

# UNA NUEVA POLÉMICA SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES: EL DAÑO PUNITIVO Y EL “CASO PROCONSUMER” (\*)

por ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU Y MARÍA CONSTANZA GARZINO

*Sumario: I. Introducción.- II. El caso Proconsumer c. Garbarino.- III. De la legitimación activa de las asociaciones de consumidores en general.- IV. El proceso colectivo y los daños punitivos.- V. Conclusión.-*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de defensa de los consumidores y usuarios es un derecho en permanente formación, que ha tenido un fuerte impulso a partir de su incorporación en la Constitución Nacional, obteniendo el sólido apoyo de la doctrina especializada y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero que todavía no se ha consolidado de modo definitivo.

Quizás, a nuestro juicio, conspira contra ello las incesantes modificaciones que se han producido en la ley 24.240 y sus sucesivas reformas, en cuestiones estructurales como la noción de consumidor y proveedor, o bien la inclusión de nuevas figuras como el daño directo y la multa civil; o la incorporación del proceso colectivo por intermedio de las asociaciones de consumidores. De modo reciente, el Proyecto del Poder Ejecutivo de Unificación Civil y Comercial 2012 confirma el aserto antedicho reformando nuevamente la noción de consumidor, definiendo el contrato de consumo y otras normas de singular importancia, con un criterio por lo menos opinable.

Sin embargo, la jurisprudencia inferior no siempre ha sido consecuente con estos postulados progresistas de esta nueva rama del derecho. Por ejemplo, la legitimación activa de los consumidores en sentido estricto no siempre fue reconocida. En particular, es decir abarcando al Defensor del Pueblo, al Ministerio Público y a las asociaciones de consumidores, tampoco fue receptada al principio. Luego, existió algún consenso pero siempre con criterios amplios y restringidos, según la competencia material o el grado, hasta que se modificó el régimen del consumidor en el año 2008.

Este cuadro de situación no es pesimista. Al contrario, creemos en el avance del derecho en general y su lucha permanente contra la injusticia, parafraseando al jurista Ihering, quien decía: “La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo<sup>1</sup>”.

Por ello, el fallo “Proconsumer c. Garbarino” es una buena oportunidad para destacar el afianzamiento de la doctrina judicial de la Corte Suprema en los tribunales inferiores, en materia de legitimación de las asociaciones de consumidores, y que nos proponemos examinar. Adelantamos, que por nuestra parte, nos detendremos sobre los dos aspectos más relevantes del

---

(\*) Publicado en *Revista de Derecho Comercial, del consumidor y de la empresa (DC, CyE), La Ley, Año V, N° 3, junio de 2014, págs. 136-152.*

<sup>1</sup> IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, traducción directa del alemán por Adolfo GONZÁLEZ POSADA, Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 7.

fallo anotado: *la cuestionada legitimación activa de las asociaciones y su posibilidad o no de solicitar la multa civil en este tipo de procesos colectivos.*

## **II. EL CASO PROCONSUMER c. GARBARINO**

La Cámara Nacional en lo Comercial, sala D, con fecha 8 de noviembre de 2013 dictó sentencia en el caso “Asociación Protección Mercado del Sur (Proconsumer) c. Garbarino S.A.I.C.<sup>2</sup>”, en el cual dispuso confirmar íntegramente el decisorio del inferior, imponiendo las costas por el orden causado, siendo suscripto por los magistrados Pablo D. Heredia y Gerardo G. Vasallo.

### *II.1 De los hechos*

En el caso, la Asociación “Protección Mercado del Sur” (Proconsumer) interpuso demanda contra “Garbarino S.A.I.C.” con el objeto que se ordenara el cese de la facturación mensual del rubro individualizado como “gastos administrativos – emisión” o bien su expresión equivalente para aquellos clientes que realicen operaciones de compra a crédito; se reintegre a los mismos las sumas ya abonadas por dicho concepto, con más la depreciación monetaria y los intereses; y por último, se abone una multa civil por daño punitivo. El monto mensual por el rubro cuestionado, y que se habría cobrado ilegítimamente, ascendía a \$3,99 mensuales.

Corrido traslado, la empresa Garbarino opuso excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción, argumentando además que la asociación actora carecía de legitimación para reclamar la aplicación de la multa del art. 52 bis de la ley 24.240; incluyendo planteos de inconstitucionalidad y la prohibición de indexar.

La jueza de primera instancia resolvió desestimar las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción opuestas en fs. 148/173; circunscribir el reclamo deducido en la demanda a la nulidad o el cese en el cobro y eventual reintegro de los importes percibidos en concepto de "gastos administrativos/emisión" con más la multa civil solicitada; diferir el tratamiento de los planteos de inconstitucionalidad y prohibición de indexar para el momento de dictar la sentencia definitiva; notificar la existencia del juicio y su estado procesal a quienes la actora dice representar; y, por último, imponer sustancialmente las costas a la demandada.

Ante ello, la empresa Garbarino interpuso recurso de apelación, en el cual menciona los agravios siguientes: 1º) La actora carece de capacidad para demandar; 2º) El reclamo es improcedente, pues no existe homogeneidad en los intereses individuales que aquella dice representar; 3º) La pretensora no tiene legitimación para reclamar la aplicación de una multa civil en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240; 4º) La imposición de costas a su parte es infundada. Por su parte, la Fiscal General subrogante se expide aconsejando confirmar la sentencia en crisis.

### *II.2 Del fallo*

El fallo comentado desarrolla los agravios interpuestos por la demandada, con el siguiente orden lógico.

En primer lugar, analiza la *supuesta falta de capacidad para obrar* por parte de la Asociación actora, en cuanto sólo podría representar a sus asociados y no a terceros. Al respecto,

---

<sup>2</sup> CNCom., 08/11/2013, in re “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013.

la Cámara afirma que “la actora ha demostrado que se encuentra capacitada estatutariamente para representar (...) los intereses de consumidores no asociados a ella y que, por ese motivo, se halla debidamente inscripta en los Registros de Asociaciones de Consumidores de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires desde los años 1996 y 2000, respectivamente<sup>3</sup>”.

En segundo lugar, se adentra en el análisis de la *naturaleza jurídica del derecho* que se pretende salvaguardar y quienes son los sujetos habilitados para interponer la acción. En tal sentido, la Cámara sostiene que autos se encuentran afectados los derechos de incidencia colectiva referentes a *intereses individuales homogéneos*, cumpliéndose un hecho único o continuado que provoca la lesión de aquellos y por tanto resulta identificable una causa fáctica homogénea, cumpliéndose los presupuestos exigidos por la Corte Suprema en la conocida sentencia del caso “Halabi<sup>4</sup>”. En tal sentido, concluye que: “La existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (CSJN, “Padec<sup>5</sup>”, consid. 10°); cual es, en el caso, el supuesto cobro de un rubro calificado como ‘ilegítimo’<sup>6</sup>”.

En tercer lugar, afirma con relación a la *falta de legitimación para reclamar el daño punitivo* del art. 52 bis de la LDC, “que si bien es cierto que esa norma establece que ‘a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor’, no es menos cierto que el art. 52 no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o un consumidor individual: todos pueden ejercitar el mismo espectro de acciones. Lo cual conlleva a afirmar que -como regla general- pueden reclamarse daños punitivos en el marco de las acciones colectivas”.

### **III. DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN GENERAL**

En el Capítulo XIV, a partir del art. 55 hasta el 58 de la LDC, se regula a las asociaciones de consumidores, su legitimación, autorización para funcionar, requisitos para obtener su reconocimiento y la promoción de reclamos. Empero, no son las únicas normas ya que de su lectura integral pueden advertirse menciones, entre otras, en los artículos 43 inc. b) (Registro nacional de asociaciones), 52 (Acciones judiciales), 53 (Normas del proceso) y 54 (Acciones de incidencia colectiva).

---

<sup>3</sup> CNCom., 08/11/2013, in re “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, agregando: “En consecuencia, no se advierten óbices para que la actora deduzca, en los términos del párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva de las características de la intentada en autos (CSJN, 21.8.13, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales”, consid. 13°)”.

<sup>4</sup> CSJN, 24/02/2009, in re “Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 s. amparo”, LL 2009-B, 157; Fallos: 332:111. En dicho fallo, la Corte Suprema esquematizó las diferentes categorías de derechos tutelados, a saber: 1°) Los individuales; 2°) Los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y 3°) Los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Esta idea ya había sido adelantada, por autorizada doctrina, como manera de bajar costos de acceso a la justicia, afirmando: “Los que se ocasionan a la estructura judicial, por ejemplo, en el caso de los intereses individuales homogéneos, que permiten disminuir la cantidad de juicios relativos a un mismo objeto, concediéndole efectos expansivos a la cosa juzgada”. Cfr., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 22

<sup>5</sup> CSJN, 21/08/2013, in re “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, S.C. P. 361, L.XLIII.; La Ley Online AR/JUR/44235/2013.

<sup>6</sup> CNCom., 08/11/2013, in re “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013.

### III.1 Legitimación de las Asociaciones de consumidores. De los requisitos

Las asociaciones de consumidores han sido definidas como “entidades intermedias defensoras de intereses colectivos, con facultades asignadas por el derecho positivo que les permiten actuar efectivamente para la consecución de sus fines<sup>7</sup>”. Por *derecho colectivo*, siguiendo el criterio de la Corte Suprema, Balbín lo define “como el interés que recae sobre bienes comunes e indivisibles y, a su vez, indisponibles<sup>8</sup>”.

En materia de *legitimación*, se dispone su actuación a la previa condición que estuvieran debidamente registradas (art. 43 inc. b, LDC), como *presupuesto de admisibilidad* en orden a su legitimación activa. Sin embargo, se ha afirmado que “el requisito constituye sólo una exigencia de juridicidad y no una superposición de inscripciones en registros especiales, aunque la Ley de Protección al Consumidor, establece la solución contraria<sup>9</sup>”. Es dable advertir que la *ley no limita* de ninguna manera la actuación de las asociaciones de consumidores, por lo que debe “interpretarse con criterio amplio su legitimación y reconocerle la facultad de interponer todas las acciones que protejan al usuario y al consumidor, ya sean amparos, cautelares, inhibitorias, resarcitorias o punitivas; ello en virtud de la interpretación a favor del consumidor que debe imperar en las normas que regulan las relaciones de consumo (conf. Art. 3º, LDC)<sup>10</sup>”.

En particular, el art. 52 de la LDC resulta aplicable en virtud que dispone que las asociaciones de consumidores puedan ser actoras, esto es tienen legitimación activa, para promover acciones de incidencia colectiva<sup>11</sup>. Ha sido susceptible de crítica que, en la mayoría de las jurisdicciones, el proceso sumarísimo no permite la interposición de excepciones previas, con lo cual “el magistrado que interviene únicamente podrá analizar la legitimación de aquel que promovió la acción en ocasión de dictar la sentencia definitiva, con el dispendio jurisdiccional que ello implica y la posibilidad de la pérdida del derecho por parte del consumidor por el transcurso del plazo de prescripción<sup>12</sup>”.

El art. 55 de la LDC establece que serán constituidas como *personas jurídicas* reconocidas por la autoridad de aplicación y de este modo estarán legitimadas para promover

<sup>7</sup> TINTI, Guillermo P. – CALDERÓN, Maximiliano R., *Derecho del consumidor. Ley 24.240 con las modificaciones de la ley 26.361*, 3ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011, pág. 261.

<sup>8</sup> BALBIN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, pág. 368: “Por el contrario, el derecho subjetivo es el interés que recae sobre bienes individuales, divisibles y disponibles”.

<sup>9</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 1, pág. 386

<sup>10</sup> Conf., SÁENZ, Luis R. y SILVA, Rodrigo en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. – PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. 1, pág. 588. En lo que resulta trascendente, acto seguido, agregan: “Es oportuno señalar, también, que la legitimación que la ley les reconoce a las asociaciones de defensa del usuario y consumidor, no implica que deba aceptarse la posibilidad contraria, es decir, que este tipo de asociaciones tengan legitimación pasiva para ser demandadas en un proceso iniciado por la contraparte de los usuarios y consumidores de consumo”.

<sup>11</sup> Conf., BALBIN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, pág. 432: “en síntesis, es posible afirmar que los derechos colectivos definidos por el propio convencional, tales como el ambiente, la competencia, los usuarios y los consumidores siempre constituyen ‘un caso de incidencia colectiva’ que es claramente distinto ‘del caso judicial clásico’”. Ampliando el concepto, se ha dicho: “Los grupos pueden promover acciones colectivas, pueden tener legitimación para obrar por intereses difusos, pueden obtener una sentencia colectiva, pronunciada por el juez al resolver una controversia que tiene efectos expansivos, pues alcanza a todos lo que están en la misma situación resuelta pero no han participado en el juicio”. Cfr., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 80.

<sup>12</sup> Conf., VIEL TEMPERLEY, Facundo, “Acciones colectivas. Dificultades prácticas”, LL, 2008-C, 996.

acciones cuando sean afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios. El art. 56 de la LDC, por su parte, expresa que deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales, estableciendo en nueve incisos los objetivos que deben perseguir. En lo que nos interesa, el art. 57 *in fine* establece las *condiciones especiales* que requieren estas organizaciones para obtener su reconocimiento legal con el objetivo final de evitar la injerencia externa, ya sea política o de grupos económicos, que vicien su identidad como organizaciones de defensa del consumidor y del usuario. En el derecho comparado, por ejemplo, el art. 38 de la Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua, incluye como prohibición la percepción y ayuda de las empresas que suministren bienes o servicios a los consumidores<sup>13</sup>. El art. 23 de la LGDCU de España reafirma también la *independencia* de las asociaciones frente a las empresas y los poderes públicos<sup>14</sup>, quienes como regla general no pueden “dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios<sup>15</sup>”.

Empero, este art. 57 incluye un párrafo que induce a confusión, y que reza: “Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores las asociaciones civiles deberán acreditar...” La confrontación de los textos de los arts. 55 y 57 admite, por lo menos, dos lecturas, una amplia y la otra restringida: 1º) En la *amplia*, cualquier persona jurídica, de las reguladas en el art. 33 del Cód. Civil, una vez que ha obtenido su personería jurídica por la autoridad de contralor (nacional o local, según corresponda), mientras cumpla con los objetivos enumerados en el art. 55, puede obtener reconocimiento de la autoridad de aplicación para defender los intereses de los consumidores; 2º) Para la *restringida*, las asociaciones de consumidores deben asumir la naturaleza jurídica de asociaciones civiles y además cumplir con los objetivos legales para obtener reconocimiento de la autoridad de aplicación.

Por la postura amplia, se ha expedido la doctrina<sup>16</sup> y la jurisprudencia<sup>17</sup> más calificada, afirmándose que “siempre que no se encuentre controvertido que los estatutos de la entidad de defensa de los consumidores establezca otra finalidad que la prevista en el art. 56 LDC, no existe

---

<sup>13</sup> Ley de defensa de los consumidores de Nicaragua, art. 38: “No podrán disfrutar de los beneficios reconocidos en esta ley; las asociaciones que concurren en alguna de las siguientes circunstancias: a) Percepción de ayuda o subvenciones de las empresas o agrupaciones de empresas que suministren bienes, productos o servicios a los consumidores; b) Realizar publicidad comercial y no meramente informativa de bienes productos o servicios”.

<sup>14</sup> Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, texto ordenado mediante el Real Decreto 1/2007. Art. 23 párrafo tercero: “Las asociaciones de consumidores y usuarios deben actuar para el cumplimiento de sus fines con independencia frente a los operadores del mercado y a los poderes públicos, sin que la obtención de subvenciones u otros recursos públicos concedidos en base a criterios de objetividad puedan mermar tal independencia”.

<sup>15</sup> Conf., PIPAÓN PULIDO, Jorge G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 137.

<sup>16</sup> Comparte la postura amplia WAJNTRAUB, Javier H., “Análisis exegético de la ley. El sistema de control de las cláusulas abusivas”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H, GOZAÍNI, Osvaldo A., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 297 y sig. Desde el derecho administrativo, se ha dicho: “Por nuestro lado opinamos que cualquier instrumento de protección de derechos (garantías) es necesariamente operativo. Pensemos que la Corte reconoció incluso garantías no previstas en los textos normativos de modo que –con más razón– las garantías incorporadas expresamente en el marco constitucional deben ser aplicadas por los jueces, sin perjuicio del poder del Legislador de regular su ejercicio en términos razonables y en cumplimiento del mandato constitucional”. Cfr., BALBIN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, pág. 447.

<sup>17</sup> Por todos: CNFed.CAdm., sala I, julio 17-1997, in re “Consumidores Libres Coop. Ltda. De Prov. De Serv. Acc. Com. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, Lexis N° 60000427.

razón para denegarles su autorización para funcionar<sup>18</sup>”. Por la postura restringida, en cambio, ha sido la propia Administración quien ha sostenido, a través del dictado de resoluciones administrativas<sup>19</sup>, que sólo las asociaciones civiles pueden obtener autorización o reconocimiento para ser defensoras de los derechos de los consumidores.

El debate se ha puesto en su justo término, afirmando que “las asociaciones intermedias deben necesariamente alegar y probar el vínculo entre el caso bajo debate y los fines y objeto que persiguen y, además, el derecho colectivo lesionado<sup>20</sup>”.

Por nuestra parte<sup>21</sup>, compartimos la posición amplia en virtud que el art. 55 utiliza el género *personas jurídicas* permitiéndose que una asociación civil o fundación, e incluso una cooperativa, siempre y cuando *recepte en sus estatutos* los fines enumerados en el art. 56 y no desarrolle ninguna de las condiciones prohibidas del art. 57, se encuentra *habilitada* para defender los intereses de los consumidores, y por ende, no puede denegársele la autorización administrativa. A todo evento, debe aplicarse el art. 3 de la LDC que constituye la regla de oro en materia consumerista.

El fallo anotado ha seguido este criterio amplio, considerando del análisis de los estatutos de Proconsumer que se encontraba habilitada para promover la acción colectiva de marras y representar a este grupo o colectivo de consumidores; y además contaba con la inscripción legal, tanto en la Nación como en la Ciudad de Buenos Aires, demostrándose su capacidad de obrar, que había sido cuestionada por Garbarino.

### *III.2 Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial*

El Anteproyecto<sup>22</sup> de reforma del Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión de juristas designada por Decreto PEN N° 191/11 intentó plasmar criterios legales permanentes para llenar la laguna normativa denunciada en “Halabi”.

Así, en el Título Preliminar, Capítulo 4, art. 14 denominado como “Derechos individuales y de incidencia colectiva”, expresó:

#### **ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva.**

“En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa

<sup>18</sup> Conf., SÁENZ, Luis R. y SILVA, Rodrigo en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. – PICASSO, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. 1, pág. 699.

<sup>19</sup> Por todas: Res. SICyM N° 461/99, art. 1.: “Las asociaciones de consumidores constituidas como asociaciones civiles con personería jurídica, de acuerdo a los Artículos 55, 56 y concordantes de la Ley N° 24.240 quedarán autorizadas para funcionar en el ámbito nacional a partir de la inscripción en el REGISTRO NACIONAL DE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES siempre que acrediten su actuación efectiva, a través de la entidad madre y filiales o delegaciones u otros nombres que adopten, en DOS (2) o más jurisdicciones locales, ya sean provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello sin perjuicio del registro que lleven las autoridades locales de aplicación para las asociaciones que funcionen únicamente en sus respectivas jurisdicciones”.

<sup>20</sup> BALBIN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, pág. 447.

<sup>21</sup> Cfr., ARIAS CÁU, Esteban J.- VERA MOHORADE, Guillermo M., “La autoridad de aplicación de la ley 24.240 y sus atribuciones (A propósito de la Res. SCI 47/2012)”, *Microjuris*, sección doctrina, julio 17 de 2012, MJD5878.

<sup>22</sup> Ver, Título Preliminar, Capítulo 4 “De los derechos y los bienes”, art. 14 “Derechos individuales y de incidencia colectiva”, en *Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012*, Ediciones Códice, Buenos Aires, 2012, pág. 7.

común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Empero, no se detuvo allí, sino que incluyó una sección específica destinada a los daños a los derechos de incidencia colectiva. Allí, reguló el daño (art. 1745) y los legitimados para accionar; distinguió el daño a los derechos individuales homogéneos (art. 1746) y quienes eran sus legitimados; los presupuestos de admisibilidad (art. 1747) y los alcances de la cosa juzgada de la sentencia en estos procesos colectivos (art. 1748)

### *III.3 Proyecto del Poder Ejecutivo de modificación del Código Civil y Comercial 2012*

El Proyecto del Poder Ejecutivo 2012, de modificación del Código Civil y Comercial, no compartió el articulado proyectado por lo cual sigue siendo necesario arribar a la última instancia judicial para ratificar esta legitimación.

En efecto, se *eliminó* el párrafo que decía “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”. También la sección 5ª ya referenciada arriba.

No se esbozaron las razones de la supresión de la regulación contenida en el Anteproyecto citado. Por ello, compartimos las atinadas reflexiones de Stiglitz quien, las calificó de verdadero desatino, ya que si el Proyecto “reconoce los derechos colectivos, no puede dejar de regular también lo atinente a daños colectivos y acciones colectivas (temas ambos eliminados por observaciones del PEN)<sup>23</sup>”.

El texto aprobado por el Senado de la Nación es el siguiente:

“ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

En definitiva, habrá que esperar a que se apruebe algunas de las leyes que existen en el Congreso sobre acciones o procesos colectivos, u otra que en el futuro se presente. Mientras tanto, sólo contamos con la breve regulación del tema en el art. 43 de la Constitución Nacional, las normas del Capítulo XIII y XIV de la LDC y las existentes en la Ley General del Ambiente 25.675, así como también con los antecedentes jurisprudenciales en los que el Poder Judicial

---

<sup>23</sup> STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición, actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 563: “Pues es ilusorio reaccionar frente a los daños colectivos, a través de las herramientas de fondo (y las acciones) tradicionales, que son propias de los derechos individuales”.

trata de delimitar la legitimación y condiciones de procedencia del proceso colectivo, así como también su desarrollo y fin.

#### III.4 Jurisprudencia relevante en materia de legitimación

Conforme lo destacamos en el proemio, el camino seguido por las asociaciones de defensa de consumidores en pos de obtener un reconocimiento de legitimación procesal ha sido tortuoso<sup>24</sup> y accidentado<sup>25</sup>, conllevando verdaderas resistencias<sup>26</sup> de los tribunales hacia un reconocimiento pleno.

A pesar de la regla de habilitación del art. 43 de la Constitución Nacional y de los estándares fijados por la Corte Suprema in re “Halabi<sup>27</sup>”, muchos tribunales inferiores<sup>28</sup> han planteado cortapisas y restricciones a su acceso a la jurisdicción<sup>29</sup>.

Sin embargo, de modo reciente la Corte Suprema ha convalidado<sup>30</sup> la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, temática que ya hemos tratado y a la cual nos remitimos<sup>31</sup> por razones de brevedad, concluyendo que en el caso se encontraban cumplidos los presupuestos fijados ya en el precedente “Halabi”.

---

<sup>24</sup> CNCom., sala A, 18/10/2012, in re “Adecua c. Citibank N.A. y otro s. ordinario”, LL Online AR/JUR/62519/2012, con nota de ARIAS CÁU, Esteban J. – CALDERÓN, Maximiliano R., “La legitimación activa de las asociaciones de consumidores, un fallo desalentador y una propuesta alternativa”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, junio 2013, págs. 74-85. Sin embargo, en un fallo anterior de la Sala F, se hizo lugar a un planteo similar: CNCom., sala F, junio 14-2011, in re “Adecua c. HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ordinario”, LA LEY 2011-E, 459; DJ 28/12/2011, 84.

<sup>25</sup> CNCom., sala C, 4/12/2012 in re “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”, MJJ78073: En el caso el juez de primera instancia rechazó *in limine* una acción promovida por una asociación de consumidor, decisorio que confirmado por la Cámara sosteniendo que la asociación del consumidor carece de legitimación activa para actuar en interés de las personas físicas que, durante los últimos diez años, hubieran celebrado con la demandada contratos de seguro automotor en los que se hubiera incluido la cláusula según la cual la destrucción total del vehículo se consideraría configurada cuando la realización de los restos del rodado no superara el 20% del precio de su venta al contado, con sustento en el carácter abusivo que atribuyó a esa disposición.

<sup>26</sup> En un trabajo reciente denunciamos esta situación afirmando que habían ciertas luces amarillas en el horizonte consumerista. Cfr., ARIAS CÁU, Esteban J., “La defensa del consumidor: pasado, presente y futuro a la luz del Proyecto de Código Civil 2012”, Microjuris, sección doctrina, 5/06/2013, MJJ6329.

<sup>27</sup> CSJN, 24/02/2009, in re “Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 s. amparo”, LL 2009-B, 157; Fallos: 332:111. Especialmente, considerandos 11º, 12º, 19º, etc.

<sup>28</sup> CNCom., sala B, 3/02/2012, in re “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario”, LA LEY 2012-C, 357, con nota de José Ignacio ONDARCUHU; DJ 12/09/2012, 11 con nota de Javier H. WAJNTRAUB. C. Nac. Com., sala A, 16/10/2012, in re “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, RCyS 2013-III, 242; LL Online AR/JUR/62594/2012.

<sup>29</sup> Cifra la importancia del fallo que comentamos Gil Domínguez en el hecho de que con posterioridad a Halabi “se pudo observar que magistrados y magistradas de algunos fueros asumieron una postura judicial de pleno desconocimiento e inaplicación —como una suerte de rebeldía formalista— de los estándares establecidos en aquella sentencia fundante en torno al sistema de derechos y garantías del Estado constitucional y convencional de derecho argentino”. Conf., GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Vigencia del caso ‘Halabi’”, LL 2013-E, 589.

<sup>30</sup> CSJN, 21/08/2013, in re “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, S.C. P. 361, L.XLIII.; La Ley Online AR/JUR/44235/2013; CSJN, 6/03/2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica comunicaciones Personales S.A.”; CSJN, 6/03/2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN –SC”.

<sup>31</sup> ARIAS CÁU, Esteban J. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Análisis argumental sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores a la luz del fallo ‘Padec c. Swiss Medical’”, DJ, año XXX N° 8, 19 de febrero de 2014, pág. 9-18.



## IV. EL PROCESO COLECTIVO Y LOS DAÑOS PUNITIVOS

### IV.1 El planteo de la cuestión: la posibilidad de solicitar daños punitivos en una acción colectiva

Tal como se deriva de los hechos del caso y del análisis realizado en los apartados anteriores, en este caso, la Sala D de la Cámara Nacional Comercial resolvió una acción donde se encuentran de por medio derechos de incidencia colectiva, pues reconoce un sector particular del gravamen y los individuos afectados pueden ser determinados: los clientes de Garbarino que realizaron compras a crédito, a los que se les cobró los “gastos administrativos- emisión”.

La acción pretende la defensa de un derecho o interés que pertenece a todo un grupo o sector, por un mismo hecho lesivo que los afecta de manera divisible. Concretamente, el objeto de la pretensión es la defensa de los “intereses económicos” de los consumidores y usuarios, derecho que se encuentra expresamente protegido por el art. 42 de la Constitución Nacional, lo que denota la jerarquía que ostenta.

Rusconi<sup>32</sup> explicó que son múltiples las formas en que los consumidores y usuarios a diario ven socavado su patrimonio, y en ocasiones en relaciones “difusas”, que muchas veces pasan inadvertidas para los damnificados. Por su parte, cabe recordar que la acción es deducida por una entidad regularmente constituida, que demostró con sus estatutos que su objeto social se vincula con objeto del juicio (“velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal que hayan sido dictadas para proteger al consumidor”), y en consecuencia, su legitimación es incuestionable.

En este marco, la Asociación también pretende que se aplique a la empresa demandada la sanción prevista en el art. 52 bis de la LDC, y es ésta la pretensión que merece un análisis particular dadas las características del proceso en cuestión y las notas distintivas del instituto.

### IV.2 La multa civil prevista en el art. 52 bis de la LDC

La figura del “daño punitivo<sup>33</sup>”, o la “sanción pecuniaria disuasiva” como originariamente lo denominó la primera redacción del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con la sanción de la ley 26.361<sup>34</sup>, que modificó la LDC en año 2008.

Pizarro<sup>35</sup>, al referirse al daño punitivo, sostuvo que son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Por su parte, Trigo Represas y López Mesa<sup>36</sup> señalaron que los daños punitivos constituyen un “plus” de indemnización que se concede al perjudicado y que excede del que le corresponde según la

---

<sup>32</sup> RUSCONI, Dante, *Manual de derecho del consumidor*, 1ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 101.

<sup>33</sup> Nos remitimos al estudio terminológico de CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 31 y sig.

<sup>34</sup> Ley 26.361, *Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias*, Promulgada Parcialmente: Abril 3 de 2008, disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm>.

<sup>35</sup> PIZARRO, Ramón D., *Daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 374.

<sup>36</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 557.

naturaleza y alcance de los daños. La jurista Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>37</sup> explicó que la idea implícita en esta herramienta sancionatoria está en que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia humana: *la reparación integral deja entonces insoluto la lesión al sentido de justicia.*

En igual sentido, Zavala de González y González Zavala<sup>38</sup> expresaron que era necesaria la recepción normativa de la institución pues, en muchos casos, la equidad y la seguridad no se satisfacen con el sólo resarcimiento del daño, y por ende, se precisa una reacción más vigorosa ante conductas nocivas que lastiman el sentimiento de justicia.

Desde el punto de vista doctrinario, se ha conceptualizado la figura: “Puede decirse que los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad<sup>39</sup>”.

Concretamente, el daño punitivo es regulado en el art. 52 bis de la LDC que dispone:

*“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”.*

La norma ha sido criticada por la doctrina patria<sup>40</sup> por diversas razones, siendo la principal que no brinda los requisitos de procedencia de la multa civil sino que simplemente dispone que se “podrá aplicar contra el proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales”, a instancia del damnificado. Al respecto, los autores nacionales fueron definiendo cuáles debían ser las condiciones o *requisitos* de aplicación del daño punitivo.

---

<sup>37</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 1993, N° 31, pág. 71.

<sup>38</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Indemnización punitiva”, *Foro de Córdoba* N° 38, 1997, pág. 74.

<sup>39</sup> CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 21.

<sup>40</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *La Ley*, 1994-B, 861; BRUN, Carlos A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? Especial referencia a los llamados daños punitivos”, *DJ*, 2004-3-1228; CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 143 y sig.; COLOMBRES, Fernando M., “*Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor*”, disponible en [www.laleyonline.com](http://www.laleyonline.com); PICASSO, Sebastián, *La ley de defensa del consumidor*, Comentada y anotada en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (Directores), *La Ley*, Buenos Aires, 2009, t. 1, pág. 597.

Así, Pizarro<sup>41</sup>, señaló que cabe una interpretación funcional y sistémica de las notas típicas que configuran el daño punitivo, y las sintetizó en las siguientes:

- a) el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales,
- b) la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor,
- c) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal,
- d) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito,
- e) la posición de mercado o de mayor poder del punido,
- f) el carácter antisocial y reprochable de la conducta y su repercusión en el medio,
- g) la finalidad disuasiva futura perseguida,
- h) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, debiendo también considerarse muy especialmente la conducta asumida sea en sede administrativa, sea en sede judicial,
- i) el número y nivel de empleados comprometidos en la conducta de mercado,
- j) los sentimientos heridos de la víctima.

Ahora bien, en esta oportunidad no es nuestro objetivo desarrollar la temática del daño punitivo<sup>42</sup>, pues excede el marco de este trabajo, sino sólo analizarlo en relación a las acciones colectivas, y si quienes las inician éstas están legitimados para su reclamo, cuestión a la cual nos avocaremos más abajo.

### *IV.3 Los legitimados para solicitar la aplicación de la multa civil*

#### *IV.3.1 La resolución de la Cámara*

En el caso anotado, la acción es iniciada por una asociación de consumidores, en representación de los consumidores y usuarios del servicio de pago en cuotas de Garbarino, a los que se les cobró mensualmente “gastos administrativos – emisión”, y en este marco solicitan la aplicación de los daños punitivos a la empresa.

La Cámara, luego de valorar la legitimación de la Asociación Protección Mercado del Sur –Proconsumer- para iniciar la acción, también resolvió que: “el art. 52 bis no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o un consumidor individual: todos pueden ejercitar el mismo espectro de acciones”. Lo cual conlleva a afirmar que – como regla general- pueden reclamarse daños punitivos en el marco de acciones colectivas, a fin de que los consumidores afectados por una eventual práctica abusiva puedan tener alguna reparación –del modo en que establezca la sentencia a dictarse- puesto que difícilmente hubieran reclamado por tal concepto debido a los reducidos montos usualmente involucrados y las dificultades prácticas de distinta índole que existen para efectuar reclamos en materia de evidente exigüidad económica” (considerando 6), con cita de Horacio Bersten.

#### *IV.3.2 La figura del “damnificado”*

---

<sup>41</sup> PIZARRO, Daniel R., “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas*, La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

<sup>42</sup> Para ampliar el análisis ver: JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, M. Constanza, “Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino”, *La Ley*, Diario Jurídico, en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), 19/12/2011, págs. 1 y sig.

El art. 52 bis de la LDC señala que el juez podrá aplicar el daño punitivo a “instancias del damnificado”, lo que nos lleva a preguntarnos qué se entiende por tal noción, y en consecuencia, ¿quiénes están legitimados para solicitar la multa civil?

En primer lugar, consideramos que de la redacción de la norma se desprende que el legislador priorizó la legitimación pasiva antes que la activa, pues comienza expresando: “Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones...”.

Retomando el análisis de la noción de “damnificado”, no cabe duda que éste será el consumidor o usuario que sufrió las consecuencias del incumplimiento legal o contractual del proveedor, y que padeció un daño en su persona o su patrimonio. En síntesis, puede solicitar la aplicación del daño punitivo la persona perjudicada. En otra oportunidad<sup>43</sup> señalamos que en orden a la *legitimación activa* resulta patente que están habilitados para reclamar por daño punitivo todos los sujetos que pueden ser considerados consumidores o usuarios a la luz del art. 1 de la LDC, en relación a las diversas “clases” de consumidor, a saber: el directo, el indirecto y el *bystander* o expuesto.

Sin embargo, la legitimación de las asociaciones de consumidores para solicitar la aplicación de daños punitivos, en particular, no es un tema ampliamente considerado por nuestra doctrina, que en general, se dedicó al análisis del instituto en sí mismo, finalidad, condiciones de ejercicio, constitucionalidad. Así, de modo implícito se reconoció la misma, afirmándose: “Al contrario, consideramos que no sólo el damnificado puede accionar, sino también quien haya adquirido el producto o servicio, por más que éstos no hayan sido consumidos o utilizados por esta persona, sino por alguien de su grupo familiar o social<sup>44</sup>”.

Por nuestra parte, consideramos que la resolución de la Sala D luce acorde a los principios y objetivos del derecho del consumidor, y en especial, a los fines del daño punitivo, por las razones siguientes:

En primer lugar, tal como señaló la Cámara, el art. 52 bis de la LDC no distingue<sup>45</sup> si sólo está legitimado el consumidor “individual” –damnificado- o si también lo está una asociación que lo represente –damnificados-. Consideramos que no corresponde distinguir donde el legislador no lo ha hecho, y mucho menos cuando tal interpretación implicaría un cercenamiento a los derechos del consumidor, contrarios a los fines de la legislación tuitiva.

Además, cabe tener presente que en el caso la Asociación tiene por objeto estatutario “velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal que hayan sido dictadas para proteger al consumidor”, por lo que, representa a los damnificados individuales, en cuyo nombre realiza el reclamo colectivo. Las asociaciones que representan los intereses de determinados grupos de usuarios, se encuentran

---

<sup>43</sup> Cfr., JUNYENT BAS, Francisco, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., GARZINO, M. Constanza, HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor, Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 430.

<sup>44</sup> CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 213.

<sup>45</sup> El tema tampoco fue tratado, por lo menos de modo específico, en las “XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en la “Comisión de Derecho Interdisciplinario”, realizadas en el año 2009 en la ciudad de Córdoba, a poco de la sanción de la ley 26.361. Por lo menos, en las conclusiones no se observa ningún punto concreto.

regladas en los artículos 55 a 58, los que establecen en términos amplios la legitimación para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de sus miembros<sup>46</sup>.

En este sentido, Calderón, Cornet, Franco Carrara, Márquez y Tinti<sup>47</sup> entendieron que las asociaciones pueden promover *todo tipo de acciones*, tanto las relativas a planteos de ilegalidad de conductas, o reclamos relativos a sumas indebidamente cobradas e inclusive acciones de daños, aspecto este último que plantea el análisis de la responsabilidad individual y/o colectiva.

Por su parte, Bersten<sup>48</sup> señaló que el art. 52 de la LDC indica las acciones que son de posible ejercicio y designa los legitimados activos *sin distinguir* entre el individuo y el colectivo, y aclaró que uno y otro pueden ejercer el mismo espectro de acciones, simplemente hay que tener en cuenta que los entes colectivos lo hacen supletoriamente, por lo o que, de presentarse el consumidor individual, cesa la representación. El autor citado agregó que un análisis desde la técnica legislativa, permite advertir que de los arts. 52 y 52 bis, y de todo el Capítulo XIII de la LDC, denominado “De las acciones”, e incluso de la lectura del art. 55, no se derivan diferencias algunas entre las acciones que pueden entablar los individuos y los entes colectivos, por lo que, concluyó que la ley no contiene ningún elemento que establezca diferenciación alguna, por ende no existe motivo técnico alguno para interpretar restrictivamente la legitimación activa para la multa civil. Una digresión: También cabe agregar, como argumento adicional, la ubicación de la multa civil. Así, podría haberse incluido luego del art. 40 de la LDC dentro del Capítulo X “Responsabilidad por daños”, en virtud de su naturaleza de plus de una indemnización; por el contrario, el legislador la incorporó acto seguido del art. 52, en el título II Capítulo “De las acciones”, después de mencionar aquellos legitimados para promover acciones de consumo.

Por el contrario, López Herrera<sup>49</sup> consideró que de acuerdo al texto del art. 54 de la LDC la posibilidad de ejercer las acciones de clase es restringida, y que ellas no están diseñadas para la aplicación de esta clase de multas, aunque añadió que debe permitirse a las asociaciones de consumidores reclamar daños punitivos “en ciertas situaciones particulares”. Por nuestra parte, compartimos parcialmente la opinión del autor citado que, en definitiva, termina admitiendo la legitimación en algunos casos.

En síntesis, consideramos que no hay argumento legal para negarle derecho a las asociaciones de consumidores para solicitar la aplicación del daño punitivo ante daños que merezcan tal sanción<sup>50</sup>. En tal sentido, se ha dicho que “la ley no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o por un consumidor individual; todos pueden ejercitar el mismo espectro de acciones<sup>51</sup>”.

---

<sup>46</sup> Nos remitimos al estudio realizado por CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, pág. 241 y sig.

<sup>47</sup> CALDERÓN, Maximiliano, CORNET, Manuel, FRANCO CARRARA, Juan, MÁRQUEZ, Fernando, TINTI, Guillermo, *Procedimiento Judicial y Administrativo de Defensa del Consumidor*, Córdoba, Alveroni, 2011, pág. 20.

<sup>48</sup> BERTEN, Horacio, “La multa civil en la ley de Defensa del Consumidor. Su aplicación a casos colectivos”, *La Ley*, 19/03/2009.

<sup>49</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos, 1ª edición*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

<sup>50</sup> Está implícito en nuestro comentario del art. 52 bis. Ver la reseña jurisprudencial en JUNYENT BAS, Francisco, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., GARZINO, M. Constanza, HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor, Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 432.

<sup>51</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 564: “Ello llevaría a afirmar la posibilidad de reclamar daños punitivos en el marco de las acciones colectivas”.

#### IV.3.3 La finalidad del daño punitivo

La legitimación de las asociaciones de consumidores para solicitar la aplicación de daños punitivos también debe analizarse desde la perspectiva de la finalidad que el instituto tiene en miras.

Así, teniendo en cuenta las tres funciones de la responsabilidad civil: *prevenir, resarcir y sancionar*<sup>52</sup>. En tal sentido, aclaramos que el daño punitivo busca cumplir con la primera y la última, pues tal como ya referimos al definir el daño punitivo, se trata de un “*plus*” que se suma al *resarcimiento* que pudiera corresponder por el daño ocasionado por el proveedor. En este sentido, Álvarez Larrondo<sup>53</sup> señaló el doble carácter del instituto, pues su finalidad no es sólo la de castigar una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, es decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares.

Por su parte, Irigoyen Testa<sup>54</sup> destacó que la función de los derechos punitivos habilita a distinguir un aspecto principal y otro accesorio; el principal, es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente, y por otra parte, la accesorio, es la sanción al dañador ya que, toda multa civil, por definición, tiene una finalidad sancionatoria por las circunstancias fácticas de ser una condena en dinero extracompensatoria. De tal modo, creemos que habilitando a las asociaciones de consumidores a solicitar la aplicación del daño punitivo se cumple con esta doble finalidad para la cual se creó el instituto, máxime teniendo presente que se trata de ilícitos económicos, que se traducen en prácticas abusivas de ínfima significación económica individualmente consideradas, y por ello denominadas “microdaños”, pero que sumadas significan una gran ventaja económica para la empresa que las recibe en desmedro de los derechos del consumidor.

Consideramos que el hecho que el interés tutelado sea de carácter “económico” no es óbice para la aplicación de este tipo de sanciones. Adviértase que el art. 52 bis de la LDC “castiga” incumplimientos contractuales y legales, sin distinguir entre éstos si se trata de cuestiones de salud, seguridad o patrimonio de las personas. Seguramente la gravedad del hecho surge más palmariamente en cuestiones que afectan a la salud o vida de los consumidores, pero ello no implica la exclusión de otros tipos de derechos vulnerados que también habiliten la aplicación de la multa civil.

En definitiva, lo que se busca es *desalentar* conductas abusivas de las empresas que aprovechando de su situación de poder obtienen beneficios económicos a costas de los consumidores.

La multa persigue una sanción que beneficia directamente a los consumidores lesionados –si el destino del daño punitivo es para ellos, tal como lo manda el actual art. 52 bis- e

---

<sup>52</sup> Tal es la regulación que se promueve en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, tal como lo señaló el Presidente de la Comisión Redactora, Ricardo L. Lorenzetti, quien explicó que la responsabilidad civil tiene tres finalidades que deben incorporarse a la parte general de toda normativa fondal, a saber: preventiva, reparadora y sancionatoria (Conferencia de apertura de las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Tucumán, 2011).

<sup>53</sup> ALVAREZ LARRONDO, Federico, “Un nuevo avance en materia de daños punitivos”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año 2, N° 3, junio de 2011, pág. 115.

<sup>54</sup> IRIGOYEN TESTA, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tomo 5, Córdoba, 2009, pág. 111.

indirectamente a toda la sociedad expuesta a estas prácticas abusivas si se consigue desmantelarlas.

En otra oportunidad ya postulamos<sup>55</sup> que en la sociedad globalizada en la que interactúan grandes corporaciones y con consumidores vulnerables, en desigualdad de condiciones, el daño punitivo se alza como una herramienta eficaz para evitar la reiteración de conductas reprochables, como los "microdaños", que de otro modo seguirían produciéndose. Tal es el caso que estudiamos, y así lo entendió con absoluta lucidez la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio.

#### IV.4.4 El principio de interpretación más favorable al consumidor

En el segundo párrafo del art. 3 de la LDC, se incluyó uno de los principios generales del derecho de defensa del consumidor, el denominado "in dubio pro consumidor", el que tiene aplicación en torno a la interpretación e integración del sistema legal.

Así, concretamente el artículo citado claramente dispone dos reglas de interpretación normativa para resolver problemas hermenéuticos.

Primero, explicita que "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor", lo que implica una regla "interna" del propio sistema consumeril para caso de conflictos interpretativos de su propio articulado. Por otro lado, agrega que: "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica", regla que excede y traspasa el ordenamiento de la LDC para ir más allá, hacia otras disposiciones específicas, como sería el caso de la ley de seguros, tarjeta de crédito, leasing, etc.

Lo dicho tiene sustento en que la LDC es un régimen tuitivo, completo e interrelacionado que permite la protección integral de la parte débil de una relación de consumo. De todo lo dicho se sigue que el principio "in dubio pro consumidor" es otro argumento que fundamenta la legitimación de las asociaciones de consumidores para solicitar la aplicación de daños punitivos, pues si alguna duda pudiera existir respecto de la interpretación de las normas de la LDC en este sentido, debe aplicarse el principio general y resolverse a favor de la pretensión de las asociaciones que tienen por objeto proteger los derechos de los consumidores.

#### IV.4.5 La cuantificación y el destino del daño punitivo. Breve referencia

Una vez aclarado que el daño punitivo es procedente en procesos colectivos iniciados por asociaciones de consumidores, corresponderá determinar el monto de la pena, tarea que le concernirá al juez de la causa, en virtud de los parámetros que brinda el art. 49 de la LDC.

Zavala de González<sup>56</sup> explicó que las pautas aludidas resultan aplicables analógicamente a las multas civiles previstas en el art. 52 bis. En definitiva, en base al art. 49 de la LDC, los parámetros a tener en cuenta a los fines de la cuantificación son: a) el perjuicio resultante de la infracción, b) la posición en el mercado del infractor, c) la cuantía del beneficio obtenido, d) el

---

<sup>55</sup> JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, M. Constanza, "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", La Ley, Diario Jurídico, en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), 19/12/2011, pág. 1-8.

<sup>56</sup> ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Función preventiva de daños", La Ley, 03/10/2011, pág. 1.

grado de intencionalidad, e) la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales y su generalización y e) la reincidencia en la conducta.

Por otro lado, y con respecto al destino del daño punitivo, si bien la redacción del art. 52 bis de la LDC actualmente es clara, cabe hacer alguna alusión al respecto. Así, la norma impone que el juez podrá aplicar una multa civil “*a favor del consumidor*”.

La manda no da lugar a dudas si se piensa en un reclamo individual, pero se complica cuando la acción fue iniciada en defensa de derechos de incidencia colectiva, en los que los sujetos que forman parte del colectivo pueden no estar inicialmente identificados de manera concreta, a pesar de que son “determinables”.

Por su parte, el art. 54 de la LDC, al regular las acciones de incidencia colectiva, y concretamente la homologación de transacciones, en el último párrafo brinda algunas bases sobre las cuales la sentencia deberá ordenar la reparación integral en caso de cuestiones de contenido patrimonial. La norma reza: “*Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda*”.

En estos casos, consideramos que el juez deberá, en primer lugar, implementar el modo en que se llevará a cabo la determinación de los sujetos “damnificados”, y luego, definir la forma en que se distribuirá la multa entre ellos. Esto al menos mientras se mantenga la actual redacción del art. 52 bis de la LDC<sup>57</sup>, de lo contrario podría pensarse en otra alternativa<sup>58</sup> como por ejemplo, si es factible destinar un porcentaje a la asociación y otro a los consumidores.

En el caso bajo análisis, el modo de distribución de la multa civil se ha postergado para una nueva sentencia, una vez que sea cuantificado el monto de aquella.

Como una opción para la efectivización del cobro de indemnizaciones en procesos colectivos, se ha propuesto “que cuando sean varios los damnificados se tenga en cuenta la articulación de un fondo para distribuir en proporción al daño de cada uno de los integrantes de la clase y así permitir una adecuada distribución de la multa civil, reflejando de esta manera el impacto de la conducta reprochable a favor del colectivo o clase<sup>59</sup>”.

---

<sup>57</sup> Recordemos que el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en su ley complementaria, que modificaría el art. 52 bis de la LDC, dispone que: “...La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada...”.

<sup>58</sup> Se ha propuesto: “Hasta tanto se dicte una legislación que aclare o reglamente los requisitos, la única posibilidad que existe de reclamar daños punitivos a grupos de consumidores es, que en el objeto de la entidad se haga constar expresamente que entre sus atribuciones está el promover acciones de daños punitivos, detallándolas si es posible”. Cfr., LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 2ª edición, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, pág. 393.

<sup>59</sup> JUNYENT BAS, Francisco, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., GARZINO, M. Constanza, HEREDIA QUERRO, Juan S., *Ley de defensa del consumidor, Comentada, anotada y concordada*, Errepar, Buenos Aires, 2013, pág. 437.



En síntesis, en este tipo de procesos, el legislador optó por la corriente activista, indicando que será labor del juez desentrañar la mejor forma de identificar a los integrantes del grupo –excluyendo a los que ejercieron su derecho al “opt out”–, cuantificar el monto del daño punitivo, y finalmente, diagramar el modo en que será distribuido entre los diversos integrantes del colectivo.

## V. CONCLUSIÓN

Se infiere de nuestro comentario que estamos de acuerdo con el fallo “Proconsumer” puesto que aplica la mejor doctrina y en especial la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de proceso colectivo. Restará saber cómo se distribuye el monto de la multa civil, cuestión fáctica hartamente complicada y espinosa, en virtud de carencia de regulación por parte de la Ley 24.240, y de la cual —por ahora— descartamos desarrollar.

El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial tenía algunas normas que podrían haber guiado al intérprete en su decisión; por supuesto, sin perjuicio de la modificación de la multa civil que, en principio, no compartimos del todo. Empero, el Proyecto que cuenta con media sanción del Senado de la Nación ha *eliminado* las pocas normas que podrían haber ayudado en la solución; aspecto, ahora sí, sobre el cual disintimos completamente.

Lo tomamos como un jalón más en la lucha del derecho en contra de la injusticia. Terminamos como empezamos, con una cita de Ihering, quien afirmaba que esta “lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre en contra los ataques de la injusticia<sup>60</sup>”.

---

<sup>60</sup> IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, traducción directa del alemán por Adolfo GONZÁLEZ POSADA, Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 8, quien remata: “La lucha no es, pues, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea”.