

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Comisión Nº 4 “Función Preventiva y sancionatoria de la Responsabilidad Civil”¹.

Autores:

Dr. Sergio Leandro Claps, Profesor Titular, “Derecho de las Obligaciones” y “Derechos de Daños”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE².

Dr. Hugo Armando Cabral, Profesor Adjunto, Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dra. Maria del Carmen Richeni de Barreto, Profesor Libre, ex titular de Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dra. Soledad Troia, Jefe de Trabajos Prácticos Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dra. Angeles Porto, Jefe de Trabajos Prácticos Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dr. Diego Meana, Jefe de Trabajos Prácticos Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dr. Miguel Raul Andino, jefe de Trabajos Prácticos Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Dra. Romina Burgoa, Adscripta de Derecho civil II “Obligaciones” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

¹Esta ponencia es en el marco del Proyecto de investigación G001-2016, “Incidencia del Código Civil y comercial de la Nación en el Derecho Patrimonial argentino.”-Resolución 970/16 C.S-Duración del Proyecto 2017/2020. Directora del proyecto Dra. Verónica Torres de Breard.

² Doctor en derecho, Profesor Titular de la asignatura Derecho Civil II Curso “Obligaciones”, y de la materia Derecho de Daños de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Fue Profesor de privado II (obligaciones) de la Universidad de la Cuenca del Plata. Jurado de concursos docentes en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE y del Consejo de la Magistratura Corrientes, Misiones, y del Poder judicial de la Nación. También se ha desempeñado como Consejero Superior de la Universidad Nacional del Nordeste y como Consejero Académico de la Facultad de Derecho. Y ha participado activamente de conferencias, congresos, seminarios y de cursos de posgrado, contando con publicaciones jurídicas en distintas editoriales.

Función Preventiva y Sancionatoria de la Responsabilidad Civil

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente. Por el contrario, en la actualidad, son necesarios e imprescindibles de mecanismos y técnicas que vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables o previsibles y también a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

En este sentido, los estudios sobre responsabilidad civil y el derecho de daños comprende los nuevos fenómenos y preocupaciones del sistema. La regulación específica de los derechos inherentes a la persona como la dignidad, la identidad, y la vida, la consagración de los bienes de incidencia colectiva con carácter fundamental (por ej.: La protección del ambiente), la protección diferenciada de determinados grupos de individuos como los consumidores y usuarios, sumada a la magnitud de los daños alcanzados por efecto del progreso científico y tecnológico, con potencial para poner en peligro la supervivencia misma de la raza humana.

Estos derechos requerían una tutela diferenciada, por cuanto que, no teniendo precio en dinero o siendo difícil expresar su valor pecuniariamente, era indudable que la reparación en dinero no era el mecanismo de tutela más compatible con su naturaleza específica. Allí surgió una nueva concepción de la responsabilidad civil, donde la prevención es ya una función central del derecho de daños.

En este contexto de grandes transformaciones, el nuevo Código Civil y comercial, actualiza el conjunto de disposiciones del derecho civil con base en esta nueva realidad y en la experiencia de la doctrina y jurisprudencia, armonizándola con las normas de las leyes especiales que deben seguir funcionando separadamente, en función de sus características particulares.

Así las cosas, el Código Civil y Comercial, crea un sistema de funciones de la responsabilidad Civil que va depender la aplicación de una u otra en razón de la

naturaleza de los derechos en juego, es indudable que si lo que se lesiona es el patrimonio, la función resarcitoria será preferente, mientras que si se lesiona la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la imagen, la identidad, esta última es mucho más eficaz. Y respecto de los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente...". La nueva figura preventiva es sin lugar a duda la herramienta más poderosa de la jurisdicción preventiva civil.

Por lo que, resultaba apropiado la recepción, por el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, de la función tripartita de la responsabilidad civil y el reconocimiento de idéntica jerarquía a cada una de ellas, ya que se tutela el patrimonio, la persona y los derechos de incidencia colectiva".

Sin embargo, lamentablemente, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación suprimió la incorporación de la función sancionatoria del Código Civil y Comercial.

ASPECTOS GENERALES

La función sancionatoria, es una forma de prevención **de carácter general**, opera de manera indirecta, por **disuasión**, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Actúa, como disuador de conductas antisociales³.

Las sanciones punitivas o daños punitivos, es un instituto de origen anglosajón, que comenzó lentamente a instalarse en los debates doctrinarios, jurisprudenciales y en las diversas jornadas celebradas en nuestro país.

Han sido definidos "**como aquellos que se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo**"⁴.

Tiene por objeto las siguientes funciones:

a) Sancionar al autor de la conducta lesiva:

³ Pizarro Ramon D. Los daños punitivos, en Derechos de Daños, La Rocca, Bs.As. Tomo II

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aida; Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino? Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII.

Uno de los principales objetivos de esta función es sancionar al responsable de un hecho particularmente grave, esto es cometido con dolo o culpa grave y con una notable indiferencia por los derechos ajenos que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva.

b) Prevenir o disuadir conductas similares:

La función disuasiva es considerada la mas importante en este tipo de sanción, por cuanto, apunta a evitar la reiteración de conductas similares.

Por ello, el monto o la cuantía de la sanción, cobra vital importancia a la hora de satisfacer este propósito. Su cuantificación debe implicar una suma significativa que importe una verdadera molestia para el sujeto dañador, a fin de evitar conductas similares.

c) Eliminar el rédito económico injustamente causado:

En este sentido Kemelmajer de Carlucci⁵, sostiene la viabilidad del instituto al supuesto de los llamados ilícitos lucrativos, esto es, cuando el sujeto asume las consecuencias del ilícito civil a sabiendas que los beneficios que obtendrá serán superiores a la condena por el resarcimiento de los daños. Un claro ejemplo de esto es el renombrado caso de la jurisprudencia estadounidense Grimshaw v. Ford Motor Company⁶.

NUESTRO SISTEMA NORMATIVO.

El primer intento de incorporación de este instituto fue en el proyecto de Unificación de 1998 en el art. 1587, bajo el nombre de “Multa Civil”.

Mas tarde, con la Ley 26361, de abril de 2008, se convirtió en ley positiva, incorporando el instituto a la Ley de Defensa del Consumidor, a través del art, 52 bis⁷.

Esta norma fue objeto de numerosas y fundadas críticas. Es así que, en las conclusiones se la Comisión Interdisciplinaria de la XXII Jornadas nacionales de

⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida; los llamados daños punitivos en el derecho argentino, ob. Cit.

⁶ Corte de Apelaciones de California, cuarto distrito de apelación, Grimshaw v. Ford Motor Company, 119, Cal App. 3d, 757,174, 29 de mayo de 1981, <http://online.ceb.com>.

⁷Art. 52 bis. Daño Punitivo. *Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduara en función de la gravedad del hecho y demás circunstancia del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, Inc. b) de esta ley”.*

Se trata de una sanción impuesta al proveedor de bienes y servicios a favor del consumidor. El monto de la multa tiene un techo de \$ 5.000.000, establecido en el art. 47 de la ley 24240.

derecho civil se propuso, *“Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios fundamentales del derecho privado y el resguardo de los derechos constitucionales...”*

De la lectura del artículo 52 bis, puede advertirse claramente, que la única condición para la aplicación de este instituto *“es el incumplimiento de las obligaciones contractuales o las que legalmente pesan sobre el proveedor”*.

La doctrina en general⁸, sostienen que la figura así entendida, atenta contra la esencia misma de este instituto y contra la eficacia de su regulación, abriéndole las posibilidades de aplicación ante cualquier incumplimiento o ilícito.

Esto generó en nuestro país, que existían profundos desacuerdos en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la aplicación de este instituto.

Y dio lugar a una aplicación errónea y desmesurada del instituto que tendió a desnaturalización, como lamentablemente ocurrió en algunos precedentes judiciales, como en el caso *“Machinandiarena”*, *“... para que la actuación del proveedor merezca la sanción punitiva, la norma solo exige el incumplimiento por parte de este de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más, y condeno a una empresa de Telefónica Móviles a pagar \$30.000 por daño moral y otros \$30.000 por multa civil o daño punitivo porque no tenía rampa que permitiera el acceso a personas con movilidad reducida”*⁹.

Este precedente y la defectuosa redacción de la norma dieron lugar a diversos pronunciamientos donde los tribunales aplicaron la norma, haciendo caso omiso a la opinión unánime de la doctrina en cuanto a la necesaria e imprescindible existencia de culpa grave o dolo en el responsable que trasunte menosprecio hacia intereses ajenos. Y lo que es peor aplicaban montos irrisorios que desnaturalizaban la figura.

Ante esta situación, no cabe dudas que, las sanciones punitivas requería de una plataforma normativa indispensable, que debía emerger del propio Código Civil y Comercial, *a través de una normativa de carácter general*, sin perjuicio de sus posibles *aplicaciones específicas* en distintos ámbitos, con las particularidades que cada caso impone (daños causados por productos y servicios, tutela de la dignidad de la persona,

⁸ Stiglitz-Pizarro, “Reforma a la ley de defensa del Consumidor”, La Ley, 2009-B, 957 y ss. ; Picasso, Sebastian, nuevas categorías de Daños en la ley de defensa del consumidor, suplemento especial, pag. 123.

⁹ CCiv. yCom. Mar del Plata, sala II, 27/5/2009 *“Machinandiarena Hernandez Nicolas c/ telefónica de Argentina”*, La ley 2009-C 647.

daños causados por la actividad de los medios de comunicación social, daños causados a través de la informática, daño ambiental, etc.).

Justamente, y a los fines de terminar con los debates generados en relación a este instituto, el anteproyecto receptaba en el art. 1708, la función tripartita de la responsabilidad civil, es decir, "Preventiva, Resarcitoria y Sancionatoria".

Incorpora expresamente las sanciones pecuniarias disuasivas en el art. 1714 y proponía la modificación de la redacción del art. 52 bis de la ley de defensa de los consumidores.

Entre las principales características que proponía el anteproyecto, podemos mencionar las siguientes:

a) El cambio la denominación "daños punitivos" por "sanción pecuniaria disuasiva". La expresión *"sanción pecuniaria disuasiva"* se ajusta adecuadamente al contenido y funciones del instituto se trata de una sanción civil de naturaleza pecuniaria, que el objeto del castigo es la conducta (y no el daño) y es disuasiva porque trata de prevenir y desanimar futuras conductas que puedan causar daños y que afecten el orden social.

b) En lo que respecta al ámbito de aplicación, la norma proyectada se aplica únicamente a los derechos de incidencia colectiva, a los derechos individuales no se aplica, y en lo que atañe a los derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la Ley de Defensa de Consumidor que prevé este dispositivo.

c) No se aplica de oficio, sino a petición de parte;

d) Tienen legitimación quienes pueden petitionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva;

e) Tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva (La palabra "menosprecio", alude específicamente a la actitud lucrativa del sujeto dañador, que realiza un cálculo racional y decide causar daños cuando ello resulta más redituable en términos económicos, menospreciando de tal modo sus derechos.

f) Su monto se fija prudencialmente, el Juez no puede apartarse de la prueba y los criterios son: 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;

g) La indemnización tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Este aspecto también podría haber significado una evolución en la materia, por cuanto que, una correcta asignación de los montos obtenidos en concepto de sanciones punitivas, hubiera contribuido a alcanzar fines sociales deseables.

Lamentablemente, la versión final del Código Civil y Comercial, no incorpora la sanción pecuniaria disuasiva, ni la reforma presentada al artículo 52 bis; el cual continúa conforme la redacción original de la ley 26.361.

En este contexto, la única norma vigente que regula expresamente los daños punitivos es el ya mencionado y defectuoso art. 52bis de la Ley de Defensa del Consumidor, defectos que están siendo solucionados por la doctrina y cierta jurisprudencia que intenta darle una debida y razonable interpretación, pero siempre en el marco de la normativa de consumo.

Sin embargo, en un reciente fallo judicial se aplico por analogía lo dispuesto por el art. 52 bis de la Ley de defensa del Consumidor, en el marco de una causa por cese y recomposición del daño ambiental y se condeno a una empresa al pago de una suma de \$ 5.000.000 en concepto de daño punitivo con destino a salas de primeros auxilios barriales.

La causa fue promovida por los vecinos de un barrio de la localidad de Chacabuco, por la contaminación que se dio en varios niveles, tanto en el aire como en el agua:

El tribunal sostuvo que “...*la prueba permite concluir que difícilmente la demanda hubiera tenido la actitud condescendiente con el ambiente de no ser por la presión impuesta por el juez de la causa, por aplicación analógica del art. 52 bis de la Ley 24.240, aplicando la sanción punitiva, teniendo en cuenta la gravedad del prolongado incumplimiento y las circunstancias del caso*”.

El Juez de primera instancia aplico una “sanción punitiva”, sin haber sido solicitada por las partes y señaló que “*el juez -en esta materia y por la índole de los derechos en juego- puede ordenar medidas no solicitadas por las partes, con apoyo en las amplias facultades que la ley de presupuestos mínimos le otorga*”.

En cuanto al monto de condena por este rubro, la decisión dejó en claro que “*estamos aplicando analógicamente la figura prevista en el art. 52 bis de la ley*

24.240, y dicha norma, al tarifar el monto de la sanción, ha establecido un límite de cinco millones de pesos (remisión al inciso b del art. 47)”¹⁰.

Más allá, de lo opinable que pueda resultar la decisión del tribunal, lo cierto es que la disparidad de criterios respecto de esta cuestión, la falta de una norma legal adecuada, demuestra la necesidad inmediata de una reforma legislativa, debido a la inseguridad jurídica que genera la aplicación interpretativa y discrecional de este tema.

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, “*Decima Julia Graciela y otros c/ Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina S.A. y otros s/ Daños y perjuicios*” (Expte. N° 42.818). Noviembre de 2015.-

CONCLUSIÓN:

A fin de resolver el primer inconveniente que es la falta de una norma legal adecuada, consideramos necesario e imprescindible introducir la función sancionatoria dentro del derecho de daños tal como lo proponía el art. 1708 del anteproyecto del Código Civil y Comercial.

En este sentido, y conforme a las características mencionadas con anterioridad, consideramos, pertinente la redacción del art. 1714 del anteproyecto, aunque con una modificación respecto del ámbito de aplicación, contemplándose también su aplicación a aquellos derechos individuales que no se encuentran dentro de una relación de consumo, me refiero específicamente, a los supuestos en los que se afecta el derecho a la intimidad a través de publicación de imágenes no consentidas (art. 53 del CC y C).

En tales casos si bien nadie duda de la procedencia del resarcimiento económico, lo cierto es que no existe disculpa alguna, ni rectificación que pueda borrar de la sociedad la imagen difundida. Los medios, a sabiendas de la posibilidad de una demanda por daños y perjuicios y en una actitud completamente especulativa, continúan de todos modos con la publicidad y difusión de las imágenes, ya que el pago de una indemnización les resulta económicamente más conveniente que la no difusión de las imágenes. Lo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci llama ilícito lucrativo.

Por lo que, la sola publicación de la imagen de una persona –sin su consentimiento–, en una situación que implique un avasallamiento a su esfera mas íntima, constituyen por si misma una clara muestra del grave menosprecio por los derechos ajenos ya que su único objetivo es alimentar el morbo social y obtener un rédito económico, situación que debe necesaria e imprescindiblemente ser protegida.

En consecuencia, considero que las sanciones punitivas constituyen una respuesta adecuada en nuestra actual sociedad hacia aquellas situaciones en las que se comete un hecho con grave despreocupación o indiferencia por los derechos ajenos y que, en ciertas ocasiones, además el dañador se beneficia económicamente con esa actitud.

No debemos olvidar bajo ningún pretexto que, la verdadera razón de ser del derecho, es la protección de persona.