnificado es coherente con el hecho de que el monto de esa condena será en beneficio del propio consumidor. En este sentido, el daño punitivo opera como un incentivo para que cada consumidor se preocupe por defender judicialmente sus derechos no sólo con miras a la reparación del daño concreto sufrido, sino también con la expectativa de una ganancia económica adicional.

Pero dicho incentivo es otorgado exclusivamente a los consumidores damnificados y no a los legitimados anómalos, toda vez que la ley desea alentar a que cada consumidor se proteja a sí mismo y reclame judicialmente las veces que sea necesario, ya que nadie mejor que el propio interesado en defender sus derechos.

e. Por último, no debe olvidarse que el daño punitivo no ha sido regulado con miras a su otorgamiento en el marco de una acción colectiva, por lo cual no es claro cómo debería, por ejemplo, fijarse el monto de la condena<sup>(10)</sup>. O cómo se debería repartir el monto de la eventual condena por daño punitivo entre todos los consumidores beneficiados por la sentencia.

#### 6 Conclusión

Sobre la base de las consideraciones anteriores opino que, dada la claridad de la legislación vigente y la existencia de los otros argumentos mencionados, no existe ningún fundamento por el cual una asociación de consumidores o cualquier otro legitimado anómalo pueda solicitar a un tribunal la aplicación de una condena por daño punitivo en el marco de una acción colectiva iniciada en defensa de derechos de consumidores.

#### VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DAÑOS Y PERJUICIOS - LEGITIMACIÓN

(10) Respecto de esta cuestión existen, por ejemplo, asociaciones de consumidores que reclaman el máximo de \$ 5.000.000 a ser prorrateado entre todos los consumidores. Otras piden que el juez fije un monto entre el mínimo de \$ 100 y el máximo de \$ 5.000.000, el cual deberá luego ser multiplicado por el total de consumidores alcanzados por el juicio. Esta última alternativa genera el riesgo de que el monto total de una condena por daño punitivo pueda ser inmenso, pudiendo poner en riesgo la existencia de la empresa demandada.

#### JURISPRUDENCIA

##### Propiedad Horizontal:

Consorcio de propietarios: órganos; asamblea; funciones; aprobación de la rendición de cuentas del administrador; forma; administrador; aprobación de las liquidaciones mensuales; diferencia con la rendición de cuentas; forma en que debe presentarse; efectos.

**Rendición de Cuentas:** Etapas: primera etapa; objeto de discusión; segunda etapa; rendición; elementos a presentar; sentencia; efectos; información en un solo proceso; procedencia; requisitos; no configuración.

1 - El proceso de rendición de cuentas consta básicamente de dos etapas -claramente distinguibles aunque reconocen una estrecha vinculación-: en la primera se establece, por vía del