

La responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial

Por María Agustina Otaola¹

RESUMEN: El presente artículo aborda los cambios introducidos en el nuevo Código Civil y Comercial en el específico ámbito de la responsabilidad civil. Mediante el análisis de los distintos elementos de la responsabilidad por daños, se pretende reflexionar respecto de los avances introducidos en la materia por el novel *corpus iuris*. Finalmente, se analiza brevemente la regulación de las responsabilidades especiales, lo cual constituye un avance en la materia, dada la regulación de aspectos que otrora no encontraban una normativa concreta en el Código Civil.

SUMARIO: §1. Introducción §2. Las funciones de la responsabilidad por daños en el CCyC. §3. El daño. §3.1. Una nueva caracterización del daño resarcible. §4. El factor de atribución. §5. La antijuridicidad. §6. La relación de causalidad. §7. Eximentes. §8. Quid de las responsabilidades especiales. §8.1. La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. §9. Reflexión Final.

§1. Introducción

El 1 de Agosto entrará en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y con ello, el novel *corpus iuris* regulará la vida cotidiana de todos los argentinos. Este trascendental hecho repercutirá en las relaciones privadas de los habitantes de nuestra Nación, desde nuestras relaciones familiares, obligacionales, societales, entre otras.

En el presente trabajo, abordaré los cambios que introduce el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en el ámbito de la responsabilidad civil.

El Proyecto del Código Civil y Comercial del año 2012, cuyo producto final es el CCyC pronto a entrar en vigencia, fue elaborado por una comisión formada por los más destacados juristas de nuestro país. Actualmente los argentinos nos enfrentamos al desafío de estudiar nuevas normas y aceptar el cambio que implica dejar atrás la brillante obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también el Código de Comercio, para comenzar a aplicar un cuerpo normativo que condensa ambas codificaciones, regulando todas las relaciones de derecho privado en 2671 artículos y leyes especiales complementarias.

La importancia del cambio normativo, radica en el hecho de que dicha reforma refleja – o debe reflejar- los principales avances doctrinarios y jurisprudenciales que se han dado en las distintas materias que se regulan. El derecho no debe ser estático, *nuevas circunstancias exigen del jurista nuevas respuestas*.² En el ámbito de la responsabilidad

¹ María Agustina Otaola, abogada, doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, Profesora Adjunta en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Asistente en investigación SECyT, adscripta de derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Directora del Seminario de Investigación y Lectura: Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual, Programa de Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC.

² CORNET, M., RUBIO, G. A. (1997), op. cit., p. 35.

por daños, los requerimientos de la sociedad posindustrial y la proliferación de nuevas formas de dañosidad, nos impuso la necesidad de repensar las instituciones de esta rama del derecho, mediante un nuevo paradigma. Ello por cuanto *las brillantes respuestas de hoy se convierten en las cuestionables trabas de mañana*.³

El derecho de daños, como dije, es parte de este cambio de paradigma. Desde la unificación de las órbitas de responsabilidad obligacional y extracontractual, que ha sido abogada desde hace algún tiempo por un importante sector de la doctrina, hasta un reconocimiento más amplio de los fines de un proceso de daños, como así también el reconocimiento explícito de figuras propias de esta rama del derecho, que no se encontraban expresamente en el Código Civil.

Existe una particularidad en esta rama del derecho, y es que tal como señala Kemelmajer de Carlucci, se trata de una materia regulada legislativamente mediante escasas normas, y por ende la labor judicial se torna decisiva al momento de establecer la traslación del daño de la víctima al dañador, o bien la procedencia de la prevención y en su caso sanción de conductas dañosas.⁴

Por tal motivo, el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 procuró una regulación más detallada de la responsabilidad por daños, a fin de poner coto a la amplia discrecionalidad judicial imperante en la materia; *los ochenta artículos incorporados proporcionan reglas que, en la mayoría de los casos, o estaban en el código civil de 1871, o han surgido del trabajo paciente y continuado de la magistratura argentina de las últimas décadas*.⁵

El nuevo CCyC regula la responsabilidad civil en el Libro III: Derechos personales, Título V: Otras fuentes de las obligaciones, Capítulo 1: Responsabilidad civil. La materia comprende los artículos 1708 al 1780, y contiene una regulación más pormenorizada y concentrada en relación al Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante CC), lo cual constituye sin dudas un acierto, dada la importancia de la materia.

§2. Las funciones de la responsabilidad por daños en el CCyC

La vigencia del *alterum non laedere*, o deber genérico de no causar daños a los demás, se ha reafirmado en el CCyC –idea también latente en el CC - con un conjunto de normas que, como se verá, no deja lugar a dudas respecto del deber que pesa sobre todos los ciudadanos de no causar daños a otros.

El CCyC, en el artículo 1716, refleja de un modo más categórico que el artículo 1109 del CC este deber, al decir: *“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código”*. A su vez, el CCyC ha reforzado y reafirmado las funciones del régimen de responsabilidad civil, el cual no debe

³ ALVAREZ LARRONDO, F. M. (2000), op. cit. p. 1113.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Revista Jurídica UCES. Citando a Medina Alcoz, Ana María, La función de la responsabilidad civil extracontractual, en *Anuario de la Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación 2002/2004*, pág. 490: *“el derecho de la responsabilidad civil está construido a partir de escasos preceptos legales; en gran medida, es un derecho judicial; son los jueces quienes, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de previsiones legales extremadamente sincopadas”*.

⁵ *Ibíd.*, p. 9.

limitarse a la estricta reparación del daño; sino que debe hacerse lugar a las funciones de prevención del daño y a la sanción de graves inconductas.

Con respecto a la prevención del daño, si bien el CC reconoce una tutela preventiva, la misma tiene un marco normativo sustancial y procesal *inorgánico*, con basamento en la Constitución Nacional (Art. 43 C.N.) y el artículo 11, inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶ Si bien en el régimen vigente hasta el 1 de agosto, existen supuestos en los cuales los jueces hacen lugar a las demandas que persiguen la eliminación de los riesgos de sufrir daños, cuando tales riesgos son ciertos y la anticipación es posible, no existe en el CC una norma genérica que consagre el deber de prevención de daños.

Amén de las distintas medidas preventivas que se encuentran en el sistema de responsabilidad extracontractual para supuestos típicos, una importante doctrina abogó por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica para supuestos genéricos; y éste es el paso que con buen tino, ha seguido el nuevo Código Civil Unificado.⁷

Al respecto, el artículo 1710 del CCyC, dispone:

Artículo 1710. Deber de prevención del daño. 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; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene

⁶ Como bien señalan Pizarro y Vallespinos, en nuestra Constitución Nacional, las normas del Código Civil de Vélez y Leyes supletorias, es posible delinear la existencia de un principio de prevención conforme al cual los daños deben ser evitados; entre las normas que dan sustento a lo afirmado encontramos: el art. 43 de la Constitución Nacional que reconoce la acción expedita y rápida de amparo contra actos de las autoridades o de particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados y las leyes; el art. 1071 del Código Civil que veda el ejercicio abusivo del derecho (la doctrina y jurisprudencia dominante entienden que el juez puede preventivamente impedir ciertas conductas abusivas con potencialidad dañosa); el art. 1071 bis, que impone a quien arbitrariamente se entrometiere en la vida privada ajena, la obligación de cesar en tales actividades, pudiendo ser obligado judicialmente a ello; el art. 2499 del Código Civil que regula la turbación de la posesión en razón de una obra nueva, la ley permite a quien tema sufrir un daño en tales circunstancias a denunciar el hecho ante el juez para recabar las medidas oportunas de carácter cautelar; el art. 2788 que legitima a quien ejercita la acción reivindicatoria a impedir, durante la tramitación del juicio, que el poseedor deteriore la cosa reivindicada; el art. 2618 que faculta al juez a disponer la cesación de molestias ocasionadas por humo, calor, olores, ruido, etc. que excedan la normal tolerancia entre vecinos; en materia de competencia desleal, la ley 22.262 autoriza la adopción de medidas de no innovar y, en su caso, el cese o la abstención de la conducta, entre otros. PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* 3. Buenos Aires: Hammurabi. pp. 241- 243.

⁷ Esta tendencia la encontramos incluso en el Proyecto de Código Civil de 1998, que incorporó una norma general para la prevención del daño que establece un deber que recae sobre toda persona de evitar –en cuanto de ella dependa– la causación de un daño injustificado. Artículo 1585: *Prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido.* Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación [en línea] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf>, [Consulta: 20 de Diciembre de 2014].

*derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*⁸

En el artículo siguiente, se regula la acción preventiva que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Es requisito para la procedencia de esta acción, la antijuridicidad de la acción u omisión que previsiblemente ocasionará un daño o su continuación.

Basta por lo tanto, que la acción u omisión no esté justificada y que previsiblemente ocasione un daño para que proceda esta acción preventiva, que condensa cualquier pretensión de prevenir un daño, su continuación o agravamiento, sin mayores exigencias. Con respecto a la legitimación para reclamar esta acción, basta que se acredite un *“interés razonable en la prevención del daño”* (art. 1712 del mismo cuerpo normativo). A su vez, se establece que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, y ponderar los criterios de menor restricción posible (art. 1713 CCyC).

La advertencia que impone el artículo 1713 al juzgador, respecto de considerar la menor restricción posible, es una inclusión feliz; ya que utilizar esta acción preventiva con criterio amplio puede conducir a resultados irrazonables con la consecuente prohibición o limitación de actividades que son lícitas e incluso necesarias para la sociedad, pero que generalmente ocasionan daños. En tales circunstancias, el juez deberá ponderar los intereses en juego; y en caso de disponer una medida que restrinja o limite dicha actividad, debe hacerlo con la menor restricción posible, y como agrega la misma norma al final: teniendo en cuenta el *medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*.

Lo antedicho cobra mayor fuerza, si consideramos la importancia que también se está dando a la función sancionatoria en el régimen de responsabilidad civil.

La redacción original del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 no dejaba dudas al respecto, y en el artículo 1708 relativo a las funciones de la responsabilidad civil establecía: *“Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”*.⁹

Sin embargo, luego de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral, el artículo 1708 quedó redactado de la siguiente forma: *“Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”*.¹⁰ Eliminandose de tal modo, la figura de la *“sanción pecuniaria disuasiva”*. No obstante la nueva redacción de dicho artículo, la función punitiva es parte del régimen de responsabilidad por daños, tal como veremos en adelante.

De las tres funciones de la responsabilidad civil, ésta ha sido la más controvertida en la doctrina argentina. Algunos autores consideran que es una función propia del derecho penal y extraña al derecho privado.¹¹ En tal sentido, entienden que al incorporar los

⁸ Ver texto en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus [en línea] http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [Consulta: 3 de Octubre de 2014].

⁹ Ver Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires.

¹⁰ [en línea] http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [Consulta: 3 de Octubre de 2014]

¹¹ López Herrera, Edgardo, *“Los daños Punitivos”*, 1a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2.008, Pág. 100. *“Lo sorprendente es que en los ámbitos académicos ni siquiera los penalistas suelen hablar de la*

llamados daños punitivos a nuestro derecho privado “se mezcla ridículamente lo civil con lo penal y lo administrativo”.¹²

Sin embargo, la regulación de la función sancionadora en sede civil se apoya en buenos motivos. Si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir con funciones que el derecho penal no puede realizar eficazmente, debe darse vía libre a la regulación de estos vacíos en el ámbito civil. Ello redundaría en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable. Como bien señala Vignale:

*“La renovada atención de la doctrina civilística respecto de la pena privada responde a una exigencia de nuestro tiempo, cual es la moderna tendencia de la política criminal que auspicia una drástica reducción del área penalmente relevante y mira con particular favor la búsqueda de alternativas a la tutela penal.”*¹³

El CC reconoce algunas figuras sancionatorias tales como las astreintes (art. 666 bis), la cláusula penal (art. 652) y la sanción por conducta procesal maliciosa (art. 622, 2º párrafo).

Los daños punitivos fueron previstos por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1587, bajo la denominación “multa civil”.¹⁴ En el año 2008, se incorporaron de *lege lata* a nuestro derecho positivo en la ley de Defensa del Consumidor; y el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los incorporó bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”, en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, artículo que fue eliminado en la redacción final del CCyC.¹⁵ No obstante lo cual, los daños punitivos continúan regulados en la Ley de Defensa del Consumidor.¹⁶

finalidad de castigo para su rama del derecho...Incluso la Constitución Argentina expresamente niega que las cárceles sean para castigo...”

¹² Esta corriente que niega la incorporación de los daños punitivos es representada por Bustamante Alsina, Mayo, Bueres y Picasso.

¹³ VIGNALE, L. (1985). “Decriminalizzazione e pena privata (a propósito del reato di emissione di assegni a vuoto)”, citada por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1993). ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Segunda época, año XXXVIII, N° 31, p 83. En el mismo sentido, señala la autora, un documento elaborado en el año 1980 por el Comité Europeo para los problemas de la criminalidad, da precisas indicaciones a favor de una política drástica de descriminalización; y propone recurrir a mecanismos sancionatorios alternativos.

¹⁴ ARTÍCULO 1587. Multa civil. *El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.* Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación [en línea] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf>, [Consulta: 10 de octubre de 2012].

¹⁵ ARTICULO 1714. Sanción pecuniaria disuasiva. *El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.*

¹⁶ ARTICULO 52 bis: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a

La idea de sanción de la conducta que genera un daño refuerza los argumentos a favor de la existencia del deber de no dañar a otros, mediante la imposición de una sanción al responsable de conductas dañosas gravemente reprochables.

El “*Alterum non laedere*” o deber genérico de no dañar a otros, es la piedra angular del régimen de responsabilidad civil argentino, y el refuerzo del mismo mediante el reconocimiento de las funciones de prevención y sanción ha sido una inclusión feliz en el CCyC.

La estructura central de nuestra práctica de responsabilidad extracontractual, hasta el momento, consistía básicamente en una relación bilateral: víctima de un daño/ sujeto responsable, que obró de manera culpable o es responsabilizado en base a un factor objetivo de atribución, expresamente determinado por la ley. La existencia de figuras jurídicas en pos de proteger a la víctima o potencial víctima de daños injustos, constituye una evolución hacia una protección más contundente del *alterum non laedere*.

Con respecto a la figura del “daño punitivo”, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en su versión original, estableció una serie de modificaciones a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, entre las cuales se dispuso la sustitución del artículo 52 bis, por el siguiente texto:

Artículo 52 bis.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menoscabo hacia los derechos del consumidor. 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. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Dicha redacción en primer lugar, cambió la denominación “daños punitivos” por “sanción pecuniaria disuasiva”. Esta última es más apropiada que la expresión arraigada en nuestra práctica, que constituye una traducción literal de los *punitive damages* del derecho anglosajón. La expresión ‘daños punitivos’ es equívoca ya que, por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador.

La expresión “sanción pecuniaria disuasiva” refleja más fielmente los caracteres de esta figura. Existe acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que tales daños tienen una doble finalidad: punitiva y disuasiva.

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”.

Los daños punitivos son condenas pecuniarias extracomensatorias, con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a éste y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro¹⁷.

Amén de la denominación más certera que consagró la proyectada regulación de los daños punitivos para la Ley de Defensa del Consumidor, lo más acertado de dicha redacción, consistió en la incorporación de la necesidad de un factor subjetivo agravado: el grave menosprecio hacia los derechos del consumidor.

Desde el año 1995 que comenzó a discutirse en Argentina, en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho y Congresos Nacionales de Derecho¹⁸, la necesidad de incorporar el instituto, se planteó su aplicación para casos de particular gravedad, caracterizados por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos.¹⁹

El último cambio importante que incorporaba el proyectado artículo, se refiere al destino de la sanción, que conforme éste *“tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”*. Este aspecto también podría haber significado una evolución en la materia. Por un lado, una correcta asignación de dicho monto puede contribuir a alcanzar fines sociales deseables.²⁰

Lamentablemente, pese a lo encomiable de la proyectada reforma, la versión final del Código Civil y Comercial, no incorporó la reforma originariamente presentada por la comisión redactora al artículo 52 bis; el cual continúa conforme la redacción original de la Ley 26.361.

Al respecto, en los fundamentos del Proyecto, la comisión conformada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci manifestó:

“El anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia (...) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria (...) Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva (...) La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se

¹⁷ MARTINEZ ALLES, M.G. “¿Para qué sirven los daños punitivos?. Modelos de sanción privada, Sanción social y Disuasión óptima”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año XIV, N° 5, Mayo de 2012, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 62.

¹⁸ IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires, 1.995; III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, Junio de 1.996; V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1.997; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, Septiembre de 1.999; XIII Conferencia Nacional de Abogados, San Salvador de Jujuy, abril de 2.000; entre otros.

¹⁹ Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe en septiembre de 1999, posición mayoritaria.

²⁰ En este sentido, una demanda novedosa interpuesta en el año 2007, por la Asociación Argentina de Derecho de Daños parece plantear una pretensión de este tipo. La acción se interpuso en defensa de los intereses de incidencia colectiva de tipo difuso, contra las empresas tabacaleras Massalin Particulares y Nobleza Piccardo, con el objeto de condenarlas a una obligación de hacer, consistente en la integración de un fondo fiduciario cuya renta anual se destine a reintegrar los gastos de asistencia médica causada por las enfermedades que genera el tabaco, en: a) ex fumadores activos nacidos entre 1937 y 1976, con un mínimo como fumador de 10 años; b) ex fumadores pasivos que hayan trabajado en la administración pública por un plazo no menor a 15 años²⁰. Sin llamar las cosas por su nombre, en el fondo de la cuestión, subyace una pretensión de daños punitivos –instituto que no se encontraba aún incorporado al derecho argentino cuando se inició la demanda- con destino a un fondo público de asistencia a las víctimas de daños causados por el tabaquismo.

*considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”.*²¹

Con respecto a la sanción pecuniaria disuasiva, se dijo que:

*“La decisión ha sido aplicarla solamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) No hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa.”*²²

Desde la incorporación de los daños punitivos en el año 2008, la experiencia jurisprudencial en argentina evidencia profundos desacuerdos respecto de la procedencia de esta sanción. Esto motivó a los juristas que redactaron el Proyecto a ser cautelosos en el reconocimiento de la figura.

Entre las reformas que introdujo el Poder Ejecutivo, eliminó la sección 5º: “De los daños a los derechos de incidencia colectiva”. El artículo 1745 originario establecía la acción que correspondía ante la lesión a un derecho de incidencia colectiva y la legitimación activa:

ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

No obstante, el Poder Ejecutivo mantuvo la figura de la sanción pecuniaria disuasiva en el art. 1714 para reforzar la protección a los derechos de incidencia colectiva, que luego fue eliminado cuando el Proyecto llegó a manos de la Comisión Bicameral, creada a efectos del estudio y reforma del Código Civil y Comercial.

Asimismo, se modificó el artículo 1708 que reconocía categóricamente las tres funciones de la responsabilidad civil, estableciéndose que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Esto parecía guardar armonía con la eliminación de la sanción pecuniaria disuasiva. Sin embargo, en el cuadro explicativo sobre las modificaciones relevantes, que establece una comparación entre el régimen vigente según el CC, y los cambios más importantes a partir de la entrada en vigencia del CCyC, se dispone:

²¹ Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 761 y 762.

²² *Ibíd.*, p. 767.

Normativa vigente hasta el 31 de Diciembre de 2015²³: El Código dispone de un sistema principalmente resarcitorio, que tiende a restablecer el equilibrio de patrimonios entre el autor del daño y la víctima. Se estipula que tiene una faceta preventiva, aunque ello es relativo desde que el sistema de responsabilidad tiene sustento en un factor subjetivo de atribución que no favorece esta función. La sanción pecuniaria disuasiva está prevista solamente en el art. 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

El régimen que regirá a partir del 01 de enero de 2016: Se introducen las figuras de la función preventiva y punitiva de la responsabilidad civil, mediante la acción preventiva (art. 1711) y la punición excesiva (art. 1714).

No resulta claro a que se refiere “la punición excesiva” como figura punitiva de la responsabilidad civil. La redacción original del Proyecto, regulaba sobre la punición excesiva en el artículo posterior a la sanción pecuniaria disuasiva:

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

Todo parece indicar que la punición excesiva fue pensada por los autores del Código, como un límite ante supuestos en los cuales la sanción pecuniaria disuasiva (regulada en el artículo anterior), sumada a otras sanciones administrativas o penales generen una punición extremadamente gravosa para el sindicado responsable. Al eliminarse el original artículo 1714, la punición excesiva pasó a ocupar su lugar en la enumeración del Código, quedando la misma de la siguiente manera:

Artículo 1714. Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de fijar prudencialmente su monto.

En conclusión, el CCyC reconoce la expresamente el deber de prevención del daño, la procedencia de la reparación del mismo, y en algunos supuestos incluso la sanción, ya que pese a la eliminación de la figura de la sanción pecuniaria disuasiva, el artículo 52 bis sigue vigente en la Ley 24.240; a su vez, el mismo CCyC prevé el supuesto de punición excesiva, en cuyo caso el juez deberá considerar la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles.

§3. El daño

El primer elemento de la responsabilidad civil que corresponde analizar es el daño, presupuesto de procedencia de la función prioritaria de la responsabilidad civil.

El artículo 1068 CC, respecto del daño, establece que “*Habrà daño siempre que se causare a otro algùn perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*”.

El artículo 1737 del CCyC ofrece el siguiente concepto de daño: “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

²³ Téngase presente que ahora es régimen vigente hasta el 31 de Julio de 2015.

La definición del daño como un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que ofrece el CC, no enriquece en debate respecto de qué debe considerarse como “daño resarcible”. Tradicionalmente, se ha considerado que dicho artículo da lugar a la clasificación del daño en: a) Directo: cuando recae sobre las cosas; y b) Indirecto: cuando recae sobre la persona, sus derechos o facultades.

La definición como *lesión de un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico* que ofrece el CCyC brinda mayor luz al concepto, pero no es del todo clara. Lo que sí queda claro con dicha norma, es que la esfera de protección que el régimen de responsabilidad civil brinda a la víctima, no se limita a los derechos expresamente reconocidos por una norma primaria, sino que comprende cualquier interés de hecho no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Con respecto a las elaboraciones doctrinarias respecto del daño; una doctrina identifica el daño con la lesión o vulneración a un derecho patrimonial o extrapatrimonial.²⁴ El primero configura el daño patrimonial, mientras que el segundo configura el daño moral. Las críticas que se dirigieron contra esta corriente, apuntan a la distinción del daño según el carácter del derecho lesionado. En tal sentido, se ha observado que la lesión a un derecho patrimonial puede causar al mismo tiempo un daño moral, y viceversa.

Para otros autores, daño es la lesión a un interés legítimo que es presupuesto de un derecho.²⁵ El interés legítimo lesionado determina la índole del daño: patrimonial o moral. Por lo tanto, es posible que un mismo derecho pueda tener como presupuesto intereses de distinta índole y por ende, generar ambos tipos de daños. Conforme esta postura, para que el daño sea resarcible, es requisito que lesione un derecho. Más allá de la distinción entre daño patrimonial o extrapatrimonial, el interés lesionado debe ser presupuesto de un derecho; este último es más que un mero interés no ilegítimo; debe estar reconocido expresamente como tal por el ordenamiento jurídico. Esta postura debe ser descartada, ya que la práctica misma no limita el daño a la lesión a un derecho expresamente reconocido, sino que se hace procedente la reparación ante la lesión de meros intereses no ilegítimos; y así lo ha receptado el CCyC.

Finalmente, una doctrina asigna valor al resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento. Entienden, con razón, que es menester distinguir la lesión (o daño en sentido amplio) y el daño resarcible. En un sentido amplio, daño es la ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. De tal modo, todo acto ilícito, por definición, debería producir un daño, ya que presupone una invasión a la esfera de derechos ajenos. Este es el alcance que suele asignarse al daño en el derecho penal; mientras que el derecho civil pondría su mira en este tipo de daños, especialmente cuando se trata de la prevención de los mismos, o de la punición de graves transgresiones. Sin embargo, sostienen que el Código Civil atribuye otro significado al daño como presupuesto de la responsabilidad civil. Se trata de algo más que la mera lesión a un interés que es presupuesto de un derecho; es la *consecuencia*

²⁴ En esta postura: BREBBIA, MAZEAUD, TUNC, JOSSERAND, SAVATIER, LALOU, ACUÑA, ANZORENA, SALAS. En la jurisprudencia también hay fallos en este sentido: Cámara 5° Civil y Comercial de Córdoba, SPL, 1981-359; Cámara 1° Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, DJ, 1987-756; Cámara Nacional Civil, Sala A, II, 1982-D-415. En: PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi. p. 637.

²⁵ A favor: DE CUPIS, ZANNONI, BUSTAMANTE ALSINA, BUERES, AGOGLIA, BORAGINA, MEZA, VAZQUEZ FERREYRA, STIGLITZ. PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. (1999). *Ibid.* p. 638.

perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo hay una relación de causa a efecto; el daño resarcible es esto último.²⁶

Actualmente, se llama la atención sobre la *fuerza centrífuga del daño*, que no es otra cosa que un ensanchamiento del área resarcible, generando una mayor tutela hacia la víctima.²⁷ Esta expansión del daño resarcible implica una caracterización del daño que no se encuentra del todo acabada en la doctrina argentina.

Sin embargo, creo que lo que en realidad ha ocurrido, es que se han expandido los objetivos de la responsabilidad por daños, más que el concepto mismo del daño, para incorporar con mayor énfasis las funciones de prevención y sanción. El daño resarcible sigue siendo el mismo, aunque comienzan a importar otras dimensiones del mismo, como el peligro de su ocurrencia o la gravedad de la falta cometida por el sindicado responsable, para abrir las puertas a otras funciones de la responsabilidad.

§3.1. Una nueva caracterización del daño resarcible.

Como pudo observarse, las discusiones en torno al concepto del daño, se refieren mayormente a la bipartición entre las categorías daño patrimonial y daño moral. No es este el sentido en el cual me interesa abordar la noción del daño. Más allá de la importancia de esta distinción a los fines prácticos y conceptuales; me interesa determinar el concepto mismo del daño antes de establecer si éste es de índole patrimonial o extrapatrimonial. La nueva regulación de la responsabilidad civil en el CCyC permite elaboraciones más precisas al respecto.

Para la caracterización del daño, incorporaré algunas distinciones que usualmente no hacen los operadores jurídicos cuando analizan y realizan esta práctica. Entiendo que estas distinciones serán útiles cuando se presenten casos controvertidos de responsabilidad civil.

En primer lugar, es necesario distinguir el daño en un sentido fáctico, del daño jurídicamente relevante para la responsabilidad extracontractual. El daño en sentido fáctico es la destrucción o menoscabo de un bien por cualquier motivo; esto es lo que conocemos por daño en un sentido vulgar. Mientras que el daño es jurídicamente relevante cuando atenta contra los intereses ajenos.²⁸

A su vez, es preciso distinguir por un lado el daño que *sufre* la víctima, del daño que *causa* el agente responsable. Estos coincidirán la mayoría de las veces, pero hay casos en los cuales no coincidirán; y esto último puede llegar a justificar un tratamiento distinto.

²⁶ PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi. p. 639 y 640. En consonancia, Zavala de Gonzalez acepta esta posición: “*Si lo que decidiese la existencia y magnitud del daño fuesen el bien o interés violados, la indemnización debiera ser más o menos uniforme para cada especie de lesión. Por ejemplo, la vida o la integridad física de un hombre valen tanto como la de otro cualquiera. Sólo apreciando las repercusiones de cada caso, según las circunstancias del hecho y de la víctima, es factible conceder una reparación apropiada e individualizada*”. ZAVALA DE GONZALZ, M. (2004). *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 72.

²⁷ DE LORENZO, M.F. (2000). *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998*. LA LEY 2000-C. 975, p. 65.

²⁸ ZAVALA DE GONZALZ, M. (2004). *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 69.

Para esclarecer lo antedicho, veamos los siguientes ejemplos. Una empresa que produce cigarrillos de tabaco, incorpora al producto sustancias adictivas para generar un mayor consumo del producto. Con ello, genera la adicción de millones de consumidores, de los cuales la gran mayoría desarrolla enfermedades como consecuencia de dicho consumo, tales como enfisema pulmonar, cáncer, obstrucciones en las vías respiratorias, etcétera; en las cuales se ha probado la relación de causalidad directa con el consumo del tabaco. Por otro lado, un pequeño grupo de afortunados consumidores, no desarrolla ninguna enfermedad debido al consumo del tabaco. Un tercer grupo está dado por una porción de la población que elige no fumar, pero convive gran parte de sus días con fumadores en espacios cerrados, absorbiendo de tal modo el llamado “humo de segunda mano”. Como fumadores pasivos, sufren enfermedades tales como cáncer de pulmón, o enfermedades cardiorrespiratorias. Finalmente, el humo del tabaco en el ambiente (ETS) genera niveles de contaminación que afectan a las generaciones presentes y futuras.

Supongamos ahora que un consumidor del primer grupo, demanda a la empresa tabacalera por el daño que el consumo de tabaco le ha causado en su salud; supongamos cáncer de pulmón. Por ello, demanda a la empresa tabacalera que produce la marca de cigarrillos que consumió durante cuarenta años. Solicita la restitución de los gastos médicos que le generó la enfermedad y un monto por el daño moral que le generó el padecimiento de dicha enfermedad. En este caso, el daño que sufre la víctima no coincide con el daño que causa la empresa tabacalera. Siendo éste último de enorme magnitud, que afecta a millones de personas, tanto a consumidores activos y pasivos, como así también al medio ambiente en general. Sin embargo, es muy poco probable (por no decir imposible) que la empresa sea demandada por absolutamente todos los daños que genera. En este caso, la particular estructura del derecho de daños que vincula a la víctima con el agente dañador, y cuyo objeto central es la reparación del daño *sufrido* por la víctima demandante, abarca solamente éste último.

Sin embargo, como advertimos, esta rama del derecho está siendo objeto de un cambio de paradigma, donde se ensanchan las funciones u objetivos que se pretenden lograr. En su caso, una aproximación al daño que *causa* la empresa tabacalera puede justificar que se activen otras funciones de la responsabilidad civil: la prevención y la sanción.

Para ilustrar un caso donde el daño sufrido por la víctima se aproxima al daño causado por el sindicado responsable, supongamos que una persona conduce su bicicleta por la bicisenda. Un conductor negligente, gira abruptamente desviando su automóvil, y colisiona con la bicicleta. Afortunadamente, la colisión es leve y no genera ningún daño en la integridad física del conductor de la bicicleta, pero daña la rueda delantera de la misma. En este caso, el daño causado por el conductor negligente coincide con el daño sufrido por la víctima. Si bien dicho conductor potencialmente puede causar más daños y pone en riesgo la indemnidad de los peatones y demás conductores de vehículos, el daño que causa efectivamente coincide con el daño que sufre la víctima.

Para el régimen de responsabilidad civil tradicional, que concebía como única función la reparación del daño, resultaba relevante el daño *sufrido* por la víctima (si bien la idea de prevención del daño siempre estuvo presente, ahora se da más énfasis a la misma). Sin embargo, al moderno régimen de responsabilidad le interesa cada vez más el daño que *causa* el agente, o que previsiblemente puede causar.

A los fines estrictamente resarcitorios, no interesa el daño potencial, sino el daño efectivamente causado por el agente dañador y el efectivamente sufrido por la víctima cuando éstos coinciden. Cuando el daño que sufre la víctima es mayor que el daño efectivamente causado por el demandado, éste último sólo deberá resarcir la porción del

daño que es consecuencia causalmente adecuada de su conducta. Las consecuencias remotas que no tienen nexo adecuado de causalidad con la conducta del agente, no son resarcibles conforme el módulo de imputación de consecuencias que establece el régimen de responsabilidad civil. El remanente, es decir, el daño sufrido por la víctima, pero que no es resultado causalmente adecuado de la acción del demandado, puede ser absorbido por un sistema de seguros de primera persona, o bien por el estado en su calidad de garante de la seguridad de los ciudadanos, o bien dicha pérdida puede recaer sobre la misma víctima, dependiendo del caso. Un ejemplo de este último, podemos encontrarlo en la madre que –a causa del grave accidente de su hijo - entra en una depresión profunda que le ocasiona otras enfermedades a largo plazo y fallece. El agente responsable del accidente del hijo (por ejemplo por haberlo atropellado negligentemente), no debe indemnizar el padecimiento moral de éste por la muerte de la madre, aunque no se hubiera producido tal defunción de no mediar la conducta negligente.

Cuando, a la inversa, el daño que efectivamente sufre la víctima demandante es menor que el causado por el demandado, la reparación propiamente dicha abarcará solo el daño que ha sufrido el demandante. De lo contrario, podría decirse que hay un enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del sindicado responsable. Sin embargo, éste último supuesto si interesa a la responsabilidad extracontractual, pero no a los fines resarcitorios propiamente dichos. Interesa porque queda un remanente a favor del agente dañador a expensas del daño causado a la víctima. Es por ello, que los tribunales son sensibles a este tipo de casos –cuando media una conducta culpable- y buscan herramientas fuera de la reparación del daño para que este tipo de conductas no resulten indiferentes.

A los fines resarcitorios entonces, el daño jurídicamente relevante es la consecuencia perjudicial injustamente causada por el victimario e injustamente sufrida por la víctima. No obstante, a los fines de la responsabilidad civil, como una práctica que además del resarcimiento persigue la prevención y la sanción de determinadas conductas, importan otros aspectos del daño, como el daño injustamente causado (tal es el ejemplo de las tabacaleras) o el daño potencial. Ello es así, porque se trata de una práctica de justicia. Si se tratara de una práctica que persiguiera la eficiencia económica (como apuntan los partidarios de Análisis Económico del Derecho), poco importaría la injusticia en la causación o en el sufrimiento del daño.²⁹

Cuando la conducta del agente dañador asume magnitudes importantes de dañosidad, la responsabilidad civil activa sus funciones de prevención, o de sanción de tales inconductas, o ambas según el caso.

De Lorenzo señala que el daño jurídico presenta un doble momento analítico: por un lado el problema de su injusticia, que se refiere al nivel de protección que le otorga el ordenamiento jurídico al interés de la víctima; y por otro lado, el carácter contrario a derecho del comportamiento lesivo. Ambos elementos convergen en el análisis respecto de la procedencia del desplazamiento del daño de la víctima hacia el sindicado responsable.³⁰ Esta bipartición es coincidente con lo que denominé el daño *sufrido* por la víctima por un lado, y el daño *causado* por el agente responsable por otro lado..

²⁹ Al Análisis Económico del Derecho podría importarle la injusticia en la causación del daño, sólo si con ello se lograra una atribución más eficiente de recursos. No obstante, nuestros legisladores, jueces y abogados no realizan este tipo de análisis en la práctica de responsabilidad por daños.

³⁰ DE LORENZO, M.F. (2000). *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998*. LA LEY 2000-C. 975, p. 70.

Luego de haber especificado el contenido del daño, elemento esencial que activa el régimen de responsabilidad civil, deben analizarse las reformas introducidas por el CCyC en los otros elementos de la responsabilidad civil, como se verá a continuación

§4. El factor de atribución

Una correcta decisión ha sido establecer expresamente que el daño puede atribuirse en base a un factor subjetivo, u objetivo de atribución. En tal sentido, el artículo 1721 establece que *la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.*

La norma parece indicar que la responsabilidad por culpa es un sistema residual, ya que en ausencia de normativa el factor de atribución será la culpa; lo que ha originado la crítica de algunos doctrinarios que consideran esta regulación como una involución en una materia, cuya máxima evolución radicó precisamente en el abandono de un sistema basado en la culpa.³¹

Al respecto, señala Kemelmajer de Carlucci que el reproche no es correcto, ya que el artículo 1721 *no “encierra en una jaula” a los factores objetivos de atribución, ni los considera de menor importancia que los subjetivos... El 1721 es, simplemente, una “norma de clausura”, según la cual, producido un daño, si ningún principio, regla o norma, sistemáticamente interpretados, establece para esa situación un factor objetivo, la reparabilidad dependerá, como mínimo y según las circunstancias del caso, de la verificación de una omisión de las diligencias que los hechos concretos requerían.*³²

Acto seguido, se precisa el factor objetivo, el cual se configura *cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad* (artículo 1722). En cuyo caso, para eximirse de responsabilidad, el sindicado responsable deberá demostrar la causa ajena.³³

Con respecto a los factores subjetivos de atribución, el artículo 1724, establece que *son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo.*

Asimismo, el artículo precisa ambos conceptos: *la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.* Dicha definición de la culpa, se corresponde con el artículo 512 del CC³⁴, pero agrega con buen tino, que la culpa *comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.*

Por su parte, *el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.*

Se agrega la fórmula “manifiesta indiferencia”, a la cual se refirió la doctrina que abogó por la incorporación explícita de la función sancionatoria, como merecedora de una sanción civil.

³¹ NUCCIARONE, Gabriela A. (2013). ¿Qué derecho de daños se concibe en el proyecto de reforma del código? ¿Qué daños quiere el legislador resarcir?, *Doc. Jud.*, Año XXIX, n° 9, 27/02/2013.

³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *Revista Jurídica UCES*, p. 13.

³³ En materia obligacional, el factor objetivo se configura cuando de la naturaleza de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado (artículo 1723).

³⁴ Artículo 512 CC: *La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*

La doctrina y jurisprudencia que ha proliferado en Argentina sobre los daños punitivos, hace referencia a actitudes tales como: “*consciente y deliberado desinterés hacia los derechos ajenos*”, “*temerario desinterés*”, “*negligencia grosera*”, “*grave menosprecio*” y “*grave indiferencia*”. El Artículo 1587 del Proyecto de Código Civil de 1998 que reguló los daños punitivos con el nombre de “Multa civil” estableció que la misma resulta procedente contra el demandado que *actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*.

Por su parte, el proyectado artículo 1714 del CCyC que finalmente fue eliminado, disponía la procedencia de los mismos bajo el nombre sanción pecuniaria disuasiva a *quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva*.

Finalmente, en concordancia con los artículos 902 y 909 del CC, se establece la valoración de la conducta del agente, teniendo en consideración las particularidades del sindicado responsable y la eventual confianza especial dada las condiciones particulares de las partes:

Artículo 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

§5. La antijuridicidad

El artículo 1717 dispone que *cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*.

Entiendo que dicha disposición es más acertada que la correspondiente a la antijuridicidad en el CC. En tal sentido, el artículo 1066 del CC equipara la antijuridicidad con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma. Nótese sin embargo, que puede haber transgresiones justificadas a la norma, y por lo tanto, no se configura en tal caso la antijuridicidad.

Al respecto, Coleman establece una clasificación que resulta de utilidad para precisar estas ideas. Se trata de las diferentes maneras en que los derechos de una persona pueden ser vulnerados: la violación y la transgresión. Según la distinción que realiza Coleman, *una violación es una vulneración ilegítima de un derecho. Una transgresión es una vulneración legítima o justificable de un derecho.*³⁵ A menudo los civilistas hablan de vulneración de un derecho, abarcando indistintamente la violación y la transgresión. No suelen formularse aclaraciones terminológicas al respecto. Sin embargo, esta distinción es fundamental para esclarecer situaciones difíciles de la responsabilidad civil. A los fines de atribuir responsabilidad, importa el daño, resultado de una violación a un derecho o interés legítimo de la víctima, utilizando la terminología del autor citado. Por ello, resulta adecuada la caracterización de la antijuridicidad que brinda el nuevo CCyC.

³⁵ COLEMAN (2010). p.305.

La transgresión justificada de un derecho no permite *–prima facie–* atribuir responsabilidad, aunque pueda dar lugar a una *reparación* fundada en otros principios.

Tratándose de acciones justificadas, donde media una conducta elogiada por parte del agente que causa un daño, éste daño puede ser resarcido o no, pero no en base a los fundamentos generales de la responsabilidad por daños. Un ejemplo es el daño causado en estado de necesidad, donde se causa un daño menor por evitar uno de mayor magnitud.

Existe una diferencia en el daño causado mediante una conducta *elogiada*, donde lejos de existir algún reproche, el agente causalmente responsable del daño ha actuado como lo haría un agente moral, racional, en las circunstancias de persona, tiempo y lugar (me refiero a los daños causados en estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio regular de un derecho). Como dije, estos casos no activan las funciones de la responsabilidad, pero los jueces pueden hacer lugar a la reparación en equidad. En estos supuestos, se tiene en cuenta el daño injustamente *sufrido* por la víctima, y el juez teniendo en cuenta las circunstancias puede mandar a resarcir el daño en base a consideraciones de equidad.³⁶

El CCyC regula expresamente los daños causados mediante acciones justificadas:

Artículo 1718. Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) En ejercicio regular de un derecho; b) En legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) Para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se haya justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

Aunque por cuestiones de política legislativa se haya determinado que en los daños causados por legítima defensa proceda la reparación plena del daño, tales supuestos no configuran antijuridicidad. En tal sentido, en los fundamentos del Proyecto de CCyC 2012, se dijo:

La acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada. En cuanto a la justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto sobre el cual no hay controversias. Se admite la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada (...).

§6. La relación de causalidad

³⁶ En cuanto a la resarcibilidad del daño causado en estado de necesidad, el CC no brinda respuesta expresa. La mayoría de la doctrina entiende que en tales supuestos no procede indemnización alguna, ya que las acciones lícitas, como regla general, no generan responsabilidad civil, salvo expresa disposición en contrario. Pizarro y Vallespinos, en cambio, entienden que la responsabilidad no queda excluida y propician una interpretación extensiva del artículo 907 del Código Civil que faculta a los jueces a otorgar un resarcimiento en equidad (Ver PIZARRO, R.D. y VALLESPINOS, C.G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi. P. 503.)

El artículo 1726 establece, respecto de la relación causal, que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor de daño.

Con respecto a la indemnización de las consecuencias dañosas, establece que –salvo disposición legal en contrario- se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

En este punto, existe una diferencia con el régimen establecido en el CC. Sobre todo, porque el CC establecía diferentes consecuencias indemnizables según que el daño fuera resultado de un vínculo obligacional entre las partes, o extracontractual. Como es sabido, el CCyC unifica ambas órbitas de responsabilidad, estableciendo que en cualquier caso, serán indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, salvo que una disposición particular establezca lo contrario.

El CC, en materia extracontractual establece que son imputables al autor del hecho las consecuencias inmediatas (art. 903), las consecuencias mediatas previsibles (art. 904), y sólo en caso de dolo las consecuencias puramente casuales (art. 905, cuando el autor tuvo en miras las consecuencias al ejecutar el hecho).

En materia obligacional, el CC establecía un régimen menos favorable para la víctima, por cuanto el art. 520 dispone que el resarcimiento de los daños e intereses sólo comprenderá las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento de la obligación. Sólo si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, el resarcimiento comprenderá las consecuencias mediatas (art. 521).

Finalmente, el artículo 1736 dispone que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o presuma. En consonancia, la prueba de la causa ajena recae sobre quien la invoca.

§7. Eximentes

Con buen tino, el CCyC aborda las diferentes eximentes de responsabilidad de manera ordenada y condensada, a saber:

- a) Hecho del damnificado: El artículo 1729 dispone que *la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.*

El equivalente a esta disposición, lo encontramos en el artículo 1.111 del CC que dispone que *el hecho que no cause un daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna.*

A todas luces, resulta más esclarecedora la fórmula adoptada por el CCyC. Esta última dispone expresamente que la incidencia causal del hecho del damnificado puede excluir o limitar la responsabilidad del sindicado responsable, según la incidencia del hecho del damnificado en la producción del perjuicio. Adopta por lo tanto, las construcciones doctrinarias en torno a esta eximente, que puede tener incidencia parcial o total en la ruptura del nexo causal.

- b) Caso Fortuito o Fuerza mayor: Conforme el artículo 1730, *se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario.*

El equivalente a este artículo, es el 514 del CC que define al caso fortuito en similares términos.

- c) Hecho de un tercero: El artículo 1731 establece que para eximir de responsabilidad, el hecho de un tercero debe reunir los caracteres del caso fortuito.

Por lo tanto, el tercero cuya acción incide causalmente en la producción del daño, no sólo debe tratarse de un tercero por el cual el sindicado responsable no debe responder, sino que además su accionar debe ser imprevisto, o bien habiendo sido previsto no pudo evitarse.

§8. Quid de las responsabilidades especiales

En la Sección 9º se agrupan supuestos especiales de responsabilidad que fueron ampliamente abordados por nuestra doctrina y jurisprudencia. Por lo tanto, según los fundamentos del Proyecto CCyC, se ha adoptado el criterio imperante en estos ámbitos específicos de responsabilidad.

Lo primero que se regula es la responsabilidad de la persona jurídica. Al respecto, el artículo 1763 establece categóricamente que la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Un tratamiento aparte merece la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, que será abordada en el apartado siguiente.

Luego, el artículo 1767 regula la responsabilidad de los establecimientos educativos:

Artículo 1767.- Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria.

La norma reproduce casi textualmente el artículo 1117 del CC, responsabiliza objetivamente al titular del establecimiento educativo por los daños que causen o sufran los alumnos menores de edad (el artículo 1117 habla del 'propietario del establecimiento educativo').

Sin embargo, la nueva norma agrega, con acierto, que el titular del establecimiento responde no sólo por los daños causados y sufridos cuando el alumno se halle bajo el control de la autoridad escolar, sino también cuando, debiendo hallarse bajo dicha supervisión, el alumno hubiera escapado del poder de vigilancia de la autoridad educativa.

Acto seguido, se regula la responsabilidad de los profesionales liberales. Este particular tipo de responsabilidad, ha sido ampliamente abordado por la doctrina argentina. Por lo tanto, su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial constituye un importante avance en la materia. Al respecto, dice la norma:

Artículo 1768.- Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad

del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

Con buen criterio, la responsabilidad de los profesionales liberales es de carácter subjetivo, excepto cuando el profesional se compromete a la obtención de un resultado concreto. La norma recepta la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, tan arraigada en la civilística argentina. Como regla, la obligación asumida por el profesional liberal será de medios, y se rige por las reglas de las obligaciones de hacer. A su vez, la norma expresamente establece que la actividad del profesional liberal no está comprendida en las actividades riesgosas.

A continuación, se regula la responsabilidad derivada de los accidentes de tránsito, disponiéndose que a este particular tipo de responsabilidad se aplican las reglas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas

Los dos últimos artículos de la sección 9°, se refieren a los actos de intromisión en la vida privada y a la acusación calumniosa respectivamente. El artículo 1770 que a continuación se transcribe, constituye una reproducción casi textual del artículo 1071 bis del CC, pero se elimina la salvedad de que el hecho de intromisión en la privacidad ajena no constituya un delito penal. Por lo tanto, conforme la nueva normativa, constituya o no un delito penal, el acto de intromisión debe cesar, y el responsable debe pagar la indemnización que a tal fin establezca el juez de acuerdo con las circunstancias del caso.

Artículo 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Finalmente, se regula la acusación calumniosa. El artículo 1771 establece que para la procedencia de la misma, debe probarse el dolo o la culpa grave.

En estos supuestos, generalmente colisionan derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: por un lado el derecho a la libre expresión de las ideas sin censura previa; y por otro lado el derecho de toda persona a gozar de una esfera de la intimidad protegida de injerencias ajenas y el derecho al honor. Estos conflictos constituyen verdaderos dilemas en el derecho, ya que nos encontramos ante dos alternativas incompatibles.

Cuando la libre expresión de ideas tiene idoneidad para vulnerar los derechos al honor y a la intimidad de la persona, dar preeminencia a un valor sobre otro, lleva a resultados opuestos o contradictorios, y cualquiera sea el camino escogido, algo valioso es sacrificado. Una sociedad democrática necesita para su funcionamiento, el amplio reconocimiento de la libertad de expresión. A su vez, la denuncia puede implicar hechos de particular gravedad, por lo que es necesario que se denuncien tales hechos.

Por otro lado, todo ser humano necesita de una esfera de intimidad que se encuentre protegida de las injerencias ajenas, para el pleno desenvolvimiento de su personalidad. Es por ello que con acierto, la regulación de este supuesto en el CCyC exige de la configuración de un especial ánimo subjetivo en el agente dañador: el dolo o la culpa grave.

Artículo 1771.- Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si

se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

§8.1. La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

La responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido siempre un tema controvertido y blanco de profundos desencuentros doctrinarios, sobre todo de pugnas entre civilistas y administrativistas. Hasta el siglo XIX, predominó el dogma de la irresponsabilidad del Estado por los daños que pudiera causarse a las personas en el marco de la actividad o inactividad estatal; fundado en la pretendida incompatibilidad entre la soberanía del Estado y las pretensiones resarcitorias articuladas en su contra.

Cassagne señala que la responsabilidad estatal por daños en el derecho interno puede obedecer a una relación de derecho privado (civil o comercial), o bien de derecho administrativo. En el primer supuesto, según Pizarro y Vallespinos se trataría de una responsabilidad directa, basada principalmente en el factor de atribución culpa y resultarían aplicables los artículos 43, 512 y 1109 del CC. Mientras que tratándose del segundo supuesto, se deben aplicar los principios del derecho administrativo.³⁷ En el derecho administrativo la responsabilidad no se funda en la culpa, sino que tiene naturaleza objetiva.³⁸

El Anteproyecto elaborado por la Comisión de reforma, regulaba la responsabilidad del Estado en los artículos 1764 a 1766. Como regla general, se estableció que el Estado responde objetivamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones.³⁹ Con respecto a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, los mismos debían responder por los daños causados a los particulares por las acciones u omisiones que impliquen un ejercicio irregular de su cargo.⁴⁰

Finalmente, el artículo 1766 disponía que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. Sin embargo, dicha reparación solo procede respecto del daño emergente.⁴¹

La Comisión redactora del Anteproyecto, manifestó en los fundamentos:

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio

³⁷ PIZARRO, R. D., VALLESPINOS, C. G. (2012). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones Tomo 5*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 218.

³⁸ *Ibid.* P. 222.

³⁹ Artículo 1764.- Responsabilidad del Estado. El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Proyecto de Código Civil y Comercial, 1° ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 376.

⁴⁰ Artículo 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. *Ibidem.*

⁴¹ Artículo 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. *Ibidem.*

*irregular es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.*⁴²

El Poder Ejecutivo Nacional sustituyó los artículos mencionados, estableciendo que la responsabilidad del Estado no se rige por las disposiciones del Código Civil ni de manera directa ni subsidiaria; sino que dicha responsabilidad se rige por las normas y principios del derecho administrativo; como así también la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos.⁴³

El 2 de Julio de 2014 se sancionó la Ley de “Responsabilidad estatal”, para regular las compensaciones procedentes por daños causados por la actividad o inactividad del Estado a los bienes o derechos de las personas. El nuevo régimen normativo, en consonancia con lo dispuesto en el CCyC, establece que no resultan aplicables las disposiciones del Código Civil, de modo directo ni subsidiariamente. Asimismo, dispone que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; y en la parte final del artículo 1º establece expresamente que “*la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios*”.

Con respecto a la improcedencia de la sanción respecto del Estado, es entendible que la ley ponga al resguardo la integridad patrimonial del mismo, que pudiera verse afectada con cuantiosas demandas por daños punitivos. La solvencia del Estado es fundamental para la sociedad en su conjunto. A su vez, la instauración expresa de la regla de la responsabilidad objetiva, y la enumeración en el artículo 3 de dicha ley, de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad del Estado por actividad o inactividad ilegítima (daño cierto y actual, imputabilidad material a un órgano estatal, relación de causalidad y falta de servicio), es plenamente consistente con dicho coto a la procedencia de la sanción.

En cuanto a los agentes y funcionarios del Estado, la cuestión varía. El artículo 9 de dicha ley dispone lo siguiente:

Artículo 9. La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

⁴² Proyecto de Código Civil y Comercial, 1º ed., Zavallía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial p. 782.

⁴³ Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa, ni subsidiaria.

Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

Artículo 1766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

No debería haber óbices para la procedencia de la sanción pecuniaria respecto de agentes y funcionarios del Estado que actúan con dolo, siempre y cuando se configuren los requisitos de procedencia de la misma, y la relación se enmarque en una relación de consumo, subsumible en el artículo 52 bis de la Ley 24.240. Para proteger la integridad patrimonial del Estado, hubiera sido suficiente con establecer que dicha pretensión sancionadora debe dirigirse exclusivamente contra el agente o funcionario, sin perjudicar de tal modo al Estado.

§ 9. Reflexión final

El Código Civil y Comercial que comenzará a regir el 1º de Agosto de 2015, ha evolucionado en materia de responsabilidad civil, por cuanto implica un reconocimiento categórico del derecho a no ser injustamente dañado y un correlativo deber de no dañar a otros, sin una causa de justificación expresamente reconocida en la ley. A su vez, dicha regulación reúne y sistematiza aspectos que no se encontraban regulados en el CC, y SOBRE los cuales nuestros tribunales y doctrina han discurrido y trabajado ampliamente durante estos años, a fin de brindar respuestas que no se encontraban esclarecidas en el CC.

Esta reafirmación del *alterum non laedere* vino de la mano del expreso reconocimiento de un deber general de prevención del daño; ya que lo fundamental no es la reparación propiamente dicha del daño, sino que el mundo deseable es aquél en el cual el daño es evitado, antes que reparado. El Código Civil de Vélez Sarsfield reconoce la función preventiva, pero no lo hace en un marco sustancial orgánico y del modo categórico en que lo hace el artículo 1710 del CCyC.

El derecho de daños brinda a las personas razones, que son incentivos para que cumplan con el deber genérico de no dañar a otros. Por ello, la inclusión de las distintas funciones de la responsabilidad civil al CCyC ha sido un gran avance en la materia, por cuanto refuerza los incentivos para no dañar a los demás.

Con respecto a la reparación del daño, el artículo 1740 establece explícitamente que la reparación del daño debe ser *plena*, unificándose ambas órbitas de responsabilidad -contractual y extracontractual- a fin de brindar una adecuada reparación a la víctima, sin discriminar si el daño proviene de un incumplimiento obligacional o es de naturaleza extracontractual. En este sentido, se recogió la reforma por la que venía abogando la doctrina argentina en pos de una adecuada protección a la víctima del daño.

Finalmente, con respecto a la función sancionadora; evidentemente continúa siendo la más controvertida; y pese a la intención de los miembros de la comisión de reforma de consagrarla expresamente, dicha inclusión para la protección de los derechos de incidencia colectiva, finalmente no pudo ser.

A pesar de todo, no obstante la necesidad de regular adecuadamente dicha función; tal vez la decisión final de no incorporarla fue más feliz de lo que puede pensarse; ya que la regulación de dicha figura debe ser con la debida cautela y estudio de la temática. Al respecto, la misma Comisión de reforma manifestó en los fundamentos, que la experiencia en nuestro país, hasta el momento, no nos ha permitido alcanzar un acuerdo generalizado en la materia; y tal vez la norma proyectada hubiera generado más problemas de los que intentaba solucionar. Con razón han señalado que “*no es posible avanzar a ciegas en materia de política legislativa*”.

El régimen de responsabilidad civil consagrado en la nueva codificación constituye un avance en muchas materias, aunque es perfectible; y ésta es la tarea que los operadores del derecho debemos abordar, desde los lugares que nos ocupan, para el perfeccionamiento de las normas que rigen nuestra vida cotidiana. Por su parte, el daño punitivo, o sanción pecuniaria disuasiva puede ser objeto de futuras regulaciones, en tanto la experiencia nos demuestre cuáles deben ser sus lindes y caracteres.

La decisión de abordar expresamente supuestos particulares de responsabilidad constituye un gran avance en la materia, ya que no obstante las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se efectuaron a lo largo de estos años de experiencia, nuestro particular sistema de derecho escrito, requiere de normas que precisen los derechos y obligaciones emergentes de estas específicas situaciones.

En suma, los abogados, especialmente los civilistas, no debemos negarnos al cambio, sino continuar construyendo el derecho a partir de nuevas situaciones y nuevos estudios. El CCyC es fruto de nuevos paradigmas y es innegable que nuestro objeto de estudio es dinámico. *Lo que hoy es, tal vez no sea mañana; y lo que hoy no es, tal vez mañana lo sea.*

§ Bibliografía

- ALCHOURRON, C. E. y E. BULYGIN. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimpresión, Buenos Aires: Astrea.
- ALTERINI, A. A. (1998). *Contratos civiles- comerciales de consumo. Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ALTERINI, A. A. (director) y F. DE LORENZO (subdirector) (2000). *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 4, Agosto de 2000, Buenos Aires: La Ley.
- ALTERINI, A. A. y R. M. LOPEZ CABANA (dirs.) (1995). *La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BUERES, A. y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (dirs.) (1997). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BURN, C. A., “¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados ‘daños punitivos’)”, DJ 2004-3-1228.
- GALDÓS, J. M. (1999). “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nro. 5.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2da ed., Madrid: Marcial Pons.
- GHERSI, C. A. (2000). *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Buenos Aires: Hammurabi.
- GUASTINI, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) (1993). *Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas*, 2ª parte. Buenos Aires: La Rocca.
- KRAUT, A. J. “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, JA 1989-III-907.
- LASCANO, C. J. (dir) (2002). *Derecho Penal. Parte general*. Córdoba: Advocatus.
- LOPEZ HERRERA, E. (2008). *Los daños punitivos*, 1ra. ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LORENZETTI, R. L. (2009). *Consumidores*, 2da. ed., Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- MARMOR, A. (2001). *Interpretación y teoría del derecho*, traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, 1 ed., Barcelona: Gedisa.
- MARTINEZ ALLES, M. G. (2012). “¿Para qué sirven los daños punitivos?. Modelos de sanción privada, Sanción social y Disuasión óptima”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, ALTERINI, A. A. (dir.), Año XIV, N° 5, Mayo de 2012, Buenos Aires: La Ley.
- MARTINOTTI, D. F. (2001). “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LL.

- MOSSET ITURRASPE, J. (2000). “La ‘multa civil’ o daño punitivo. Comentario al Proyecto de Código Civil de 1998”, LL 2000-B-1277.
- NALLAR, F., “Prevención del daño: La ‘Multa Civil’ o ‘Daños Punitivos’ en el Proyecto de Código Civil de 1998”, ADLA 2007-E-549.
- OWEN, D. (1989). *The moral foundations of punitive damages*. Alabama Law Reviews, vol. 40, N° 3.
- PADILLA, R. (1997). *Sistema de la Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PAPAYANNIS, D. M. (2009). *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- PIZARRO, R. D., VALLESPINOS, C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PIZARRO, R. D., VALLESPINOS, C. G. (2012). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Tomo 5*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ROSENKRANTZ, C. F. (comp.) (2005). *La responsabilidad extracontractual, 1ra. Ed.* Barcelona: Gedisa.
- SAUX, E. I. y E. C. MULLER (2005). *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- VILAJOSANA, J. M. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999). *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, T° 4, Buenos Aires: Hammurabi.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004). *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Buenos Aires: Hammurabi.