

DAÑOS PUNITIVOS ARBITRALES EN ARGENTINA

Autor: Diego A. Bello*

Resumen:

La posibilidad de aplicar daños punitivos arbitrales es un presupuesto necesario para hacer efectiva la norma prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de los consumidores y usuarios de acceder a medios eficientes de prevención y solución de conflictos. En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación, al excluir del contrato de arbitraje las cuestiones vinculadas a derechos de usuarios y consumidores, consagra un diseño institucional de resolución de conflictos de consumo que no solo es ineficiente sino también contrario a la Constitución Nacional.

1. Introducción

En el derecho argentino es incipiente el tratamiento de los daños punitivos arbitrales, aún cuando importantes razones de orden institucional y raigambre constitucional exigen un debate profundo del tema, fundamentalmente debido a la regulación de los daños punitivos como instrumento tutitativo de derechos de consumidores y usuarios (los “Consumidores”) tutelados en el art. 42 de la Constitución Nacional (la “CN”). Puntualmente el art. 42 CN dispone “la legislación establecerá procedimientos *eficaces*¹ para la prevención y solución de conflictos”, prescripción normativa que poco correlato tiene con la realidad argentina, caracterizada desde hace años por los serios problemas que exhibe el sistema judicial.

En este contexto, el arbitraje constituye un medio alternativo de resolución de litigios más rápido y económico que la vía judicial y, en este sentido, más eficiente, cuya utilización podría ayudar a descongestionar el sistema judicial y a tornar efectivo el art. 42 CN. Sin embargo, para ello es preciso que los árbitros privados, al igual que los jueces del Estado, estén facultados para condenar por daños punitivos.

Partiendo de esta premisa, toda vez que en Argentina los daños punitivos están previstos únicamente en el sistema del derecho del consumidor, la normativa relevante en materia de daños punitivos arbitrales se limita al art. 42 CN; los arts. 52 bis y 59 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, reformada por la ley 26.361 (la “LDC”); el decreto 276/98, que establece el denominado “Sistema nacional de arbitraje de consumo”; el art. 1651, inc. c) de la ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación (el “CCCN”); el

* Alumno de la Carrera de Abogacía, Universidad Nacional del Sur. Avala Hugo A. Acciarri, Profesor Titular de la asignatura “Derecho de Daños”, Carrera de Abogacía, Universidad Nacional de Sur.

¹ Resulta conveniente hablar de *eficiencia*, término que refiere a la relación entre los recursos utilizados y los logros conseguidos, procurando alcanzar los mismos objetivos con menores recursos. La *eficacia*, en cambio, refiere a la capacidad de alcanzar un objetivo, sin importar si en el proceso se hizo el mejor uso posible de los recursos.

art. 72 de la ley 26.993, que establece el llamado “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”; y los códigos procesales provinciales vigentes.

En consecuencia, el objeto del presente trabajo reside en determinar si el art. 52 bis LDC, al establecer que “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor”, incorpora de forma amplia y de *lege lata*, a favor de jueces y árbitros, la facultad de condenar por daños punitivos; o si, por el contrario, la introduce restrictivamente —únicamente a favor de los magistrados del poder judicial—, debiendo incorporarse, de *lege ferenda*, los daños punitivos arbitrales en una ulterior reforma.

2. Daños punitivos arbitrales

El instituto de los daños punitivos arbitrales ha sido fundamentalmente desarrollado en el marco del derecho estadounidense. Al respecto, las distintas cortes estatales de los EE. UU. no han adoptado un criterio unánime, distinguiendo la Corte de Apelaciones de Wisconsin en autos “Winkelman v. Kraft Foods, Inc.”² tres enfoques:

i) El que los rechaza, aun contra la voluntad expresa de las partes, por considerar que su aplicación afecta el orden público, al asumir individuos privados una función reservada al Estado, como es el uso de la coerción y el poder de sancionar, lo cual ha sido receptado por Timothy E. Travers³ y por la jurisprudencia en autos “Garrity v. Lyle Stuart, Inc.”⁴, “United States Fidelity & Guaranty v. DeFluiter”⁵ y “Shaw v. Kuhnel & Associates Inc.”⁶

ii) El que recepta la aplicación de los daños punitivos arbitrales solo cuando la cláusula arbitral expresamente lo permite, resuelto en autos “Complete Interiors, Inc. v. Behan”⁷, “Howard P. Foley Co. v. Int. Bro. Of Elec. Workers”⁸, “International U. Of Op. Eng. v. Mid-Valley, Inc.”⁹, “Baltimore Regional Joint v. Webster Clothes”¹⁰, y “United Elec., Radio & Mach. v. Litton Microw Ave. Etc.”¹¹

iii) El que los admite a menos que la cláusula arbitral o el derecho aplicable expresamente los excluya, conforme “Raytheon Co. v. Automated Business Systems,

² “Winkelman v. Kraft Foods, Inc.”, Court of Appeals of Wisconsin, 27/01/2005.

³ TIMOTHY E. Travers, “*Arbitrator's Power To Award Punitive Damages*”, 83 A.L.R.3d 1037, 1978 (citado por WARE, Stephen J., “Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government's Role in Punishment and Federal Preemption of State Law”, *Fordham Law Review*, Vol. 63, 1994, p. 3).

⁴ “Garrity v. Lyle Stuart, Inc.”, Court of Appeals of the State of New York, 06/07/1976.

⁵ “United States Fidelity & Guaranty v. DeFluiter”, Court of Appeals of Indiana, Third District, 21/11/1983.

⁶ “Shaw v. Kuhnel & Associates Inc.”, Supreme Court of New Mexico, 28/01/1985.

⁷ “Complete Interiors, Inc. v. Behan”, District Court of Appeal of Florida, Fifth District, 04/01/1990.

⁸ “Howard P. Foley Co. v. Int. Bro. Of Elec. Workers”, United States Court of Appeals, Ninth Circuit., 20/05/1986.

⁹ “International U. Of Op. Eng., Local No. 450 v. Mid-Valley, Inc.”, United States District Court, S. D. Texas, Houston Division, 13/09/1972.

¹⁰ “Baltimore Regional Joint v. Webster Clothes”, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 06/04/1979.

¹¹ “United Elec., Radio & Mach. v. Litton Microw Ave. Etc.”, *United States Court of Appeals, Eighth Circuit.*, 03/02/1984.

Inc.”¹², “Regina Construction Corp. v. Envirmech Contracting Corp.”¹³, “Willoughby Roofing & Supply v. Kajima Intern.”¹⁴, y “J. Alexander Securities, Inc. v. Mendez”¹⁵.

En suma, si bien pueden distinguirse dos grandes posturas respecto de los daños punitivos arbitrales, una negatoria y otra receptiva, esta última postura es hoy en día mayoritaria en los EE. UU. Así lo resolvió la Corte Suprema de los EE. UU. en “Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.”¹⁶ donde concluyó que las partes son libres de determinar el alcance del pacto arbitral y, en caso de ambigüedades, las mismas se resuelven a favor del arbitraje.¹⁷ Lo dicho fue receptado en “Bowen v. Amoco Pipeline Co.”¹⁸ y por los autores Lorenzo Marinuzzi¹⁹, Stephen J. Ware²⁰, Paul Friedland²¹, Carlos Molina Sandoval²², M. Scott Donahey²³ y Peter M. Mundheim²⁴. Asimismo, en autos “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”²⁵ se destacó la necesidad de que el arbitraje provea a las partes iguales remedios que los tribunales ordinarios y la ausencia de razón legítima alguna que permita fundar tal distinción.

¹² “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”, United States Court of Appeals, First Circuit, 02/08/1989.

¹³ “Regina Construction Corp. v. Envirmech Contracting Corp.”, Court of Special Appeals of Maryland, 07/11/1989.

¹⁴ “Willoughby Roofing & Supply v. Kajima Intern.”, United States District Court, N.D. Alabama, Northeastern Division, 6/12/1984.

¹⁵ “J. Alexander Securities, Inc. v. Mendez”, California Court of Appeal, Second District, Division Two, 09/08/1993.

¹⁶ “Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.”, United States Supreme Court, 06/03/1995.

¹⁷ Igual criterio de que en caso de duda debe estarse a favor de la competencia arbitral ha sido receptado en el ámbito local por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme afirma CAIVANO, Roque J., “Un nuevo respaldo de la Corte al arbitraje”, *LA LEY* 1997-A, 6 (AR/DOC/16590/2001, p. 4).

¹⁸ “Bowen v. Amoco Pipeline Co.”, United States Court of Appeals, Tenth Circuit, 20/06/ 2001.

¹⁹ MARINUZZI, Lorenzo, “Punitive damages in arbitration: the debate continues”, en AA.VV., *American Arbitration Association a handbook on commercial arbitration*, CARBONNEAU, Thomas E., y JAEGGI, Jeannette A. (editores), Huntington, Nueva York, Ed. JurisNet, 2006, p. 376.

²⁰ WARE, Stephen J., “Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government's Role in Punishment and Federal Preemption of State Law”, *Fordham Law Review*, Vol. 63, 1994.

²¹ FRIEDLAND, Paul, “Cláusula de arbitraje para los contratos internacionales”, 1ª Edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 161.

²² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Elementos para una conceptualización adecuada de los daños punitivos a partir de un área de aplicación*, ED 205-987, 2003 (El Derecho online, p. 4).

²³ DONAHEY, M. Scott, “Punitive damages in international commercial arbitration”, *Journal of international arbitration*, Vol. 10, N° 3, September 1993.

²⁴ MUNDHEIM, Peter M., “The Desirability of Punitive Damages in Securities Arbitration: Challenges Facing the Industry Regulators in the Wake of Mastrobuono”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144.

²⁵ “Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.”, op. cit.

3. Daños punitivos arbitrales en el derecho argentino

En el derecho argentino no hay precedente alguno sobre los daños punitivos arbitrales y son contadas las obras que se refieren al tema.²⁶ La discusión se centra más bien en torno a la naturaleza civil o penal de los daños punitivos y a la eventual violación de garantías constitucionales en caso de aplicarlos, teniendo en cuenta la deficiente redacción del art. 52 bis LDC.²⁷

3.a) Arbitraje de consumo de génesis contractual

La primera cuestión a analizar es la reciente exclusión por el art. 1651, inc. c) CCCN de las cuestiones vinculadas al derecho del consumidor como controversias susceptibles de ser objeto de un contrato de arbitraje.

Si bien de acuerdo al art. 28 CN los derechos no son absolutos sino relativos, su regulación no debe restringirlos irrazonablemente. En consecuencia, cabe preguntarse por qué el legislador creyó conveniente y razonable negar a los Consumidores el derecho de arbitrar sus conflictos, máxime considerando que continúa vigente el decreto 276/98 que expresa en sus considerandos los beneficios del arbitraje de consumo como medio de resolución de conflictos enmarcado en los principios de celeridad, eficacia, inmediatez y debido proceso adjetivo. Siendo que las circunstancias de hecho que motivaron el dictado del mencionado decreto continúan vigentes, podría pensarse que el fundamento de la exclusión prevista en el art. 1651 CCCN es la intención del legislador de evitar que el proveedor, abusando de su posición de poder, imponga a los Consumidores un convenio arbitral con el mero fin de prorrogar la competencia y dificultar así el ejercicio de su derecho de defensa. Ante tal eventualidad, pareciera que el legislador, a fin de mantener el equilibrio contractual, veda *a priori* y de forma abstracta y absoluta, la posibilidad de pactar una cláusula arbitral, por presumir que siempre que exista una cláusula de este tipo, la misma será necesariamente perjudicial para los Consumidores.

Podría pensarse que, al elaborar el diseño institucional, el legislador consideró que las pérdidas de eficiencia y equidad del tratamiento prohibitivo general serían menores en comparación con las derivadas de permitir pactar el arbitraje y controvertir, caso por caso, la ilegitimidad de las cláusulas arbitrales. Si bien acompaña cierta razón al legislador al considerar los costos que traería aparejados tal discusión, lo cierto es que el art. 37 LDC da pautas claras de interpretación de las cláusulas abusivas, resultando cuanto menos desproporcionado privar a los Consumidores de la vía arbitral, por el solo hecho de intentar disminuir la litigiosidad sobre la existencia o no de una cláusula arbitral abusiva. De hecho, es el propio tribunal arbitral el que, de forma rápida y económica, definiría su competencia, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*.²⁸ Luego, en caso de declararse incompetente, el proveedor debería cargar con las costas del proceso y ser sancionado por su actuación, todo lo cual desalentaría la inserción de cláusulas arbitrales abusivas.

²⁶ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Los daños punitivos*, 1ª edición, Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, p. 24.

²⁷ PICASSO, Sebastián, *Sobre los denominados "daños punitivos"*, LA LEY 13/11/2007, LA LEY 2007-F, 1154 (AR/DOC/3272/2007).

²⁸ El principio "*Kompetenz-Kompetenz*" hace referencia a la facultad de los propios árbitros de determinar tanto el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad que tienen en relación al mismo.

En suma, mantener esta presunción apriorística no solo restringe irrazonablemente derechos de los Consumidores sino que, además, realiza un análisis errado en términos de eficiencia de las distintas alternativas posibles al presuponer que, en cualquier caso, es más ventajoso para los Consumidores vedar la vía arbitral para evitar eventuales abusos por parte de los proveedores, que permitirles analizar la conveniencia de suscribir o no una cláusula arbitral. Luego, cuando no pueda rehusarse a suscribirla, sea por cuestiones de información, restricciones cognitivas, o por ausencia de un mercado que permita adquirir el mismo bien o servicio sin suscribir a la vez esa cláusula arbitral, el legislador debería proveer soluciones alternativas, sin llegar al extremo de arbitrar las relaciones de consumo. Pareciera que el legislador olvidó el decreto 276/98, y optó por la solución más fácil, que es prohibir determinada conducta, en lugar de procurar diseñar un sistema jurídico-institucional que evite condenar a los Consumidores a transitar un largo y costoso proceso judicial. La solución eficiente supone admitir pactar el arbitraje y, en todo caso, tachar de abusiva la cláusula arbitral que efectivamente lo sea, declarando su nulidad, sin afectar la validez integral del contrato celebrado, conforme lo dispone el art. 37 LDC.

Asimismo, cabe preguntarse: ¿cuál es el fundamento que *razonablemente* permite a algunos Consumidores, ante situaciones de hecho idénticas, obtener una condena por daños punitivos, al mismo tiempo que priva a otros de igual solución por el mero hecho de que aquellos han decidido someterse a un proceso judicial largo y costoso, en lugar de a un proceso arbitral veloz y económico? Ninguno, ni siquiera el hecho de que los laudos arbitrales posean recurribilidad limitada, pues siempre podrá oponerse el recurso de nulidad frente a laudos arbitrales arbitrarios.

Además, no hay razón alguna para pensar que los árbitros privados realizarán un ejercicio más discrecional e irrazonable de la facultad de condenar por daños punitivos que el que harían los propios jueces del Estado. De hecho, en caso de negar la existencia de los daños punitivos arbitrales, existiría la posibilidad de emitir soluciones contradictorias pues, ante un mismo antecedente fáctico y un mismo derecho aplicable, llegaríamos a dos soluciones opuestas, con el consiguiente escándalo jurídico que esto implicaría.

Por otra parte, no puede descartarse un eventual planteo de inconstitucionalidad del art. 1651, inc. c) CCCN, ya que el regular cuestiones procesales en un código de fondo constituye un avance inconstitucional de las autoridades nacionales sobre las competencias reservadas por las provincias, según el art. 121 CN. Como dijeron Enrique M. Falcón²⁹ y Carlos Guaia³⁰, la inclusión del arbitraje en el CCCN supone una adhesión explícita a la concepción contractualista del instituto, la cual se contrapone con la aproximación procesal, jurisdiccional o híbrida del mismo, que no sólo es mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera, sino que ha sido consagrada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los tribunales superiores de otras naciones.

Finalmente, coexisten dos normas contrapuestas. Por un lado, el decreto 276/98 que regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y dispone expresamente que tendrá

²⁹ FALCÓN, Enrique M., “El arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 20/12/2012, LA LEY 2013-A, 482 (AR/DOC/5217/2012).

³⁰ GUAIA, Carlos, “El Arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa”, *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, Julio 2012, t. 72, n° 1, pp. 27-28.

carácter voluntario y, por el otro, el CCCN que excluye de los arbitrajes voluntarios las relaciones de consumo. En suma, el debate está abierto, sin perjuicio de que todo indica que el mejor diseño institucional posible es aquel que permita acceder al arbitraje de consumo. Sin embargo, para que dicho sistema sea eficiente es necesario que tanto los jueces como los árbitros puedan arribar a una idéntica solución, incluso a una condena por daños punitivos.

3.b) Arbitraje de consumo de génesis legal

Toda vez que la propia LDC prevé en su art. 59 el arbitraje como medio de solución de controversias y en su art. 52 bis los daños punitivos como remedio sustantivo, no existirían argumentos relevantes para que, en un proceso arbitral de origen legal del cual las partes no pueden sustraerse ni utilizarlo abusivamente, se excluya la posibilidad de aplicar daños punitivos, máxime cuando no existe disposición alguna que lo niegue expresamente.

Es incorrecto pensar que la eventual naturaleza penal que pueda endilgarse a los daños punitivos los excluye de la competencia civil y los reserva exclusivamente a un monopolio punitivo del Estado. De hecho, la propia LDC habla de “multa civil” al establecer el instituto de los daños punitivos, lo cual evidencia la naturaleza civil que poseen, independientemente de que una de las funciones que cumplen sea la de punir. De hecho, no es ajena a nuestro derecho civil la existencia de condenas pecuniarias con destino al damnificado, más allá del resarcimiento, v. gr. la cláusula penal, las astreintes y los intereses punitivos.³¹

Siendo entonces que la LDC prevé expresamente el arbitraje y los daños punitivos, sin establecer limitación alguna al respecto, mal puede negarse a los árbitros la posibilidad de condenar por daños punitivos. Si bastara con establecer el arbitraje voluntario como medio de resolución de conflictos para quedar libre de una eventual condena por daños punitivos, al proveedor le sería suficiente establecer una cláusula compromisoria predispuesta en los contratos de adhesión que celebrara con los Consumidores para desvirtuar y dejar sin efecto el instituto. Luego, en los arbitrajes de génesis legal, negar la posibilidad a los árbitros de condenar por daños punitivos significaría negar compulsivamente a los damnificados la posibilidad de acceder a un remedio sustancial expresamente establecido por ley.

Un sistema que no admita los daños punitivos arbitrales, a la vez que injusto es ineficiente, porque relaja los incentivos de prevención, tanto cuando la vía de resolución es el arbitraje (pues el proveedor sabrá de antemano que no estará expuesto a una eventual condena por daños punitivos), como cuando lo es la vía judicial (toda vez que el costo y la duración promedio de los procesos judiciales desalienta la interposición de acciones y permite dejar impune toda una serie de daños, v. gr. los micro daños³²). Luego, se relajan también los incentivos para resolver extrajudicialmente la controversia, puesto que ningún proveedor realizará una oferta razonable si sabe que los Consumidores están condenados a transitar un proceso lento

³¹ ZANNONI, Eduardo A., “El análisis económico del derecho y los límites cuantitativos de la reparación de daños”, en AA.VV., *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Compiladora), 1ª Edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006, p. 98.

³² PIZARRO, STIGLITZ, *op. cit.*, p. 6.

y costoso para hacer valer todo el abanico de remedios legales que tienen a su disposición.

Dicho esto, si bien el art. 52 bis LDC dispone que “el *juez* podrá aplicar”, tal norma no debe ser interpretada de forma exegética y aislada del resto de la normativa aplicable, sino como un todo integral. En este sentido, el término *juez* del art. 52 bis LDC no debería entenderse únicamente en referencia al magistrado judicial, sino también al árbitro privado que heterocompone el litigio. Esto por cuanto la LDC establece no solo vías judiciales y administrativas de resolución de conflictos, sino también el arbitraje. En este sentido, la diferencia entre un árbitro privado y un magistrado judicial, desde el punto de vista de los elementos integrantes de la jurisdicción, no reside en la extensión de sus facultades de *notio*, *vocatio* y *judicium* —que son iguales para ambos—, sino en las facultades de *coertio* y *executio*, esto es, en la posibilidad de instar por sí mismos la actuación de la fuerza pública del Estado. Sin embargo, en este trabajo no se discute si un árbitro privado puede ejecutar y hacer efectivo por sí mismo un laudo arbitral con daños punitivos, sino si tiene *judicium* para establecer dicha condena. Receptando la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de los EE.UU., no caben dudas de que los árbitros sí tienen dicha facultad, en tanto la ley o las partes expresamente no se la nieguen.

4. Análisis económico de los daños punitivos arbitrales

El Análisis Económico del Derecho (el “AED”) constituye un método sistemático para analizar qué consecuencias se derivan de cada una de las distintas alternativas en trato, entendiendo por consecuencias sociales del derecho a los hechos que efectivamente produce, promueve o desfavorece en la realidad social (función-relación).

Uno de los objetivos del AED es el de constituir un método de análisis que permita juzgar las distintas alternativas de regulación jurídica, y elegir aquella que permita alcanzar o acercarnos a la eficiencia. Además, el AED nos da herramientas objetivas para predecir los efectos de las políticas públicas en relación a la distribución de bienes o a quién soportará efectivamente la carga final de determinados impuestos o acciones de policía.³³

Para ello, el AED parte de considerar el efecto de las normas jurídicas —consideradas como sistemas de incentivos— sobre las conductas de los agentes implicados, y de estas con relación a la generación de costos y beneficios sociales.³⁴

En este sentido, una solución legal como la establecida en el CCCN no hace más que aumentar la ineficiencia del sistema judicial al privar a los Consumidores de la posibilidad de aplicar el arbitraje voluntario de consumo. A igual conclusión llegaríamos si admitimos el arbitraje de consumo sin admitir la aplicación de daños punitivos arbitrales.

Como expone Claudio M. Kiper³⁵, al diseñar un ordenamiento jurídico es necesario proponer normas e instituciones que promuevan la eficiencia en la utilización de los

³³ COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A., “La economía, el derecho y sus consecuencias”, en AA.VV., *Introducción al análisis económico del derecho*, COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A. (Directores), Ed. Civitas - Thomson Reuters, Madrid – Santiago de Chile, 2012, pp. 1-11.

³⁴ *Ibidem*.

recursos.³⁶ En este contexto, el arbitraje de consumo tiende a la eficiencia y constituye una mejora en relación a la vía judicial, siendo una externalidad positiva el bienestar social generado como consecuencia de la descongestión del sistema judicial, aumentando las posibilidades de que los casos existentes y los nuevos casos a plantearse sean resueltos en términos más eficientes en cuanto a costos de tiempo y recursos.

Otros problemas comunes que atentan contra la eficiencia son la falta de información perfecta, el conocimiento sesgado de parte de los tribunales³⁷ y los costos de transacción³⁸. Respecto al problema de la información, como afirma Natalie Chappe, ante una realidad de agentes con acceso a información imperfecta, donde el precio no refleja necesariamente los estándares de calidad del bien o servicio, el pacto arbitral cumple una función informativa, toda vez que la reticencia de un proveedor a pactar un arbitraje donde se lo pueda condenar al pago de daños punitivos brinda información al mercado sobre los estándares de calidad con los que trabaja, incentivando a los proveedores a mejorar la calidad de sus productos.³⁹

Asimismo, una de las cuestiones que más preocupan a la teoría económica y al derecho de daños es la evitación de los costos del daño. En este sentido, la posibilidad de condenar por daños punitivos en el marco de un proceso arbitral —en el cual los costos de resolución son más bajos que los del sistema judicial— permitiría exaltar la función preventiva de los daños punitivos y del derecho de daños en general. Un sistema judicial lento y costoso como el nuestro atenta contra esta función disuasiva al percibir los proveedores que existen pocas posibilidades de que sean sancionados, lo que se agrava por la falta de denuncias dado el alto costo del sistema judicial, todo lo cual forma un círculo vicioso.

En este contexto, la posibilidad de condenar por daños punitivos en un proceso arbitral no solo genera incentivos para los Consumidores de demandar a los proveedores en infracción, sino también para que estos adopten las medidas necesarias de prevención, siendo sus costos de prevención menores que los de aquellos (*cheapest cost avoider*).

5. Conclusión

Sin perjuicio de la inconstitucionalidad que pudiera endilgarse al Capítulo 29 del Título IV del CCCN, el CCCN, si bien prohíbe el contrato de arbitraje de consumo, nunca podría excluir la aplicación de daños punitivos en los casos de arbitraje de génesis legal.

Considerando el carácter perfectible del derecho, y partiendo de la premisa de que todo ordenamiento jurídico debe procurar alcanzar o acercarse a la eficiencia, no caben

³⁵ KIPER, Claudio Marcelo, “El análisis económico del derecho y la regulación de los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 21, “Economía y Derecho” Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pp. 215-245.

³⁶ En igual sentido, COOTER, Robert, ACCIARRI, Hugo A., op. cit.

³⁷ Al respecto, ver GÓMEZ, Fernando, ARTIGOT-GOLOBARDES, Mireia, “¿Quién debe pagar el coste de los accidentes de trabajo?”, en AA.VV., *Análisis Económico del Derecho*, KLUGER, Viviana (Compiladora), 1ª Edición, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 2006, pp. 132-133.

³⁸ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Volume III, University of Virginia, 1960.

³⁹ CHAPPE, Natalie, “The informational role of the arbitration clause”, *European Journal of Law and Economics*, N° 13, 2002.

dudas de que un diseño institucional que contemple el arbitraje de consumo y la aplicación de daños punitivos arbitrales es socialmente conveniente.

Una política consciente en torno al arbitraje como vía de resolución de conflictos supone entender, de *lege lata*, que la facultad de los árbitros de condenar por daños punitivos se encuentra prevista en la LDC a partir de una interpretación integral de la misma. Esto por cuanto la LDC consagra tanto el arbitraje como los daños punitivos y no prevé límite alguno para su fijación por parte de paneles arbitrales. En consecuencia, si el legislador hubiera querido quitar algún remedio establecido en la LDC del alcance de los árbitros, debería haberlo determinado expresamente. Luego, si se quisiera superar esta discusión, de *lege ferenda*, deberían incluirse expresamente los daños punitivos arbitrales.

En este contexto, una interpretación literal del art. 52 bis LDC que prive a los árbitros de la posibilidad de condenar por daños punitivos presupone prolongar en el tiempo los efectos nocivos de un sistema de administración de justicia manifiestamente ineficiente y violatorio de las más elementales garantías constitucionales.

Como afirma Constantine Katsoris, el propósito del arbitraje es ser un medio sustituto a los gastos y la demora de los procedimientos judiciales, teniendo como objetivos principales la celeridad y la economía procesal sin comprometer la imparcialidad. Sin embargo, para que el arbitraje sea una alternativa de la vía judicial, no debe privar a los demandantes de remedios legales.⁴⁰ Bajo tales condiciones, el arbitraje no solo resultaría beneficioso para quienes sometieran la resolución de sus conflictos a árbitros generalmente versados en la materia, en el marco de un proceso veloz y económico, sino también para la sociedad toda, pues permitiría descongestionar el sistema judicial de nuestro país y asignar de forma más eficiente los recursos sociales. Para ello resulta esencial que los árbitros sean competentes para emitir laudos cualitativamente idénticos a las sentencias judiciales. Así, más allá de la deficiente regulación de los daños punitivos en la LDC, no hay razón alguna para negar a árbitros privados la facultad de condenar por daños punitivos.

La elección de la vía de resolución del conflicto debería involucrar solo las diferencias de procedimiento, no una diferencia cuantitativa en cuanto al remedio buscado y la solución brindada. Una diferencia tal es inconcebible, sobre todo cuando normativamente se alienta el arbitraje como una vía eficiente de resolución de conflictos. La cuestión a decidir no es si los daños punitivos deben ser otorgados, sino si los Consumidores deben legítimamente esperar recibir una solución cuantitativamente idéntica sin importar la vía de resolución escogida. La respuesta a tal interrogante es, decididamente, sí.

En este contexto, la solución más eficiente, también es la solución más equitativa y justa, al reconocer a los Consumidores el derecho a acceder a idénticas soluciones, sin condenarlos a transitar un proceso lento y costoso, máxime cuando lo que está en juego son derechos de incidencia colectiva donde la prevención es prioritaria y precede a la reparación.

⁴⁰ KATSORIS, Constantine N., op. cit., p. 21.