

**Autor: Edgardo López Herrera**

**Cargo: Decano Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.**

**Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino**

**Email: elopezherrera@unsta.edu.ar**

**Tema: Sanción pecuniaria disuasiva**

**Libro**

**Título V**

**Capítulo 1**

**Sección 2ª**

Esta ponencia se refiere a los arts. 1714 y 1715 del Proyecto de Código Civil.

La incorporación de los daños punitivos al código civil es una decisión que debe señalarse en términos generales como positiva.

En ese sentido el texto del art. 1714 representa un avance respecto del actual art. 52 bis de la ley 24.240 en cuanto establece pautas claras de apreciación de su procedencia, en especial dejando en claro que se trata de una sanción que solo procede cuando el factor de atribución es agravado.

Lo mismo cabe predicar respecto del art. 1715, que recoge la mejor doctrina de la Corte Suprema de EE.UU. que ha fijado pautas claras para juzgar cuando los daños punitivos son excesivos.

Otro aspecto correcto del proyecto es que no se haga mención a tope alguno, como es también que en el anexo II, que modifica el actual art. 52 bis de la ley 24.240, también se elimine el monto máximo de \$ 5.000.000.

Hay sin embargo dos puntos sobre los cuales cabe señalar que pueden ser mejorados, o en el mejor de los casos sometidos a un mayor debate.

### **Legitimación solo para derechos de incidencia colectiva**

La exigencia de que solo se pueden imponer sanciones pecuniarias disuasivas a quien actúa con grave menosprecio a los derechos de incidencia colectiva y que solo pueden peticionarla los legitimados para ejercer dichos derechos.

La primera base sobre la cual se objeta esa limitación, que no es usual en el derecho comparado, es que quizás podría haber tenido sentido, si bien sigue siendo desacertada, con el primer texto del anteproyecto, que claramente definía en el art. 14 a los derechos de incidencia colectiva y a sus legitimados.

Concretamente se decía que los derechos de incidencia colectiva son que “son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.”

Con la modificación que se introdujo al art. 14 del anteproyecto por el PEN, se ha debilitado la protección de los intereses de incidencia colectiva, ya que su concepto y los legitimados para defenderlos, no estarán definidos por el código civil.

Por otro lado, el texto que se propone para los daños punitivos, limitados solo a los derechos de incidencia colectiva, podría llegar a justificarse, si se permitiera la defensa de los derechos individuales mediante una acción colectiva, como estaba previsto en el anteproyecto originario, que decía que los derechos individuales “pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero

divisibles o diferenciados, generados por una causa común”. Pero habiéndose modificado el art. 14 del Proyecto se ha perdido cierto equilibrio entre damnificados por derechos individuales o incidencia colectiva no hay razón para que la limitación continúe.

En los Fundamentos se justifica la limitación a derechos de incidencia colectiva se justifica por lo que los economistas llaman “la tragedia de los bienes comunes”, en los cuales, según la Comisión, hay menos incentivos para litigar. La afirmación es también opinable, pero deja de serlo ni bien se advierte que con la reforma del art. 14 se ha perdido una herramienta mucho más valiosa que los daños punitivos en relación a los daños de incidencia colectiva, como son precisamente las acciones colectivas en defensa de esos intereses. Lo que puede suceder es que ahora se inicien juicios de daños punitivos, que en realidad serán acciones colectivas encubiertas, que como no pueden ser iniciadas por la reforma al art. 14, tratarán de buscar su cauce utilizando la figura de los daños punitivos. En este punto se torna imperioso señalar que no toda violación a derechos de incidencia colectiva es merecedora de daños punitivos.

El artículo 1714 del Proyecto está inspirado en el art. 1587 del proyecto de código de 1998 que en este sentido tenía la fórmula mejor: los daños punitivos se imponen tanto a quien no respeta los derechos individuales como los derechos de incidencia colectiva. Cabe señalar que la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados trató ese tema y no lo modificó en ese aspecto.

A los motivos ya expresados debe sumarse que el Proyecto actual, que no solo reforma el Código Civil, sino también otras leyes, propone que en el art. 52 bis ley 24240, el consumidor tampoco pueda cobrar la multa, salvo que el Juez así lo disponga. Ninguna razón valedera hay para consagrar semejante desigualdad ante la ley. Si los consumidores pueden reclamar daños punitivos y tener la esperanza de que el Juez se los permita cobrar, porque eso no está prohibido y perfectamente el Juez puede fundadamente disponerlo así, ¿Cuál es

la razón para que otros damnificados, como el paciente de un médico, no puedan cobrar daños punitivos?

El tema de la procedencia de los daños punitivos solo para daños de incidencia colectiva se relaciona íntimamente con el segundo punto que se objeta del proyectado art. 1714 que es el del destino de la multa.

### **El destino de la multa**

El otro punto, sobre el cual se formula una observación, es la parte en que se propone que dejar en manos del Juez el destino de la sanción pecuniaria. Si bien el art. 1714 no lo prohíbe expresamente, dicho destino jamás puede ser el patrimonio de la víctima, como se puede leer en los Fundamentos. La razón es que como los daños punitivos solo proceden, según el proyectado art. 1714, para violaciones de derechos de incidencia colectiva, no es posible que los cobre la víctima.

Por eso se propone que se tome el texto del art 1587 del proyecto de 1998: los daños punitivos proceden tanto para casos de grave menoscabo a los derechos individuales como a los de incidencia colectiva.

De esta manera, si se da la opción, se equiparará a los damnificados individuales a los consumidores. En ambos casos el destino será el de la víctima. Si la situación que da lugar a la condena por daños punitivos es una violación a derechos de incidencia colectiva, el destino lo decidirá el Juez.

Este tema también suscitó discusiones en la Comisión de Legislación General en ocasión de debatir el proyecto de 1998, art. 1587. Allí se aconsejó modificar el 1587 por lo siguiente: *“La multa se destinará al ‘Fondo de garantía para víctimas’ con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento.”*

El motivo de la modificación fue que “.. *si bien no es razonable que la totalidad de la multa sea para el actor, es posible que un porcentaje de la misma lo sea. De lo contrario, nadie la pediría, toda vez que evidentemente complicaría el trámite del expediente (debe producirse prueba sobre los presupuestos fácticos de la norma y su graduación cuantitativa).*”

Antes de avanzar más hay que aclarar que la cuestión del destino de la multa no es dogmática. Los daños punitivos, si bien por regla se destinan a la víctima, pueden en casos excepcionales tener otro destino. Así algunos Estados de Estados Unidos tienen lo que se conoce como *split awards* o *zero awards*, según que la víctima cobre parte o nada de la condena.

Así tienen leyes que prevén un destino distinto al patrimonio de la víctima los siguientes estados: tinada a la víctima, están: Alaska<sup>1</sup>, Colorado<sup>2</sup> 160, Florida<sup>3</sup> 161, Georgia<sup>4</sup> Illinois<sup>5</sup>, Indiana<sup>6</sup>, Iowa<sup>7</sup>, Missouri<sup>8</sup>, Oregon<sup>9</sup> 167, Utah<sup>10</sup> 168.

---

<sup>1</sup> El 50% de la condena debe ser depositado en rentas generales del Estado. Se aclara que el Estado no tiene acción para exigir o coadyuvar en juicio por daños punitivos. Alaska Code § 09.17.020 (j).

<sup>2</sup> 160 Un tercio de los daños punitivos (llamados *exemplary damages*) debe ser pagado a un fondo del estado. Los dos tercios restantes se otorgan a la víctima. Se aclara también al igual que Alaska que el estado no tiene derecho a iniciar juicio por daños punitivos o coadyuvar en el pleito, Colo. Rev. Stat., § 13-21-102 4.

<sup>3</sup> 161 En este estado la ley decía que se pagaba el 40% directamente a la víctima y el 60% restante se destina según sea el caso: a) al Fondo de Asistencia Médica Pública si el ilícito consiste en lesiones personales o muerte dudosa (*wrongful death*); b) al Fondo de Rentas Generales (*General Revenue Fund*) Fla. Stat. 768.73 1(a). Sin embargo esta sección fue declarada inconstitucional (“Gordon v. State”, 608 So. 2d. 800, 16<sup>a</sup> L.R. 5th 894), y se cambió la ley elevándose al 65% lo que queda para la víctima y a un 35% para el Estado.

<sup>4</sup> En este estado el 75% de la condena menos una parte proporcional de las costas, incluyendo honorarios razonables, se destinan al Tesoro estatal. Georgia. Ann. Code, 51-12-5.2.

<sup>5</sup> No contiene un porcentaje fijo sino que manda prorratar, de acuerdo con la discreción del tribunal, entre el actor, su abogado y el departamento de Servicios de Rehabilitación del estado. Los honorarios deben ser razonables sin tener en cuenta la cuota litis, salvo que la cantidad no exceda lo que se haya pactado en el contrato. Illinois Code, § 2-1207.

<sup>6</sup> Con algunas excepciones el 75% se destina a un fondo de indemnización para víctimas de crímenes violentos. H. 1741,109th. Reg. Sess.

<sup>7</sup> De acuerdo con el régimen de este estado si el hecho que motiva la condena fue cometido, y así se prueba en forma clara y convincente, con mala intención y desprecio por la seguridad o derechos ajenos, el 75% va a parar a un fideicomiso para indemnizaciones administrado por la Corte. Este fondo tiene por finalidad posibilitar el acceso a la justicia a los indigentes o

Los estudios que se han realizado sobre las leyes de estos Estados y sobre algunas propuestas son bastantes críticas y todas apuntan al hecho de que si no se permite a la víctima cobrar la totalidad o gran parte de la condena directamente no hay reclamo<sup>11</sup>.

Las más recientes propuestas de incorporación de los daños punitivos a un código civil, en este caso el francés, prevén que al menos una parte se destine a la víctima. El art. 1371 del proyecto de reformas al código civil francés, conocido como proyecto Catalá, dice que “El autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, a más de a daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar parcialmente al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser especialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos, no son asegurable”.

Ese proyecto de modificación del código civil francés, no dice lo que se propone para la Argentina: que solo es para violaciones de derecho de incidencia

---

programas de aseguramiento. En cambio si el ilícito fue cometido en contra de la víctima, la totalidad de la condena le pertenece. Iowa Code, § 668<sup>a</sup>.2.a.b.

<sup>8</sup> El 50% de los daños se destina, luego de pagar los gastos y honorarios, a un fondo de asistencia al *Tort's Victims Fund Compensation Fund*, Mo. Rev. Stat., 537.675 (1994).

<sup>9</sup> Se procede de la siguiente manera, primero se paga al abogado del ganador la cantidad pactada, del remanente el 50% se destina a la víctima y el otro 50% a un fondo para indemnización de víctimas de crímenes (*Criminal Injuries Compensation Account*). Si quien gana es una entidad pública, el 50% restante se deposita en la cuenta de esa misma entidad. Ore. Rev. Stat., 185401.1.2.3.

<sup>10</sup> El 50% del excedente de U\$S 20.000, después de pagar los honorarios de los abogados y costas, se deposita en el Tesoro estatal, Utah Code, § 78-18-1-(3).

<sup>11</sup> LUBAN, David, “A flawed case against punitive damages”, *Georg. L.J.*, vol. 87, p. 350, nov. 1998; DAUGHETY Andrew F. - REINGANUM, Jennifer F., “Found Money? Split-award statutes and settlement of punitive damages cases”, Vanderbilt University Law School, *Working Paper 99-17, Joe C. Davis Working Paper Series*, marzo 2000; MILLER, Nicholas, “Tis better to give than to receive: charitable donations of medical malpractice punitive damages”, en *Journal of Law and Health*, 1998, p. 141 y ss.; WELLS, Dede, “Charitable punishment: a proposal to award punitive damages to nonprofit organizations”, *Stanford L. & P. Review*, Winter 1998, p. 203 y ss.; OWEN, David, “Punitive damages overview: Functions, problems and reform”, *Villanova Law Review*, vol. 39, nro. 2, ps. 363-413.

colectiva o que la víctima no puede cobrar nada. Es el camino que se pide que se siga.

Se reitera que no es una cuestión dogmática sino más bien de política legislativa. Si se pretende que la sanción pecuniaria disuasiva, sobre todo luego de la reforma, al art. 14, tenga utilidad y su pretendida función preventiva, debe permitirse que todos puedan reclamarla y que la víctima pueda cobrar un parte sustancial de ella.

En el derecho argentino algunos autores se han manifestado en contra de que la condena, refiriéndose al art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, se destine a la víctima<sup>12</sup> y otros en cambio lo han hecho a favor<sup>13</sup>.

La experiencia de los cuatro años de vigencia de los daños punitivos de la ley 24240, modificada por la 26.361, ha demostrado además, que los jueces han tenido suma prudencia en la aplicación del instituto, lo que permite despejar muchos de los temores de los autores de la comisión reformadora.

Lo interesante es que los miembros de la Comisión que redactó el Anteproyecto, admiten que “el tema es opinable y es legítimo pensar en una norma general que aplique a todo tipo de derechos” y que ello fue debatido en el seno de esa Comisión. A continuación uno de los argumentos que utilizan es que es más prudente no proceder a ciegas en materia legislativa. Si bien parece acertado a primera vista ese razonamiento, no es compartible en su totalidad, porque, por ejemplo, la innovación de la ley 26.361 no habría sido posible si se lo

---

<sup>12</sup> Rúa, María I., "El daño punitivo en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", LL 2009-D-1253. Sostiene que la condena debe destinarse a un fondo estatal: Sánchez Costa, Pablo F., "Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor", LL 2009-D, 1113.

<sup>13</sup> Colombres, Fernando Matías, "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", LL 2008-E, 1159, quien dice que: "vemos, en el beneficio que se le concede al consumidor — víctima— actor, un premio a su lucha, a su compromiso, a su paciencia (los que pleiteamos habitualmente sabemos el largo camino que se recorre hasta la consecución de una sentencia firme) y por que no, a arriesgar — no obstante ya haber sido dañado— su capital en miras a perseguir al culpable". También de acuerdo Cossari, Maximiliano N. G., "Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino", LL , 03/12/2010, 1; Sprovieri, Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", SJA 3/11/2010.

hubiera seguido y hoy sería más difícil incorporar los daños punitivos al código civil. Incluso muchas de las reformas que se pretenden en otras áreas con este nuevo código, serían también saltos a vacíos o pasos a ciegas.

Por eso es que la propuesta es que en lugar de retroceder en materia de protección de derechos individuales, restringiéndoselos a consumidores, y poniendo una muralla para los restantes, se pide que se reconsidere ese aspecto del art. 1714 y del nuevo 52 bis de la ley de defensa del consumidor, y se permita que la sanción pecuniaria disuasiva sea aplicable también a casos de violaciones a derechos individuales como consecuencia de la lesión a un bien colectivo. En los mismos Fundamentos se reconoce – correctamente – que no se trata de una cuestión dogmática y que se puede esperar a un futuro desarrollo jurisprudencial. El problema es que esa jurisprudencia no avanzará en la protección de derechos individuales sino solo de incidencia colectiva por la prohibición del art. 1714.

### **Propuesta**

Para finalizar y a los fines de no contradecir el espíritu del Proyecto se propone que el texto del art. 1714 quede redactado de la siguiente forma:

**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 individuales o 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 cuando se trata de violaciones a derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de derechos individuales se destina a la víctima.

### **Propuesta para el Anexo II, artículo 3.5.**

Donde dice “La sanción tiene el destino que le asigne el Juez por resolución fundada”, debería decir.

“La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada cuando se trata de violaciones a derechos de incidencia colectiva de los consumidores. Cuando se trata de derechos individuales del consumidor se destina a la víctima”.