

LATINOAMÉRICA

DAÑOS PUNITIVOS EN PERÚ

Daños punitivos en Perú

Los jueces laborales han tomado la iniciativa en el Perú y han reconocido la posibilidad de otorgar daños punitivos ante despidos incautados y fraudulentos, y ante accidentes de trabajo. Sin perjuicio que hay varias razones para señalar que los jueces laborales no realizaron un buen trabajo al momento de incorporar los daños punitivos en el derecho peruano, este intento quedará como un antecedente que demuestra la necesidad que castigar determinados comportamientos. Y esta necesidad de castigar se debe a que la sola compensación de los daños se muestra como insuficiente. Pero para usar correctamente los daños punitivos, y evitar los errores cometidos por los jueces laborales, primero entendamos correctamente esta sanción de origen anglosajón.

PALABRAS CLAVE

Daños punitivos, Función punitiva, Función compensatoria, Civil Law, Common Law.

Punitive damages in Peru

Labor judges have taken the lead in Peru in recognizing the power to grant punitive damages in cases of wrongful dismissal and work accidents. Notwithstanding there are several reasons to affirm that labor judges did not make a proper job when incorporating punitive damages into Peruvian law, this intent will remain as a precedent that shows the necessity to punish certain behaviors. And this necessity is based on the insufficiency of compensation. But to make a good use of punitive damages, and avoid the mistakes of Peruvian labor judges, let's understand first correctly this sanction of common law origin.

KEY WORDS

Punitive damages, Punishment, Compensation, Civil Law, Common Law.

Fecha de recepción: 1-10-2018

Fecha de aceptación: 18-10-2018

Mientras algunos le tienen miedo a las alturas y otros a los espacios cerrados, los civilistas temen a los daños punitivos. Esta fobia se basa en el terror a la función punitiva dentro del derecho de daños. Los civilistas quedaban aterrados cuando miraban cómo en USA se otorgaban en la vida real condenas punitivas de cuantías millonarias, que eran tan altas que antes solo eran imaginables en las películas. Mientras que en *Miles v. Philip Morris* (2003) se condenó al pago de \$3100 millones por daños punitivos, en *Anderson v. General Motors Corp.* (1999) la condena punitiva ascendió a \$4775 millones. Si estos montos produjeron escalofríos, solo piénsese que en *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.* (2000) se condenó a la estratosférica suma de \$145 000 millones.

Tradicionalmente, dentro del Civil Law no existe fundamento para que una corte europea pueda condenar a un demandado al pago de una suma dineraria por miles de millones de dólares. La función punitiva siempre existió en el Civil Law, pero nunca con un protagonismo tan importante como en el Common Law. Entonces, la primera reacción de los europeos frente a los daños punitivos fue de fobia.

Con el paso de los años, los mismos europeos se percataron de que esta fobia era injustificada. En

primer lugar, se inició un proceso de sinceramiento, por el cual los europeos empezaron a analizar su derecho interno y se percataron de la existencia de diversas instituciones del derecho privado que no podían ser explicadas desde el dogma de la compensación. Se identificaron situaciones en donde se otorgaba un monto dinerario por encima de los daños sufridos (extracompensatorio), e incluso en otros casos ante la ausencia de daño. Esto era evidencia de la existencia de la función punitiva.

Este sinceramiento ocurrió con ocasión del pedido de *exequatur* de sentencias americanas que condenaron al pago de daños punitivos. Como los daños punitivos no están reconocidos en los códigos civiles europeos, el debate en torno a su compatibilidad con la tradición del Civil Law se mantenía como teórico. Pero cuando demandantes americanos empezaron a acudir a las cortes europeas para solicitar el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales que habían ganado contra demandados europeos y en donde se había condenado al pago de daños punitivos, las cortes europeas empezaron a tomarse los daños punitivos en serio.

En esencia, el análisis que tenían que realizar las cortes era si los daños punitivos eran compatibles o no con el orden público nacional o internacional. Al final, independientemente del estándar de orden

público que se aplicara, siempre se analizó la compatibilidad de los daños punitivos con el derecho nacional. La gran reflexión que se hicieron los europeos fue la siguiente: ¿si en Europa tenemos desde hace mucho tiempo instituciones de carácter punitivo, por qué seguimos considerando que los daños punitivos son ajenos a nuestra familia jurídica?

El resultado de esta reflexión fue la bienvenida de los daños punitivos en Europa. Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017) señalaron que los daños punitivos no son *per se* incompatibles con el Civil Law.

Muestra de este cambio de pensamiento en favor de la función punitiva es que algunos países europeos han realizados grandes esfuerzos, aunque por el momento en vano, para incorporar los daños punitivos en sus codificaciones civiles. Es de destacar el caso de Francia. El art. 1371 del Proyecto Catala (2005) propuso la incorporación de los *dommages-intérêts punitifs* en el Code Civil. El art. 1386-25 del Proyecto Bétaille (2010) también intentó incorporarlos. Por su parte, el art. 69 del Proyecto Terré (2011) pretendió reconocer los daños punitivos bajo la denominación *réparation exemplaire (exemplary damages)*. Dados estos intentos fallidos, finalmente el art. 1266-1 del Projet de Réforme de la Responsabilité Civile (2017) propone incorporar con carácter general a la *amende civile* (multa civil), que es otro nombre para referirse a los daños punitivos.

Desde que Latinoamérica pertenece a la familia jurídica del Civil Law, no puede ser indiferente a los avances que ha experimentado Europa. En efecto, si se habla de daños punitivos en Latinoamérica, debemos mirar al art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina, que es el primer país de este continente que reconoce expresamente los daños punitivos. Posteriormente, se intentó incorporar la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil argentino, pero esta reforma no tuvo éxito.

Ahora, desde el 2017, cuando se hable de daños punitivos en Latinoamérica se debe mirar también a Perú. Las cortes laborales peruanas emitieron el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. El V Pleno reconoció el poder de los jueces de imponer daños punitivos ante despidos incausados y fraudulentos, mientras que el VI Pleno lo hizo en casos de accidente de trabajo. Estos Plenos no son vinculantes para los jueces peruanos laborales, de manera que pueden elegir apartarse de ellos.

Si bien existen diversos errores al momento de regular estos daños punitivos a la peruana, hasta el punto de que podríamos decir que tales daños punitivos han nacido muertos, es de resaltar que tal reconocimiento quedará como un antecedente histórico de la recepción de la función punitiva en Latinoamérica como representante del Civil Law.

El V Pleno ha señalado que los daños punitivos (a) pueden imponerse ante despidos incausados y fraudulentos, (b) pueden otorgarse de oficio, (c) tienen como límite el monto dejado de aportar por el trabajador al sistema de pensiones y (d), a pesar de que los daños punitivos no se encuentran reconocidos en alguna ley, pueden otorgarse de una interpretación extensiva del daño moral.

Por su parte, el VI Pleno ha señalado que los daños punitivos (a) pueden imponerse ante accidentes de trabajo, (b) pueden otorgarse de oficio y (c) tienen como límites el monto otorgado por daños compensatorios.

El primer error que se evidencia en ambos Plenos, y que también se ha repetido en Argentina, es que no se define correctamente en qué supuestos sí se justifica que se otorguen daños punitivos y en cuáles no. Cuando los americanos se refieren al tipo de conductas que son sancionadas con daños punitivos suelen usar términos como *malice, deceit, fraud, deception, wicked, wanton, reckless, outrageous, oppressive*, mientras que los ingleses usan *contempt, insult* y *contumelious*. Esto demuestra que debe presentarse un particular y especial reproche en la conducta del demandado. Lo más cercano, en términos civiles, sería el dolo. Pero no se trata de cualquier dolo, sino de un dolo agravado.

Y además, debe tratarse de una conducta que genere una reacción negativa en la sociedad. Las personas deben indignarse con el tipo de conducta que cometió el daño, no solo porque muestra intencionalidad, sino por el menosprecio mostrado hacia los derechos de los demás.

Entonces, mientras no se presente una conducta de tal particular gravedad y reproche social, no deben otorgarse daños punitivos. Recordemos que las sanciones son autorizaciones para causar daños a otros. De allí que existan diversas garantías constitucionales para garantizar que las sanciones no sean impuestas de manera arbitraria e injustificada. Si no se define el estándar para otorgar daños punitivos como uno alto, se corre el peligro de que tal sanción, en vez de corregir

comportamientos indeseables, termine generando más daños que los beneficios que se pretendían lograr.

Otro grave error de los daños punitivos a la peruana es que se permite la imposición de oficio. Esto atenta directamente contra el derecho fundamental a la defensa. Para imponer una sanción es indispensable que el demandado pueda defenderse de manera adecuada y oportuna. Si un juez laboral impone daños punitivos de oficio, serían fácilmente revocados por ser inconstitucionales.

El límite regulado en el V Pleno es demasiado bajo como para lograr que los daños punitivos sean realmente disuasivos. Por otro lado, el VI Pleno ha señalado que la condena punitiva no puede exceder el monto otorgado por daños compensatorios. Si bien este último límite es más aceptable (y es el mismo dispuesto en Francia y Alemania con ocasión del *exequatur*), hubiera sido recomendable disponer excepciones a tal límite, entre ellos, cuando el beneficio ilícito obtenido por el demandado es mayor que los daños compensatorios.

Finalmente, debemos mencionar al principio de legalidad. Dado que los daños punitivos son una sanción, esta debe cumplir con el *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Toda sanción debe estar reconocida por ley y debe cumplir con tipificar la conducta sancionable y la sanción respectiva. A ello se agrega la prohibición de aplicación retroactiva de las penas. Los daños punitivos a la peruana no cumplen con el principio de legalidad, pues han sido creados por los jueces. A diferencia del Common Law, los jueces europeos y latinoamericanos no pueden crear sanciones. Nuevamente, si se otorgan daños punitivos, estos podrían ser cuestionados por su inconstitucionalidad. La manera correcta de incorporar los daños punitivos en el Civil Law es mediante ley expresa.

Los errores cometidos por los jueces peruanos al momento de regular los daños punitivos se debe a la falta de entendimiento de esta institución de origen anglosajona y, sobre todo, a la falta de estudio de cómo los daños punitivos se han desarrollado en el Common Law. Si bien sus orígenes se pueden remontar a dos casos ingleses del siglo XVIII, *Huckle v. Money* (1763) y *Wilkes v. Woods* (1763), fue en USA donde los daños punitivos instauraron su imperio.

Al inicio, los daños punitivos no tenían mayores restricciones, y esto se justificó en el pensamiento liberal americano. En USA se prefiere que las per-

sonas empiecen a jugar sin que existan aún las reglas del juego. Se empieza por la experiencia, pues de la experiencia se aprende. Una vez que aparecen los errores, estos son corregidos. Lo contrario ocurre en el Civil Law. Al prevalecer el pensamiento deductivo, se prefiere establecer las reglas del juego antes de que esté permitido jugar.

Entonces, una vez que comenzaron a surgir y hacerse conocidas las externalidades derivadas de los daños punitivos, empezó la regulación americana. Existe una interesante historia, desde 1989 hasta el 2008, de los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre los límites constitucionales a los daños punitivos. Para evitar la inconstitucionalidad, los daños punitivos deben ser proporcionales y su cuantía no se puede basar en daños generados a terceros ajenos al proceso.

Legislativamente también se han reconocido límites. En algunos casos se fija un monto máximo (*cap*) o un múltiplo en relación con los daños compensatorios. Por ejemplo, a nivel federal la 15 U.S.C. §6604 señala que los daños punitivos no deberán superar el monto de tres veces los daños compensatorios o \$250 000 (el que sea menor) en acciones civiles Y2K.

Esta tendencia actual demuestra que los daños punitivos no son ahora lo que fueron antes. Y comprender esto es importante para voltear la página y discutir sobre otros temas más importantes. El problema ya no se encuentra en si los daños punitivos son compatibles o no con el Civil Law, sino en cómo pueden regularse en un sistema jurídico distinto al de su origen.

Junto al dogma de la compensación, en el Civil Law es importante la prohibición del enriquecimiento sin causa. Se supone que el demandante no debe obtener un beneficio con ocasión de su daño. Entonces no puede recibir daños punitivos. Este incentivo perverso no ha sido ignorado en USA y se han creado los *split-recovery schemes*, por los que se define cómo se van a distribuir los daños punitivos. En promedio solo el 25 % de la condena punitiva se paga a la víctima. El resto va a un fondo de compensación o a fines públicos. Esta sería una buena solución para que los daños punitivos sean más atractivos para el Civil Law.

Otro aspecto a discutir es la función compensatoria y la función «restitutoria» de los daños punitivos. Normalmente, los civilistas solo se enfocan en la función punitiva y disuasiva de los daños punitivos, pero omiten que en USA los daños punitivos

cumplen otras funciones. Por particularidades del sistema americano, algunos daños no son compensables. Las cortes suelen otorgar daños punitivos para corregir supuestos de *undercompensation* o *lack of compensation*. Y resulta interesante saber que, sin perjuicio de que Alemania haya señalado que los daños punitivos son incompatibles con el derecho alemán, esto no será así cuando la condena punitiva sea en realidad compensatoria.

También los daños punitivos son usados por las cortes para corregir aquellas situaciones en las que el demandado cometió intencionalmente el daño con el objetivo de conseguir un beneficio. Como el beneficio es mayor al costo del daño, el daño es internalizado voluntariamente. Para disuadir este tipo de conductas no basta claramente con la condena de los daños compensatorios. Es necesario extirpar el beneficio obtenido (*disgorgement*). Es común que en este tipo de casos se otorguen daños punitivos cuya cuantía ascienda a los beneficios ilí-

ditos. Esta fue precisamente la manera como se cuantificaron los daños punitivos en los conocidos casos *Grimshaw v. Ford Motor* (1981) y *Liebeck v. McDonald's* (1994).

Estos son solo algunos temas a tomar en cuenta al momento de hablar correctamente sobre los daños punitivos. Ya no estamos en los 80, cuando lo único que se decía era que los daños punitivos son incompatibles con el Civil Law, y que debían ser estudiados solo para saber lo que ocurre en otros lados. Actualmente la tendencia ha cambiado. Habiéndose reconocido la existencia de la función punitiva en el Civil Law, es importante entender correctamente los daños punitivos para incorporarlos sin problemas en el Civil Law. De lo contrario, se incurrirá en errores y omisiones que lo único que demuestran es que queremos importar algo que realmente no conocemos.

SERGIO GARCÍA LONG*

*Asociado de Corporativo, M&A, Financiero y Arbitraje en Philippi Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría, oficina de Perú.