

COMISIÓN 4, DERECHO DE DAÑOS: “FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL”

Autores: Julián E. JALIL¹ y Eduardo MAGRI²

II.- La función sancionatoria de la responsabilidad civil.

II.A.- Daños punitivos en el consumo.

La aplicación de los daños punitivos ha reconocido en el marco jurisprudencial nacional un sinnúmero de situaciones en nuestro derecho³. La función posee plena cabida en el derecho del consumo, más específicamente en el art. 52 bis. De la LDC. Corresponde precisar que resulta conteste la jurisprudencia en sostener que a los fines de la procedencia de la indemnización por daño punitivo contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor -texto agregado por la ley 26.361- no tiene relevancia jurídica alguna que haya habido condena por daños compensatorios, pues la condena es independiente de otras indemnizaciones⁴, y que resulta procedente solo si se vislumbra

¹Juez de Cámara. Prof. Adj. Reg. UNLP, Prof. Adj. UAI. Prof. Adj. UNPSJB.

² Apoderado Asuntos legales Congreso de la Nación. Prof. Adj. De la UNLZ. Prof. adj. Ciencias Económicas de Moreno.

³ A modo de ejemplo mencionamos los siguientes: Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. Lubiniecki - RCyS 2005-XII, p. 132 - LA LEY 2005-F, p. 684 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), p. 222, DJ 06/06/2012, p. 83, AR/JUR/85142/2011, 17. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, Marceillac, Juan I. c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A., 10/04/2006, LLBA 2006, 1218, AR/JUR/3884/2006. Igual Sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "González de Bruno, Mónica c. Banco de Galicia y Buenos Aires", 05/09/2005, LA LEY 2006-B, 542, con nota de Norma O. Silvestre; Raquel A. Lubiniecki - RCyS 2005-XII, p. 132 - LA LEY 2005-F, p. 684. Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, Telefónica Unifón (TCP S.A.), 07/07/2005, DJ 2005- 3, p. 567 con nota de Fulvio Germán Santarelli, LLBA 2005 (setiembre), 929 con nota de Fulvio Germán Santarelli, AR/JUR/1614/2005, entre otros.

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, Macian, Elsa Susana c. AMX Argentina S.A. (Claro) s/ especiales (residual) (cumplimiento de acuerdo y daños y perjuicios), 14/11/2011, LLNOA 2012 (marzo), 222, DJ 06/06/2012, 83, AR/JUR/85142/2011. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala I,

un obrar **grave y malicioso** de la empresa⁵, pues de la simple lectura del artículo parece ser que basta un mero incumplimiento.

II.B.- La postura clásica respecto de la sanción como finalidad de un sistema de responsabilidad civil.-

El criterio clásico en nuestro país, ha enseñado que la responsabilidad civil, contaba con una única finalidad, cual lo es la de compensar el perjuicio. Esta idea fue explicitada por Bustamante Alsina⁶ en buena parte de su obra, constituyendo un paradigma que tornaba difícil argumentaciones en contrario, aun en institutos que contaban con aptitud para poner en crisis la explicación preponderante, v.gr. el fundamento del daño moral, las astreintes etc. Recordemos que en materia de daño moral, la tesis de Llambías propiciaba la idea de la sanción ejemplar como fundamento⁷. Este temperamento fue seguido por una de las Salas de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata durante la parte de la década del '80 y los primeros años de los '90. En efecto, la Sala conformada por los Dres. Pérez Crocco y Roncoroni, destacaban con frecuencia que, sin desterrar completa y absolutamente la idea de la compensación, el fundamento del daño moral, no podía desatender a otro tipo de miras cuales lo son la prevención y la sanción de

P., D. H. c. Telecom Personal S.A. 13/04/2011 LA LEY 06/05/2011 con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 06/05/2011 , 5 06/05/2011 LA LEY 2011-C con nota de José Ignacio Ondarcuhu 06/05/2011 LA LEY 2011-C , 123 RCyS 2011-VI RCyS 2011-VI , 272 LLNOA 2011 (junio) LLNOA 2011 (junio), 555 DCCyE 2011 (junio) con nota de Federico M. Alvarez Larrondo DCCyE 2011 (junio) , 115, AR/JUR/12708/2011. La prueba de los daños punitivos, Nallar, Florencia, LLNOA 2011 (abril), 252; Un primer paso auspicioso (comentario a la ley prov. n° 8.365 de implementación de un procedimiento para la defensa de los derechos y garantías de los consumidores y usuarios). Díaz Critelli, Adrián, LLNOA 2010 (diciembre), 1032ADLA LXXI-A, 1.)

⁵ Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios, 07/08/2012, LA LEY 17/10/2012, 10, LLLitoral 2012 (octubre), 950 con nota de Marcelo G. Gelcich, RCyS 2012-XI, 66 con nota de Guillermo C. Ríos, AR/JUR/40764/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10/05/2012, LA LEY 10/08/2012, 3, AR/JUR/15752/2012).

⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", en LL 1994-B

⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "El precio del dolor" J.A. 1954-II-358.-

conductas gravemente antisociales las que, mediante la sentencia condenatoria eran objeto de punición.

Sin perjuicio de lo apuntado la Corte Suprema de Justicia desde el año 1986 puso de relieve que la indemnización de daño moral, tiene por fundamento la idea de compensación⁸.

Esta posición cuenta con un fuerte predicamento en España, siendo en la obra del profesor Llamas Pombo una constante la inteligencia que plantea que la finalidad de la responsabilidad civil es muy modesta, pues tratándose de cuestiones de carácter monetario, las miras se centran en la compensación del perjuicio generado por el ofensor⁹.

II.C.- Análisis económico de la responsabilidad civil.-

Es ya muy conocido el trabajo de Calabresi “*El coste de los accidentes*”, del cual se han extraído en los últimos años diversas ideas acerca de los fines hacia los cuales debería propender un buen sistema de responsabilidad civil.

En este orden, Calabresi partía de la premisa de que existen perjuicios que la sociedad no estaba dispuesta a suprimir o evitar, y que hasta actuarialmente se tiene presente que diversos cursos de acción pueden terminar en menoscabos, sin que por ello se erradique la conducta potencialmente lesiva. Que no obstante existir menoscabos a bienes de la vida que positivamente dan lugar a la indemnización, existe un espectro de perjuicios que ameritan ser analizados desde la perspectiva de la eficiencia, suspendiendo por un momento el cedazo de lo axiológico. Calabresi se ocupa de dejar en claro la primacía de lo valorativo por sobre la eficiencia, v.gr. “*un sistema de reducir costes de los accidentes económicamente óptimo (...) que sea percibido como injusto, será considerado total o parcialmente inaceptable sin que la mejor de las defensas de su eficiencia pueda hacer nada para evitarlo*”¹⁰.

⁸ CSJN 05/08/1986, “*Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.*”

⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “*Nuevo debate sobre los punitivedamages*”, Práctica de Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, ISSN 1696-0394, N°. 101, 2012, págs. 4-7; y de sus clases en la Universidad de Salamanca, enero 2001.-

¹⁰ CALABRESI, Guido, “*El coste de los accidentes*”, Ariel, Barcelona 1984, pág. 43.-

Posner lo explica de la siguiente manera: *"No es obviamente ineficiente que se permitan pactos suicidas; que se permita la discriminación privada por razones raciales, religiosas o sexuales; que se permita matar y comerse al pasajero más débil del salvavidas en circunstancias de desesperación genuina; que se obligue a los individuos a declarar contra sí mismos; que se azote a los prisioneros; que se permita la venta de bebés para adopción; que se permita el uso de fuerza mortal en defensa de un interés puramente propietario; que se legalice el chantaje, o que se haga elegir a los delincuentes condenados entre ir a prisión y la participación en peligrosos experimentos médicos. Pero todas estas cosas ofenden el sentido de justicia de los estadounidenses modernos y todas son ilegales en mayor o menor (de ordinario mayor) medida"*¹¹.

Plantea en consecuencia Calabresi, que en toda situación en la que un imperativo de justicia no imponga la solución de manera categórica, el menoscabo, debería ser analizado en términos de costos. Con base en esto, concluye que un buen sistema de responsabilidad civil, debería contribuir a *"reducción del coste de los accidentes"*, unas veces compensando, otras previniendo, otras procurando erradicar algunas conductas gravemente antisociales, otras veces fraccionando el coste del infortunio. Sobrevuela la idea de que la Responsabilidad Civil es un sistema de carácter complejo en el que confluyen una serie de finalidades sociales, las que no se agotan en la mera función compensatoria.

Calabresi plantea la existencia de tres perspectivas para analizar el coste de los accidentes.

En primer lugar, la sola traslación del costo de las externalidades negativas de la conducta —de la víctima al victimario—, no necesariamente genera en nuestras sociedades modernas incentivos suficientes para la cesación o disminución de una actividad lesiva. En este orden es prudente recordar que por más que una norma de derecho determine con justicia qué sujeto dentro de la comunidad debe hacerse cargo de la indemnización de un daño (disponiendo que el costo de la externalidad se desplace entre los actores sociales), la destrucción de cualquier bien de la vida, empobrece a la sociedad en su

¹¹ POSNER, Richard, *"Análisis económico del derecho"*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, pág. 62.-

conjunto, sin que ello sea evitado o subsanado por la traslación de los costos entre los integrantes de la sociedad.

Desde un punto de vista holístico, el daño, empobrece la sociedad.

La circunstancia de verse obligado a indemnizar, es en muchos casos lo suficientemente traumática o desagradable como para disuadir al ofensor de volver a incurrir en la reiteración de la conducta lesiva; pudiendo así mismo resultar ejemplificadora para el resto de la comunidad. No obstante esto, si bien probable, no es necesario, sino contingente.

La indemnización supone la imposición de un precio a la conducta lesiva. Razonándolo económicamente el aumento de la indemnización hace subir el precio a la realización de la conducta lesiva, disminuyendo la frecuencia con la cual la misma se verifica, redundando en una merma del índice de dañosidad. De esta forma, disminuye lo que se denomina “*coste primario de los accidentes*”

Los daños punitivos suelen ser mecanismos de la responsabilidad civil, que tienden a hacer que disminuya el “*coste primario de los accidentes*”.

Desde otro punto de vista, el fenómeno dañoso puede ser evaluado atendiendo a la medida en la cual el sistema torna factible la indemnización y la afectación que la misma produce en el agente que debe sufragarla. Si la imposición de la condena genera un quebranto exorbitante, es probable que las indemnizaciones sean difícilmente objeto de cumplimiento, a raíz de que el llamado “*coste secundario del accidente*” se torna prohibitivo.

El seguro obligatorio, suele ser, recordando el decir elegante del profesor López Cabana, una técnica de solidaridad social que fracciona la indemnización de modo de tornarla menos traumática, maximizando la posibilidad de que el daño sea enjugado.

La función sancionatoria, se inscribe dentro de los razonamientos que tienden a regular la erradicación de conductas dentro del seno de la sociedad, mediante la aplicación de indemnizaciones que disuadan a los agentes dañadores de persistir en la repetición de acciones lesivas.

Es precisamente este el ámbito en el que se insertan los Punitive Damages.

II.D.- Breve repaso de los daños punitivos en el derecho comparado.-

Los daños punitivos, denominados en su idioma originario -si cabe la expresión- “*punitivedamages*”, son un instituto que cuenta con una historia profusa en el commonlaw.

Son condenaciones pecuniarias que exorbitan la indemnización, tendientes a generar en el ofensor –y también en el resto de la comunidad-, incentivos suficientes para abandonar la práctica lesiva, desarticulando a la vez la mecánica lucrativa del ilícito.

Existe una rica jurisprudencia que puede ser seguida en la obra del profesor López Herrera¹².

Para ilustrar el punto baste seleccionar algún caso emblemático, explicado en trabajos anteriores. El caso “*Anderson vs. General Motors*” (1999) tuvo lugar por el daño ocasionado por un modelo de la marca Chevrolet _el Chevrolet Malibú-, al cual le explotaba el tanque de combustible al ser embestido desde atrás. La empresa cálculos de sus equipos mediante, llegó a la conclusión de que era sensiblemente más bajo el costo de indemnizar las lesiones al valor que los jueces estadounidenses concedían habitualmente, que modificar su diseño (ubicación del depósito de combustible), modificación en todas las unidades en circulación para arreglarlas, el reposicionamiento de la marca en el mercado etc. La evitación de futuros daños mediante la implementación de estas medidas era un 300% más costoso que pagar los daños.

La indemnización concedida a la víctima de quemaduras en el reclamo, ascendió a U\$S 107.000.000.

Otro hito muy comentado fue el del Exxon Valdez. Este era un buque propiedad de la Exxon Corporation, que habiendo sufrido un accidente en Bligh Reef, derramó 40.000 toneladas de petróleo en el Golfo de Alaska. El resultado: U\$S 900.000.000 en concepto de indemnización compensatoria de los daños causados a las

¹²LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “*Los daños punitivos*”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.-

víctimas, y cerca de U\$S 3.000.000.000 gastados en procedimientos de limpieza del medio ambiente. En 1994 la compañía aún se hallaba en el proceso de apelación por los U\$S 5.000.000.000 por lo que había sido condenada en concepto de daños punitivos.

Las indemnizaciones desarticulan la mecánica lucrativa a la vez que sancionan y disuaden.

II.E.- El instituto en el derecho continental.-

II.E.1.- Sin perjuicio de que el ya reseñado artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor acoge la figura, la misma nunca terminó de instalarse en nuestro ordenamiento con raíces profundas.

La idea que proscribía la figura también es doctrina mayoritaria en España. Una muestra de las ideas que fundan el rechazo fue sintetizada por Fernando Pantaléon Prieto: “... *supóngase que se demostrase que algunas compañías fabricantes de cigarrillos añadieron al tabaco sustancias que incrementaban su poder adictivo, ocultando dolorosamente dicho proceder a los fumadores. Yo siempre he pensado que la respuesta jurídica más lógica a esa conducta sería encarcelar durante algunos años a los administradores de esas compañías cuando la conducta se realizó, y decomisarles hasta el último dólar con que personalmente se hubiera lucrado a consecuencia de su delictiva actuación; pero a lo que parece, la respuesta que se impone es hacer a los enfermos por fumar (no los que dejaron a tiempo) o a sus familiares mucho más ricos de lo que nunca hubieran sido si aquellos no hubiesen fumado, y hacer muchísimo más ricos a sus abogados, a costa de los hoy accionistas de las compañías... y, finalmente a costa de quienes siguen fumando o quienes viven del cultivo del tabaco...*” . Con agudeza observa Pantaléon que la empresa accionará el costo de la indemnización transfiriendo su monto al precio del producto. Por ende: fraccionando el coste entre sus víctimas.

Esta premisa deviene de cierta idea embrionaria en Emile Durkheim, para quien existen estados fuertes y débiles de la conciencia colectiva. Los estados fuertes son aquellos generados por convicciones sobre los cuales una comunidad tiene una importante fuerza de cohesión. La ofensa a estados fuertes de la conciencia colectiva, genera

respuestas violentas por parte de la comunidad, tales las propias de las ramas del derecho público, como el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Por el contrario, la transgresión de estados débiles de la conciencia colectiva, suele dar lugar a respuesta menos vigorosas, del tipo de las del derecho privado: este es el ámbito de la indemnización de daños

La salud de este planteo reposa en dos creencias: la vulneración de bienes sobre los cuales existe un estado fuerte de la conciencia colectiva reviste más gravedad, y la idea de que no hay nada tan disuasivo como las sanciones que se instrumentan mediante la privación de la libertad.

La función sancionatoria para esta tesis, es algo mucho más propio del ámbito del derecho público.

II.E.2.- Alguna vez abogamos por la importancia práctica de incluir la figura de los daños punitivos, aun con los déficits apuntados por la doctrina reseñada en la pluma de Fernando Pantaleón.

Por ejemplo.

Si en vez del remanido caso del Chevrolet Malibu el defecto de fabricación hubiese sido detectado en el diseño —digamos— del Ford Falcon, (vendido durante casi 30 años en nuestro país). En las mismas circunstancias. Vicio detectado originariamente por un estudio en el departamento central de ingeniería de la Ford —supongamos que en el año 1959 por Robert Mac Namara y sus colaboradores— ocultado intencionalmente a raíz del costo que supondría retirar el modelo de circulación. Costo por definición siempre mayor al que hubiese importado el afrontar las indemnizaciones. A esto agréguese el que la falla siniestramente disimulada durante años no hubiera sido reconocida si no a instancia de reclamaciones judiciales por daños, hasta la década del noventa.

Apliquemos el derecho penal.

¿Sobre quién?

¿Sería viable pedir la extradición de Robert MacNamara? ¿La de Lee Iaccocca (presidente de la Ford en ese momento)? ¿La de Henry Ford Tercero?

Recordemos que no es sencillo extraditar a personas acusadas de crímenes de guerra o delito de lesa humanidad...

¿Derecho Penal sobre quién?

¿Sobre los directivos de la Ford en la Argentina? ¿Cuáles, los de entonces? ¿Los actuales? ¿Aún si no hubieran tenido conocimiento de la maniobra? ¿Y si hubieran fallecido...?

La aplicación de Punitive Damages no es la solución óptima para la erradicación de conductas antisociales. Siquiera desde el punto de vista económico, por el analizado fraccionamiento del coste de la indemnización entre los integrantes del mercado. No obstante lo cual su inclusión en algunos sistemas judiciales (como el nuestro) puede servir ya sea para mitigar algunas insolencias de otros sectores del ordenamiento, o para dar debida solución a problemas del ordenamiento penal internacional, comunes tanto a país desarrollado como subdesarrollados.

II.F.- El Código Civil y Comercial de la Nación: el rechazo de la sanción como finalidad, articulación correcta de los artículos 1714 y 1715 CCC con el artículo 52 bis de la LDC.-

El texto originario de los artículos 1714 y 1715 del Código Civil y Comercial de la Nación, acogían la figura, v.gr. *“Artículo 1714 – Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria q 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”*.

De esta manera se consagraba la función punitiva o sancionatoria en el seno de la responsabilidad civil fuera del ámbito del consumo, sumándose a la función preventiva

y a la compensatoria, consagradas en el artículo 1708 del CCC y ampliando el espectro de finalidades del sistema, todo lo cual hubiese redundado sin duda alguna en su enriquecimiento.

Esta iniciativa se ha frustrado irreparablemente.

La exclusión expresa del legislador, no puede ser un dato a pasar por alto, toda vez que es lo cierto que la voluntad fue que la función sancionatoria no asuma rango de principio general del sistema. Ello torna poco feliz acudir al razonamiento por analogía, para hacer extensivo lo dispuesto en el art. 52 bis de la LDC a otras hipótesis diversas.

II.G.- Propuestas a la comisión.-

1) Con relación a la **función preventiva**, en base a lo expuesto, consideramos de ***lege frenda*** que los recaudos necesarios para la procedencia de la pretensión preventiva son: los recaudos genéricos de las medidas cautelares, una acción u omisión antijurídica, por lo que el hecho generador debe ser ilícito, la urgencia, el interés del peticionario, la posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos y una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas.

2) De **lege lata** requerimos la inmediata y necesaria reglamentación instrumental en cada provincia de la pretensión preventiva.

3) Con relación a la **función sancionatoria**, es nuestro criterio, que sin perjuicio de que se consideraría acertada una reforma que incluya a la función sancionatoria en el espectro de funciones de la responsabilidad civil fuera del campo del consumo, puede afirmarse como regla general, que en la actualidad no se encuentra vigente la figura en el ámbito del derecho de daños salvo en el ámbito consumeril, siendo inviable su operatividad por vía analógica.

