

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Especial referencia a los “daños punitivos”
(Para revista Facultad Cs. Económicas (FASTA))**

Carlos Alberto Brun

Mayo 2013

El decreto del Poder ejecutivo nacional 191/11, encargo a una comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, la redacción de un anteproyecto de Código civil y Comercial para reemplazar a los aun vigentes Códigos Civil y de Comercio.-

En el año 2012 el Poder Ejecutivo presento en el Congreso de la Nación el Proyecto de Ley mediante el que se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, se derogan el Código Civil y el Código de Comercio, y además se derogan o reformulan una gran cantidad de leyes. El proyecto continua aun sin debatirse en el Congreso.-

Entre las “novedades” que presenta el proyecto, podemos mencionar la incorporación en los Art. 1714 y 1715 de los daños punitivos, denominándolos “sanción pecuniaria disuasiva”. Los artículos se encuentran dentro del Libro Tercero “Derechos Personales”, Título V “Otras Fuentes de Obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad Civil”, Sección 2da “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva” y dicen lo siguiente:

ARTÍCULO 1714.- 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.

ARTÍCULO 1715.- *Punición excesiva.* *Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*

Hemos definido a los llamados “*daños punitivos*” como la condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto, como consecuencia de la comisión de un acto ilícito, por encima del efectivo resarcimiento de aquel¹, siendo sus funciones más importantes las de hacer desaparecer los beneficios injustos obtenidos a través de la causación del daño², la sanción a quien ha causado un daño, cuando el reproche que pueda hacerse sea de tal magnitud que haga que el daño sea extremadamente injusto y socialmente intolerable³, evidenciando el autor una conducta totalmente disvaliosa y altamente desinteresada de la integridad y dignidad humanas y por último, prevenir para que en el futuro no se produzcan hechos similares; aquí la sanción aparece como “ejemplar” a fin de disuadir al causante del daño (y a otros que realicen actividades similares), para que no continúe manteniendo actitudes de desprecio por la dignidad e integridad humanas que le resulten más “baratas” que tomar precauciones que impidan la causación de daños.-

Estamos totalmente de acuerdo con que se incorporen los daños punitivos al Proyecto de Código Civil y Comercial; ya en el año 2004 hicimos pública nuestra opinión favorable en oportunidad de comentar la inclusión de la “multa civil” en el Proyecto de Código Civil de 1998⁴ y en el año 2008 cuando también aplaudimos la reforma de la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) que incorporó a los daños punitivos en el art. 52 bis⁵; de todos modos, hoy, como en aquella oportunidad, tenemos

¹ Brun, Carlos Alberto “¿HACIA UN DERECHO DE DAÑOS PREVENTIVO Y SANCIONADOR? (Especial referencia a los llamados Daños Punitivos)” *Doctrina Judicial* 22 de diciembre de 2004.-

² Zabala de Gonzalez, Matilde “RESARCIMIENTO DE DAÑOS”, Ed, Hammurabi T 4 pág. 581.-

³ Reglero Campos, Fernando, citado por Trigo Represas-Lopez Mesa “TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL” T. 1 pág. 570

⁴ **Brun Carlos Alberto ¿HACIA UN DERECHO DE DAÑOS PREVENTIVO Y SANCIONADOR? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”) *Doctrina Judicial* 22 de diciembre de 2004**

⁵ Brun Carlos Alberto “Los llamados Daños Punitivos (*A propósito de la incorporación del art. 52 bis a la ley de Defensa del Consumidor*) cap. 4, publicado en *Doctrina Judicial* 4 de junio de 2008.-

importantes discrepancias con el modo en que se ha legislado tal “sanción pecuniaria disuasiva”.

I.- Atribución judicial para su aplicación.-

Entendemos los términos “atribución judicial”, en el sentido de que el juez es competente para aplicar la multa, y no en el sentido de discrecionalidad o facultad del juez de aplicar la multa o no aplicarla. Si se dan los presupuestos para que proceda, el Juez debe aplicarla; de lo contrario, entendemos que una sentencia denegatoria que carezca de fundamentación normativa y que sólo se apoye en la voluntad caprichosa del juez que la dictó, será nula por arbitraria.-

II.- Aplicación “de oficio” o “a petición de parte”.-

El proyecto prevé que la sanción sea aplicada solo “a petición de parte”. Si el destino del monto (tema sobre el que volveremos mas adelante) fuera a favor de la parte, sí estaríamos de acuerdo en que la aplicación de la sanción fuera a petición de ésta; pero como en el proyectado art. 1714 *“la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”* (ver 2do. Párr. Art. 1714), con lo que dicho destino bien podría ser a favor, por ejemplo, de una entidad de bien público, creemos que deberían darse al Juez atribuciones para aplicarla de oficio.

Tal como está regulado el proyectado precepto no hay garantía de que ni siquiera una parte de la multa sea destinada al reclamante. En tal caso, van a existir muchos jueces que no destinen porción alguna de la multa a aquel, por lo que, conociéndose de antemano tal “jurisprudencia” del juzgado, muchos afectados no solicitarán la aplicación de la sanción porque nada recibirán a cambio. Esto dejará “impunes” y sin disuasión (finalidad casi excluyente de la sanción) ciertas conductas reprochables que si bien merecerían objetivamente ser castigadas, no serán sancionadas por parte del juez,

precisamente por la falta de “pedido de parte”. Otorgar la posibilidad de imponer de oficio la multa podría ayudar a disuadir conductas negativas en este tipo de casos⁶.

III.- Finalidad disuasiva

Si bien la finalidad de este tipo de multas civiles es por lo menos triple: hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos por parte de quien causó el daño⁷, sancionarlo⁸ y disuadir conductas futuras similares, esta última función es quizás la más importante pues hace que los “daños punitivos” se conviertan en una especie de sanción ejemplar, a fin de disuadir al demandado (y a otros que realicen actividades similares) para que no continúe manteniendo actitudes de desprecio por la dignidad e integridad humanas que le resulten más “baratas” que tomar precauciones que impidan la causación de daños⁹.-

Por ello nos parece acertado que el artículo proyectado destaque los “fines disuasivos” de la medida.-

IV.- Grave menosprecio a los derechos de incidencia colectiva

En primer término, la referencia al “grave menosprecio”, nos inclina a pensar que la sanción punitiva está reservada exclusivamente a aquellos a quienes se puede imputar un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad.-

No cabe duda que en el particular se ha seguido la opinión de Aída Kemelmager de Carducci (una de las autoras del Anteproyecto, junto con Lorenzetti y Highton de Nolasco) quien sostiene que: “El instituto en cuestión parte de la premisa de que la mera

⁶ Opinión de Chamatrópulos, Demetrio Alejandro, Álvarez Larrondo Federico y Brun, Carlos Alberto, que fuera enviada en el año 2011 a los miembros de la Comisión de reformas designada por decreto 191/2011.

⁷ Trigo Represas-Lopez Mesa “Tratado de la Responsabilidad Civil” Ed. La Ley T. 1 Pág. 569. Zabala de Gonzalez, Matilde “RESARCIMIENTO DE DAÑOS”, Ed. Hammurabi T. 4 pág. 581.-

⁸ Zabala de Gonzalez, Matilde “ob. Cit.” T 2 D Pág. 448/449.- Reglero Campos citado por Trigo Represas-Lopez Mesa “ob. Cit.” Pág. 570.-

⁹ Brun, Carlos Alberto “ob. Cit ¿Hacia un derecho...” cap. 4.4.3.-

reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder, o al menos un grave menosprecio para los derechos de terceros, con una negligencia o descuido craso”¹⁰.-

Si bien concordamos en general con la filosofía de dicha propuesta en cuanto es procedente sancionar al agente dañoso, cuando se puede hacer un reproche en su conducta (esto es en los casos de responsabilidad subjetiva o cuando en los de responsabilidad objetiva, el actor demuestre la culpa del demandado), pero solo cuando el reproche sea de tal magnitud que haga que el daño sea socialmente intolerable,¹¹ no coincidimos en cambio con la introducción de un aparentemente nuevo factor de atribución de responsabilidad: el “grave menosprecio”¹². Si se quiso regular la cuestión dentro de la responsabilidad subjetiva, se debieron haber empleado términos precisos como culpa o dolo, dependiendo de la amplitud o restricción dada al tema, pero no incluir una terminología equívoca, que no consta en los principios generales del Derecho de Daños, y a la que le podemos hacer las mismas objeciones que la doctrina hizo a la introducción del vocablo “malicia” en el art. 521 del Código Civil o “gravedad de la falta” en el 656 del mismo cuerpo legal, las que damos aquí por reproducidas a fin de no agotar la atención del lector¹³.-

Vemos, de todos modos cómo recobra vitalidad e importancia todo lo atinente a la demostración de la culpa del autor del daño, la que, obvio resulta remarcarlo se proyectará al civilmente responsable en los casos de responsabilidad refleja (Art. 1113, 43, y concordantes del Código Civil¹⁴.-

En los supuestos de daños anónimos (esto es cuando no hay autor a quien se le pueda reprochar en su conducta la causación del daño) entendemos que procederá la sanción si

¹⁰ Kemelmager de Carlucci A. ¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho Argentino? Disertación pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, citada por Trigo Represas-López Mesa “ob. Cit. T. 1 pág. 558

¹¹ Brun, Carlos Alberto “ob. Cit. ¿Hacia un derecho...” cap. 4.4.2.-

¹² Brun, Carlos Alberto “ob. Cit. ¿Hacia un derecho...” Cap. 4.7 b).-

¹³ Cazeaux, Pedro Nestor en Cazeaux y Trigo Represas “ob. cit.” T. 1 págs. 314 y sgts. y Alterini-Ameal y Lopez Cabana “ob. cit”, pags. 195, y 300.-

¹⁴ Brun Carlos Alberto “ob. Cit. ¿Hacia un derecho...” Cap. 4.4.2.-

no se adoptaron determinadas medidas mínimas de seguridad que hubieran contribuido a evitar que el daño se produjera o por lo menos que su gravedad fuera inferior.-

Proponemos que “grave menosprecio” sea reemplazado por “culpa grave ya sea en la causación del daño o por no haber tomado medidas de prevención o evitación del daño”.-

No podemos en cambio, estar de acuerdo con la norma proyectada en cuanto limita la aplicación de la sanción punitiva sólo cuando el grave menosprecio es “hacia los derechos de incidencia colectiva”, dejando fuera de aplicación al instituto, cuando se trata de derechos individuales; en este aspecto la reforma parecería cambiar de dirección la finalidad de la sanción que, recordemos, es sancionar al autor del ilícito y disuadir conductas futuras similares, para centrarse en los daños, no comprendiéndose la lógica de este cambio de mirada que termina por desnaturalizar la figura en análisis, perdiéndose de vista que la pauta principal de admisibilidad debe centrarse en el reproche subjetivo a la conducta del agente que comete el ilícito y no a la existencia de daños individuales o colectivos. La extensión de los perjuicios causados debería funcionar como pauta de graduación del monto de la multa pero nunca como requisito de admisibilidad. De mantenerse el texto podrían darse las siguientes injustas situaciones: la misma conducta dolosa de un agente sería pasible de sanción si afecta intereses colectivos pero no si causa daños individuales; una conducta con culpa grave que produce daños colectivos se podrá castigar y una conducta dolosa que causa perjuicios individuales no; se podría actuar con grave menosprecio por los derechos de incidencia colectiva, sin dañarlos, pero causando daños solo a derechos individuales ¿procede la sanción? Es algo que debería estar mas claro en la norma¹⁵.-

V.- Monto

Es acertado que el Juez tenga varios parámetros (aunque como veremos mas adelante los mismos son vagos e imprecisos) para determinar el monto de la multa, y que en ellos estén incluidas “las circunstancias del caso”, lo que le permite un “margen de maniobra”

¹⁵ Chamatrópulos, Álvarez Larrondo y Brun “ob. Cit.”

lo suficientemente elástico que impedirá en casos similares pero distintos la tentación de “tarifar” las multas.-

No estamos de acuerdo, en cambio con el vocablo “prudencialmente” puesto que podría generar en los jueces el efecto de fijar montos bajos para que sus decisiones no sean tachadas de imprudentes. Estos condicionamientos psicológicos sin pautas objetivas claras generan inseguridad jurídica. La prudencia es uno de los requisitos esenciales para ser juez y una de sus principales virtudes; las decisiones imprudentes de un juez serán revisadas por las instancias superiores, no siendo necesario que el legislador le recuerde al juez que debe ser prudente.-

Es elogiable no haber colocado un monto máximo (tal como lo hace el art.52 bis de la ley 24.240 mod. por ley 26.361), puesto que los montos máximos pueden resultar ínfimos (quitándole de esta manera a la sanción su carácter disuasorio) para determinados ilícitos lucrativos, donde resulta mas “barato” dañar y pagar la multa que no dañar; además, fijar montos en moneda de curso legal hace que los montos fijos (por efecto de la inflación que aqueja a nuestro país) pierdan rápidamente poder adquisitivo, lo que desnaturaliza la finalidad disuasoria de la sanción.-

La determinación del monto debe contener pautas mas precisas para su fijación, a fin que su aplicación no sea demasiado amplia en alguna jurisdicción o demasiado restrictiva en otra, inclinándonos en determinada cantidad de veces por encima ya sea del monto de la condena de daños compensatorios o del beneficio efectivamente obtenido por el demandado como consecuencia del ilícito cometido, según los casos.-

V.- Destino de la multa

El proyectado art. 1714 establece que “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

La solución del proyecto nos parece un desacierto; lo único que logra es producir una gran incertidumbre respecto del destino de la multa. Siempre hemos sostenido que una

parte importante del monto debe destinarse a quien lo reclama¹⁶, hasta por una cuestión de índole práctica¹⁷: ¿quién tomará la decisión de reclamar la aplicación de la multa si no tiene la seguridad de que su monto (o por lo menos una importante proporción del mismo) será destinado a su patrimonio?.

Sí, en cambio, estamos de acuerdo con la solución del proyecto, en los casos en los cuales quien reclame sea una entidad intermedia (organización de consumidores, ONGs. etc.), en representación de intereses colectivos, pero, reiteramos, cuando quien demanda es la víctima del daño causado (recordemos que para nosotros la sanción también debe aplicarse cuando hay daño a derechos individuales), se le debe garantizar una porción de la multa, para que la figura tenga efectiva vigencia práctica y motorice las denuncias de las fallas del mercado y de los riesgos sociales que ello implica; otorgar parte de la sanción al reclamante implica una suerte de estímulo para poner al descubierto conductas dañosas y altamente disvaliosas que deben ser erradicadas, y la sanción punitiva proyectada es una buena herramienta para lograr tal propósito.-

Por otro lado parece incoherente el proyecto al exigir, para la aplicación de la multa, la concreta petición de parte, y luego ser tan poco preciso al decidir su destino.-

VI.- Punición excesiva

En el proyectado art. 1715 se establece que el juez debe tener en cuenta, para disminuir e incluso dejar sin efecto la multa, cuando ésta se ha vuelto irrazonable o excesiva, la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles. Entendemos que esto es justo si se aclara en la norma que tal potestad judicial solo puede ejercerse cuando aquellas sanciones anteriores (administrativas, penales o civiles) se encuentren firmes; de lo contrario el condenado tendría un margen de maniobra muy amplio para impugnar constantemente las sanciones que se le apliquen, diluyéndose de modo ostensible la disuasión que busca la figura¹⁸.-

¹⁶ Brun, Carlos Alberto “ob. Cit. ¿Hacia un derecho...” Cap. 4.5; Brun Carlos Alberto “**ob. Cit Los llamados...**” cap. 2 f) ; Chamatrópulos, Álvarez Larrondo y Brun “ob. Cit.”.-

¹⁷ Lopez Herrera Edgardo “Los Daños Punitivos” ed. Abeledo Perrot Bs. As. 2008 pág. 357.-

¹⁸ Chamatrópulos, Álvarez Larrondo y Brun “ob. Cit.”.-

VII.- ¿Es necesario que haya daño?

Por último, para la aplicación de la sanción punitiva, ¿es necesario que haya un daño efectivamente causado/sufrido?

Según la letra de la norma en comentario, la sanción es aplicable “a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”. ¿Se puede actuar con “grave menosprecio” hacia un derecho de incidencia colectiva sin dañarlo? Y en tal caso ¿igual procede la multa?; contribuye a aumentar la incertidumbre el hecho que el artículo nunca habla ni del damnificado o víctima y sí en cambio, menciona a “la parte” o “legitimado”; por otro lado cuando menciona a la otra parte (demandado en la relación procesal) se refiere a él como “sancionado” o “dañador”.-

Todas estas imprecisiones harán que sean los jueces que apliquen la norma quienes habrán de interpretarla, arriesgándonos a vislumbrar que algunos jueces exigirán la efectiva causación de un daño y otros no exigirán tal situación.-

Por nuestra parte hemos definido a los daños punitivos como una condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto, como consecuencia de la comisión de un acto ilícito, por encima del efectivo resarcimiento de aquel¹⁹, por lo que entendemos que necesariamente debe haber un daño causado a un derecho de incidencia colectiva, (en la redacción del proyecto en comentario) o a cualquier derecho individual (en la tesis que proponemos).-

VIII.- Conclusión

1.- Estamos de acuerdo con la inclusión de los daños punitivos (sanción pecuniaria disuasiva) en el Código Civil y Comercial.-

¹⁹ Brun, Carlos Alberto “ob. Cít Daños Punitivos” cap. 4.1.-

- 2.- Entendemos que los mismos deberían aplicarse a pedido de parte o aún de oficio.-
- 3.- Pensamos que su aplicación debería ser para el caso de daños causados con culpa grave tanto para derechos de incidencia colectiva, como para derechos individuales o por no haber tomado medidas de prevención o evitación del daño.-
- 4.- Respecto del monto, estimamos acertado que no se fije un límite máximo pero no estamos de acuerdo con que el Juez tenga una discrecionalidad absoluta, sino que deberían establecerse pautas precisas para su fijación.-
- 5.- El destino necesariamente tiene que ser mixto: una parte la decidirá el Juez y otra debe ser a favor del reclamante.-
- 6.- Por último en tanto estimamos que la sanción es suplementaria de la indemnización de daños creemos necesaria la causación de daños para su aplicación.-