

## XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL – La Plata, año 2017.

### COMISIÓN 4: DERECHO DE DAÑOS.

#### TEMA: EL EFECTO PREVENTIVO DE LA SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA.

AUTORES: Enrique C. Müller, Cristian O. Werlen, Esteban G. Masino y María Agustina Lassaga (Universidad Católica de Santa Fe).

#### **I. La polifuncionalidad de la responsabilidad civil en nuestro Derecho.**

La concepción moderna que limitaba la función de la responsabilidad civil a la resarcitoria reinó en los ordenamientos jurídicos inspirados en el Código Francés de 1804, que acotaba la intervención del Derecho Privado a la etapa posterior al daño antijurídicamente causado. No obstante, ya en el siglo pasado se abrió un debate en la dogmática jurídica sobre la posibilidad de que aquel sistema cumpliera funciones distintas a las resarcitorias. En este camino, lentamente fueron ganando terreno aquellas concepciones doctrinarias que ampliaban los objetivos del denominado Derecho de Daños y ello se convirtió en una cuestión de intenso debate. Se comenzó así a hablar de la polifuncionalidad de esta rama del Derecho para hacer referencia a la idea del reconocimiento, a la par de la clásica función de reparación del daño, de otras finalidades, como la preventiva y la punitiva<sup>1</sup>.

La intervención preventiva de la responsabilidad civil, descartada en la mayoría de los Códigos decimonónicos (decisión coherente con la ideología liberal e individualista imperante en aquella época), fue paulatinamente reconocida en las reformas legislativas del siglo XX, que se inspiraban en un espíritu solidarista. Así, la ley 17711 consagró algunas disposiciones aisladas, como la de los artículos 2618 y 2499 del Código Civil. Otras llegaron con reformas producidas en años posteriores, como la inhibitoria en el ámbito de las intromisiones arbitrarias de la intimidad (artículo 1071 bis, t.o. ley 21173).

Asimismo, comenzaron a regularse los daños punitivos o “*punitivedamages*”, estrechamente asociados a la idea de prevención de ciertos daños y también a la punición y desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados. Los más destacados autores de la doctrina nacional indicaban que “*por daños punitivos se*

---

<sup>1</sup> Sozzo, Gonzalo, “*Arquitectura de la responsabilidad civil en el proyecto del Código Civil y Comercial 2012 (post- Derecho de Daños)*”, Revista de Derecho de Daños, N° 2012-3-, págs. 563-634.

*entiende el plus de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños”<sup>2</sup>, es decir, “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”<sup>3</sup>.*

En el derecho comparado, los daños punitivos resultan aplicables frente a determinados supuestos, como los siguientes: 1) cuando se ha producido un enriquecimiento injusto del dañador a causa del ilícito: quien contraría el ordenamiento jurídico causando un daño, obtiene además un rédito de esa actividad. La indemnización resulta insuficiente para lograr el pleno restablecimiento anhelado, dado que subsiste en cabeza del dañador ese beneficio económico; 2) la afectación a derechos de incidencia colectiva; y 3) cuando la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es superior respecto del daño individual causado al perjudicado: por ejemplo, en los daños causados en la relación de consumo, en donde el costo social que genera el ilícito es superior al daño individual causado al perjudicado.

En nuestro país, pocas figuras han recibido opiniones tan dispares como la de los daños punitivos, subsistiendo en la actualidad los debates en torno a la conveniencia de las sumas de dinero concedidas por este concepto. Quienes adhieren a la aplicación de este instituto, sostienen que el establecimiento de penas privadas permite, por un lado, sancionar a quienes han violado la ley y, en su caso, el contrato, por otro, cumple una función disuasiva de comportamientos futuros similares, por el temor a la posible sanción. Además de cumplir el objetivo de dismantelar las consecuencias del ilícito, refleja la desaprobación social frente a graves inconductas y para una parte de la doctrina, permite “*calmar los sentimientos heridos del actor y restablecer su equilibrio emocional*”<sup>4</sup>. Aparecen justificados cuando la conducta del autor del daño es particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias bajo las que acaeció el hecho, fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias temerarias, activas u omisivas, o con manifiesto desprecio a los bienes y derechos ajenos.

---

<sup>2</sup> Trigo Represas, Félix A., “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 557.

<sup>3</sup> Pizarro, Ramón, “*Daños Punitivos*” en “*Derecho de Daños*”, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Dir.), Parellada, Carlos A. (Coord.), Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 291/292.

<sup>4</sup> Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Gustavo, “*Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*”, Hammurabi, Tomo III, Buenos Aires, pág. 248.

La cuestión de la importación de los daños punitivos a nuestro Derecho generó una profunda discusión en la doctrina nacional en torno a la compatibilidad de esta figura proveniente del derecho anglosajón con la racionalidad del Derecho Privado argentino.

La reforma proyectada del Código Civil en el año 1998 proponía la recepción de los daños punitivos bajo el nombre de “multa civil”, aplicable “*a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*”, fijándose su monto según las circunstancias del caso y, en especial, los beneficios que obtuvo o pudo obtener el autor del daño, con el destino que el tribunal le asigne por resolución fundada. Como podrá observarse, en las diferentes propuestas de modificación de la legislación de fondo, aparecen dos componentes para la procedencia de la función punitiva: la afectación de derechos colectivos y los lucros ilícitos en la conducta del agente causante del daño.

Recién en el año 2008, las modificaciones realizadas por la ley N° 26.361 introdujeron la figura de los daños punitivos en el microsistema de protección del consumidor, los que se graduarían “*en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*” (artículo 52 bis) y siempre a pedido y en favor del damnificado. Esta disposición normativa, si bien tiene la virtud de haber finalmente incorporado a nuestro Derecho positivo esta figura, ha recibido innumerables críticas, como la de constituir un tipo demasiado abierto, donde se encuentra ausente el elemento subjetivo imprescindible para considerar la conducta del dañador como susceptible de ser sancionada mediante la aplicación de una multa civil, además de no brindarse las pautas adecuadas para su cuantificación. Podía destacarse, con motivo de la sanción de la ley N° 26.361, que la citada incorporación de los daños punitivos en el marco de los daños sufridos por consumidores en las relaciones de consumo, ponía de relieve que el derecho de daños “*se vuelve progresivamente cada vez más polifuncional aunque sin la reflexividad necesaria para ello*”<sup>5</sup>. Resulta interesante asignarle diferentes funciones al sistema de la responsabilidad civil y trazar vínculos entre ellas, como el desarrollo de herramientas punitivas o sancionatorias que cumplen una finalidad de prevención indirecta, pero es imprescindible un profundo análisis que permita sedimentar esos objetivos sin generar conflictos dogmáticos entre paradigmas opuestos.

Con el objetivo de enmendar los defectos de esta regulación y de ampliar el campo de acción de los daños punitivos, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del

---

<sup>5</sup>

Sozzo, Gonzalo, ob. cit.

año 2012, en su artículo 1714, incorporaba el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva. En los mismos fundamentos del referido Anteproyecto se explica que la expresión “daños punitivos” resulta equívoca, ya que *“por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador”*. Por tal motivo, se adoptó el término de “sanción pecuniaria disuasiva”, para quien actuara *“con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”*, fijándose su monto *“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 decisión de la Comisión de disponer la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva solamente en el campo de los derechos de incidencia colectiva, manteniendo la norma especial respecto de las relaciones de consumo, se fundamentaba en distintas razones: 1) la falta de experiencia en Argentina sobre la sanción pecuniaria y el hecho de que la propia ley de Defensa del Consumidor no haya generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. En este sentido, la Comisión sostuvo que resulta preferible diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo; 2) el hecho de que el campo de aplicación sea muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que permitiría definir con mayor claridad sus perfiles; 3) la ausencia de buenos ejemplos sobre una regla general en un Código Civil; 4) la preferencia de optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada "tragedia de los bienes comunes", es decir, la falta de incentivos individuales para su tutela.

Sin dejar de reconocer las críticas de algunos sectores<sup>6</sup>, la mayoría de la doctrina nacional coincidía en la conveniencia de incorporar el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva, con los alcances propuestos<sup>7</sup>. De todas maneras, como es sabido, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de

---

<sup>6</sup> Nallar, Florencia, *“Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012–3 pág. 471.

<sup>7</sup> Picasso, Sebastián, *“Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”*, en Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año III, n° 5, octubre de 2012, pág. 82; Pizarro, Ramón, *“El desmantelamiento de los efectos del ilícito lucrativo en el proyecto de Código Civil y Comercial”*, en JA 2012–IV, fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 17; Stiglitz, Gabriel, *“Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva”*, en Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año III, n° 6, diciembre de 2012, pág. 89; Galdós, Jorge, *“La sanción pecuniaria disuasiva ambiental”*, en Rev. de Derecho Ambiental, n° 31, julio/septiembre de 2012, pág. 85.

la Nación, eliminó la incorporación del proyectado artículo 1714, aunque se mantuvo la referencia a la prohibición de la punición excesiva en la aplicación de las condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles, por lo que el tema no es claro y el debate permanece abierto respecto de la posibilidad de utilizarlas en el ámbito de un deber de prevención amplio consagrado en un Código Civil y Comercial abierto a la polifuncionalidad.

## **II. Sanción pecuniaria disuasiva y prevención.**

La sanción pecuniaria disuasiva, tal como se ha señalado precedentemente y como su propia denominación pone de manifiesto, posee una doble finalidad: por un lado, de carácter sancionatoria, por cuanto procura castigar determinadas conductas cuando las mismas revisten ciertas características que se consideran especialmente perjudiciales para los individuos y para la sociedad toda; por otro, una innegable faz preventiva, en el sentido de que mediante su aplicación se pretenden disuadir o desalentar esas mismas conductas hacia el futuro, no solamente respecto de la persona causante del daño a la que se le aplican, sino también en un sentido ejemplificador, teniendo en cuenta la influencia sobre otros potenciales dañadores. Incluso, se ha llegado a sostener que, al margen de ese doble carácter que este tipo de sanciones ostenta, su finalidad fundamental está precisamente en la disuasión<sup>8</sup>, resultando accesorio su aspecto punitivo.

Ahora bien, el interrogante que se plantea a partir de la decisión de no incorporar en el Código Civil y Comercial el proyectado artículo correspondiente a la función punitiva del derecho de daños, quedando limitadas las multas civiles al microsistema de protección de los consumidores, tiene que ver con la posibilidad de que, igualmente, las sanciones pecuniarias disuasivas constituyan una herramienta a la que puedan apelar los magistrados en el marco de una tutela preventiva, persiguiendo alcanzar esa finalidad disuasiva por vía de una punición excepcional.

En este sentido, no debe soslayarse que el nuevo digesto sienta como principio general el deber de prevenir todo el daño, siendo factible la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas a los fines de evitar ciertos tipos de conductas disvaliosas futuras. Ello, por cuanto no existe ninguna norma que obste tal solución, sino que, por el contrario, subsisten en el Código Civil y Comercial las referencias expresas a la prohibición de la punición excesiva en las condenaciones pecuniarias civiles (artículo 1714) y a la facultad judicial de dejarlas sin

---

<sup>8</sup> CCivCom, Salta, sala I, 13/04/11, “P., D. H. c. Telecom Personal S.A.”

efecto total o parcialmente (artículo 1715), para los casos en que se provoque una punición irrazonable o excesiva. Estas normas sólo pueden explicarse en el marco del reconocimiento de la habilitación de sanciones pecuniarias disuasivas, que -de este modo- no pueden considerarse completamente desalojadas del sistema.

Es cierto que no debe confundirse a la función punitiva con la preventiva, puesto que esta última, en la gran mayoría de los casos, puede cumplirse sin necesidad de castigar o sancionar punitivamente. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que todo castigo implica, de alguna manera, una forma de prevención, fundamentalmente ante ciertos comportamientos. Sumado a lo expuesto, los daños punitivos se han mostrado como una herramienta válida en el derecho comparado para combatir cierta clase de ilícitos, especialmente aquellos que causan daños masivos, como en el caso de los sufridos por consumidores o los derivados de un primigenio daño ambiental directo. Ante tal situación, las críticas que se hacen a la figura por considerársela ajena a nuestra “tradición jurídica” no resultarían determinantes para excluirla de modo absoluto, ya que sus efectos resultan compatibles con valores, principios y reglas de nuestro sistema de Derecho privado.

Con su sabiduría característica, Carlos Nino ya mencionaba a la responsabilidad civil como un mecanismo eficaz para combatir, por ejemplo, la contaminación ambiental, y nos exhortaba a liberarnos de aquellas dificultades de índole ideológica para que la justicia civil se convierta en nuestro medio en un factor de primer orden para la contención de la anomia existente en la sociedad argentina<sup>9</sup>. Las sanciones pecuniarias disuasivas, no lo dudamos, constituyen un elemento esencial en esta búsqueda de una responsabilidad civil más eficiente y no por ello menos justa.

Por supuesto que estas sanciones no podrán ser aplicadas en cualquier caso so pretexto de una pretendida prevención de futuros daños, pero consideramos que, excepcionalmente, resulta procedente -además de recomendable- su utilización como complemento de la indemnización reparatoria para desalentar supuestos de afectación de derechos de incidencia colectiva en el marco de los llamados “ilícitos lucrativos”, como una herramienta típicamente inhibitoria.

En ese orden, entendemos que los casos de daños medioambientales -a los que ya hemos hecho referencia- constituyen el caso paradigmático en que pueden aplicarse sanciones pecuniarias disuasivas extra muros del microsistema de derecho de consumidores que mantiene su específica regulación (artículo 52 bis, ley 24240 t.o. ley 26361). Con el auxilio de

---

<sup>9</sup> Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, pág. 231.

las pautas contenidas en el artículo 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 y los límites perfilados en el párrafo precedente, nos parece que resulta una institución compatible con el actual sistema polifuncional de la responsabilidad civil y sus beneficios en orden a la evitación de daños futuros y al pleno desmantelamiento de los efectos derivados de ciertas conductas perjudiciales, superan las razones que suelen esgrimirse para cuestionar su utilización. En ese contexto, serán los magistrados quienes, una vez más, tendrán la última palabra en los casos concretos, recurriendo siempre a la prudencia y a la razonabilidad de sus decisiones.

### **III- CONCLUSIONES.**

#### **De lege lata:**

1. El sistema de la responsabilidad civil del Derecho argentino es polifuncional, con una expresa regulación de la prevención y el resarcimiento de los daños.
2. El Código Civil y Comercial consagra un deber de prevención general, otorgando amplias facultades a los jueces para alcanzar ese objetivo inhibitorio, aun con los límites emergentes de los artículos 1713 (última parte), 3 y disposiciones constitucionales y legales concordantes.
3. La finalidad preventiva se puede alcanzar como un efecto de la aplicación excepcional de sanciones pecuniarias disuasivas, cuya vigencia no puede negarse en forma absoluta, porque además de estar previstas para el microsistema de defensa de los consumidores, existen normas que sólo pueden referirse a esta función punitiva (cfr. artículos 1714 y 1715 del Código Civil y Comercial).
4. El criterio para disponer la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas es restrictivo y, con excepción de los casos en que se verifique una relación de consumo (art. 52 bis ley 24.240), su admisibilidad se encuentra limitada a la protección de derechos de incidencia colectiva en general, cuando existen lucros ilícitos obtenidos por el responsable del daño y pueda operar como efecto disuasivo de conductas futuras, tanto del autor directo como de terceros potenciales dañadores. En todos los casos, su aplicación exige una decisión razonablemente fundada de los magistrados (cfr. artículo 3 del Código Civil y Comercial), que pueden utilizar como pautas los criterios emergente del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 (artículo 1714), por cuanto reflejan la posición de un importante sector de la doctrina argentina.

#### **De lege ferenda:**

5. En consonancia con las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca del año 2015 (Comisión I2), “sería conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en casos de daños producidos a derechos de incidencia colectiva en general, trascendiendo o ampliando lo ya prevista en el artículo 52 bis de la Ley 24.240” (apartado 19).