

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión N° 4: Derecho Daños: Función Preventiva y Sancionatoria en la Responsabilidad Civil

Los daños punitivos, el trato indigno al consumidor y la responsabilidad de los administradores societarios

Por Casiano Highton y María Celeste Colombo

Sumario: 1- Introducción. 2- Las funciones de la responsabilidad civil. 3- Los daños punitivos en la LDC. 4- Las funciones preventiva y sancionatoria en los daños punitivos. 5- El art. 8 bis de la ley consumeril. 6- Responsabilidad de los administradores societarios. 7- Ponencia.

1- Introducción

La filosofía jurídica, nos hace pensar constantemente en los objetivos teleológicos del ordenamiento jurídico, así es que recurrimos a la Constitución Nacional, al Código Civil y Comercial, a la ley de Defensa del Consumidor y nos encontramos con que el centro de protección es la persona. La persona como ciudadano, como consumidor, como damnificado, como usuario, como trabajador, como comerciante, como profesional, es lo que se protege.

El Derecho de Daños pone el foco justamente en la protección de la persona que ha sido víctima de daños injustos, e intenta que cada vez sean menos los daños que queden sin reparar. Asimismo, no solo pretende reparar, sino que también tiene además una importante función preventiva que consiste en evitar los daños, y otra punitiva para multar y disuadir ciertos hechos dañosos de gran relevancia jurídica.

Así es que con los avances normativos se logra llevar la protección de la persona desde el hipocentro -en forma más desorganizada y desvariada- al epicentro del ordenamiento normativo.

Paradójicamente dentro de este sistema de gran protección normativa, hay todavía quienes toman decisiones de dañar injustamente a sabiendas de este resultado dañoso, a veces por conveniencia practica o económica, se terminan cometiendo grandes daños que podrían evitarse. Acá es donde

cobra relevancia, la función preventiva, para prever tales daños y la punitiva para disuadir a los que dañan a sabiendas, para que retiren esa conducta dañosa o potencialmente perjudicial.

Trataremos en esta ponencia, de poner un poco luz sobre las funciones de la responsabilidad civil, los daños punitivos en la ley defensa del consumidor y la posibilidad de extender la responsabilidad por daños punitivos a los administradores que actúan dolosamente o con culpa grave escudándose con el ropaje de las personas jurídicas.

2- Las Funciones de la Responsabilidad Civil

El Código Civil y Comercial reconoce las dos funciones más importantes que a la responsabilidad civil o al derecho de daños le venía dando la doctrina y la jurisprudencia la función Preventiva y la función Resarcitoria, dejando de lado la función punitiva. Sin embargo la función punitiva está vigente en nuestro derecho, en el art. 52 bis de ley de defensa del consumidor (Ley 24.240).

A) La función Preventiva: Consideramos un gran acierto la inclusión expresa de esta capital función en el Código Civil y Comercial, haciendo eco de la tendencia de los tiempos actuales. Los daños cualquiera sea su origen deben ser, en la medida de lo posible, evitados, por tal motivo la prevención actúa antes de la producción del daño.

El más reciente Derecho de Daños aspira a la prevención, a la evitación antes que a la reparación. Es la actuación del Derecho ex ante, mucho más conveniente que la presencia ex post. Se trata, en otras palabras, de la “prevención de los conflictos”, aludida en el artículo 42, última parte, de la Constitución Nacional.¹

La función preventiva, tal como está estructurada en el CC y C, transita por dos grandes carriles. En primer lugar, en el artículo en comentario se establece expresamente el deber general de no dañar y —correlativamente— un deber genérico de prevención del daño, que comprende tanto el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo. En segundo término, a partir del artículo siguiente se trata acerca de la acción preventiva.²

Así, el daño debe evitarse y, producido, debe reducirse hasta extinguirse, disminuirse sus consecuencias o impedir su agravación (art. 1710), actuando de buena fe y adoptando las medidas razonables (arts. 9 y 1710, inc. b). La acción tendiente a la prevención puede derivar de un hecho

¹ Mosset Iturraspe, Jorge – Piedecabras, Miguel A. “Responsabilidad por Daños” Tomo I Parte General Rubinzal – Culzoni Editores, 2016.

² Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián (Directores) “Código Civil y Comercial Comentado, Tomo IV Libro Tercero art. 1252 a 1881” Infojus.

positivo o negativo, sin requerirse la existencia de un factor de atribución -subjetivo u objetivo- previo para que resulte procedente (art. 1711). Se concede legitimación a quien tiene un "interés razonable" en prevenir el daño en cuestión (art. 1712). La sentencia que admita la acción debe disponer en forma definitiva o provisoria la obligación consistente en cumplir con el "deber de prevención", la que deberá tener en cuenta los medios más idóneos para llegar al resultado querido evaluando criterios de menor restricción posible entre los derechos en conflicto que se susciten (art. 1713). La medida que dicte la sentencia interlocutoria o definitiva podrá ser a pedido de parte o aún de oficio (art. cit.)³.

La función preventiva busca actuar con anterioridad a que el perjuicio se produzca, o que, si ya se ha producido, no se agrave. De esta forma, queda consagrada en el ordenamiento jurídico la función preventiva genérica (más allá de lo que establecen al respecto, algunos microsistemas jurídicos respecto de determinados supuestos específicos, como sucede con la Ley General del Ambiente, 25.675), en paridad con la función resarcitoria ya mencionada.⁴ El principio *alterum non laedere* está formulado ex ante de que el daño ocurra. Esto quiere decir que procura sobre todo la evitación del perjuicio, y no la actuación ex post (si así fuera diría: "siempre hay que indemnizar")⁵.

La misma se regula desde el artículo 1710 al 1715 tratándola antes del resarcimiento, cumpliendo con la lógica de primero prevenir, luego reparar. El Art. 1710. Del C.C.C. establece que: *"Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud;... c) no agravar el daño, si ya se produjo."*

La norma es clara, ahora es un deber jurídico impuesto por la norma el hecho de prevenir los daños, con lo cual no solo es más fácil apreciar la conducta debida sino también apreciar en su caso la omisión de la conducta debida.

El inciso b) del artículo 1710 C.C.C. ahonda todavía más en la cuestión, y nos recuerda los principios generales del derecho de buena fe y de razonabilidad, e introduce el concepto de disminuir la magnitud del daño y hasta le reconoce el derecho de repetición al que asume gastos que evitan o reducen la magnitud de un daño por el cual un tercero tendría que responder.

³ Sagarna, Fernando Alfredo "La necesaria reforma a la Parte General de la "Responsabilidad Civil" en el Código Civil y Comercial de la Nación" RCyS2014-XI, Tapa.

⁴ Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián op. Cit.

⁵ Edgardo López Herrera, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 44.

El deber general de prevención podría traducirse de la siguiente manera: "quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta"⁶.

B) La función Punitiva: El artículo 1714 del Proyecto del código civil y comercial en su primera parte contenía el siguiente texto: *"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"*. Sin perjuicio de que finalmente en el Congreso de la Nación se suprimió este artículo de la versión definitiva del *Code*, cabe destacar que la función punitiva sigue siendo una de las funciones de la responsabilidad civil para una gran parte de la doctrina, por más que el ordenamiento jurídico no la haya reconocido en el Código Civil y Comercial, recordando que tal función si está reconocida en el art. 52 bis de la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240).

Los "daños punitivos" tienen entonces un propósito netamente sancionador, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños⁷. La institución sancionatoria, busca convencer a quien actúa con menosprecio, para que deponga su accionar egoísta y dañador. La persuasión en este caso se busca mediante una amenaza de multa, por su actitud desaprensiva⁸.

C) La función Resarcitoria: La función más extendida de la Responsabilidad Civil sigue siendo la de resarcir el daño injustamente sufrido, por más que la tendencia actual y prioritaria sea la de prevenir, decimos que la función resarcitoria sigue ocupando un lugar muy importante en el derecho de daños. Si bien la reacción jurídica contra el daño puede no estar dirigida a suprimir el evento dañoso acaecido cuando ello es imposible, se encamina a su reparación creando una situación equivalente a la que existía antes. El término "resarcimiento" se utiliza como expresión genérica, comprensiva de los dos modos que puede asumir la reparación: específica o dineraria.

Para el resarcimiento específico se emplea también la locución reposición de las cosas al estado anterior, para el resarcimiento dinerario se recurre al vocablo "indemnización" sin distinguir entre el daño patrimonial y el no patrimonial, ni entre la antijuridicidad objetiva y la subjetiva.

⁶ Marcelo J. López Mesa, "Teoría general de la responsabilidad civil", en Felix A. Trigo Represas - Marcelo J. López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, t. I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 132.

⁷ Picasso, Sebastián. "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación." RCyS2015-IV, 5

⁸ Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, "Sanción pecuniaria disuasiva", en Julio César Rivera (director) - Graciela Medina (coordinadora), Cometarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 887

La función resarcitoria consiste justamente en reparar el daño injustamente causado mediante la reparación en especie o mediante una indemnización comprensiva de los daños sufridos, el resarcimiento del daño causado es impuesto como obligación legal. Una vez que el daño fue producido, la función principal de la responsabilidad civil pasa a ser la de compensar a la víctima del daño. Lo que ocurre es que en realidad, la responsabilidad civil se trata de un problema referido a la carga económica del daño, que deberá adjudicarse a quién aportó la fuerza que resultó dañadora o a quién aportó el bien que resultó dañado, según las reglas de la justicia y la equidad.⁹

La indemnización se basa en la justicia, y tiene como fin primordial volver al estado anterior a la producción del hecho dañoso, es decir que la víctima pueda restablecer su situación previa al daño sufrido.

D) Síntesis de las funciones: En virtud de todo lo expuesto podemos concluir que: en adelante conviven tres sistemas: prevención y resarcimiento del derecho privado, con apoyo en las normas del Código Civil y Comercial 2014; prevención, resarcimiento y punición en el derecho del consumo (con los daños punitivos previstos en el art. 52 bis LDC) y en el derecho ambiental rige la secuencia: prevenir, precaver e indemnización sustitutiva solo en caso de resultar imposible la recomposición o restablecimiento de la situación al estado anterior al daño, la que es prioritaria¹⁰.

3- Los Daños punitivos en la LDC

Los daños punitivos, están expresamente previstos en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, el cual establece que todo aquel proveedor que por dolo o culpa grave vulnere los derechos del consumidor será sancionado con una pena pecuniaria. Así, de la propia norma se desprenden los requisitos de admisibilidad del instituto, a saber: a) proceden a pedido de parte; b) el facultad del juez su aplicación; c) el monto máximo de la multa no podrá exceder los \$ 5.000.000; d) el quantum de la pena deberá establecerse en función de la gravedad del hecho y circunstancias del caso. Esta norma, que se aplica siempre y cuando haya una cuestión y/o relación de consumo involucrada, lógicamente — a pesar que la norma no lo mencione — para que sea de aplicación el instituto el proveedor deberá actuar con un grave menosprecio a los derechos del consumidor.

4- Las funciones preventiva y sancionatoria en los daños punitivos.

⁹ José María López Olaciregui, Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, RCyS 1999-I, 957.

¹⁰ “Galdós, Jorge Mario. “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación” Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 137.

Los daños punitivos en nuestro país y en el derecho comparado son el paradigma de la función sancionatoria de responsabilidad civil, siendo uno de sus principales objetivos la de sancionar la conducta de infractor. Así, como ya hemos visto, el instituto nace con el objeto de punir al infractor que en su accionar demuestra un grave menosprecio los derechos de sujetos en situación de vulnerabilidad, ya sea que haya actuado con dolo o bien con un manifiesto desinterés por el derecho tutelado.

Por otro lado, la sanción que emana de los daños punitivos no sólo tiene como fundamento la punición al infractor, sino también tiene como eje central el objetivo de dismantelar el ilícito lucrativo. Esto es, los beneficios injustamente obtenidos a través de la conducta dañosa, es por ello que el monto de ésta multa civil debiera tener presente el lucro obtenido por el infractor para que sea un método idóneo de sanción. La multa civil del art. 52 bis no solo sanciona la conducta, sino que sanciona el fin último de la conducta contraria a derecho, es decir que la obtención de ganancias por un medio reprobado por el derecho en detrimento de los derechos del grupo vulnerable que se protege.

Como podemos apreciar, en la evitación y sanción del ilícito lucrativo que persigue el instituto, encontramos inmersa la función preventiva de los daños punitivos. Más allá de la efectiva sanción que impone la norma, es necesario bucear en la intencionalidad del legislador. Los daños punitivos se convierten así en advertencia para disuadir futuras inconductas en potenciales dañadores. He aquí donde radica su función preventiva, en convertirse en medio para prevenir un daño.

Como hemos dicho anteriormente, se advierten dos formas de prevención en el art. 52 bis, a saber: la prevención general — *general deterrence* — y prevención específica — *specific deterrence* —, a saber: a) Los daños punitivos en su noción *prevención general*, se patentizan las consecuencias que señala el art. 52 bis para aquellos que actúen la conducta señalada en la norma. Aquí, los eventuales infractores ante la amenaza de la norma toman la decisión de no ejecutar la conducta reprobada, ésta actitud “*sería el resultado de los efectos de las normas de responsabilidad civil: éstas implicarían —ex ante del daño— una amenaza de afrontar los costos de una indemnización para los individuos que emprenden actividades potencialmente dañosas*”¹¹. b) En su sentido *prevención específica* los daños punitivos, no requiere la conducta de abstención del eventual

¹¹ Tolosa, Pamela: “Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial”- Cita Online: AR/DOC/5487/2012

infractor sino que depende que otros factores. La propia norma del art. 52 bis es prevención en sentido específico, así como también la actividad jurisprudencial de los tribunales.

Así podemos advertir una doble función sancionatoria y preventiva, donde los daños punitivos tienen un doble efecto: inmediato y mediato. El efecto inmediato es sancionar al dañador; y el mediato, es prevenir la reiteración de la conducta reprochada. Este último efecto tiene estrecha relación con el principio de prevención del daño receptado, en el art. 1710 del CCyC. Las multas civiles del art. 52 bis cumplen claramente un efecto disuasorio en los potenciales dañadores, y es éste efecto al echaremos mano para explicar la importancia del art. 8 bis de la LDC.

5- El art. 8 bis de la ley consumeril.

El art. 8 bis pone de relieve lo importante que es para la ley consumeril la dignidad e integridad moral de los consumidores. Así, la persona humana en su calidad de tal merece ser tratada dignamente, la noción de dignidad de la persona, ha ingresado de modo expreso al derecho constitucional argentino a través de su incorporación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Asimismo, implícitamente está reconocido como uno de los derechos fundamentales no enumerados de los que habla el art. 33 de la norma fundamental.

La persona humana como tal merece que se le reconozca, respete y, por ende, tutele su dignidad, atento a que esta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona. En otras palabras, la dignidad es considerada un derecho humano fundamental que sirve de sustrato, de basamento, y sobre el que pivotean, todos los demás derechos humanos reconocidos. La reforma a nuestra ley de fondo ha entendido que la dignidad es un derecho esencial de la persona humana, y hace a la inviolabilidad de la misma (art. 51 de la CCyC).

Por su parte, la 26.361 que modificó la Ley de Defensa del consumidor incorporó en el art. 8 bis, la noción de "trato digno" y la prohibición de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias e intimidatorias. La sanción para aquellos proveedores que desplieguen tales conductas, está dada por la propia norma que establece que podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la LDC, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor.

Finalmente, es objeto de la presente ponencia poner el relieve el último párrafo del art. 8 bis que hace extensiva solidariamente la multa del art. 52 bis "*a quien actuare en nombre del proveedor*".

En este punto cabe preguntarse, ¿a quién se refiere la norma? A quién es la cara visible en el mostrador de la empresa, o quizás a quién tiene el poder de decisión en la mesa del Directorio. Tenemos la convicción que la norma se refiere a quienes revisten el carácter de administradores societarios.

Entendemos que es con éste último párrafo del art. 8 bis que la función disuasoria de los daños punitivos toma real dimensión, ya que no solo la empresa es quién eventualmente puede ser pasible de sanción, sino que además podrán sufrir las consecuencias aquellos que toman las decisiones que a la postre son objeto de reproche en los términos del art. 8 bis.

6- Responsabilidad de los administradores societarios.

El principio rector de la responsabilidad de los administradores y los representantes de la sociedad se encuentra dado en el art. 160 del C.C y C y en el art. 59 de la ley 19.550. En ambas normas se establece que la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores y representantes que faltaren a la obligación de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, por aquellos daños y perjuicios — a la sociedad y/o a terceros — que resultaren de su acción u omisión. La norma requiere del administrador diligente dos deberes, a saber: 1) el deber de obrar con lealtad. Se entiende que obra con lealtad aquel representante o administrador que ejerce sus funciones con miras al interés social, con abstención de cualquier beneficio personal; 2) el deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Se entiende que obra como un buen hombre de negocios quién actúa con *expertise* técnica, capacidad y experiencia.

No obstante lo expuesto, la ley 19.550 —al introducirse en la regulación de la administración y representación de las sociedades anónimas— establece en su art. 274 la extensión de la responsabilidad solidaria e ilimitada hacia la sociedad, accionistas y terceros, para aquellos directores que desempeñen mal sus funciones en similares términos a los expresados en el art. 59 de la L.G.S Sin perjuicio de lo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo a lo establecido en el estatuto o decisión asamblearia.

Por último, el art. 274 de la LGS señala la exención de responsabilidad al director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si dejare constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, autoridad competente y/o se ejerza la acción judicial.

Respecto de la extinción de la responsabilidad, el art. 275 de la ley 19.550 establece que se extingue la responsabilidad de los directores o gerentes respecto de la sociedad por aprobación de su gestión, renuncia expresa o transacción resuelta por la asamblea, siempre y cuando esa responsabilidad no sea en violación de la ley, estatuto y/o no media oposición del 5% del capital social. Esta extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal. En el derecho societario argentino se prevé el ejercicio de la una acción social de responsabilidad y una acción individual de responsabilidad en los art. 276, 277 y 279 de la LGS respectivamente.

Por su parte, la ley concursal, establece una serie de normas tendientes a regular la responsabilidad patrimonial de terceros ante la quiebra, que no excluyen sino que complementan lo dispuesto por la normativa societaria.

A la normativa anterior hay que sumarle el art. 8 bis de la ley consumeril que les extiende solidariamente la condena por daños punitivos, en caso de que se demuestre que actuaron en violación al trato digno que debe dispensarse al consumidor, desplegando conductas vejatorias, intimidantes y humillantes. Así, en pos de la función disuasoria de los daños punitivos, es preciso destacar que es importante analizar la actuación de los administradores societarios en la toma de decisiones de la sociedad, es imprescindible exigirles el deber de obrar con la diligencia y lealtad de los arts. 160 C.C y C y 59 LGS, a los fines de evitar que con su conducta perjudiquen a los consumidores en violación al art. 8 bis LDC.

7- Ponencia.

El objeto de la presente ponencia es poner en relieve que el obrar antijurídico de los administradores societarios no solo engendra la responsabilidad prevista en los arts. 159, 160 y 1763 del C.C y C, art. 59 y 274 de la Ley 19550, sino que también puede ser pasible de la multa prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, si en el caso concreto, se dan los presupuestos requeridos en el art. 8 bis de la misma ley.

La norma prevista en la ley consumeril es sumamente importante ya que hace a la prevención, en su faz general y específica, de eventuales ilícitos lucrativos por parte de las grandes empresas. Hoy en día los Tribunales comienzan a aplicar cada vez más asiduamente la multa del art. 52 bis, y esto es así porque con más frecuencia se advierten por parte de las empresas conductas actuadas en grave menosprecio a los derechos de los consumidores, no obstante no puede pasarse por alto que éstas empresas son dirigidas por hombres de carne y hueso quienes son quienes toman las decisiones que a la postre perjudican a los consumidores. Ejemplo de ellos es el emblemático caso del “Ford Pinto”, y más actualmente el escándalo de Volkswagen y sus autos diésel.¹²

En los casos referenciados parece claro en ambas compañías las decisiones reprochables fueron tomadas por sus directivos, por lo que parece necesario y hasta justo que sean éstos quienes además afronten el daño ocasionado a los consumidores. Nuestra normativa prevé este supuesto y posibilita sancionar al administrador societario con la extensión de la condena por daños punitivos en el caso de que se den los supuestos del art. 8 bis LDC..

Entendemos que se deben promover conductas de mercado que se orienten hacia el trato digno hacia el consumidor, en tal sentido los arts. 8 bis y 52 bis LDC funcionan como leyes directamente disuasivas de las conductas indignas para el consumidor y la posibilidad de extender las condenas por daños punitivos a los administradores de las sociedades es real y concreta, no solo para buscar algún otro “deep pocket”, que responda ante un eventual insolvencia de la Sociedad Comercial condenada- sino para disuadir aún más las conductas indignas hacia el público consumeril.

¹² La empresa manipuló los tests que medían los gases contaminantes de los autos diésel a los fines de pasar las normativas europeas y americanas de reducción de emisiones nocivas al medioambiente. Así, se vendieron miles de automóviles con el engaño de que cumplían con los estándares medioambientales exigidos.