

LOS DAÑOS PUNITIVOS Y LAS OPORTUNIDADES DE APLICACIÓN EN COLOMBIA*

Jenner Alonso Tobar Torres**

RESUMEN

Dentro del derecho civil vienen surgiendo novedosas instituciones que buscan dar respuestas a difíciles desafíos que el funcionamiento de las sociedades modernas plantea. En lo que respecta al área de la responsabilidad civil y el derecho de daños, la figura de los daños punitivos –proveniente del derecho anglosajón– ha comenzado a ser considerada en algunos ordenamientos de derecho continental como una herramienta para desarrollar una nueva concepción preventiva de la responsabilidad civil que busca complementar la clásica faceta resarcitoria. El presente artículo expone las características primordiales de este instituto, recogiendo las principales experiencias de derecho comparado, a fin de plantear elementos de debate para ser tenidos en cuenta frente a la posibilidad de considerar la aplicación de esta figura en el derecho civil colombiano.

Palabras clave: daños punitivos, responsabilidad civil, derecho de daños, función preventiva, derecho comparado.

ABSTRACT

Inside of Civil Law are emerging innovative institutions to respond to difficult challenges

that the functioning of modern societies face. As regards the area of civil responsibility and the law of damages, the figure of the punitive damages –original of common law–, has begun to be considered in some civil law systems as a tool to develop a new concept preventive in the civil responsibility, that seeks to complement the classical compensatory facet. This article discusses the key features of this figure, picking up the main experiences on the comparative law, in order to expose points of discussion to be considered when discussing the possibility of considering the application of this figure in Colombia's civil law.

Key words: punitive damages, civil responsibility, law of damages, preventive function, comparative law.

INTRODUCCIÓN

No resulta novedoso el planteamiento según el cual el Derecho es un campo en constante transformación que intenta responder a las necesidades de una sociedad cada día más compleja y tecnificada. En el derecho civil, los juristas han tenido que enfrentar situaciones improbables hace tan solo un par de décadas e insospechables hace más de un siglo cuando se elaboraron la mayoría de códigos civiles latinoamericanos.

Fecha de recepción: 23 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2011.

* Artículo producto de investigación terminada que desarrolló el autor sobre el tema con ocasión del curso Obligaciones y Responsabilidad del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogado y Magíster en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (República de Argentina).

Los avances en la medicina, la genética, la industria, e incluso, los cambios en los comportamientos y relaciones sociales han generado una serie de desafíos para todas las áreas del derecho, pero en particular para el derecho privado, el cual ha tenido que reconfigurar sus más tradicionales cimientos para dar respuesta a estos desafíos. Hoy la noción de persona, las formas contractuales, los vínculos familiares, el régimen de propiedad, son temas que no son tan claros y pacíficos como hace un siglo, cuando Bello o Vélez Sarsfield proyectaban sus códigos civiles.

En el área de la responsabilidad civil y del derecho de daños ha prevalecido la regla romana *alterum non laedere* (no dañar a otro), de tal suerte que ante el quebranto de dicha regla surge la necesidad y el deber de restablecer al afectado a su estado anterior en aplicación de un elemental sentido de justicia y de ética, siendo este el más básico fundamento del deber de reparar¹.

Sin embargo, en la actualidad la concepción meramente resarcitoria del derecho de daños ha comenzado a ser superada, o por lo menos complementada. En efecto, en el moderno derecho de daños se ha comenzado a hablar con gran insistencia de una naturaleza preventiva e incluso punitiva de la responsabilidad civil².

Dada la gran complejidad de las sociedades modernas la responsabilidad civil ha sido objeto de diversas reorientaciones en varios de sus institutos, e incluso ha propiciado el surgimiento de nuevas figuras jurídicas me-

dante las cuales se pretende atender a esa nueva concepción preventiva y punitiva.

La figura de los daños punitivos surge como resultado de esa continua evolución de la responsabilidad y el derecho de daños. Originada y consolidada dentro del derecho anglosajón, en los últimos años esta figura ha comenzado a ser aceptada en algunos ordenamientos jurídicos de tradición continental, y por esta razón se ha abierto un debate en torno a su posibilidad, necesidad y conveniencia de inclusión en los ordenamientos legales latinoamericanos.

Los ejemplos de instituciones jurídicas anglosajonas que han sido implementadas en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos son numerosos, existiendo ejemplos afortunados como desafortunados, y experiencias recientes como la implementación del sistema penal acusatorio en varios países latinoamericanos.

En la responsabilidad civil, Argentina recientemente incorporó a su ordenamiento el instituto de los daños punitivos, y la posibilidad de aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido objeto de discusión principalmente a nivel doctrinal y académico.

De este modo, para abordar el **problema de investigación** se pretende realizar una exposición y valoración crítica del instituto de los daños punitivos a partir de su caracterización, las experiencias de aplicación en el derecho foráneo, y con base en ello considerar sus posibilidades de aplicación en el derecho colombiano.

1 Para un análisis más amplio sobre los fundamentos filosóficos o económicos de la responsabilidad civil Cfr. LÓPEZ HERRERA, Eduardo, "Introducción a la responsabilidad civil", Instituto de Derecho Civil y Comparado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Tucumán, Tucumán, 2004, p. 2 y ss. Disponible en <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

2 Cfr. ÁLVAREZ, Agustín. "Repensando el Derecho de daños", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>, GARRIDO CORDOBERA, Lidia "Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños" en *Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010.

Para ello, como **estrategia metodológica**, en un primer acápite realizaremos una caracterización de los daños punitivos, exponiendo su concepto, su naturaleza y sus finalidades, luego abordaremos los principales desarrollos de esta figura en el derecho comparado, para introducirnos en un análisis valorativo de las principales críticas de las que ha sido objeto este instituto. Finalmente, recogiendo las consideraciones realizadas, plantaremos la posibilidad y conveniencia de aplicación de los daños punitivos en Colombia.

HACIA UNA CARACTERIZACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Concepto

Los daños punitivos han gozado de innumerables definiciones las cuales, según su lugar de origen, cambian en aspectos muy puntuales. Este instituto ha sido abordado con ahínco en la doctrina y jurisprudencia anglosajona, principalmente por ser esta figura originaria del *Common Law*, empero, en el derecho continental y en el ámbito latinoamericano también se han realizado esfuerzos doctrinales.

Uno de los principales antecedentes históricos de los daños punitivos se sitúa en Inglaterra. Allí, en 1763 dentro del juicio de *Huckle Vs. Money*, se resolvió un caso de abuso de poder público contra un viajero y con respecto al daño se estableció “la Cámara de los Lores considero que era el caso de condenar al Estado a pagar, además del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, una suma adicional a título *exemplary damages*, con el objeto de destacar la

importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares”³.

En el derecho norteamericano los daños punitivos (*punitive damages*) han sido definidos por la Suprema Corte como “*multas privadas impuestas por jurados civiles a fin de castigar conductas reprochables y para disuadir que se reiteren en el futuro*”⁴. En esta definición se observa que en los Estados Unidos los encargados de imponer una condena de daños punitivos dentro de los juicios de carácter civil son jurados conformados por varios ciudadanos.

Dentro de la doctrina latinoamericana también se han propuesto definiciones a esta figura. En el derecho argentino, donde ha sido incorporado este instituto, ríos de tinta han corrido sobre este tema, rescatamos de allí una de las definiciones más recientes, que por su grado de detalle expone los elementos más sobresalientes del instituto.

Chamatropulos, define los daños punitivos o multas civiles como “*sanciones de carácter civil y de orden legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero), sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad*”⁵.

3 NAVIA, F. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 200, p. 97. Citado en ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, David, “Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2010, p. 182. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151416945007>

4 Caso “Gertz c. Robert Welch, Inc.” 418 US, 323, 350 (1974). Citado en CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Los daños punitivos en la Argentina*, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 2.

5 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 21.

Por otra parte, en un estudio sobre el tema en Colombia, Buitrago señala que *“los punitivos damages” han sido entendidos como aquellas sumas adicionales a los daños compensatorios –para nosotros daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño en vida de relación–, que se conceden a las víctimas a título de sanción en algunos casos específicos y excepcionales, y que para la doctrina mayoritaria no contienen un elemento indemnizatorio: por el contrario, su única justificación es la función preventiva y sancionatoria que tiene la Responsabilidad Civil*⁶.

Estas definiciones contienen una serie de elementos comunes que delimitan la naturaleza de los daños punitivos. En primer lugar, los daños punitivos son entendidos como *sanciones* y no como compensaciones, lo cual rompe con el tradicional paradigma del aspecto eminentemente compensatorio de la responsabilidad civil, por esta razón son sanciones *adicionales* a las indemnizaciones correspondientes por daños compensatorios.

Los daños punitivos son de *carácter civil*, es decir, que operan sobre el campo de la responsabilidad civil y del derecho de daños, desligándose de figuras parecidas en otras áreas del derecho como, por ejemplo, las penas económicas a las que puede haber lugar dentro de un proceso penal, y con las cuales no son excluyentes.

Esta institución *se aplica en casos excepcionales*, es decir, que solamente tendrá cabida bajo la observancia de rigurosos supuestos de aplicación que responden a la finalidad con

la cual se instituyen los daños punitivos en cada legislación, pero que en general aluden a casos en los que el accionar del demandado fuere con dolo o culpa grave y/o la conducta merezca un alto grado de reproche social.

Objeto y finalidades de los daños punitivos

Una vez realizada la anterior aproximación conceptual, es pertinente introducirnos en la reflexión acerca de las finalidades del instituto de los daños punitivos. Empero, para ello es necesario realizar con antelación ciertas consideraciones necesarias sobre la función preventiva de la responsabilidad civil.

Tradicionalmente se ha considerado que el objeto de la responsabilidad civil es *“el de conservar el equilibrio patrimonial de los particulares”*⁷, de tal forma que bajo esta concepción la finalidad de la acción de daños y perjuicios es indemnizar el daño efectivamente causado. Es decir, bajo esta concepción la responsabilidad civil tiene una función eminentemente resarcitoria.

No obstante, en varios círculos doctrinales y jurisprudenciales se ha comenzado a aceptar la idea que la responsabilidad civil también posee una faceta preventiva. En efecto, si quien sufre un daño pretende que este le sea resarcido, esta directiva debe proyectarse hacia el desarrollo de sistemas de prevención de daños⁸.

Así pues, la responsabilidad civil puede y debe cumplir una función preventiva sobre la base de remedios de tipo inhibitorio que

6 BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, Litografía Moderna Digital, Pereira, 2007, p. 37.

7 TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*, Temis, Bogotá, 1999 p. 18. Citado en Citado en ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, David, “Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2010, p. 182. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151416945007>

8 ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 20 y ss.

“frente a situaciones de peligro o de daño apto para perdurar en el tiempo, posibiliten la evitación o, en su caso la cesación de actividades nocivas”⁹.

La faz preventiva del derecho de daños tiene como fundamento primario el ya mencionado principio *alterum non laedere*, pues desde todo punto de vista es preferible tender hacia la evitación en la consumación de un daño que limitarse a su represión mediante el resarcimiento. De este modo, el Juez civil como representación del Estado, debe tener la potestad de ordenar medidas tendientes a evitar la posible reiteración de un daño, en ejercicio del poder de policía que desempeña el Estado¹⁰.

Por otra parte, existen quienes consideran que el derecho de daños, además de su faceta resarcitoria, posee una función punitiva o sancionatoria. En principio, la labor punitiva de las normas están reservadas para el área del penal o del derecho administrativo sancionatorio, sin embargo, algunos autores sostienen que en el derecho de daños el resarcimiento es en sí mismo una sanción impuesta, de tal forma que en el área civil se pueden verificar algunos ejemplos de sanciones civiles plenamente justificadas, como lo pueden ser los daños punitivos¹¹.

Dentro de este amplio marco dentro del cual el derecho de daños y la responsabilidad civil trascienden de una función meramente resarcitoria e incorporan facetas preventivas y punitivas en sus instituciones, es en donde se debe considerar la figura de los daños punitivos y las finalidades que persigue el instituto.

Función sancionadora de los daños punitivos

Se ha considerado que los daños punitivos tienen dos funciones primarias: sancionar y prevenir. Lógicamente, al conceptualizar los daños punitivos como una sanción se le otorga una naturaleza punitiva a esta institución, la cual se desarrolla dentro de la concepción moderna el derecho de daños que supera el campo meramente resarcitorio.

En el derecho de daños se parte de la idea que el resarcimiento mediante las indemnizaciones clásicas es una ficción jurídica en la medida que una vez causado el daño en la mayoría de los casos es materialmente imposible regresar las cosas al mismo estado anterior al acaecimiento del hecho dañoso¹². Ahora bien, existen conductas cuya gravedad es de tal proporción que la satisfacción a la sociedad no se logra únicamente con el resarcimiento del daño.

En efecto, en ocasiones el resarcimiento del daño no logra silenciar *“las repercusiones de inequidad e inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia ajena: la reparación integral deja entonces insoluble la lesión al sentido de justicia”¹³.*

El fundamento de la función sancionadora de los daños punitivos se encuentra entonces en la fuerte desaprobación y reproche social de ciertos actos que por ende merecen ser sancionados aún en el campo del derecho civil. Pese a que la indemnización

9 TRIGO REPRESAS, Félix, A. Ob. cit., p. 27.

10 GARRIDO CORDOBERA, Lidia. Ob. cit.

11 Cfr, AGUIAR LOZANO, Hugo Fernando. *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2010c/748/, ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, David, “Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2010, p. 188. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151416945007>

12 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 48.

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Citado en CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Ob. cit., p. 48.

resarcitoria puede llegar a ser considerada en sí misma como una sanción, cuando la gravedad del hecho dañoso es tal, el mero resarcimiento no es suficiente para compensar la desaprobación social del acto, por lo cual los daños punitivos cumplen la función de sancionar estas conductas.

Función preventiva de los daños punitivos

Como se estableció en líneas anteriores, el derecho de daños está siendo objeto de un redireccionamiento en el cual evitar que los daños sean consolidados es uno de los fines más importantes a ser logrados. Es bajo este nuevo enfoque del derecho de daños que el instituto de los daños punitivos encuentra mayor justificación al ser una figura que tiene como función la disuasión o prevención de nuevos daños.

En efecto, las condenas por daños punitivos llevan en sí un mensaje o amenaza disuasoria que constriñen a desplegar precauciones para evitar lesiones análogas o abstenerse de conductas desaprensivas. Con este instituto, se busca prevenir conductas en las cuales el actor considere que la utilidad que recibe del daño es mayor a la indemnización que debe asumir¹⁴.

Dentro de un verdadero enfoque preventivo del derecho de daños se debe buscar eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. De este modo, no se trata únicamente de regresar al afectado a su estado anterior con la correspondiente indemnización, sino además, regresar al causante del daño al estado anterior al acaecimiento del hecho dañoso eliminando cualquier beneficio que la actividad dañosa le hubiere conllevado.

Coincidimos con quienes sostienen que la función preventiva es la más relevante dentro de los daños punitivos, pues con lo que

realmente se busca, más allá del castigo al infractor, es prevenir y desincentivar futuras realización de hechos semejante mediante la fuerte condena al infractor, es decir, “se sanciona para disuadir”¹⁵.

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Estados Unidos

En el derecho del *common law* y en especial en el derecho estadounidense, la figura de los daños punitivos ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial. En Estados Unidos el instituto se remonta al siglo XIX, pero no existieron condenas relevantes por daños punitivos sino hasta entrado el siglo XX, específicamente en 1981 con el caso *Grimshaw Vs. Ford Motor Company* y posteriormente en el caso *Anderson vs. General Motors*.

El primero de estos casos surgió como resultado de un accidente automovilístico de un vehículo de la línea “Ford Pinto” que al incendiarse provocó severas quemaduras a una niña que se hallaba en su interior. En el proceso se comprobó que el automóvil tenía una grave deficiencia de fabricación en el tanque de combustible que lo hacía propenso a estallar si el vehículo era chocado a cierta velocidad desde atrás.

Aunque la empresa tuvo conocimiento de esta deficiencia después de lanzado el producto al mercado, decidió no rescatar las unidades vendidas considerando que era más económico efectuar las eventuales indemnizaciones que surgieran por los accidentes causados que retirar del mercado el automóvil.

En este caso, el tribunal consideró que el fabricante había incurrido en un grave menosprecio por la seguridad pública y lo condenó a pagar 2,8 millones de dólares por

14 TRIGO REPRESAS, Félix, A. Ob. cit., p. 34.

15 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 49.

daños compensatorios, y 125 millones de dólares por daños punitivos, cuantía que posteriormente fue reducida a 3,5 millones de dólares.

El caso *Anderson vs. General Motors* es bastante similar en los hechos. En un accidente ocurrido en un “Chevrolet Malibu” tres personas padecieron graves quemaduras en razón a que el tanque de combustible se encontraba demasiado cerca del parachoques trasero.

En el transcurso del proceso se determinó que General Motors había tenido conocimiento de dicha deficiencia pero tras realizarse un estudio de costo-beneficio en el cual se asignó la suma de 200.000 dólares a cada vida humana perdida, se determinó que era más económico transigir los casos de posibles accidentes, que modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina considerado peligroso. Por lo anterior, General Motors fue condenado a una indemnización compensatoria de 107 millones de dólares y por daños punitivos en una suma de 4.900 millones de dólares¹⁶.

Otro importante precedente jurisprudencial en el derecho norteamericano es el caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants* en el cual se condenó a McDonald's a pagar una indemnización de 2.7 millones de dólares por daños punitivos a una señora de 81 años que sufrió fuertes quemaduras al derramarse un caso de café caliente. Esta condena se fundamentó en la falta de atención por parte del condenado a la temperatura excesivamente alta en que se servía su café, muy superior al resto de sus competidores, y que ya había ocasionado más de 700 quejas de quemaduras por parte de otros consumidores. Pese a que posteriormente la condena fue reducida a 480 mil dólares, esta suma fue tres veces superior a la condena impuesta por daños compensatorios.

Es indispensable resaltar que en Estados Unidos los daños punitivos no se aplican al mero arbitrio o discrecionalidad del juez de la causa, sino que existen diversas legislaciones estatales que limitan o regulan de una u otra forma el uso de esta figura. Así, existen Estados que excluyen este instituto (Massachusetts, Nebraska, New Hampshire, Washington, y Luisiana), salvo que una ley específica indique lo contrario.

Por otra parte, otros Estados establecieron baremos para su fijación, como no superar el triple de la indemnización compensatoria (Delaware, Florida, Illinois), los ingresos anuales brutos del demandante, 4 millones de dólares (Kansas), o mantener una relación razonable con la indemnización compensatoria (Minnesota). Así mismo, existen Estados que asignan una parte del monto de los daños punitivos a una agencia estatal o a un fondo especial (Texas, Illinois, entre otros)¹⁷.

Adicionalmente, la Suprema Corte ha establecido criterios para la fijación de daños punitivos. Así pues, en el caso *BMW of North America Inc. Vs. Gore* la Corte indicó que los daños punitivos deben ser establecidos según: i) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, ii) la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños punitivos y la indemnización compensatoria, y iii) el alcance de las sanciones penales establecidas por la ley para conductas comparables.

Más recientemente, en el caso *Campbell vs. State Farm* la Suprema Corte anuló una condena por daños punitivos efectuada por el Estado de Utah por 145 millones de dólares, frente a un daño compensatorio de un millón, al considerar que cualquier daño punitivo que supere 10 veces la indemnización compensatoria debía presumirse excesiva y violatoria del debido proceso¹⁸.

16 TRIGO REPRESAS, Felix, A. Ob. cit., p. 37.

17 *Ibidem*, p. 39.

18 *Ibidem*, p. 40.

Argentina

En el contexto latinoamericano, Argentina ha sido uno de los países en que el daño punitivo ha tenido una lenta pero constante evolución hasta ser aceptada su aplicación dentro de un marco legal específico como lo es el derecho del consumidor.

En efecto, en el año 2008, y tras una larga serie de decisiones judiciales que reconocían condenas por daños punitivos, la ley 26361 modificó el artículo 52 de la ley 24240 de defensa del consumidor introduciendo un parágrafo a dicho artículo que reza:

“Artículo 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 graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias 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 artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Se encuentra entonces que en Argentina la figura de la multa civil o daño punitivo no es aplicable al derecho de daños en general, sino específicamente a dentro del ámbito de las relaciones de consumo. Se resalta que el legislador argentino dispuso como titular de la condena al consumidor afectado y resolvió limitar el monto máximo de la misma a

la suma de quinientos mil pesos argentinos (2 millones de dólares aproximadamente).

Por su relativa reciente incorporación legal, la valoración del instituto en el derecho argentino aún puede resultar apresurada. Lo cierto es que tanto la jurisprudencia¹⁹ como la doctrina argentina²⁰ ya han comenzado a realizar pronunciamientos a partir de lo dispuesto en el artículo 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

En lo referente a la jurisprudencia se puede resaltar el caso *Machinandiarena Hernandez* de 2009, en el cual el Tribunal de Apelaciones condenó a la empresa Telefónica en razón a que su edificio de atención al cliente no contenía en su infraestructura adaptaciones que permitieran el acceso de personas con movilidad reducida, por lo cual el demandante no pudo efectuar el reclamo que deseaba realizar ante la compañía.

El Tribunal consideró que esta situación reflejaba un grave menosprecio por los derechos de otros que redundaba en la afectación de los derechos que el demandante le asistían como consumidor, por lo cual impuso una condena por daños punitivos de 30 mil pesos (120 mil dólares)²¹.

Francia

En el derecho francés la figura de los daños punitivos no se encuentra aceptada en general, frente a este tópico se sigue la línea de pensamiento de los hermanos Mazeaud quienes consideraban que sin importar que el responsable conserve provecho alguno del daño, lo importante es verificar que el

19 Cfr. Fallo del Juzg. Nac. Civ Núm. 39, autos “Cañadas Pérez, María Dolores c/Bank Boston NA S/ Daños y Perjuicios”, octubre de 2008; Fallo Cam. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, autos “Machinandiarena Hernandez, Nicolás, c/Telefónica de Argentina s/Reclamo contra actos de particulares”, 27/05/2009. Citados en CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 234 y ss.

20 Cfr., CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit.

21 Fallo Cam. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, autos “Machinandiarena Hernandez, Nicolás, c/ Telefónica de Argentina s/Reclamo contra actos de particulares”, 27/05/2009. Citados en CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Ob. cit., p. 237 y ss.

afectado quede íntegramente indemnizado, sin suplemento alguno²².

En efecto, Corte de Casación considera que la responsabilidad civil no tiene función penal y que la gravedad de la falta no puede justificar una indemnización mayor al daño realmente causado, pues de lo contrario se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa²³.

POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN COLOMBIA

Fiel a la posición tradicionalista del derecho continental francés, en Colombia no existe la figura de los daños punitivos, siendo la línea predominante aquella que considera que la reparación del daño debe ser integral pero abarcar únicamente el daño causado, y que considera el daño punitivo incompatible con este sistema continental²⁴.

Sin entrar a responder a las diversas críticas y argumentos que se han esgrimido contra la aplicabilidad de los daños punitivos, que desarrollaremos en el próximo acápite, a continuación nos limitaremos a exponer una serie de casos de penas privadas existentes en la legislación colombiana que permiten poner en duda la pregonada incompatibilidad de los daños punitivos en la misma.

Un primer caso de multas civiles en la legislación colombiana se encuentra en el propio Código Civil en el artículo 997 que señala que *“Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darles salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro*

predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare”.

Se observa como el legislador determinó sancionar la reincidencia con el doble del perjuicio, sin que exista un título atributivo aparente más que la negligencia y la reincidencia de la conducta.

Caso similar se presenta en el artículo 1288 del Código Civil que dispone que *“El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos, será obligado a restituir el duplo. Uno y otro quedaran, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan”*.

Ejemplos en el área contractual también se pueden encontrar, la conocida operatividad de la cláusula penal es uno de ellos, tal como acertadamente lo expone Aristizábal, *“cuando se ha convenido que la pena opere por la sola mora del deudor o sin perjuicio de la obligación principal, eventos en los cuales el acreedor puede exigir tanto el cumplimiento de la obligación principal como el de la pena. Nos encontramos pues frente a una institución jurídica por medio de la cual el acreedor adquiere a título gratuito el importe de las sumas que no corresponden propiamente a la reparación como consecuencia del pago de una multa o “pena privada” por parte del deudor”*²⁵.

Otro ejemplo se encuentra en la legislación comercial colombiana, en donde se ha establecido a manera de sanción que cuando sin justa causa el librado se niegue a pagar un

22 MAZEAUD y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 3, 1: 199.

23 TRIGO REPRESAS, Félix, A. Ob. cit., p. 42.

24 GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria, y HERRERA LOZANO, María Carolina. “El concepto de los daños punitivos o punitivos damages”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, enero-junio, Volumen 5, Núm. 1, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, p. 224.

25 ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, David. Ob. cit., p. 193.

cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial, deberá pagar al librador una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible (artículo 722 del Código de Comercio)²⁶.

En materia de intereses comerciales se observa una doble modalidad de sanción. En primer lugar los intereses moratorios son considerados en sí mismos una sanción que el deudor debe pagar a título de indemnización desde que se constituye en mora, y en segundo lugar se establece que cuando en los negocios mercantiles se sobrepasen los topes legales de intereses el acreedor pierde los intereses (artículo 884 del Código de Comercio), como sanción frente al exceso de los límites legales.

En el campo del derecho laboral es muy común que los empleadores soliciten el pago que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que señala el pago de un día de salario por cada día de retardo si a la terminación del contrato el empleador no cancela los salarios y prestaciones debidas.

Estos son tan solo algunos de los ejemplos de sanciones, penas privadas o multas que se pueden encontrar en la legislación colombiana, ejemplos que han coexistido pacíficamente con la concepción meramente resarcitoria del derecho de daños. Por tanto, consideramos que argumentar por sí sola la extrañeza de los daños punitivos frente al sistema de responsabilidad civil colombiano no es óbice para no considerar la conveniencia de la incorporación del instituto en el sistema legal colombiano.

Para finalizar, a continuación expondremos las principales críticas que ha sufrido esta figura tratando de dar respuesta a las mismas y exponiendo nuestra posición frente a la operatividad del daño punitivo.

A MODO DE CONCLUSIÓN: CRÍTICAS Y PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

Los daños punitivos han sido insistentemente criticados especialmente desde los sistemas de derecho continental, aunque de los países del *common law* también han sido atacados.

La crítica más repetida que se ha escuchado contra este instituto es que resulta incompatible con el sistema de responsabilidad civil objetiva que predomina en la mayoría de países de derecho continental.

Quienes sostienen esto, consideran que nuestros sistemas de responsabilidad civil son ajenos a la idea de una función penal en los mismos, de tal suerte que el sistema de penas privadas quiebra el principio según el cual el responsable está obligado a la indemnización integral del daño causado, pero únicamente hasta el daño, por ende, los daños punitivos derivan en una especie de enriquecimiento sin causa del afectado a costa del agente responsable²⁷.

Al respecto, nos unimos a quienes consideran que la innegable evolución del derecho de daños ha reestructurado la concepción meramente indemnizatoria del mismo, para darle una visión preventiva, tal como se expuso al inicio de este trabajo.

No consideramos que las penas privadas sean ajenas al sistema de responsabilidad civil continental, pues como se observó en el anterior acápite referente al caso colombiano, nuestros sistemas civiles contemplan una serie de casos en los cuales se imponen penas privadas sin mayor justificación que la punitividad y/o la prevención del daño.

En esta línea se ha escuchado otra crítica contra los daños punitivos a los cuales se les acusa

26 BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. Ob. cit., p. 125.

27 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 145.

de transgredir el principio del *non bis in idem* al establecer penas por hechos que desde la legislación penal también son punibles, recibiendo el responsable doble castigo por el mismo hecho.

Frente a ello consideramos que se debe recordar la naturaleza eminentemente civil de los daños punitivos, los cuales dentro de una misión preventiva-punitiva, imponen sanciones por hechos que así lo ameriten. No existe impedimento legal para que un mismo hecho sea condenado desde lo civil y desde lo penal, lo cual sucede a menudo en la vida jurídica de los países.

Algunos autores hacen notar que si por un mismo hecho es condenado el responsable sucesivas veces ante distintos afectados, el principio *non bis in idem* se vería violentado, y si se limitara el reconocimiento de daños punitivos únicamente al primer afectado, se vería quebrado el derecho a la igualdad de los afectados²⁸.

Esta crítica resulta muy interesante y acertada. En nuestra opinión personal los daños punitivos no deben ser sucesivamente aplicados por un mismo hecho pese a que existan varios afectados por el mismo.

Creemos que el afectado que se ve beneficiado con una condena por daños punitivos no tiene título suficiente que justifique dicho beneficio; en efecto, existe razón para condenar al responsable pero no para beneficiar al afectado el cual ya vio plenamente reparado su daño con la respectiva indemnización.

Existen quienes consideran que la justificación de que el afectado sea el destinatario de la condena se encuentra en que este tiene derecho a que se vea indemnizada la turbación del orden jurídico, sobre el cual tiene una confianza o expectativa de que no va a

ser violentada de manera consciente y deliberada por el responsable²⁹.

No coincidimos con que la turbación del orden jurídico sea un título suficiente de atribución para los daños punitivos, pues de admitir esto se llevaría a considerar que toda turbación del orden jurídico conllevaría *per se* una indemnización, lo cual nos haría pensar que hasta las más elementales contravenciones (vg., alto volumen de la música en un apartamento) implicarían en sí mismas una condena o indemnización.

Por lo anterior, consideramos que los daños punitivos no deben ser dirigidos al afectado sino que es potestad del legislador determinar un fondo especial o entidad pública que reciba las condenas por daños punitivos.

Si la condena es ejemplarizante según las circunstancias del caso concreto, es suficiente con que el responsable sea condenado por una única vez por daños punitivos, y si es el Estado quien recibe dicha condena no se verá quebrantada la igualdad de ninguno de los afectados.

Como se vio anteriormente las finalidades del daño punitivo son prevenir y sancionar conductas altamente reprochables, no lo es compensar o indemnizar al afectado, el cual tiene derecho a la plena indemnización mediante las instituciones tradicionales del derecho de daños.

Otra crítica que se realiza a esta figura es el monto ilimitado de las condenas, pues al ser un castigo es necesario que se determine con precisión el mínimo y el máximo de las mismas sin que estas queden al mero arbitrio judicial.

En principio, esta es una posición razonable, sin embargo, se debe considerar que en el moderno derecho de daños los potenciales

28 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. Ob. cit., p. 172.

29 BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto. Ob. cit., p. 237.

actores dañosos poseen diversas características financieras y económicas, puede causar daño un salón de belleza de un barrio así como una empresa multinacional con presencia en decenas de países.

El problema de fijar mínimos y máximos es que se pueden encontrar casos en los cuales el monto máximo no represente una condena ejemplarizante para el responsable. Ahora bien, las desproporcionadas condenas que se han visto en el derecho anglosajón también nos señalan la necesidad de establecer derroteros al ejercicio de discrecionalidad del juez.

Nos parecen razonables las recientes posiciones de la Suprema Corte Estadounidense en las cuales se limita el monto del daño punitivo en proporción al monto indemnizatorio obtenido dentro del proceso.

Consideramos que dentro de un sano ejercicio de la discrecionalidad judicial en el cual se evalúen las circunstancias específicas del caso concreto (la gravedad de la conducta, la posición económica del responsable, el monto de la indemnización, etc.) se puede llegar a condenas razonables sin necesidad de una expresa regulación legislativa frente a los máximos y mínimos de la sanción.

Finalmente, existen opiniones que sostienen que los daños punitivos resultan ineficaces para cumplir con la finalidad preventiva del actual derecho de daños por cuanto la trascendencia de un fallo que imponga esta multa será de corto plazo, salvo que se impongan condenas espectaculares y desproporcionados como ha sucedido en Norteamérica.

Frente a ello, es óbice indicar que la función preventiva en el actual derecho de daños supera ampliamente al instituto de los daños punitivos. En efecto, creemos que los daños punitivos son tan solo una herramienta de la que debe disponer el juez civil para disponer decisiones que no solo se limiten a la indemnización del daño, sino que estén encaminadas a la prevención.

En efecto, los daños punitivos por si solos resultarían insuficientes a largo plazo para prevenir futuras acciones dañosas, pero son una útil herramienta en esta labor. La finalidad preventiva del derecho de daños se debe materializar en la creación de mecanismos de prevención de posibles daños, en la materialización del principio de precaución ante la probabilidad de un daño futuro, y en la punición ejemplarizante de conductas altamente reprochables mediante los daños punitivos, siendo estos tan solo una posibilidad para efectivizar en el derecho de daños el principio de prevención.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR LOZANO, H. F. (2010). *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*, Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2010c/748/

ALTERINI, A. A. (1987). *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ÁLVAREZ, A. *Repensando el Derecho de daños*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>.

ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, D. (2010). Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2010. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151416945007>

BUITRAGO DUQUE, J. A. (2007). *El daño punitivo en la responsabilidad civil*. Pereira: Litografía Moderna Digital.

CHAMATROPULOS, D. A. (2009). *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar.

GARCÍA MATAMOROS, L. V. y HERRERA LOZANO, M. C. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitives damages, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, enero-junio, Volumen 5, núm. 1, Universidad del Rosario, Bogotá.

GARRIDO CORDOBERA, L. (2010). Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños, en *Bicentenario de la Revolución de Mayo*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

LÓPEZ HERRERA, E. (2004). *Introducción a la responsabilidad civil*, Instituto de Derecho Civil y Comparado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Tucumán, Tucumán. Disponible en <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdreponsabilidadcivil.pdf>

NAVIA, F. (2010). *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 200, p. 97. Citado en Aristizábal Velásquez, David, "Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, p. 182. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151416945007>

TAMAYO JARAMILLO, J. (1999). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.

