

XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y II
Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor

Comisión N°1: *Consumidores hipervulnerables*

**LOS DAÑOS PUNITIVOS Y SU RELACIÓN CON LOS
CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES**

RESUMEN:

- 1) Los daños punitivos establecidos en el artículo 52 bis de la Ley 24240 constituyen un mecanismo eficaz para la prevención de daños a los consumidores, principalmente para los consumidores hipervulnerables.
- 2) Los daños punitivos constituyen una poderosa herramienta para fortalecer, incentivar y facilitar el acceso a la justicia de los consumidores hipervulnerables.
- 3) Las conductas indiferentes a los derechos de los consumidores hipervulnerables por parte de los proveedores constituyen *per se* una conducta gravemente reprochable a los fines de establecer la procedencia de los daños punitivos.

Por Ezequiel N. Mendieta

Ayudante de segunda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

LOS DAÑOS PUNITIVOS Y SU RELACIÓN CON LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES

I.- INTRODUCCIÓN

Como consumidores y usuarios de diferentes productos y servicios, los habitantes se encuentran expuestos ante riesgos introducidos por el proveedor a través de los productos y servicios que este comercializa. En efecto, vivimos en una “sociedad del riesgo”¹, la cual se caracteriza principalmente por el aumento exponencial de las situaciones de peligro e inseguridades a las cuales se encuentra expuesto el consumidor como consecuencia de la industrialización.

En virtud de ello, los miembros de la comunidad esperan de los distintos proveedores que adopten las medidas razonables de seguridad necesarias a los fines de evitar la causación de daños. Asimismo, también se espera que dichos sujetos desarrollen buenas prácticas con el objeto de no vulnerar los derechos de los consumidores.

Sin embargo, se pueden encontrar casos en los cuales los proveedores introducen productos riesgosos en el mercado a sabiendas sin identificar debidamente el peligro que ello conlleva o desarrollan prácticas con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores.

En este contexto, es dable destacar que en la sociedad actual, existe una desigualdad incluso entre los consumidores. En efecto, existen ciertos grupos de ellos que, a la vulnerabilidad que presentan como consumidores, se les suma otra situación de desventaja. Entre estos casos, se puede mencionar a aquellos a los que pertenecen a un grupo desaventajado tales como ancianos o personas con discapacidad.

Por otro lado, los daños punitivos constituyen una herramienta jurídica versátil que permite el cumplimiento de diversas funciones. Entre las clásicas, se puede mencionar la prevención de futuros daños y el castigo de una conducta gravemente reprochable. Sin embargo, también puede destacarse como un incentivo a los consumidores para que inicien las demandas en defensa de sus derechos.

Es por ello que en este trabajo, me propongo a exponer los beneficios que conlleva la aplicación de los daños punitivos en materia de protección de los derechos del consumidor hipervulnerable. En este sentido, se buscará determinar que la grave inconducta por parte del proveedor hacia los derechos del consumidor vulnerable constituye *per se* un supuesto de procedencia de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la Ley 24240.

Finalmente, se propiciará el uso de los daños ejemplares como herramienta para romper las barreras que puedan existir para el acceso a la jurisdicción. Es decir, puede utilizarse como una forma de dársele visibilidad a un reclamo mediante la aplicación de una multa ejemplar a aquel proveedor, aprovechando las circunstancias del consumidor o la insignificancia del monto del proceso, haya obtenido un rédito a sabiendas y con grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores. Un caso de esto pueden ser los consumidores vulnerables o hipervulnerables, quienes en varias ocasiones se ven afectados por la denegación al acceso a la jurisdicción por diversos motivos, ya sean económicos, de información o por la insignificancia económica que tiene su reclamo.

¹ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 2008, pág. 24. El autor acuñó este término para describir una serie de fenómenos que padecía la sociedad moderna como consecuencia de la industrialización. En los últimos tiempos, extendió el concepto y llegó a esbozar la teoría de la “Sociedad del riesgo mundial”, en la cual destacaba el desvanecimiento de las fronteras y las amenazas globales que acechan a la sociedad hoy en día tales como el riesgo ambiental o el terrorismo.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

II. LOS DAÑOS PUNITIVOS Y LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES

Es dable comenzar delimitando el concepto de consumidor hipervulnerable. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la situación de vulnerabilidad estructural en la que se encuentra el consumidor², resulta importante mencionar que existe una categoría dentro del mencionado grupo que se encuentra en mayor desventaja.

En este sentido, se han referido a los consumidores hipervulnerables como “... aquellos consumidores a los que su vulnerabilidad estructural de ser condición de tales se suma otra, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias”³.

Así las cosas, corresponde adentrarse en el análisis de la relación entre los daños punitivos y los consumidores hipervulnerables. En este sentido, al relevar la jurisprudencia tanto local como extranjera, puede colegirse que dicha relación aparece de manera subyacente, de forma poco clara, casi imperceptible, como si la interacción entre ambos conceptos fuese inconsciente.

Sin perjuicio de ello, ello no quita que los daños punitivos hayan procedido ante casos en los cuales se presentó un grave menosprecio hacia los derechos de los consumidores hipervulnerables o que dicha condición fuese considerada como suficiente para tener por acreditado el elemento subjetivo agravado que se requiere para su procedencia. A continuación, se verán algunos ejemplos

II.A. Los daños punitivos y los consumidores hipervulnerables en el derecho comparado

De los precedentes que nos ofrecen los países que cuentan dentro de su ordenamiento jurídico con daños punitivos, indefectiblemente debemos analizar las sentencias de Estados Unidos —país con mayor desarrollo del instituto— y del Reino Unido.

En primer lugar, es importante destacar algunas precisiones esbozadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuyas sentencias parecieran considerar que el menosprecio a los derechos de un consumidor hipervulnerable constituye una grave inconducta que habilitaría la aplicación de daños punitivos. De este modo, se puede citar lo decidido en “BMW v. Gore”⁴, en donde se utilizó como ejemplo de conducta gravemente reprobable la vulnerabilidad financiera⁵.

Por su parte, especial atención merece el fallo “State Farm v. Campbell”⁶. El caso versó sobre el accionar de una compañía de seguros quien, a raíz de un accidente producto de la negligencia de Señor Campbell, se negó a pagar el siniestro aun cuando sus propios investigadores determinaron la procedencia del reclamo. Ante lo tortuoso del litigio, las víctimas acordaron con el responsable del hecho para desistir de la demanda a cambio de que éste iniciase una acción por mala fe contra su compañía, representado por sus abogados, obteniendo el 90% del monto de la condena.

² Corte Sup., 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, FLP 8399/2016/CS1 (v. Cons. 17°); Corte Sup., 19/03/2014, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ DNI – Disp. 622/05 (exp. 29.184/02)”, B. 721. XLIV (Voto del Sr. juez Ricardo Lorenzetti, Cons. 13°) y Fallos: 340:172.

³ BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, Diario La Ley del 23/03/2018, pág. 1. Cabe destacar que la temática de consumidor hipervulnerable ha tenido un profuso desarrollo en los últimos 10 años. Para ello, basta con recorrer las nuevas Directrices para la Protección de los Derechos de los Consumidores de la Organización de las Naciones Unidas (Resolución 70/2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas) o la Resolución dictada el 22 de mayo de 2012 por el Parlamento Europeo para vislumbrar las distintas formas de protección que se comenzó a brindarles a los consumidores hipervulnerables.

⁴ 517 U. S. 559 (1996).

⁵ Específicamente sostuvo: “*In this case, none of the aggravating factors associated with particularly reprehensible conduct is present. The harm BMW inflicted on Dr. Gore was purely economic in nature. The presale refinishing of the car had no effect on its performance or safety features, or even its appearance for at least nine months after his purchase. BMW’s conduct evinced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others. To be sure, infliction of economic injury, especially when done intentionally through affirmative acts of misconduct, id., at 453, or when the target is financially vulnerable, can warrant a substantial penalty.*” (Lo subrayado no pertenece al original).

⁶ 538 U. S. 408 (2003).

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

Finalizado este proceso, el Señor Campbell le inició a State Farm una acción por mala fe, fraude y daño moral intencional. Como consecuencia de ello, la Suprema Corte de Utah le concedió al actor la suma de U\$S 2.600.000 como indemnización por los daños sufridos y U\$S 145.000.000 de daño punitivo.

Ante ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó el fallo del supremo tribunal estatal y mandó a dictar un nuevo pronunciamiento. De esta manera, confirmó los criterios establecidos en el caso “Gore”⁷ y mantuvo su doctrina de no establecer fórmulas matemáticas⁸.

En ese contexto, se enumeraron una serie de conductas gravemente reprobables que darían lugar a la aplicación de daños punitivos. Entre esas conductas podemos destacar que se hizo referencia a aquellas que demostraran una grave indiferencia hacia la salud o la seguridad y aquellas que tuvieran como objetivo aprovecharse de la vulnerabilidad financiera⁹.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar la disidencia efectuada por el juez Ginsburg, quien valoró la conducta desplegada por la aseguradora de manera incisiva. En efecto, destacó el testimonio brindado por varios ex empleados de State Farm, quienes declararon haber sido entrenados para contratar con personas débiles jurídicamente, tales como ancianos, personas de bajos recursos o consumidores que no conociesen plenamente sus derechos, es decir, todos aquellos que no pudieran defenderse correctamente¹⁰. De este modo, consideró que, en el caso, el Señor Campbell encuadraba dentro de estas categorías detalladas anteriormente¹¹.

En resumen, se puede colegir que, a la hora de meritarse la procedencia de los daños punitivos, de alguna manera se percibe y se valora la hipervulnerabilidad que pueda presentar el consumidor, considerándose como una conducta gravemente reprochable pasible de ser sancionada mediante la aplicación de la multa civil.

II.B. Los daños punitivos y los consumidores hipervulnerables en la jurisprudencia argentina

El tratamiento de los consumidores hipervulnerables por parte de nuestros jueces es casi inexistente. Sin embargo, existe una conexión inextricable entre los daños punitivos y los consumidores desaventajados. En efecto, no resultó casual que el primer caso en el cual se aplicó la multa civil contemplada en el artículo 52 bis de la LDC se trató de una vulneración a los derechos de un consumidor con discapacidad. A continuación, se expondrán algunos casos dados en la jurisprudencia local.

En caso “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A.”¹² es un claro ejemplo de la relación que se puede dar entre los daños punitivos y los consumidores hipervulnerables.

En este sentido, la Cámara realizó un relevamiento normativo estimando la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, hasta la Ordenanza N° 13.007 sancionada por el Concejo Deliberante del Municipio de General Pueyrredón.

⁷ 538 US 408, 418 (2003).

⁸ 538 US 408, 424 (2003).

⁹ 538 U. S. 408, 419 (2003). En concreto, el tribunal sostuvo lo siguiente: “... the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others; the target of the conduct had financial vulnerability...”. Lo subrayado no pertenece al original.

¹⁰ 538 U.S. 408, 433 (2003). En particular, el juez manifestó lo siguiente: “The trial court further determined that the jury could find State Farm’s policy ‘deliberately crafted’ to prey on consumers who would be unlikely to defend themselves. *Id.*, at 122a. In this regard, the trial court noted the testimony of several former State Farm employees affirming that they were trained to target ‘the weakest of the herd’—‘the elderly, the poor, and other consumers who are least knowledgeable about their rights and thus most vulnerable to trickery or deceit, or who have little money and hence have no real alternative but to accept an inadequate offer to settle a claim at much less than fair value’”.

¹¹ “The Campbells themselves could be placed within the ‘weakest of the herd’ category. The couple appeared economically vulnerable and emotionally fragile”.

¹² C. 1° de Apel. en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, del 25/05/2009, LL 2009-C-647.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

El tribunal, finalmente, terminó confirmando el monto de \$30.000 fijados en primera instancia en concepto de daños punitivos¹³.

El fallo en cuestión es clave, puesto que se trató del primer caso en materia de daños punitivos en nuestro país. Acrecienta su interés el hecho de que se eligiese un caso en materia de discapacidad, uno de los grupos protegidos específicamente por el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional. A su vez, fue el puntapié inicial de una serie no muy extensa de fallos que consagran la finalidad disuasoria y/o sancionatoria, en algunos casos, de los daños punitivos.

Pocas dudas caben del carácter acertado de la decisión de ambas instancias judiciales (la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, falló con posterioridad en el mismo sentido¹⁴) ya que el trato dispensado al Señor Machinandearena no sólo evidenció la falta de empatía de la empresa demandada respecto de aquellas personas con discapacidad motriz (siendo extensivo también a ancianos e incluso madres con carritos de bebés) al no proveer un acceso para este grupo, sino también al proveer como única solución en dichas circunstancias una atención en la calle, ya que se negaba a ingresarlo al establecimiento cargando la silla de ruedas entre dos personas, por temor a provocar un accidente.

El efecto disuasorio, afortunadamente, se vio cumplimentado, ya que, con posterioridad, Movistar colocó una rampa en dicho local. Sin lugar a dudas, los costos de construir una rampa *versus* el pago de una eventual condena por daños punitivos a cada uno de los individuos con discapacidad motora que pretendieran asistir al lugar es extraordinariamente inferior.

De allí, la importancia del fallo que nos ocupa. No es sólo el primer caso de daños punitivos resuelto en Argentina que, a su vez, versa sobre consumidores hipervulnerables sino que es, tal vez, el fallo más esclarecedor para comprender de qué se habla, cuando se habla de daños punitivos.

Por otro lado, es dable mencionar el caso “G. I. T. c/ Swiss Medical SA s/ ordinario”¹⁵, en el cual se trató la imposición de los daños punitivos ante la falta de cobertura médica a un menor con discapacidad. El fallo, estableció un estándar que merece ser puesto de resalto: “tolerancia cero”¹⁶ en casos de discapacidad. Es decir, frente a situaciones dañosas en las que se ponen en juego derechos del grupo personas con discapacidad, no deben haber dudas respecto a la existencia de responsabilidad en relación a las empresas de medicina prepaga, en la materia del caso, fundamentalmente cuando lo que está en juego es el derecho a la salud, de forma tal que la aplicación de daños punitivos es una consecuencia necesaria¹⁷. De

¹³ SCBA, “Machinandearena Hernández Nicolás v. Telefónica de Argentina S.A.”, del 06/11/2012, Citar ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3381/2012. En particular, sostuvo que “... se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil”.

¹⁴ SCBA, “Machinandearena Hernández Nicolás v. Telefónica de Argentina S.A.”, del 06/11/2012, Citar ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/3381/2012.

¹⁵ C. Nac. Com, sala B, “G. I. T. c/ Swiss Medical SA s/ ordinario”, RCyS 2016-IX, 89.

¹⁶ Puntualmente, los jueces de Cámara sostuvieron lo siguiente: “No tengo duda de que la falta en que incurrió ‘Swiss Medical’ fue cruel y grosera, existiendo una manifiesta y grave despreocupación por las necesidades del accionante en condición de discapacidad. Por lo demás, su calidad de profesional de la salud, la responsabiliza de manera agravada, pues no procuró una comunicación efectiva con el accionante (en su condición de afiliado), sino que ignoró sistemáticamente sus requerimientos. Es que en cuestiones de salud, especialmente cuando —como en el caso de autos— está en juego la protección de las personas con discapacidad, el criterio a seguir debe ser de tolerancia cero (CN. Com., esta Sala, in re: “Raspo Miguel Ángel y otros c. Swiss Medical S.A. s/ ordinario” del 02/06/2015; idem, in re: “Barrera, Jorge Ramón c. Coto Centro Integral de Comercialización s/ ordinario” del 20/03/2016). El derecho de daños reconoce una ‘función de demarcación’ (delimitación de fronteras entre ámbitos en que existe libertad de actuación y aquellos en los que ella se encuentra limitada en pos de la protección de determinados bienes e intereses (confr. Diez-Picazzo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Madrid, 2011, t. V, p. 23). En este marco, resulta razonable considerar que se encuentran reunidos los extremos que hacen procedente la aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240.

¹⁷ En esta línea de pensamiento, debe mencionarse el caso T. M. c/ Galeno Argentina S.A. s/ Incumplim. de prest. de obra soc. / med. Prepaga (C. Nac. en lo Civ. y Com. Federal, sala I, “T. M. c/ Galeno Argentina S.A. s/ Incumplim. de prest. de obra soc. / med. Prepaga”, del 31/05/2016, Citar: eDial AA9831). Ante ello, el 31 de mayo de 2016, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, modificó parcialmente la sentencia dictada por el juez de grado, elevando, en lo que aquí interesa, el monto del rubro daños punitivos de \$20.000 a \$35.000 a favor de la menor M.T. Para así decidir, ponderó que Galeno Argentina S.A. (en adelante, *Galeno*) incumplió con sus obligaciones contractuales, en tanto empresa de medicina prepaga. Asimismo, resaltó que la menor presentaba una discapacidad motora-mental. Desde un principio, la demandada se negó a brindar las prestaciones

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

esta manera, la Cámara puso de resalto la protección de la que envuelve la Constitución Nacional a este colectivo de vulnerables.

II.C. Procedencia de los daños punitivos con respecto a los consumidores hipervulnerables

La cuestión de la procedencia de los daños punitivos en Argentina fue uno de los tópicos que mayor debate desató. En efecto, la redacción poco feliz del artículo 52 bis de la Ley 24240 permite que se interprete que el mero incumplimiento de las normas de consumo habilitaría la aplicación de la multa civil¹⁸.

Sin perjuicio de ello, prácticamente de manera unánime se ha exigido que el sujeto haya actuado con dolo o con un grave menosprecio hacia los derechos del consumidor para que procediese la aplicación de la multa civil¹⁹.

En concordancia con ello, Irigoyen Testa sostuvo que el incumplimiento es la *condictio sine qua non* para que proceda la condena por daños punitivos, pero no resulta suficiente por sí sola. En consecuencia, valorando la doctrina y jurisprudencia imperante, considera necesario que el autor actúe con dolo o culpa grave²⁰.

Por su parte, en la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó en que para que proceda la aplicación de la multa civil regulada en el artículo 52 bis de la LDC tenían que tratarse de “... casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos”²¹.

Es por ello que no caben dudas que para que los daños punitivos procedan se debe requerir una conducta gravemente reprochable —ya sea efectuada con dolo o culpa grave—, puesto que de lo contrario se diluiría el efecto buscado.

Al concebirse a los daños punitivos como una herramienta de uso excepcional y su carácter disuasivo, debe evitarse su aplicación masiva, dado que perdería el efecto preventivo²² que busca tener el instituto para convertirse en una simple multa más en el mejor de los casos.

específicas que requería la menor en virtud de la patología que presentaba. Por ello, los padres de la niña debieron interponer acción de amparo en tres circunstancias distintas y en todos ellos se dictaron medidas cautelares favorables tendientes a asegurar la cobertura de las prestaciones. Sin embargo, los padres debieron incurrir en numerosas erogaciones producto de los atrasos en el pago de Galeno y la falta de cobertura temporal de las prestaciones hasta tanto no habían sido dictadas las medidas cautelares. Es por ello, que los padres entablaron demanda por daños y perjuicios a los efectos de que le sean reintegrados dichos gastos y se los resarza por diferentes rubros de daños, reclamando, a su vez, daños punitivos. La primera instancia acogió el reclamo, pero la defensora pública oficial (quien representaba a la niña) apeló el monto, por considerarlo bajo. La alzada, acertadamente, aumentó el monto de daños punitivos, sosteniendo que se había afectado el derecho al proyecto de vida de la niña, que se encontrabacomprometido su derecho a la salud y, asimismo, sostuvo que “[e]sta conducta demuestra desaprensión por el sufrimiento que provoca la discapacidad y mala fe en el desarrollo de actividades profesionales de servicios altamente especializados frente a los usuarios/consumidores”.

¹⁸ ÁLVAREZ LARRONDO, F. M., “La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino”, SJA 28/05/2008, Número Especial: “Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su Reforma”, pág. 34. Dejando en claro que se trataba de una interpretación literal de la norma, sostuvo que “... para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más”.

¹⁹ En el derecho comparado, podemos citar las recomendaciones para la reforma de los *exemplary damages* formuladas por la Law Reform Commission del Parlamento británico acerca de la conducta exigida para la procedencia de la sanción. En este sentido, consideraron necesario que el demandado actuase con “deliberado y grave menosprecio” hacia los derechos del actor (LAW REFORM COMMISSION, “*Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*”, Law Report del Parlamento británico, 1997, págs. 107, pto. 1.46 y 108, pto. 1.47. Textualmente, se sostuvo lo siguiente: “*We have selected the phrase ‘deliberate and outrageous disregard of the plaintiff’s rights’ as the clearest of the multitude of similar phrases which were used in England before Rookes v. Barnard, and which continued to be used in Australia, Canada and the United State, to describe when exemplary damages or punitive damages are available*”).

²⁰ IRIGOYEN TESTA, M., “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños Punitivos?”, RCyS 2009–IX, 16.

²¹ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión N°9: “Derecho Interdisciplinario: Derechos del consumidor: incidencias de la reforma introducidas por la ley 26.361”, celebradas en la Universidad Nacional de Córdoba en 2009, <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-26-XXII-Jomadas-2009.pdf>.

²² Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, se sostuvo con respecto a la procedencia y el efecto disuasivo lo siguiente: “[e]l juez debe sancionar con los [daños punitivos] (función accesoría) a la conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente, cuando además la indemnización por daños es insuficiente para crear los incentivos adecuados encaminados a la disuasión óptima de aquéllos (función principal de los DP)” (IRIGOYEN TESTA, M., “¿Cuándo el juez ...”, *op. cit.*, pág. 16).

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

En este orden de ideas, con respecto a los consumidores hipervulnerables, cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 42²³ de la Constitución Nacional, 8 bis²⁴ de la LDC, 1097²⁵ y 1098²⁶ del CCyCN.

En este sentido, la violación de los derechos de los consumidores hipervulnerables podría considerarse discriminatorio o vejatorio en los términos de los artículos mencionados anteriormente. En efecto, conforme se analizó en los apartados anteriores, cuando una persona con discapacidad no recibe la atención médica prevista legalmente se configura una conducta ultrajante hacia el consumidor. Este trato indigno constituye sin lugar a dudas una conducta gravemente reprochable, lo cual habilitaría la procedencia de la aplicación de los daños punitivos.

En paralelo, cabe destacar que en el artículo 8 bis de la LDC específicamente se previó la posibilidad de aplicar la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la LDC en aquellos casos en los cuales se demostrase el incumplimiento a la obligación de trato digno que pesa en cabeza de los proveedores. Esta noción ha sido receptada por parte de la jurisprudencia al determinar la procedencia de daños punitivos por violación a la obligación legal de trato digno al consumidor²⁷.

Por lo tanto, es dable concluir en que la violación de los derechos de los consumidores hipervulnerables, al pertenecer generalmente a estas categorías sistemáticamente segregadas y desaventajadas, es muy probable que también se configure una violación al trato digno y equitativo establecido en la normativa anteriormente citada. De este modo, de acuerdo a lo regulado en el artículo 8 bis de la LDC, su incumplimiento habilita la aplicación del daño punitivo establecido en el artículo 52 bis. A su vez, también podría concluirse que, sin perjuicio de lo establecido en el mentado artículo 8 bis de la LDC, la violación a los derechos de los consumidores hipervulnerables constituye *per se* una conducta gravemente reprochable. Por lo tanto, en ese caso, se tendría por configurado el presupuesto de procedencia de los daños punitivos.

III. FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN RELACIÓN A LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES

De lo expuesto hasta aquí, puede concluirse aunque sea parcialmente que la relación entre los daños punitivos y la protección de los derechos de los consumidores hipervulnerables resulta simbiótica.

²³ “Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a **condiciones de trato equitativo y digno**. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (Lo destacado no pertenece al original).

²⁴ En el artículo 8 bis de la Ley 24240 se estableció lo siguiente: “Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor” (Lo subrayado no pertenece al original)

²⁵ “ARTICULO 1097.- Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

²⁶ “ARTICULO 1098.- Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

²⁷ C. Nac. Com., sala F, “R., S. A. C. Compañía Financiera Argentina S.A.”, del 10/05/2012, LL 2012-D, 613.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

Si bien se le han asignado varias funciones a la multa civil, es dable señalar que, con respecto a los consumidores desaventajados, cobran especial relevancia la prevención de futuras inconductas y la facilitación del acceso a la justicia.

Sin perjuicio de ello, cabe remarcar de manera preliminar que es imperioso desarrollar mecanismos de protección eficaces a los fines de tutelar los derechos de los consumidores, en especial de los hipervulnerables. Por lo tanto, es oportuno formular algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, corresponde señalar lo establecido en las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas²⁸.

Allí, en la Directriz 5 b) se ha identificado como una necesidad legítima la protección de los derechos de los consumidores en situaciones de vulnerabilidad y de desventaja.

A partir de este principio general, se desprende toda una serie de recomendaciones tendientes a reforzar la protección de aquellos consumidores que por causas ajenas a ellos se encuentren en una situación de vulnerabilidad o de desventaja. Entre dichas recomendaciones, dentro apartado V F, se encuentran aquellas Directrices referidas a la solución de controversias y compensación. En particular, en la Directriz 37²⁹, expresamente se recomendó a los Estados miembros que se estableciesen mecanismos justos, efectivos e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, así como también para que se les otorgase las compensaciones que por derecho le correspondan ante un daño injustamente sufrido. Lo interesante de la mencionada directriz es que se recomienda especialmente tener en cuenta las necesidades de los consumidores vulnerables y desaventajados. Asimismo, la previsión de controversias y reclamaciones de los consumidores constituye uno de los principios para las buenas prácticas comerciales establecido en la Directriz 11 f).

En esta línea de pensamiento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico recomendó considerar las necesidades especiales que presentan los consumidores vulnerables o desaventajados a los fines de que puedan acceder a los mecanismos de resolución de conflictos³⁰.

En concordancia con ello, se puede mencionar que en el artículo 42³¹ de la Constitución de la Nación Argentina se estableció la protección a los derechos de los consumidores, dentro de los cuales se encuentra el establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos. Asimismo, ya enfocados en los consumidores hipervulnerables, también se previó en el artículo 75 inciso 23³² la adopción de medidas de acción positivas para aquellos grupos desaventajados o en situación de vulnerabilidad tendientes a lograr la igualdad material.

De acuerdo con lo expuesto, en consonancia tanto con las directrices como con la Constitución Nacional, se puede colegir que en nuestro ordenamiento jurídico encontramos una serie de herramientas que pueden servir a los fines de garantizar y

²⁸ Modificadas mediante el dictado de la Resolución 70/186 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de diciembre de 2015.

²⁹ “37. Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Los Estados Miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas”.

³⁰ *OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, March 2014.*

³¹ “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

³² “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

proteger los derechos de los consumidores hipervulnerables, entre ellas los daños punitivos³³.

III.B. Los daños punitivos y su relación con la garantía de acceso a la justicia³⁴

A lo largo del tiempo, se le han asignado diversas funciones a los daños punitivos. Más allá de las funciones preventivas y sancionatorias, la multa civil puede servir para motivar al consumidor a realizar el reclamo correspondiente a los fines de obtener la reparación por aquellos daños injustamente sufridos.

A raíz de ello, es oportuno destacar que una de las barreras más importantes con la que se encuentra el consumidor al momento de hacer el correspondiente reclamo judicial es la cuantía económica de la pretensión, dado que resultaría más oneroso el inicio de una demanda que el valor del daño reclamado.

En efecto, dicha cuestión ha sido señalada como una cuestión que afecta el acceso a la justicia, puesto que el costo del pleito puede exceder con creces el monto del juicio, volviendo inútil la presentación de la demanda³⁵.

A su vez, en materia de protección al consumidor, se ha señalado que la adopción de medidas que incentiven al consumidor a litigar contribuirían a mantener el equilibrio en el proceso³⁶.

De este modo, parte de la doctrina extranjera especializada en daños punitivos, tuvo en cuenta la problemática planteada. En este sentido, David G. Owen³⁷, al momento de exponer la función disuasiva de los daños punitivos, específicamente explicó que el costo del litigio resultaba un punto trascendental en la evaluación de costos-beneficios que hacía el damnificado al momento de decidir si entablaba la demanda o no contra el proveedor. Por consiguiente, la víctima terminaba desanimada y desistía de iniciar el correspondiente reclamo. A raíz de ello, consideró que se requería desalentar fuertemente este tipo de decisiones corporativas³⁸.

Habida cuenta de ello, este autor consideró que los daños punitivos también cumplían la función de convertir al consumidor en una especie de fiscal, alentando a interponer la demanda a los fines de llevar a los proveedores ante la justicia por su accionar gravemente reprochable³⁹.

Por su parte, en igual sentido, Polinsky y Shavell consideraron que la insignificancia del reclamo era una causal para la aplicación de los daños punitivos. Cabe recordar que los autores, partían del supuesto en el cual el dañador tenía probabilidades de eludir el pago de la indemnización por los daños causados. Ante ello, identificaron una serie de razones por las cuales el proveedor podría escapar del

³³ No resulta ocioso señalar que otra herramienta de vital importancia para la protección de los derechos de los consumidores hipervulnerables es la acción colectiva, cuyo análisis es objeto de otro apartado de la investigación.

³⁴ A los fines del presente trabajo, se adopta la definición de acceso a la justicia brindada por CAPPELLETTI y GARTH, quienes sostuvieron que debía entenderse como aquel principio fundamental basado en “... que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado” (v. CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983, pág. 18).

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryant, *El acceso...*, op. cit., pág. 27.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryant, *El acceso...*, op. cit., pág. 121. En concreto, los autores sostuvieron lo siguiente: “Para establecer la igualdad entre los consumidores y los comerciantes en los conflictos de menor cuantía es necesario, indiscutiblemente, que la cantidad de demandas no congestionen los tribunales y, al mismo tiempo, que los consumidores sean inducidos a litigar sólo en los casos que niegan la existencia de las deudas”. De este modo, se podría afirmar que los daños punitivos contribuirían a ambos objetivos: por un lado, la imposición de la multa civil al proveedor motivará a este a adoptar las medidas de seguridad necesarias tendientes a evitar la producción de nuevos daños, lo cual repercutirá en una baja en las demandas judiciales por dicho producto o servicio. Por otro lado, la suma extra que se podría otorgar en concepto de daño punitivo, serviría de incentivo a los consumidores para que inicien el reclamo, incluso resultando atractivo para el abogado que plantee la demanda.

³⁷ OWEN, D. G., *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, Michigan Law Review, Vol. 74, N°7, junio 1976, pág. 1257.

³⁸ OWEN, D. G., *Punitive Damages in Products...*, op. cit., pág. 1286. Concretamente, sostuvo lo siguiente: “Punitive damages, therefore, should have the greatest deterrent effect in cases in which the marketing of an excessively hazardous product is profitable for the manufacturer even after the payment of claims for actual damages. The greater the product's profit potential and the less the likelihood that individual victims will seek recovery, the greater the need for a strong deterrent to reckless marketing decisions. Illustrative is the case of a manufacturer who knowingly markets a product particularly apt to cause minor injuries of a type that will be uneconomical for injured consumers to litigate” (Lo subrayado no corresponde al original).

³⁹ OWEN, D. G., *Punitive Damages in Products...*, op. cit., págs. 1287/1288. En particular, sostuvo que “The use of punitive damages as a law enforcement tool is socially beneficial in two respects. First, serving as a kind of bounty, the prospect of punitive damages recoveries induces injured plaintiffs to act as ‘private attorneys general’ and thereby helps to increase the number of wrongdoers who are properly ‘brought to justice’”.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

pago mencionado, entre ellas, la falta de interposición de demanda por parte de la víctima en relación al escaso monto de su reclamo. Esta circunstancia la vincularon a la relación entre el daño sufrido y los costos de litigio, el tiempo y el esfuerzo que este conlleva⁴⁰.

Asentado lo anterior, se puede colegir que hay situaciones en las cuales el consumidor se ve privado de acceder a la justicia por factores completamente ajenos a su voluntad. El hecho de que la interposición de una demanda sea antieconómico, conspira contra la garantía de acceso a la justicia.

En el caso de los consumidores hipervulnerables, la denegación se torna más grave, dado que el reclamo se invisibiliza aun más.

En este contexto, los daños punitivos juegan un rol preponderante, ya que esa suma extra a la compensación por los daños constituirá un poderoso incentivo para que el consumidor asuma el esfuerzo de llevar el proceso judicial contra el proveedor a los fines de ver satisfecha su pretensión de ser indemnizado a pesar de la insignificancia económica de su reclamo.

Por último, cabe recordar que la finalidad de los daños punitivos es la de disuadir al demandado para que adopte el nivel de prevención óptimo. Las barreras existentes que tienen que superar los consumidores para acceder a la justicia solo hará que los que los proveedores no inviertan en las medidas de seguridad necesarias a tal fin, conforme fuese expuesto en el apartado anterior.

Por todo ello, los daños punitivos constituyen una herramienta para facilitar el acceso a la justicia, es decir, se convierte en un mecanismo eficaz para que todo consumidor, sin importar la cuantía de su reclamo o las barreras existentes, se vea incentivado para acceder a la jurisdicción y reclamar la indemnización que le corresponda.

IV. CONCLUSIONES

Hoy en día, no caben dudas que los daños punitivos tienen una función preeminentemente preventiva, cuya finalidad es buscar evitar la repetición de la conducta gravemente desaprensiva e incentivar a los proveedores que adopten las medidas de seguridad necesarias para evitar los daños a los consumidores.

A su vez, si bien los *exemplary damages* fueron mayormente aplicados a cualquier caso de responsabilidad civil, lo cierto es que no puede desconocerse las grandes ventajas que ofrece para reforzar y volver efectivos los derechos de los consumidores hipervulnerables. Debe buscarse que aquellas acciones efectuadas por los proveedores con grave menosprecio hacia los derechos de dichos consumidores no vuelvan a repetirse. El objetivo tiene que ser la disminución de los daños injustamente sufridos por los consumidores, lo que impactará claramente en una disminución de los litigios y en favorecer a la prestación de un servicio de justicia más rápido y eficaz.

En este contexto, uno de los desafíos actuales que enfrenta el consumidor es el claro desequilibrio de poder que existe entre este y las grandes empresas productoras de bienes y servicios. Como consecuencia de ello, en muchas ocasiones los consumidores se encuentran impotente frente al avasallamiento de sus derechos. Es por ello que los diversos ordenamientos jurídicos tienen que encontrar respuestas rápidas y expeditas a los fines de tornar efectivos los derechos de los consumidores.

Frente a estos desafíos surgen herramientas jurídicas que pueden lograr estos objetivos. Entre ellos encontramos a los daños punitivos, los cuales ya tienen una larga trayectoria en el *common law* y hoy en día comienzan a transitar su camino en los ordenamientos jurídicos de tradición continental.

⁴⁰ POLINSKY, A. Mitchell y SHAVEL, Steven, *Punitive Damages...*, *op. cit.*, págs. 888. En efecto, los autores sostuvieron lo siguiente: “... even if the victim knows both that he was wrongfully injured and who injured him, he might not sue the injurer. A person will tend not to bring a suit if the legal cost and the value of the time and effort he would have to devote to the suit exceed the expected gain. The decision to forgo suit will often occur when the harm the victim has suffered is relatively small or the likelihood of establishing causation is low”.

“Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables”, por Ezequiel N. Mendieta en XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

En este sentido, es oportuno mencionar que en el caso de los consumidores hipervulnerables, la conculcación de sus derechos suele generar consecuencias más gravosas y, a su vez, suelen encontrarse en peor condición para acceder a la justicia en defensa de sus derechos.

Ante ello, los daños punitivos surgen como una posibilidad para que los consumidores hipervulnerables puedan concretar la protección de sus intereses. Por lo tanto, la aplicación de la multa civil buscará desalentar las prácticas perniciosas de los proveedores en detrimento de los derechos de los consumidores hipervulnerables, es decir, motivará a los proveedores a prestar atención a las particularidades que guardan estos grupos desaventajados.

Sin embargo, otra cuestión que resulta relevante es el incentivo que mantendrán los consumidores vulnerables en iniciar los litigios en defensa de sus derechos, aun cuando estos sean económicamente insignificantes. De esta manera, también podrán controlar a los proveedores en las tomas de medidas específicas para proteger los derechos de este grupo de consumidores.

Finalmente, nunca se debe olvidar que la justicia es el valor cardinal que guía a cualquier ordenamiento jurídico. En virtud de ello, siempre debe buscarse que las personas gocen sus derechos de la manera más plena posible sin afectar los derechos de otros. En este contexto, cuando el consumidor vea conculcado sus derechos, a fin de restablecer este valor imperante de justicia, debe concedérsele un remedio eficaz para poder dar respuesta a esa violación y se le otorgue una indemnización que compense los daños injustamente sufridos. Pero cuando esa vulneración sea producto de una conducta efectuada con grave menosprecio hacia sus derechos, se necesitará algo más que la compensación correspondiente para restablecer la justicia en el caso concreto. Ahí es donde los daños punitivos cobran especial relevancia y resultan útiles a los fines mencionados, evitando que los proveedores no evadan su responsabilidad por los daños injustamente causados.

Por todo ello, consideramos que los daños punitivos deben propiciarse para garantizar los derechos de los consumidores hipervulnerables. Una razonable aplicación por parte de los jueces erradicarán cualquier duda que pueda existir al respecto y constituirán una poderosa herramienta de prevención y de control, haciendo efectivo los derechos y garantías constitucionales de los consumidores hipervulnerables y desaventajados.