

**PROPUESTA DE MODIFICACION DEL ARTICULO 52 BIS DE LA LEY DE
DEFENSA DEL CONSUMIDOR: ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE
DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Por Juan Cruz Expósito¹

Fecha de recepción: 23 de abril de 2020

Fecha de aprobación: 18 de junio de 2020

Resumen

Mediante el presente artículo se efectúa un análisis sobre los cambios que propone el anteproyecto de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor -ALDC- respecto del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor -LDC-.

Nuestro trabajo consistirá en abordar la modificación de la figura de daños punitivos, incorporándose comentarios propios, citas doctrinales, jurisprudencia y derecho comparado.

Asimismo, se efectuará un repaso por las XXVII Jornadas de Derecho Civil en donde se analizó esta propuesta de cambio del artículo 52 bis de la LDC, para finalmente ofrecer una conclusión general y un apartado de propuestas.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Santiago del Estero, sede Buenos Aires. Especialista en Derecho de la Seguridad Social y Doctor en Derecho con orientación en Derecho Privado. Investigador de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Ejercicio libre de la profesión.

Abstract

Through this article, an analysis is carried out on the changes proposed by the preliminary draft amendment to the Consumer Defense Law -ALDC- compared to article 52 bis of the Consumer Defense Law -LDC-.

Our work will consist of addressing the modification of the figure of punitive damages, incorporating own comments, doctrinal citations, jurisprudence and comparative law.

Likewise, a review will be made of the XXVII Civil Law Conference where this proposal to change article 52 bis of the LDC was analyzed, to finally offer a general conclusion and a section on proposals.

Resumo

Por meio deste artigo, é realizada uma análise das alterações propostas pelo anteprojeto de emenda à Lei de Defesa do Consumidor -ALDC- em comparação com o artigo 52 bis da Lei de Defesa do Consumidor -LDC-.

Nosso trabalho consistirá em abordar a modificação da figura de danos punitivos, incorporando comentários próprios, citações doutrinárias, jurisprudência e direito comparado.

Da mesma forma, será feita uma revisão da XXVII Conferência de Direito Civil, onde foi analisada a proposta de alteração do artigo 52 bis do LDC, para finalmente oferecer uma conclusão geral e uma seção sobre propostas.

Palabras claves

Anteproyecto de reforma, Ley de Defensa del Consumidor, Daños punitivos.

Keywords

Preliminary reform bill, Consumer Defense Law, Punitive damages.

Palavras chave

Projeto de reforma preliminar, Lei de Defesa do Consumidor, Danos punitivos.

1. Introducción

Durante el año 2019 se presentó en el Congreso Nacional el anteproyecto del Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.

El documento fue elaborado por distintos juristas por encargo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación y luego articulado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa “Justicia 2020”.

El ALDC, según los autores de la propuesta, representa una modificación integral de la Ley N° 24.240, motivada en las distintas reformas que ha sufrido esta ley en sus más de 25 de años de vigencia; la incorporación de la figura de daños punitivos en el nuevo Código Civil Argentino, el auge del consumo masivo y las nuevas formas del comercio.

En síntesis, la iniciativa tendría entonces por objeto modernizar y/o actualizar la LDC. Nosotros decimos que, además, con la modificación se buscaría salvar errores en la técnica legislativa, tal como lo analizamos en el punto 2.2.

En el marco de este trabajo se pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Resulta necesario modificar el artículo 52 bis de la LDC? ¿Desde el punto de vista jurídico son acertados los cambios propuestos en el ALDC en cuanto

al artículo 52 bis de la LDC? ¿Los cambios responden a los planteos de reforma formulados por ciertos sectores de la doctrina nacional?

Para dar respuesta a estas preguntas se considerarán las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas los días 26 y 27 de septiembre de 2019 en la ciudad de Santa Fe, la opinión de distintos juristas, el derecho comparado y la jurisprudencia local.

Finalmente, nuestra hipótesis de trabajo se conforma de la siguiente manera: El artículo 52 bis de la LDC exige cambios que se encuentran previstos en el ALDC y son consecuentes con los planteos promovidos por la doctrina nacional para la modificación de esta norma.

2. Anteproyecto de reforma de la LDC

2.1 Preliminar

La primera aclaración que formulamos tiene que ver con el hecho que si bien es cierto que la LDC cuenta con más de 25 años de vigencia, los daños punitivos fueron incorporados en el año 2008 a través de la Ley N° 26.361, por lo que podríamos afirmar que esta reforma está orientada no solo a actualizar la LDC sino también a modificar la figura de daños punitivos, cuya antigüedad en el sistema es sustancialmente menor a la LDC.

En otros términos, valiéndose de la oportunidad que brinda esta actualización se propone modificar el reciente y defectuoso artículo 52 bis de la LDC.

2.2 Contenido del Anteproyecto

En cuanto al ALDC el artículo 118 introduce modificaciones al artículo 52 bis de la LDC, cuyo texto establece lo siguiente:

Sanción punitiva. Se aplicará una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor, según 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 las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso 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. Del mismo modo, en el supuesto previsto en el art. 27 nunca podrá ser inferior a veinte (20) Salarios Mínimos Vitales y Móviles. 3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, ponderando especialmente la prevención a efectos de evitar la reiteración de conductas similares a la sancionada; 4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria; 5B. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable.

Por su parte, el artículo 52 bis, señala:

Daño Punitivo. 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.

En primer lugar, se observa un cambio de denominación de la figura, pues ahora el ALDC refiere únicamente a sanción punitiva, cuando el artículo 52 bis de la LDC utiliza los términos daño punitivo y multa civil.

Si bien esta modificación es una cuestión gramatical, resulta más apropiada la nueva denominación.

El artículo 1714 del proyecto de reforma del Código Civil Argentino -CC- del año 2012 denominaba a la figura como sanción pecuniaria.

La segunda modificación tiene que ver con la causa de habilitación de la figura de daños punitivos. EL ALDC establece que la sanción se aplica al proveer que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

Por su parte, el artículo 52 bis de la LDC exige, para accederse a la condena, la configuración de un incumplimiento contractual.

Esta modificación viene a dar respuesta a un planteo histórico de parte de cierta doctrina nacional quienes desde el primer momento de la sanción del artículo 52 bis de la LDC sostenían que el incumplimiento contractual no habilita el pedido de daños punitivos.

López Herrera (2011) afirma:

Es contraria a la esencia de los daños punitivos y a más de doscientos años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no cumplió con sus obligaciones legales o contractuales (p. 278).

Sin duda alguna, el origen pretoriano de la figura de daños punitivos exige como presupuesto de habilitación la configuración de un hecho grave que denote desprecio de los derechos, en este caso, los que asisten a los consumidores.

Sprovieri (2010) enseña:

De seguirse ciegamente la norma, sin mayor interpretación se caería en la generalización de sanciones ante el mero incumplimiento. Ello además de injusto, convertiría a la sanción, excepcional para toda la doctrina en un instituto ordinario, que perdería toda virtualidad para disuadir conductas similares al futuro (p. 4).

Ante un incumplimiento contractual la ley prevé otros mecanismos destinados a hacer efectivo el ejercicio de un derecho. El texto actual del artículo 52 bis de la LDC

se presta para confusiones en la aplicación de la norma, tal como ocurrió en la siguiente jurisprudencia.

En los autos “Gramajo Salomón Juan Pablo contra Telefónica Móviles de Argentina S.A (Movistar)”, que tramitó por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 de Salta el Juez de grado condenó a la empresa de telefonía celular al pago de daños punitivos por un incumplimiento contractual, pues demoró la entrega de un equipo de telefonía celular.

De aprobarse la propuesta de reforma, casos como el descripto, no deberían volver a repetirse, pues la modificación exige como presupuesto de habilitación de la sanción la ocurrencia de un hecho grave de menosprecio de los derechos de los consumidores.

Este hecho debe ser grave, repugnante, no cualquier acción perjudicial habilita la figura; el infractor tiene que haber actuado con grave negligencia.

La exigencia del hecho grave fue prevista en su momento en los proyectos de reforma del Código Civil del año 1998 y 2012.

Otro aspecto novedoso es que el ALDC legitima al Ministerio Público Fiscal para solicitar una condena de daños punitivos.

En nuestra opinión, el Ministerio Público recién podrá hacer efectiva esta facultad una vez que se implemente la Ley N° 26.993 de Resolución de conflicto en las Relaciones de Consumo ya que en su artículo 47 se prevé la instalación de un fuero específico para atender reclamos de los consumidores junto con tres (3) Fiscalías especializadas.

Por otra parte, el ALDC prevé la posibilidad de que se efectúen reclamos grupales a través de amparos colectivos o acciones de clase y que estos actores – reconocidos en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional- cuenten con la facultad de solicitar daños punitivos.

Teniendo en cuenta que las acciones de clase se reconocen por primera vez en el denominado fallo “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que una ley del Congreso las ratifique y legitime es un hecho jurídicamente relevante.

Otra novedad es que se faculta al Juez a imponer de oficio la sanción de daños punitivos. Desde el punto de vista procesal no habría inconvenientes en que los magistrados dicten condenas de daños punitivos de oficio.

En el caso de EEUU, son los jurados constituidos por civiles quienes aplican las condenas de daños punitivos. Esto surge de la definición que brindó la Corte Suprema de ese país en el caso *Gertz c. Robert Wlehc, inc.* 418 US, 323, 350, 1974 sobre la figura de daños punitivos.

Dijo el mencionado tribunal: “Los daños punitivos son multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que reiteren en el futuro” (p.12).

En el proyecto de incorporación de daños punitivos del Uruguay se establecía: “...en los juicios que recaiga condena, el tribunal podrá imponer sanciones económicas ...” (p. 11).

En definitiva, la condena de daños punitivos es impuesta por aquellos encargados de juzgar y aplicar sanciones, ya sean tribunales o jurados civiles.

En nuestro caso, el equivalente a estos tribunales o jurados es el Juez de Grado, quien conforme la reforma podrá aplicar daños punitivos prescindiendo de la conducta que asuma el consumidor o el resto de los actores legitimados para solicitar dicha sanción.

Otro punto es que el proyecto incorpora nuevas pautas para la graduación de la sanción. El artículo 52 bis de la LDC solo contempla dos extremos para la cuantificación de la condena, a saber, la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Este artículo también fue objeto de crítica por parte de la doctrina nacional, ya que calificaron a las dos pautas como carentes de precisión, amplias e imprecisas.

Irigoyen Testa (2011) afirma: “Así, de la literalidad del artículo no surge una directriz legal adecuada, que indique con claridad cuáles son las variables específicas que le magistrado debe considerar, y cómo tiene que interrelacionarlas” (p. 3).

Más voces se suman a la crítica vinculada a la falta de precisión de las pautas de graduación que estipula la norma vigente.

Sánchez Costa (2009) enseña que: “Dentro de las críticas más significativas y recurrentes podemos mencionar [...] la vaguedad del término circunstancias del caso...” (p. 2).

Un caso de derecho comparado que podemos mencionar es el proyecto de Ley de incorporación de los daños punitivos al sistema Jurídico Uruguayo del año 2009.

Este proyecto contemplaba para la graduación de la sanción la gravedad del daño producido, la posición del o los responsables en el mercado, la reincidencia de el o los responsables y el beneficio económico obtenido por el o los responsables.

Sin duda el nuevo texto es superador y cubre un vacío legal respecto de la norma vigente. Estas herramientas serán de utilidad para el juzgador, viéndose facilitada su labor.

Otro cambio del ALDC tiene que ver con el destino de la multa, pues el documento prevé que el mismo es asignado por el juez por auto fundado.

El deber de motivar la sentencia es innato a la función del juzgador e implica que el Juez debe tomarse el trabajo de pensar, analizar y justificar su decisión. Este ejercicio mental buscar garantizar que la solución que se arriba sea justa y razonable, basada en el derecho.

Esta facultad de disposición que concede el ALDC no debe desalentar a los denunciantes a promover sus reclamos, pues existe la posibilidad de que el magistrado los tenga en cuenta y para el caso que no sea así el camino a transitar es la vía del recurso de apelación con el objeto de revertir el fallo adverso.

Igualmente hay que aclarar que esta facultad de disponer el monto de la condena no es absoluta, ya que el artículo 27 en su segundo párrafo del ALDC prevé

que el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente, beneficiar al consumidor afectado para el caso que se sancionen prácticas abusivas.

Con esta cláusula de garantía, el consumidor, ante las prácticas abusivas, tiene garantizada una parte de la condena, la que le servirá para compensar el esfuerzo de transitar el arduo camino judicial.

Algunos de los elementos que podría el juez considerar para decidir el destino de la multa serían, por ejemplo, verificar qué parte solicitó la condena de daños punitivos -Ministerio Público, actor o se aplicó de oficio- el desempeño del consumidor, sus padecimientos y esfuerzos para transitar el litigio y, por supuesto, el caso concreto y sus circunstancias.

Una pregunta que nos formulamos es cómo se repartiría el monto de una condena de daños punitivos en una acción colectiva. Es decir, ¿podría la condena repartirse entre miles de consumidores? Este es un interrogante que se repite en general frente a las acciones colectivas.

Una solución posible sería disponer otro destino que no sean los miles de consumidores que integran el colectivo afectado, beneficiando individualmente o en forma conjunta a un organismo público u organización no gubernamental.

Finalmente bregamos para que en aquellos supuestos no previstos en el artículo 27 del ALDC los magistrados tengan en cuenta al momento de decidir el destino de la condena los padecimientos que afrontan los consumidores, el desequilibrio de poder con respecto a los grupos empresarios y todo lo que conlleva transitar un litigio, debiendo disponer al menos de una parte de la condena a favor de éstos.

Continuando con el texto del ALDC, se ratifica que una de las funciones de la figura de daños punitivos es la prevención. Para que se cumpla esta función la condena que se dicte debe contar con suficiente mérito y alcance como para prevenir hechos futuros análogos. Dicho en otros términos, la condena debe ser adecuada.

Esta función de prevención comprende a toda sanción del carácter que sea, penal, civil o administrativa.

Le Tourneau (2000) asegura que la responsabilidad civil: "...presenta también un aspecto preventivo que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad" (p. 3).

Existen en el derecho comparado normativas que expresamente refieren a la función de prevención de la figura de daños punitivos.

El artículo 1621 del Código Civil de Québec establece: "Que cuando se prevea a un caso la aplicación de daños punitivos, su monto no podrá exceder de valor necesario para asegurar la función preventiva de estos".

La condena de daños punitivos actúa sobre lo interno de aquel individuo que se apresta a incumplir la ley, quien ante el conocimiento de la existencia de una sanción, lo lógico sería que evalúe y razone antes de decidir delinquir.

Al igual que el derecho comparado, el término prevención se desarrolla en nuestro ordenamiento. El Título V otras fuentes de las Obligaciones, Capítulo 1, Responsabilidad Civil, nuestro Código Civil -CC- titula la Sección 2° de la siguiente manera: Función preventiva y punición excesiva.

A su vez el CC aporta una herramienta procesal denominada acción preventiva. Vale decir, en el Capítulo de Responsabilidad Civil nuestro Código incorpora y reglamenta la función prevención y su aspecto procesal.

Estos artículos no hacen más que confirmar la transcendencia de la función de prevención en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, el ADLC prohíbe expresamente la posibilidad de asegurar una condena de daños punitivos. Este aspecto ya se encuentra regulado por el artículo 112 de la Ley de Seguros que establece: "...la indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa". No obstante, es válida la tipificación de esta prohibición para despejar cualquier debate o duda al respecto.

El ALDC prevé la responsabilidad solidaria de los acreedores frente al cumplimiento de la condena de daños punitivos.

Este principio resulta ser uno de los pilares del derecho de consumo, sirviendo como garantía de los ejercicios de los derechos de los consumidores ante la insolvencia de uno de los condenados o la imposibilidad de su localización como ocurre diariamente en los procesos judiciales. Esta ratificación es igualmente válida.

Por su parte, el artículo 3° de la Ley 26.993 denominada Sistema de Resolución de Conflictos en las relaciones de consumo también estipula este principio rector.

Otra propuesta del ALDC tiene que ver con los montos mínimos y máximos para la fijación de la condena. El documento establece montos mínimos y máximos a tener en cuenta en el momento del dictado de la condena.

Consideramos válido fijar montos mínimos para evitar condenas que contengan importes irrisorios que desnaturalicen la función de prevención de la figura de daños punitivos.

Según el texto, el monto mínimo es el equivalente a 20 salarios mínimos y vitales. Esta forma de cálculo garantiza la actualización automática de este piso, pues los salarios mínimos y vitales periódicamente se ven incrementados.

En referencia a la fijación de un tope máximo podemos señalar que esta decisión tal vez responda a la preocupación de que se dicten sentencias con condenas de daños punitivos exorbitantes.

De ocurrir algo así, existen dos artículos del CC que le brindan garantías a los condenados para revertir este panorama.

Por un lado, el artículo 1714 que tipifica la punición excesiva faculta al magistrado a computar sentencias de daños punitivos de distintas órbitas a fin de evitar un exceso en la condena por este rubro y el artículo 1715, que va más allá, autoriza al Juez a dejar sin efecto una sanción de daños punitivos en forma parcial o total en el marco del artículo anterior.

En nuestra opinión, señalamos que no estamos de acuerdo en que se fije un monto máximo, pues pueden existir casos que por su gravedad exijan la aplicación de una condena ejemplar superior al máximo previsto en el ALDC.

De configurarse ese supuesto, una alternativa posible sería plantear la inconstitucionalidad de este artículo con el fin de obtener la derogación del tope máximo y acceder a un importe superior.

En síntesis, opinamos que en general, las propuestas del ALDC son acertadas y que además vienen a dar respuesta a los reclamos de distintos doctrinarios de nuestro país, confirmándose nuestra hipótesis de trabajo.

3. XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

De interés para el presente artículo resultan las conclusiones arribadas XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, entre los días los días 26 y 27 de septiembre de 2019.

En este encuentro se analizó y comparó el artículo 52 bis de la LDC con el ALDC surgiendo puntos y contrapuntos vinculados a los temas debatidos.

La Comisión 4 puntualmente fue la encargada de abordar el artículo 52 bis de la LDC y el ALDC.

La Comisión señaló: "... que la sanción punitiva sólo procede frente al grave menoscabo hacia los derechos del consumidor, lo que implica la necesidad de que se configure un factor subjetivo de atribución calificado" (p. 24).

Por otra parte, la Comisión en su mayoría opinó que no está de acuerdo que el Juez de oficio disponga de la condena de daños punitivos. Un sector minoritario apoyó esta iniciativa.

En cuanto a los topes cuantitativos previstos en el anteproyecto, la mayoría se inclinó por su derogación. Una minoría dijo que sí.

En relación al piso cuantitativo que fije el anteproyecto, la mayoría de la Comisión votó a favor. Una minoría expuso su disconformidad.

Es decir, la Comisión no avala la fijación de topes máximos, pero sí aprueba que el anteproyecto contenga un piso.

Reiteramos que no deben existir topes máximos, pues se debe ponderar la condena de daños punitivos en cada caso particular sin restricción alguna. Sí consideramos que se prevea un piso mínimo.

Las sentencias de daños punitivos que se dicten deberían contener un monto razonable que cumpla con las funciones prevención y castigo ejemplar para los futuros infractores.

La figura de daños punitivos no busca la quiebra del empresario. Lo que se pretende es evitar nuevas infracciones en honor al principio de prevención. Una condena de monto irrisorio no serviría de freno a las intenciones de delinquir.

Barocelli (2013) enseña:

...celebramos que los jueces apliquen las multas civiles en pos de disuadir las conductas contrarias a nuestra Constitución Nacional, con miras a disuadir contrarias al ordenamiento normativo, ejemplarizar al conjunto de proveedores y prevenir daños a los consumidores y a la sociedad en su conjunto, ya que muchas veces a las empresas infractoras le resulta más lucrativo indemnizar a los pocos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de la práctica abusiva (p. 5).

La condena de daños punitivos busca que no sea un buen negocio violar la ley. Esto solo se logra con sentencias justas y razonables y cuyo fin sea la prevención a través del castigo ejemplar.

Caumont, Larrañoga y Saux (2012) señalan:

...que en ciertas circunstancias, es una eficaz herramienta de prevención por disuasión respecto de la eventual reiteración de conductas especulativas ... coadyuva a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara, dado que en tales circunstancias el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir (p. 416).

La sentencia por daños punitivos debe ser producto de la razonabilidad judicial y del sano arbitrio en la interpretación del sistema legal y de las causas fácticas que rodean al caso concreto.

Álvarez Larrondo (2009) afirma:

Es que el instituto bajo estudio se planta ante el desdén evidenciado por el empresario para con el destinatario de bienes y servicios (débil de conocimientos técnicos sobre los bienes ofertados); se planta ante la ganancia proyectada como resultado de la mentira o el abuso, en una relación de costo beneficio que torna conveniente la lesión en base a la cuantificación y proyección de los eventuales reclamos; se planta ante la predilección por la ganancia en desmedro de la salud y la seguridad de los consumidores. Ante todo ello es que se erige el nuevo instituto a fin de poner coto al negocio de violar la ley, convirtiéndolo por su intermedio en deficitario. Porque de eso estamos hablando aquí, de dismantelar el negocio de dañar, de defraudar (p. 3).

Por otra parte, las pautas de graduación de la sanción se aprobaron por unanimidad. Asimismo, una mayoría opinó que además de estas pautas se pueden considerar fórmulas matemáticas.

Esto no sería inconveniente alguno si a las pautas de graduación se le suman cálculos matemáticos, pues nuestro sistema laboral de riesgos del trabajo o del derecho de daños utiliza fórmulas o tablas de valor para calcular la indemnización.

A su vez, una minoría sólo aprueba únicamente la utilización de estas fórmulas.

Opinamos que no es válida esta propuesta, pues la utilización única de fórmulas matemáticas no resultan recomendables, ya que le permiten al futuro empresario trasgresor conocer de antemano el monto de una posible condena de daños punitivos. Y de esta forma evaluar si es más rentable transgredir la norma o cumplirla.

Existen precedentes judiciales en los cuales se utilizaron fórmulas matemáticas para la cuantificación de la condena. Los autos son “Castelli María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”, Causa C 119.562. En los hechos, a raíz de una solicitud de tarjeta del crédito, la que nunca fue entregada, el banco dispuso la apertura de una cuenta corriente que generó comisiones e

intereses. La actora solicitó daños punitivos y una condena por daño moral. El Juez de grado rechaza las pretensiones de la actora, no así el Tribunal de Alzada quien ordena cuantificar la condena de daños punitivos a través de una fórmula matemática.

La demandada se queja de la condena y de la utilización de una fórmula para cuantificar el monto por los daños punitivos, interponiendo un recurso extraordinario.

El Máximo Tribunal Provincial rechaza este recurso, confirmando la sentencia de la Alzada.

A nuestro modo de ver las cosas, el juzgador debe ponderar, en primer lugar, las pautas de graduación de la sanción previstas en las normas previstas en el ALDC, para luego, si lo considera necesario, recurrir a las fórmulas matemáticas con el objeto de consolidar el monto de la condena en términos numéricos, es decir, fijar el importe.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho:

...para la determinación de la indemnización es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial como son aquellas contenidas en las tablas de amortizaciones vencidas a interés compuesto y de uso habitual en los Tribunales de Trabajo. Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cierto piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el avenimiento de la inequidad, la inseguridad o la certeza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales fórmulas juegan, por un lado, como un elemento más a considerar –cuando de mensurar un daño y su reparación se trata- junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para que aquella determinación. Y por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos (SCBA, 08/04/2015, Faúndez, Daiana Tamara contra Morinigo, Adrián Alexis y otros s/ Daños y perjuicios).

Un nuevo contrapunto lo marcó el destino de la multa. La mayoría opinó que debe ser el consumidor el destinatario, tal como lo establece el artículo 52 bis de la LDC.

Irigoyen Testa (2019) enseña: “Por supuesto, los incentivos creados hacia las víctimas para accionar judicialmente, serán mayores en caso de que reciban la cuantía en concepto de daños punitivos” (p. 583).

Una primera minoría dijo que en este punto debería admitirse una solución más flexible.

Una segunda minoría afirmó que la ley vigente permite un destino mixto.

Esto no es correcto, ya que el 52 bis de la LDC el monto de la condena lo destina al consumidor.

El ALDC establece que el Juez por auto fundado dispone el destino la multa, esto implica las siguientes posibilidades: que el beneficiario sea exclusivamente el consumidor; o el estado o distintas organizaciones no gubernamentales o ambas partes, es decir se reparta la condena entre el consumidor y el estado o el consumidor las organizaciones, lo que se denomina destino mixto.

Por unanimidad, la Comisión aprueba la inclusión de la prohibición de asegurabilidad de la condena de daños punitivos.

Esta circunstancia no podría ser de otra manera, pues de lo contrario implicaría privar a la figura de daños punitivos de sus funciones preventivas y disuasivas de las conductas contrarias a la ley.

Las conclusiones generales de esta Comisión resultan a favor de los cambios sustanciales del proyecto, como ser la eliminación de la causal de incumplimiento y nuevas pautas de graduación.

Distintos doctrinarios que formaron parte de esta misma Comisión fueron desde la sanción del artículo 52 bis de la LDC críticos en cuanto a la redacción del texto, exigiendo modificaciones.

Estas propuestas de cambios hoy integran el ALDC y son aprobadas en general en este encuentro de Juristas.

4. Conclusión

El texto del artículo 52 bis de la LDC exige cambios, pues claramente la figura de daños punitivos se habilita ante un hecho grave y no frente al incumplimiento contractual.

Esta propuesta de modificación era sostenida por diferentes sectores de la doctrina nacional desde la sanción misma del artículo 52 bis de la LDC.

Hay que señalar que no es positivo para el sistema jurídico que una norma de reciente vigencia como el artículo 52 bis de la LDC deba ser modificada en tan poco tiempo, pues el procedimiento de rectificación no es simple ni expeditivo ni se cumple en corto plazo.

La ampliación de las pautas de valoración de la graduación de la sanción es otra de las modificaciones que revisten importancia. La propuesta incluye un listado que contiene diferentes elementos a considerar para determinar el monto de la condena de daños punitivos. A estas pautas el juez podrá incorporar las propias, pues el listado, en nuestra opinión, es enunciativo.

Esta modificación junto a la nueva causal de habilitación del pedido de daños punitivos representa dos cambios sustanciales y necesarios que no hacen más que confirmar nuestra hipótesis de trabajo.

La cláusula de garantía del artículo 27 de la ALDC que dispone que una parte de la condena se destine al consumidor cuando se configuren prácticas abusivas implica una propuesta que servirá para compensar los padecimientos y el esfuerzo del consumidor en la búsqueda de la justicia.

Las restantes modificaciones, tales como los nuevos legitimados o la posibilidad de que el propio juez aplique daños punitivos de oficio representan toda una novedad, incluso para el derecho en general, quedando las mismas a la espera de lo que resuelva el legislador.

Si bien estas iniciativas no alteran el espíritu del artículo 52 bis de la LDC son bienvenidas.

En relación a la facultad de disponer el destino de la multa por parte de los magistrados, apelamos a que éstos, aplicando su sana crítica, tengan en cuenta el periplo que transitan los litigantes, el tiempo invertido, el esfuerzo realizado y las circunstancias del caso, debiendo resolver a su favor.

Finalmente, y considerando el desequilibrio natural de poder que existe entre empresarios y consumidores celebramos la elaboración de este ALDC.

Alferillo (2009) enseña:

El juez en este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de las asimetrías sociales y económicas producidas por distintas causas, entre las que se destacan: las nuevas tecnologías de producción y la concentración del poder económico (p. 5).

Sin duda el débil es el consumidor o el usuario; en contrapartida, el fuerte es el empresario o productor de bienes o servicios. Este último se encuentra en ventaja con respecto del primero.

Chabas (2009) afirma: “No hay que proteger al consumidor, sino al débil” (p. 1).

En este sentido se orienta el ALDC. A la espera de lo que resuelva el Congreso de la Nación, damos por concluido el presente artículo.

4.1. Nuestras propuestas

Propiciamos que se apruebe el ALDC y se implementen los Juzgados creados mediante la Ley Nacional N° 26.993 a fin de que se garantice un adecuado servicio de justicia en el ámbito del derecho del consumo, pues hay que tener presente que todos somos consumidores en algún momento de nuestras vidas.

5. Bibliografía y fuentes de información

5.1 Bibliografía

Alferillo, P. (2009). *La función del Juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Larrondo, F. (2009). *La consistencia de los daños punitivos*. Buenos Aires: La Ley.

Caumont, A., Larrañoga, L., y Saux, E. (2012). *Daños punitivos en el sistema Civil Argentino*. Uruguay: Anuario de Derecho Civil Uruguayo.

Chabas, F. (2009). *No hay que proteger al consumidor, sino al débil*. Buenos Aires: La Ley.

Irigoyen Testa, M. (2011). *Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur. Recuperado de <https://www.derechouns.com.ar>

Irigoyen Testa, M. (2019). *Comentarios al Anteproyecto de Modificación de Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley. Recuperado de www.thomsonreuters.com.ar/

Le Tourneau, P. (2000). *Derecho de la responsabilidad civil y de los contratos*. Francia: Dalloz. Recuperado de <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/>

López Herrera, E. (2011). *Los Daños Punitivos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sánchez Costa, P. (2009). *Los daños punitivos y su inclusión en la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley

Sprovieri, L. (2010). *La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

5.2 Fuentes de información

Corte Suprema de Justicia de EEUU causa: “*Gertz v. Robert Welch*”, Inc., 418 U.S. 323 de 1974. Recuperado de <https://translate.google.com.ar/translate?hl=es&sl=en&u=https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/&prev=search&pto=aue>

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 de Salta, 06/04/2010, “Gramajo Salomón Juan Pablo contra Telefónica Móviles de Argentina S.A. (Movistar)”. Recuperado de <http://www.justiciasalta.gov.ar>

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-2576/19. Recuperado de <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2576.19/S/PL>

Parlamento del Uruguay. Expte. 3445/2009. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/100428>

Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, 17/10/2018, “Castelli María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=163385&fbclid=IwA>

R29XSmEtk1FnM-

UnNLiHlclXW5Ap5nWBxeTCOS__1PkQw3kXe06f2kBozU

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 08/04/2015, “Faúndez, Daiana Tamara contra Morinigo, Adrián Alexis y otros. Daños y perjuicios”. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/inclides> › descarga PDF

XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe. (2019). Recuperadas de <https://www.fcjs.unl.edu.ar/sitios/jndc/Pages.showSubcategoria&id=1009>