

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión 4

Derecho de Daños

“Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Carlos Alberto Brun

Prof. Titular Derecho de las Obligaciones Universidad FASTA

Prof. Adjunto Derecho de las Obligaciones Universidad Nacional de Mar del Plata

Juan Martín Brun

Ayudante Trabajos Prácticos Derecho Comercial Universidad FASTA

Luis Ernesto Ambos

Prof. Adjunto Derecho de las Obligaciones Universidad Nacional de Mar del Plata

1.- Introducción

¿Qué debe hacer el Ordenamiento Jurídico para evitar que el daño se produzca, o para evitar el rédito económico obtenido por el dañador, como consecuencia del daño causado y a la vez disuadirlo para que en el futuro no mantenga dicha actitud dolosa o por lo menos negligente?

El Derecho no solo debe posibilitar a la víctima a que obtenga un resarcimiento adecuado al daño injustamente sufrido¹, sino que debe proveer los mecanismos para

¹**LopezOlaciregui, José María** “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil” Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, agosto de 1978, año II Nro. 64 pág. 941.

contrarrestar, neutralizar los efectos dañosos y de tal manera, también disuadir ulteriores comportamientos similares².

En este sentido, la jurista cordobesa Matilde Zavala de González afirma que la responsabilidad por daños no se ciñe a repararlos, sino que alcanza la asunción de gestiones impeditivas, correctivas o eliminatorias de riesgos inadmisibles o de efectos perniciosos. A su vez, destaca que la prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma; debe constituir finalidad primaria, en lugar de derivación colateral y secundaria, inducida por la vigencia de obligaciones resarcitorias³.

Hoy, el fundamento jurídico de la prevención del daño lo encontramos directamente en el art. 43 de la Constitución Nacional (a partir de la reforma del año 1994) en cuanto prevé la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general. Recordemos que la acción de amparo procede no solo cuando hay lesión a un derecho o garantía constitucional, sino también cuando “...*en forma actual o inminente...*” se “...*lesione, restrinja, altere o amenace...*” derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados o las leyes, lo que coloca a esta acción decididamente en la faz preventiva del Derecho. Vemos, pues, que se otorga acción ante la simple inminencia de la lesión; ante la sola amenaza de daño.

Indudablemente, la función preventiva de la responsabilidad civil es la más importante, cuando lo que se pretende es la protección de la salud, de la seguridad o de los intereses económicos (art. 42 de la constitución Nacional). Obvio resulta destacarlo, la función resarcitoria cobra operatividad, luego de producido el daño; en cambio la preventiva, antes que aquel acontezca y precisamente, para evitar que ocurra.

Para la Escuela del Análisis Económico del Derecho, que reduce el tema de la prevención en particular (y el tema del Derecho de Daños en general) a una simple ecuación de costos y beneficios⁴, lo que se pretende es que el daño no ocurra tendiendo

²**Kraut, Alfredo** Jorge “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva” J.A. 1989-III-907.

³**Zavala De González Matilde**, "Función preventiva del daño", LL 2011-E-1116.

⁴**Calabresi, Guido** “El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad Civil”, Ed. Ariel Barcelona, 1987.

a disuadir a los eventuales dañadores, convenciéndolos que los costos de causar un daño serán sustancialmente mayores que los costos de evitarlo, y que si aquellos fueran menores, entonces conviene indemnizar a las víctimas. Calabrese sostiene que *“Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio. En su sentido mas amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente...Pero lo mas significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas se sacrifican cuando el quid pro quo es algún principio moral, sino también cuando están en juego cuestiones de mera conveniencia”*⁵.

Entendemos que el retorno del “reproche subjetivo” como factor de imputación de responsabilidad, (tal como mayoritariamente lo ha recuperado la jurisprudencia en la aplicación de los “daños punitivos” regulados en el art. 52 bis de la ley 24240⁶) que permite decididamente la aplicación de sanciones de naturaleza punitiva y disuasiva, es

⁵Citado por **MossetIturraspe, Jorge** “Responsabilidad por Daños – Parte General.” Ed. RubinzalCulzoni, T. 1 pág. 98. **López Herrera, Edgardo** “Los Daños Punitivos” Ed. AbeledoPerrot Ciudadela 2008. pág. 154 dice que *“La función preventiva del derecho de daños no quiere decir que la sociedad deba evitar situaciones dañosas a cualquier precio...”*, dando como ejemplo el siguiente: *“para reducir al mínimo el contagio de enfermedades y retardar el envejecimiento podemos dormir en una burbuja como el cantante Michael Jackson, solo que debemos estar dispuestos a pagar los miles de dólares que cuesta por noche. Tamaña precaución no podríamos exigirle de un gran hospital, pese a que en términos teóricos fuera posible así evitar una enfermedad intrahospitalaria, por ejemplo”*. Agregaríamos nosotros: para prevenir los accidentes de tránsito, se debería prohibir el uso de automotores, lo que de solo mencionarlo suena ridículo.

⁶C. Civ. y Com. Mar del Plata Sala II: “MachinandiarenaHernandez N. c/ Telefónica de Argentina S.A s/Reclamo contra actos particulares. Causa 143.790 (27/05/2009) publicado en La Ley 8/6/2009 pág. 11.- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca (Pcia. De Río Negro Ríos Juan Carlos c/ Lemano SRL Altas Cumbres S/ Sumarisimo (LEY 24240 - 26361) (Expte.n °19999-CA-10. Publicado en RCYS 2010-XII, 225; AR/JUR/4958). Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario Sala Segunda, autos Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”, (expte. 32/10 29 de 09 de 2010). Publicado en La Ley 2010 F-397. Cámara Civil y Comercial de Zárate Campana Ayestarán, Juan Carlos c. AMX Argentina S.A. s/daños y perjuicios”. 29/05/2012 Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/32281/2012. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala II, autos De Los Ríos, Marta Susana c. Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor. 10/02/2014. Publicado en: LLNOA 2014 (abril), 333. Cita online: AR/JUR/641/2014 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3a Nominación de Córdoba. Autos: Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. • 17/04/2012. Publicado en: RCyS 2012-V , 160 • LA LEY 03/05/2012. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, autos Amaya, María Antonia c. BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual. 03/12/2013. Publicado en: RCyS 2014-II , 228 • RCyS 2014-VII , 231. Cita online: AR/JUR/84011/2013. Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II “Castelli, María Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA. s/nulidad de acto jurídico, 28/08/2014, LA LEY 08/10/2014. CCiv. y Com. Mar del Plata, sala I, “A., L. A. c. AMX. Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales”, 11/06/2014, La Ley on line, AR/JUR/299 11/06/2014, CS Tucumán, “Alu, Patricio Alejandro c. Banco Columbia S.A. s/ sumarísimo (residual)”, 22/04/2013, LA LEY 26/06/2013, 15, cit., CCiv. y Com. Jujuy, sala II, “De Los Ríos, Marta Susana c. Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor”, 10/02/2014, LLNOA 2014 (abril), 333.

una luz de esperanza para que la función preventiva incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, sea realmente eficaz en la evitación de daños.

2.- No hay diferencia entre la función preventiva y la sancionatoria

Entendemos que la sanción a la que aludimos en el acápite anterior, es simplemente un paso para lograr la prevención.

En efecto, la función sancionatoria de la responsabilidad civil es una consecuencia de la función preventiva. Es decir, ante el daño injustamente sufrido mediante la comisión de un ilícito civil, gravemente reprochable, realizado con total menosprecio de la dignidad humana y de los derechos ajenos tanto individuales como de incidencia colectiva, resulta necesario que el ordenamiento jurídico no sólo prevea la indemnización meramente resarcitoria (función resarcitoria), sino que además, por encima de dicho resarcimiento condene al agente dañador mediante la imposición de una sanción punitiva de carácter pecuniario (llámese daño punitivo o sanción pecuniaria disuasiva) cuya finalidad sea desalentar o disuadir conductas similares en el futuro.

Es decir, entendemos que a través de la función sancionatoria (o punitiva) de la responsabilidad civil se logrará prevenir la generación de nuevos daños (a través de la disuasión) que sean producto de conductas similares a la que fuere sancionada.

Por supuesto existen otras medidas (cuya eficacia es discutida) para lograr la prevención de daños.

Para Pizarro, la función preventiva se logra mediante una prevención general (consistente en una amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción de una actividad determinada) o una prevención específica (con matices muy similares al denominado principio precautorio del Derecho Ambiental), que se realiza mediante la imposición de deberes especiales a ciertos sujetos, para que controlen y aminoren los riesgos de la actividad que despliegan, generando la necesidad de calcular el costo de las actividades, incluidos los accidentes, y el costo de las medidas tendientes a que aquellos no ocurran. La adopción de medidas preventivas se justificaría (reiteramos, según un criterio estrictamente economicista) cuando su costo sea inferior al costo de la reparación de los perjuicios⁷.

⁷Pizarro, Ramón D. "Daño Moral, Ed. Hammurabi 1996 págs. 410/412.

Por supuesto que la evitación total de los daños nunca se podrá lograr; no porque sea imposible, sino porque tanto eventuales víctimas como eventuales autores, no están dispuestos a correr con costos de evitación, cuando estos sean sustancialmente más altos que los costos de causación del daño. Ejemplo: si pretendo evitar totalmente que me atropelle un automotor, tomo la decisión de no salir más a la vía pública. Si pretendo evitar totalmente la posibilidad de atropellar a un peatón, tomo la decisión de no usar nunca más un automotor. En ambos ejemplos, los costos de evitación son tan altos que difícilmente alguien corra con ellos.

Agregamos nosotros, como otra medida para prevenir daños, los incentivos económicos (por ejemplo, rebaja de impuestos) para aquellos que adopten mayores medidas de prevención. En este sentido, con relación a los daños contra el ambiente, resulta ejemplificador un mecanismo utilizado para la reducción de gases de dióxido de carbono, denominados “bonos verdes” o “bonos de carbono a las Reducciones Certificadas de Emisiones de Gases Efecto Invernadero” o “CERs, por su sigla en inglés CertifiedEmissionReductions”, los cuales son un mecanismo internacional de descontaminación para reducir las emisiones contaminantes al medio ambiente, propuestos en el protocolo de Kioto⁸. La posibilidad de comerciar estos bonos y obtener una ganancia con los mismos, funciona como un incentivo práctico para las empresas, quienes al reducir sus emisiones de dióxido de carbono, además disminuir los daños al ambiente, obtienen un rédito económico por ello.

3.- Finalidad disuasiva. Monto

De todos modos, la experiencia indica que el mejor modo para lograr la prevención, es mediante la disuasión de comportamientos ulteriores similares, y esto se consigue aplicando sanciones punitivas.

⁸El Protocolo de Kioto es un tratado internacional cuyo objetivo principal era lograr que para 2008-2012 los países desarrollados disminuyan sus emisiones de gases de efecto invernadero a un 5% menos del nivel de emisiones de 1990. Para ello se establecieron mecanismos para lograr llegar a dicho objetivo, entre los se encuentra el sistema de bonos de carbono o créditos de carbono, los cuales pueden ser vendidos a aquellos países que no han logrado disminuir sus emisiones. Ello dio origen al “Mercado de Carbono”. Este mercado es un sistema de comercio a través del cual los gobiernos, empresas o individuos pueden vender o adquirir reducciones de gases efecto invernadero. Se creó a partir de la necesidad de cumplir con el Protocolo (Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptado en 1997, entró en vigor en 2005, y endiciembre de 2007 tenía 177 Estados Parte).

Los “daños punitivos” se encuentran legislados en la ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis), por lo que su aplicación es posible, exclusivamente, cuando se produce un daño dentro de una relación de consumo.

Tal como venimos sosteniendo, los daños punitivos o sanciones pecuniarias disuasivas, representan una clara expresión de la función preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil. Sin perjuicio de ello, entendemos que para su aplicación resulta necesario que sean expresamente reconocidos por una norma específica, para poder aplicarse a un caso concreto. En tal sentido, al haber sido suprimidos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial del 2012⁹, únicamente son aplicables en el marco de daños producidos dentro de una relación de consumo, no pudiendo aplicarse en el derecho de daños en general.

Lamentablemente ante la ausencia de norma alguna que permita la aplicación de la figura por fuera del ámbito del derecho del consumo, quedan al margen muchas situaciones donde la aplicación de estas multas, sería muy eficaz para la disuasión de actos ilícitos ulteriores. Ejemplos: daños a los derechos personalísimos causados por los medios masivos de comunicación; accidentes de tránsito donde no hay una relación de consumo de por medio; daños ambientales, daños causados por actos discriminatorios, etc.

En cuanto al monto, si la aplicación de daños punitivos no es disuasoria, tal aplicación no ha sido eficaz, y la figura en estudio no ha servido para nada; ¿cómo se consigue tal disuasión?, mediante la fijación de un monto que logre convencer al dañador que le resulta mas barato evitar el daño, que causarlo¹⁰.

De tal manera, la fijación judicial del monto sella la suerte de los daños punitivos, en cuanto a su efectiva eficacia.

⁹Art. 1714 Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: *Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

¹⁰**Calabresi, Guido** “El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad Civil”, Ed. Ariel Barcelona, 1987.

Por lo tanto, el monto debe coincidir exactamente con la finalidad disuasoria; ni más ni menos.

Cómo se obtiene dicho monto? El art. 52 bis de la ley 24.240 lo fija, por la remisión al art. 47 inc. b) de la misma ley, entre un mínimo de \$ 100.- y un máximo de \$ 5.000.000. No estamos de acuerdo con la norma por las siguientes razones: 1.- Fijar montos con un límite máximo, en una moneda que viene perdiendo poder adquisitivo de manera estructural, implica que tal monto máximo, sea siempre igual de conformidad con el valor nominal de la moneda, pero represente cada vez menos, de acuerdo con su valor corriente o de cambio (cada vez se pueden adquirir menos bienes y servicios con la misma cantidad de moneda). Basta con la siguiente comparación: en el año 2008 (fecha de sanción de la ley 26.361) \$ 5.000.000 = u\$s 1.470.588; hoy (setiembre de 2017) = u\$s 285.714, tomando una cotización de \$ 17,50 por dólar.- 2.- Pero por otro lado puede haber casos en los que aún aplicando el máximo previsto en la ley, tal monto no sea disuasivo: ¿qué representa \$ 5.000.000 (o u\$s 300.000) para una poderosa compañía multinacional, cuya facturación asciende a varios miles de millones de dólares anuales?

No estamos de acuerdo con la libre, discrecional y prudente fijación por parte del Juez; ello deja supeditado al criterio totalmente subjetivo de cada magistrado, la fijación del monto, lo que puede implicar una diversidad de criterios de alcances insospechados, que iría en contra de la certeza y previsibilidad tanto de consumidores como de proveedores que recién se podría ir develando cuando nuestro máximo tribunal federal analice el tema, lo que a nueve años de la vigencia del instituto en estudio, no ha ocurrido.

Tampoco participamos de la idea que el monto debe ir enlazado con el monto del daño material, en atención a que las finalidades de ambos son totalmente distintas, pudiéndose llegar a la aplicación de montos irrisorios que de ninguna manera disuaden al demandado a abstenerse de seguir dañando¹¹. En la causa citada en la nota Nro. 8, estableció el tribunal que ***“La multa impuesta no puede ser fuente de un enriquecimiento desmedido del damnificado, dado que ello es violatorio de los principios de igualdad y de razonabilidad de las leyes”***. Para evitar tal enriquecimiento, establece la Cámara que el monto de la multa no puede ser superior al del daño efectivamente sufrido por el consumidor/usuario, fijando la multa en \$ 4.000, a una

¹¹Lespade Carlos Matias C/Telecom Personal SA. s/Ds. y psCámara de Apelaciones civil y Comercial de Mercedes. Publicado en LA LEY 2016-F , 302 con nota de **Carlos A. Gherzi**.

empresa de la envergadura de Telecom Personal SA. ¿Dicho monto habrá disuadido a la empresa citada para no incurrir en conductas similares a la debatida? Creemos que no.

Tampoco estamos de acuerdo con la aplicación de fórmulas matemáticas¹². Si bien el tribunal, en una postura con la que coincidimos, establece que el monto debe ser establecido en “... *una cantidad...que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor, como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas*”; remarcando decididamente la finalidad disuasiva de multa, la fórmula que aplica¹³ contiene datos objetivos, surgidos del caso que está fallando, pero también contiene datos subjetivos (el juez preopinante lo aclara, por falta de estadísticas) que le quitan objetividad a la fórmula, predominando, en definitiva, el criterio subjetivo del juez, que hemos criticado en el párrafo anterior.

Por ello, estamos convencidos que el monto debe estar relacionado con el patrimonio del sancionado; por lo tanto en la causa judicial se deben producir las pruebas que demuestren el caudal económico del demandado y que informen al Juez a cuánto deberá ascender el monto para que sea disuasorio, todo ello dentro de los parámetros que la ley deberá contener, siendo aplicable, en lo pertinente el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a la aplicación de las cargas probatorias dinámicas. No es lo mismo un proveedor, persona física titular de un pequeño polirubro, que Coca Cola o Ford Motors¹⁴.

Sostenemos que el máximo que debe prever la regulación legal no debe exceder del 20% del patrimonio comprobado del sancionado, debiendo el Juez tener en cuenta para su graduación las circunstancias del caso, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los efectos disuasivos de la medida y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

¹² “Castelli, María Cecilia c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA. s/nulidad de acto jurídico”. Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca Sala II . 28 de agosto de 2014. LA LEY 08/10/2014.

¹³ Dicha fórmula está basada en la que a tal efecto creara **Irigoyen Testa, Matías** "Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", en **Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan** —coordinadores—: Relaciones contemporáneas entre derecho y economía, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, ps. 27 a 61

¹⁴ **Brun Emiliano y Brun Carlos Alberto** La finalidad disuasiva de los Daños Punitivos. Concreciones y utopías” en...

Para los supuestos de “culpa lucrativa” del Derecho Francés¹⁵, o los “restitutionarydamages” del Commonlaw¹⁶, somos partidarios que el monto de la sanción punitiva debe coincidir con el monto del enriquecimiento del responsable.

4.- Los daños punitivos son excepcionales

Los “daños punitivos” son una herramienta de excepción; por lo tanto, para su procedencia, deben estar detalladamente regulados en la ley, no siendo pertinente, recurrir a la analogía¹⁷.

Como los daños punitivos son, reiteramos, una institución excepcional¹⁸, su interpretación debe ser estricta, siendo procedentes solo cuando exista una norma legal que los regule y exclusivamente para los casos que dicha norma haya previsto.

Si bien los daños punitivos se encuentran regulados expresamente a través del art. 52 bis de la ley 24.240, su ámbito de aplicación se limita y acota a las relaciones de consumo. Creemos que resultaría perjudicial y riesgoso extender su aplicación a situaciones ajenas al derecho del consumidor, por no estar contemplados para otros casos.

De tal manera, estamos convencidos, que los daños punitivos no se encuentran regulados en el Código Civil y Comercial de la Nación, no siendo pertinente, inducirlos implícitamente de lo normado por el art. 1710 inc. a), que determina que toda persona, tiene el deber de evitar causar un daño no justificado. tal como ha sido señalado por parte de la doctrina en las XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal¹⁹.

¹⁵**Trigo Represas, Félix Alberto y López Mesa, Marcelo** “Tratado de la Responsabilidad Civil” Ed. La Ley T. 1 pág. 566.

¹⁶**Bravo D’André, Ignacio M.** “Restitutionarydamages: su compatibilidad con el derecho argentino”, en El Derecho 230-927.

¹⁷**Brun, Carlos Alberto** ¿Aplicación de daños punitivos por analogía? en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros ed. La Ley, Nro. 2 febrero de 2016, pág. 51. La nota es un cometario al fallo “Décima, Julia Graciela y otros c/Productos de maíz SA. (Ingredión Argentina SA.) y otros s/daños y perjuicios CCiv.yCom. Junín 19/11/2015, en el que se aplicaron daños punitivos a un tema de contaminación ambiental, utilizando analógicamente el art. 52 bis de la ley 24240..

¹⁸**Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D.** *en* "Reformas a la ley de defensa del consumidor", publicado en La Ley 2009-B, 949.

¹⁹ XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal. Comisión Nro. 1 Derecho Civil: sistemas de responsabilidad civil en el nuevo código civil y comercial. “B) Por el art. 1710 y 1713 del CCCN se pueden aplicar los daños punitivos al derecho de daños en general. Lovece, Weingarten, Gherisi,

Creemos que la intención de los redactores del Anteproyecto, fue regular expresamente una norma que permita aplicar la sanción pecuniaria disuasiva (o daños punitivos) dentro del Código (en el art. 1714) para que pueda ser aplicada en el caso de daños producidos fuera del derecho del consumo, no presumiéndola implícita dentro del deber general de prevención del daño contenido en el art. 1710 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial.

5.- Los daños punitivos deben ser legislados expresamente

Los daños punitivos, no proceden en todos los casos en que se haya causado un daño no justificado²⁰, sino solo pertinentes, en aquellos supuestos en los que, en la terminología de Owen, exista en el dañador un *“consciente o temerario desinterés hacia los derechos de los demás, y que constituye un extremado alejamiento de la conducta lícita”*²¹.

Es por dicha razón que participamos de la opinión que exige una detallada regulación legal, como requisito de admisibilidad.

Entendemos que esa fue la intención de los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. En efecto, se advierte en los fundamentos del Anteproyecto, que los codificadores al referirse a la función punitiva de la responsabilidad, advirtiendo que la regulación de la misma había sido controvertida por parte de la doctrina nacional y extranjera, señalaron que la primera decisión a adoptar consistía en regular o no este instituto y cuál sería su extensión. En tal sentido, al asumir que el instituto ya se encontraba incorporado en el derecho argentino y que resultaba *“aplicable a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones de consumo”*²², expresamente indicaron que “el Código Civil debería incluir una norma que prevea el daño punitivo en términos que no estén

Iturbide, Meza, Bianchi, Ferrario, Vilaseca, Verneti, Lucero, Villareale, Fernández Maciel. La minoría, representada por Pizarro, Silvestri, Gesualdi, Boraghina y Ramos Varde, en cambio, entendió que “los daños punitivos solo operan en el Derecho del Consumo”.

²⁰ **Brun Carlos Alberto** “El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no es inconstitucional” en Revista de Derecho del Consumo. Ed. FIDAS año 1 – 2016 1.

²¹ **Owen David** “The Moral Foundations of Punitive Damages” University of South Carolina Scholar Commons. Faculty Publications Law School. 4-1-1989, , pág. 730.

²² Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.

contemplados en la ley especial (léase ley 24.240) o que sean complementarios, temas sobre los cuales también hay varias opciones”²³.

6.- Destino

Por último, con relación al destino de la sanción, siempre hemos sostenido que el mismo debe ser mixto: una parte a quien lo reclama, y otra, a una entidad de bien público²⁴. Si la finalidad de la condena punitiva es solidarista y no individualista, si persigue un ideal de Justicia, a fin de dismantelar los efectos de ciertos ilícitos que por su grave antijuridicidad son intolerables para la sociedad, ésta debe ser también legitimada para la percepción de tal condena. Obviamente, a la víctima debe reconocérsele el derecho a percibir una importante porción del monto punitivo, hasta por una cuestión de índole práctica, (¿quién reclamaría esta condena si supiera que no obtendría ningún beneficio?).

El destino mixto que proponemos, despeja todas las dudas respecto de si la aplicación de penas privadas cuyo destino es exclusivamente el “bolsillo” de la víctima, produce un enriquecimiento ilícito de esta, que tornaría inconstitucional su aplicación. Creemos justo que la porción destinada a la víctima no supere el 40% ni sea inferior al 10; el resto se debe destinar a una entidad de bien público que decidirá el Juez previo dictamen del Ministerio Público Fiscal.

²³Idem anterior.

²⁴**Brun, Carlos A.** “Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? Especial referencia a los llamados Daños Punitivos” Doctrina Judicial Ed. La Ley 22/12/2004.- **“Los llamados daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”** Doctrina Judicial Ed. La Ley 4/6/2008.- “Aplicación de daños punitivos por analogía” en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros” Ed. La Ley febrero 2016 Nro. 2 “El art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no es inconstitucional” en Revista de Derecho del Consumo. Ed. FIDAS año 1 – 2016 1

PONENCIA

De lege lata:

- A) No hay diferencias entre las funciones preventiva y la punitiva o sancionatoria de la responsabilidad civil; la función punitiva es una herramienta legal o un medio para lograr la prevención del daño.
- B) Mediante la aplicación de sanciones pecuniarias se trata de disuadir la causación de ulteriores daños.
- C) Las sanciones pecuniarias disuasivas son excepcionales y de interpretación restrictiva.
- D) Las sanciones pecuniarias disuasivas no se pueden aplicar por analogía.
- E) Las sanciones pecuniarias disuasivas no se encuentra implícitamente legisladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.
- F) En el estado actual de nuestra legislación, los daños punitivos solo son procedentes en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor.

De lege ferenda:

Se propone la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante la incorporación del art. 1713 bis cuyo texto es el siguiente:

“Si el daño sufrido por la víctima es atribuido a una conducta que evidencia un grave desinterés por los derechos ajenos, o en aquellos casos en los que el daño ha producido un enriquecimiento al responsable, el juez, tiene atribuciones para aplicar a este, a pedido de parte, una sanción pecuniaria disuasiva, cuyo monto no podrá exceder del 20% del patrimonio comprobado del sancionado; para tal efecto, en lo pertinente, se aplica el art. 1735, a excepción de los casos de enriquecimiento del responsable en cuyo supuesto el monto deberá coincidir con tal enriquecimiento. El Juez tendrá en cuenta para su graduación las circunstancias del caso, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social y los efectos disuasivos de la medida. El destino de la sanción se distribuirá de la siguiente manera: entre un 10% y un 40% para la víctima y el resto para una entidad de bien público que decidirá el Juez previo dictamen del Ministerio Público Fiscal”.