

# Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

Por

**Aída Kemelmajer de Carlucci\***

*Indemnizar no borra el daño del mundo; simplemente, lo cambia de bolsillo<sup>1</sup>.*

Sumario: 1. El derecho de la responsabilidad civil: rol del legislador y del juez. 2. El punto de partida. 3. La terminología. Responsabilidad civil o derecho de daños. 4. Metodología del proyecto. 5. La respuesta de la doctrina argentina al articulado proyectado. 6. La importancia del título preliminar para el estudio sistemático de la temática. 7. Sistema de fuentes de la responsabilidad civil. 8. Funciones de la responsabilidad civil. 9. Función preventiva. 10. Función sancionatoria. Sanción pecuniaria disuasiva. 11. Función resarcitoria. 12. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. 13. El Estado ¿quedó afuera del sistema reparatorio? 14. Algunas palabras de cierre.

## **1. El derecho de la responsabilidad civil: rol del legislador y del juez**

La preocupación legislativa por la responsabilidad civil está latente en países de muy distintas latitudes, a tal punto, que no hace mucho tiempo, China sancionó una ley sobre la materia<sup>2</sup>.

Las razones de la intervención del legislador son variadas; probablemente, una de las más importantes sea que, hasta ahora, *"el derecho de la responsabilidad*

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Mendoza. Miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y de Córdoba. Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Cuyo. Participante de las Comisiones de Reformas al Código Civil Argentino (Años 1992, 1998 y 2011).

<sup>1</sup> Pantaleón, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*. También la de las administraciones públicas, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 174, y en Moreno Martínez, J.A. (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 439 y ss.

<sup>2</sup> Compulsar Sempì, Laura y Lixian, Li, *La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina: mettendo ordine nel "cassetto" dell'illecito extracontrattuale*, en *Riv. di Diritto Civile*, n° 4, 2010, pág. 693.

*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*<sup>3</sup>. Reflexiones semejantes hace uno de los maestros más respetados del derecho italiano; me refiero a Francesco Galgano<sup>4</sup>, quien afirma que pese a que los diecisiete artículos que el código civil de 1948 dedica a la responsabilidad extracontractual permanecen inalterados, los cambios son enormes; agrega que así como antes se decía que *"basta la reforma de la ley para convertir en inútil una biblioteca"*<sup>5</sup>, hoy puede afirmarse que, tratándose de daños, tal inutilidad puede provenir del cambio de jurisprudencia.

Puede decirse, entonces, que la teoría de la responsabilidad civil es el ámbito en el que las mayores transformaciones se han producido por obra de los jueces<sup>6</sup>.

Para algunos, se está en presencia de una verdadera revolución<sup>7</sup>. Para otros, no se trata de cambios radicales, pendulares, sino de modificaciones que engloban a las que preceden. *"Al igual que una piedra tirada al agua, cada círculo concéntrico se expande sin borrar los precedentes; cada círculo, cada esfera, agranda el precedente sin abolirlo. La ruptura se produce cuando al paradigma dominante revela sus límites frente a la aparición de nuevos riesgos"*<sup>8</sup>.

Cualquiera sea la mirada, lo cierto es que, como señala el maestro Díez-Picazo, *"el derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un*

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Galgano, Francesco, *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008, prólogo, pág. IX.

<sup>5</sup> La frase se incorpora en la corrosiva expresión de von Kirchmann, Julius H., en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, escrita en 1847, traducida por Antonio Truylol y Serra, editada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos en 1949.

<sup>6</sup> Geny, François, Risques et responsabilité, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1902–1–812.

<sup>7</sup> Jossierand, Louis, *L'évolution de la responsabilité*, en *Évolutions et actualités. Conférences de Droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1936, pág. 29. Las palabras fueron pronunciadas en las conferencias dadas por el maestro en diversas ciudades del mundo, entre otras, Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest. Bruselas, Rabat, Casablanca. Decía que en su época, cuando él estudiaba derecho, el profesor de derecho civil trataba la responsabilidad en una única lección, como si se tratase de un sujeto absolutamente secundario. Igual aseveración respecto de las pocas clases dadas en aquellos tiempos se lee en Henri Capitant, prólogo a la primera edición del *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* de los hermanos Mazeaud (Trad. por Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1977).

<sup>8</sup> Thibierge, Catherine, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile), en *Rev. Trim. Droit Civil*, 1999, pág. 579.

*punto muy sensible de indefinición pues convergen, por un lado, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que, en las últimas décadas, han empujado su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones ha puesto en cierta crisis el sistema legislativo*<sup>9</sup>.

De allí que en algunos países, el legislador haya decidido poner límites al amplio campo de discrecionalidad judicial. Lo ha hecho con distintas ópticas pero, en la mayoría de los casos, ha recogido criterios jurisprudenciales consolidados. Tal lo sucedido, por ej., en Francia, en 2002, con la ley que regula la responsabilidad médica<sup>10</sup>.

Como explicaré, el proyecto sigue esta línea; 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.

La doctrina nacional reconoce este dato de la realidad<sup>11</sup>.

## **2. El punto de partida**

El proyecto parte de una noción aceptada por la mayoría de la doctrina nacional: la teoría del responder *"no es solo la del acto ilícito sino la del acto o hecho dañoso, o si se quiere, la teoría del daño y su distribución; el daño causado ilícitamente es un capítulo de otra materia más amplia, la del responder-distribución que funciona haya o no sido ilícito el acto que lo produjo. En suma, no solo se indemnizan los daños injustamente causados, sino también los injustamente sufridos"*<sup>12</sup>. Se afirma, entonces, que *"la responsabilidad civil ha evolucionado de una responsabilidad basada en la deuda*

<sup>9</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 19.

<sup>10</sup> Compulsar, de mi autoría, *Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina*, en *El derecho de la salud, Serie II, Obras*, n° 31, *XVI Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires*, 13 y 14 de octubre de 2005, pág. 157, Buenos Aires, 2007.

<sup>11</sup> Iñiguez, Marcelo D., *Riesgo recíproco. Efectos*. Proyecto de Código civil y comercial de la nación, en *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XIV, n° 9, septiembre de 2012, pág. 105; Lorenzini, Juan P., *La responsabilidad precontractual en el anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial*, en *Rev. Doc. Societaria y Concursal. Suplemento especial. Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial*, septiembre de 2012, pág. 104; García Facino, Ricardo, *Lesión letal y derechos de la víctima*, en *Doc. Jud.*, Año XXVIII, n° 38, 19/09/2012, pág. 8.

<sup>12</sup> López Olaciregui, José M., *El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad*, *Resp. Civil y Seguros*, Año IX, septiembre de 2007, pág. 111.

*hacia una asentada en el crédito<sup>13</sup>; de una centrada fundamentalmente en el demandado a otra que mira esencialmente al actor dañado”.*

Hace muchos años, pero con criterio hoy vigente, se definió la responsabilidad civil como *“una técnica jurídica que consiste, esencialmente, en transferir, por una intervención voluntaria que modifica el curso brutal de los acontecimientos, la carga de un daño de la persona que lo ha sufrido directamente en razón de leyes físicas, biológicas, psicológicas o sociales, a otra persona que se considera debe soportarlo. Para legitimar esta transferencia, es necesaria una relación entre el daño y la persona que lo soportará, una relación digna de jugar el rol de fundamento de la responsabilidad”<sup>14</sup>.*

Ciertamente, la normativa proyectada enmarca en este concepto. Además, reconoce que, en definitiva, todo litigio sobre responsabilidad es la expresión de un conflicto de intereses entre la víctima y el autor del daño<sup>15</sup> y el legislador tiene el deber de resolver la cuestión lo mejor posible, de conformidad a las exigencias de la justicia y de la utilidad social<sup>16</sup>.

### **3. La terminología. Responsabilidad civil o derecho de daños**

Los psicólogos, psiquiatras, psicoanalistas, antropólogos, literatos, etc., afirman que el *“idioma no es neutral”*. Gilmore enseña que *“Una rosa, aunque la llamemos con cualquier otro nombre, tendría el mismo perfume; sin embargo, si comenzamos a llamar a la rosa con otro nombre, algo ha pasado; nuestra concepción o percepción de la rosa ha cambiado; de otro modo, continuaríamos llamando rosa a la rosa”<sup>17</sup>.*

La expresión *“responsabilidad civil”*, hoy utilizada, fue precedida por la de *“hechos ilícitos”* y le han seguido otras más o menos conocidas, como *“Derecho*

---

<sup>13</sup> Lambert-Faivre, Yvonne, La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Trad. de Eliana Nuñez), en *Resp. Civil y Seguros*, 1999, pág. 971.

<sup>14</sup> Husson, León, *Les transformations de la responsabilité*, Paris, Puf, 1947, pág. 329. El autor reconoce, en nota 1, como fuente inspiradora a Geny, François, *Risques et responsabilité*, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1902–1–812.

<sup>15</sup> Maitre, Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, pág. 18.

<sup>16</sup> Geny, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LDDJ, 1919, reprint, T. II, pág. 173; puede compulsarse, asimismo, la versión en español, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 1902, pág. 579.

<sup>17</sup> Gilmore, cit. por Castronovo, Carlo, *La nuova responsabilità civile. Regola e metaforma*, Milano, Giuffrè, 1991, n° 23, nota 147.

de daños" (difundida en la Argentina), "Derecho de los accidentes" (propia del análisis económico del derecho, especialmente en los EE.UU.) etc.

Sin dejar de reconocer que la expresión "Derecho de daños" tiene "carta de ciudadanía" en el país, el proyecto prefiere mantener la terminología tradicional –responsabilidad civil– manejada por todos los operadores del Derecho, más y menos experimentados, e incluso por las personas legas<sup>18</sup>.

#### **4. Metodología del proyecto**

Como es sabido, el proyecto tiene un título preliminar y seis libros.

El tema de la responsabilidad civil, sustancialmente, está regulado en el Libro III (Derechos personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil).

La materia comprende los artículos 1.708 al 1.780, y los distribuye en *once secciones*: 1. Disposiciones generales; 2. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva; 3. Función resarcitoria; 4. Daño resarcible; 5. Responsabilidad directa; 6. Responsabilidad por el hecho de terceros; 7. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades; 8. Responsabilidad colectiva y anónima; 9. Supuestos especiales de responsabilidad; 10. Ejercicio de las acciones de responsabilidad; 11. Acciones civil y penal.

Un autor ha criticado duramente la metodología. Afirma que "El Título V del Código Unificado se inicia con un muy grosero error metodológico. Pecado original que porta la normativa en cuestión y que, en cierto modo, anticipa, prefigura sus notorios problemas en el manejo del lenguaje jurídico, en el uso de los conceptos y en la determinación de las ideas en la que intenta legitimar su pensamiento, muchas veces valioso". En definitiva, sostiene que la responsabilidad civil no es "una fuente de las obligaciones". Por mi parte, señalo que no indica en qué sector del código ubicaría el tema<sup>19</sup>.

Más allá de las abstracciones, dado que se ha unificado el sistema de la responsabilidad contractual y extracontractual, regular la materia después del contrato y antes de otras fuentes no carece de lógica<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> En contra, Mosset Iturraspe, quien afirma que el proyecto debió referirse al "Derecho de daños" (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil en el proyecto de 2012, *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, 2012–3, pág. 451).

<sup>19</sup> Burgos, Osvaldo R. elDial DC18A0, publicado el 11/06/2012.

<sup>20</sup> Para la justificación de la ubicación de las normas relativas a los daños entre las fuentes de las obligaciones, ver Díez-Picazo, Luis, La responsabilidad civil hoy, en *Ensayos jurídicos*, Madrid, Civitas, 2012, T. II, pág. 2.843.

## 5. La respuesta de la doctrina argentina al articulado proyectado

El proyecto, como no puede ser de otro modo, está siendo objeto de análisis cuidadoso por parte de la doctrina nacional. En general un importante sector tiene una visión positiva<sup>21</sup>. No obstante, en diversas cuestiones específicas, el articulado ha recibido críticas, más<sup>22</sup> y menos virulentas<sup>23</sup>; la índole de este trabajo me impide responder una a una, por lo que, en la mayoría de los casos, me limito a indicar la publicación en la que el lector puede encontrarlas.

21 Alterini, Atilio A., Soluciones del proyecto de código en materia de responsabilidad civil, *LL 2012-D-1154*; Galdós, Jorge Mario, La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto, *LL 2012-C-1254*; Parellada, Carlos, El proyecto de Código Civil y Comercial unificado en materia de responsabilidad civil, en *Mendoza legal, Rev. del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza*, Año 6, n° 16, dic. 2012, pág. 22; Picasso, Sebastián, La reforma del derecho de daños, en *JA 2012-IV*, fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 3; Sozzo, Gonzalo, Arquitectura de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3-563*; Boragina, Juan C. y Meza, Jorge A., Responsabilidad civil contractual y extracontractual, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3*, pág. 97; Fumarola, Luis A., Responsabilidad civil por el transporte de personas y cosas en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3-429*; Piedecasas, Miguel, El contrato de transporte en el proyecto de Código Civil y Comercial, en *Rev. Derecho de Daños 2012-2-347*.

22 Carranza Latrubesse, Gustavo, Las nuevas reglas de la responsabilidad civil. Visión crítica, en *Res. Civil y Seguros*, Año XIV, n° 9, septiembre 2012, pág. 17; Haggi, Graciela, Responsabilidad bancaria. El contrato de alquiler de caja de seguridad, en Autores Varios, *Las reformas al Derecho Comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la nación. 1º Congreso Nacional de análisis y debate sobre el proyecto*, Buenos Aires, Fidas-Legis, 2012, pág. 129.

23 En esta posición, Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil por daños causados por el vicio o riesgo de las cosas y por actividades riesgosas, en López Mesa (Dir.). *Estudios sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Resistencia, ConTexto, 2012, pág. 49; del mismo autor, Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3*, pág. 133; Compagnucci de Caso, Rubén, Responsabilidad precontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3*, pág. 177; López Herrera, Edgardo, Responsabilidad civil de los padres, tutores y curadores en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, en *Rev. Civil y Seguros*, Año XIV, n° 9, septiembre de 2012, pág. 5 (el autor marca lo que considera algunas imprecisiones, pero adhiere en general); Dantur, Sebastián, Cumplimiento imposible. De los artículos 888 y 889 del código civil al 955 del proyecto 2012, en *Doc. Jud.*, Año XXVIII, n° 49, 5/12/2012, pág. 93 (igual reflexión que en el caso anterior); Vázquez Ferreyra, Roberto, Prueba de la culpa, de los criterios objetivos y de la relación de causa a efecto, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3-307*; Cerutti, María del Carmen, La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3-307*; Boquin, Gabriela, Influencia del proyecto de reforma del código civil en las acciones de responsabilidad concursal, en *Doc. Societaria y Concursal*. Suplemento especial. Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial, septiembre de 2012, pág. 22; de la misma autora, Necesidad de un cambio en la apreciación de la temática. Los dogmas injustos existentes en la actualidad, en AV. *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la Nación. 1º Congreso Nacional de análisis y debate sobre el proyecto*, Buenos Aires, Fidas-Legis, 2012, pág. 17; Sosa, Guillermina Leontina, La responsabilidad de los padres. Criterio normativo actual y vigencia pretoriana. Regulación en el proyecto de código civil y comercial de la nación, en López Mesa (Dir.). *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ConTexto, 2012, pág. 133 (la autora reconoce que se incorporan los criterios jurisprudenciales, pero tiene dudas sobre el resultado axiológico); Gonzalez Zúnd, Ricardo A. Responsabilidad civil de los profesionales en el proyecto de reforma del código civil, en López Mesa (Dir.). *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil* ///

Por el momento, me detengo solo en una. Algunos autores sostienen, genéricamente, que el proyecto *“involuciona en el derecho de la responsabilidad y vuelve a privilegiar los factores subjetivos”*<sup>24</sup>. Otros concretan este aserto en el art. 1.721, que termina con la frase: *“En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”*.

El reproche no es correcto. El artículo citado no *“encierra en una jaula”* a los factores objetivos de atribución, ni los considera de menor importancia que los subjetivos. Ninguna norma del proyecto dispone que los factores objetivos son de interpretación restrictiva, ni que requieren un artículo expreso. El 1.721 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.

Por lo demás, la frase no puede ser interpretada fuera del contexto general del proyecto, como analizo en el punto siguiente.

## **6. La importancia del título preliminar para el estudio sistemático de la temática**

El proyecto, al igual que el código civil de Vélez, se abre con un título preliminar. La comparación entre ambos regímenes muestra el título preliminar del proyecto francamente *“enriquecido”*, en tanto contiene principios y reglas que sirven para la interpretación y aplicación de todo el sistema normativo.

Bien dice el maestro Díez-Picazo: *“La inserción de un texto en el título preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El título preliminar del código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido*

---

*///y comercial*, Resistencia, ConTexto, 2012, pág. 263; Azar, Aldo Marcelo, La relación causal en el proyecto de código civil y comercial de 2012, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3*, pág. 9 (crítica la regulación de las eximentes en el ámbito de la imposibilidad del pago); Díez Selva, Manuel, El futuro de la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes, *Rev. Seguros*, Año XLIV, n° 280, 2012, pág. 80 (el autor critica que se haya introducido en el art. 1.753 la expresión *“personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de las obligaciones”*; quizás no advierta que es la fórmula utilizada por la doctrina y la legislación comparada –por ej., Código Civil italiano– para la regulación de la responsabilidad de origen convencional, dado que el código unifica ambas responsabilidades). En contra, considerando que este es uno de los grandes aciertos del proyecto, Marino, Abel Enrique, *Responsabilidad obligacional por el hecho ajeno*, en *Rev. de Daños 2012-3-261*.

<sup>24</sup> Nucciarone, Gabriela A., ¿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.

*del edificio. Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el título preliminar. En cambio, llegar a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición”.*

Pues bien, los tres primeros artículos del proyecto dicen:

**Artículo 1°. Fuentes y aplicación.** Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

**Artículo 2°. Interpretación.** La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

**Artículo 3°. Deber de resolver.** El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Algunos autores aplauden la incorporación de estos artículos<sup>25</sup>. Otros la critican.

Los segundos afirman que el sistema de fuentes es tema que debe ser regulado por la Constitución, no por el código civil.

No niego que, como decía Kelsen, una Constitución, en cuanto norma fundamental, no es otra cosa que la organización de un sistema de fuentes del derecho. Pero ocurre con la Constitución argentina lo que sucede con la española; o sea, no hace expresa referencia a las fuentes, dándolas por supuestas. En consecuencia, del mismo modo que el código civil español, el proyecto incorpora estas normas, estimándolas convenientes para la mejor y más fácil resolución de los conflictos<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional de derecho y proyecto de Código Civil y Comercial, LL 2012-D-110.

<sup>26</sup> Díez-Picazo, Luis, Constitución y fuentes del Derecho, en *Ensayos jurídicos*, Madrid, Civitas, 2011, pág. 241.



También se ha calificado la redacción de los arts. 1° y 2° de *“impropia, confusa, errónea, inútil”*<sup>27</sup>. Algunos no son tan severos, pero igualmente denuncian omisiones y contradicciones<sup>28</sup>.

Comprendo la incomodidad de algunos juristas cuando abren el código civil y encuentran reiteradas menciones a la Constitución y a los tratados de derechos humanos. El malestar debería cesar tan pronto se recuerde el histórico debate entre Alberdi y Vélez<sup>29</sup>. Como es sabido, el autor de las Bases, imputaba al prestigioso cordobés que, pese a su gran erudición (de allí las innumerables citas al derecho comparado) el código que había redactado no mencionaba nunca la Constitución, ni miraba en la misma dirección que la ley fundamental. Pues bien, los fundamentos que acompañan al proyecto explican que esa inconsistencia no existe en la normativa propuesta:

*“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.*

<sup>27</sup> Chiappini; Julio, Es heterodoxo que el proyecto se someta a la Constitución Nacional y a un Tratado internacional, en *Foro de Córdoba* n° 157, septiembre de 2012, pág. 109/114. El autor también se ha burlado del requisito de la razonabilidad de la sentencia previsto en el art. 3° (Chiappini, Julio, El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial exige una sentencia “razonablemente fundada”, en *JA 2013-I*, fascículo n° 2, pág. 3). Sinceramente, todo es cuestión de revisar la doctrina consolidada de la Corte Federal sobre la arbitrariedad de sentencia por falta de motivación suficiente.

<sup>28</sup> Vigo, Rodolfo, Comentarios al proyecto de reforma al Código Civil y Comercial. El Derecho y la interpretación en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, en *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2 pág. 43. El profesor santafecino asume cierta culpa; reconoce que tuvo oportunidad de colaborar en un texto más depurado, dado que la comisión lo eligió como jurista consultor, pero no pudo o no supo concretar ese auxilio; concluye que *“más allá de las indiscutidas condiciones de juristas reconocidos, los redactores debieron afrontar en el capítulo 1 problemas que desbordan a sus especialidades académicas, dado que los temas de fuentes deben ser abordados por los filósofos del derecho o por los que hacen Ciencia del Derecho”*, entre los cuales, él obviamente se encuentra.

<sup>29</sup> Recuérdese que la célebre polémica comenzó con el artículo escrito por Alberdi “Proyecto de código civil para la República Argentina”; contestó Vélez Sársfield con “El folleto del Dr. Alberdi” y replicó este con “Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de la legislación civil de las repúblicas de Sudamérica”.

La posición asumida es altamente significativa en el derecho de daños, tal como lo acredita jurisprudencia reiterada; así, por ej., la legitimación “cerrada” del art. 1.078 para reclamar daño moral ha sido declarada inconstitucional por jurisprudencia de destacados tribunales del país<sup>30</sup>; la noción del daño a la persona se vincula estrechamente con los valores constitucionales<sup>31</sup>, etc.

Otras normas del título preliminar son también importantes para el derecho de la responsabilidad civil. Me refiero a las que regulan la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley<sup>32</sup>.

Los artículos pertinentes disponen:

**“Artículo 9°. Principio de buena fe.** *Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*

**Artículo 10. Abuso del derecho.** *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.*

**Artículo 11. Orden público. Fraude a la ley.** *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.*

---

<sup>30</sup> A vía de ejemplo, véase SC Buenos Aires, 16/07/2007 (legitimación de los padres, aun cuando el hijo no haya muerto), en Resp. Civil y Seguros, 2007–6–46, LL Buenos Aires, 2007–504; LL 2007–D–371; JA 2007–III–222 y Doc. Jud. 2007–2–617; SC Buenos Aires, 14/9/2011 (legitimación de la conviviente, LL 2011–E–584, Resp. Civil y Seguros, 2011, n° 12, pág. 34 y Doc. Jud., 2011, n° 43, pág. 9; S.C. Mendoza, 7/09/2010 (legitimación de la hermana), ED 240–617, etc.

<sup>31</sup> Ver, de mi autoría, El “daño existencial”, como daño a la persona, en la casación italiana a fines del año 2008, Rev. de Derecho de Daños, 2009–3–61.

<sup>32</sup> Conf. con la incorporación de estos principios generales del derecho en el título preliminar, Mosset Iturraspe, Jorge, El ejercicio de los derechos, buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante, en Rev. Derecho Privado y Comunitario, 2012–2 pág. 55 y ss.

**Artículo 13. Renuncia.** *Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”.*

En el ámbito de la responsabilidad civil, los artículos transcritos conllevan a la nulidad de los pactos de renuncia anticipada a los daños personales; también a la necesidad de actuar de buena fe, ejerciendo regularmente y sin fraude los derechos, bajo sanción de ser responsable de los daños causados.

## **7. Sistema de fuentes de la responsabilidad civil**

Los daños operan en muy distintos campos y el proceso de descodificación se hace sentir también en este ámbito (daños al ambiente, a los consumidores, en el transporte marítimo, aeronáutico, etc.). De allí que el proyecto haya establecido cómo juega el sistema de fuentes. En este sentido, dispone:

**“Artículo 1.709. Prelación normativa.** En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código”.

## **8. Funciones de la responsabilidad civil**

Me he referido en otra oportunidad a la importancia de la delimitación de las funciones de la responsabilidad<sup>33</sup>. No ignoro, pues, que un importante sector doctrinal defiende la existencia de una única función (la reparatoria) y argumenta que algunas de las otras funciones atribuidas son, simplemente, “la otra cara”<sup>34</sup>. Más aún algunos alertan contra la pluralidad de funciones y con visión

<sup>33</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, Funciones y fines de la Responsabilidad Civil, en *Libro Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil*, Tomo III, Córdoba, 2009, pág. 1.287.

<sup>34</sup> Compulsar Llamas Pombo, Eugenio, Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños, en Moreno Martínez, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 445. El autor aclara que este trabajo constituye una segunda versión de otro que publicó bajo el título *La tutela inhibitoria del daño. La otra cara del derecho de daños*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, T. II, pág. 2.203 y en *Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, n° 4, agosto de 2002, pág. 7.

casi apocalíptica denuncian que provocará la “muerte de la responsabilidad, la crisis, o el ocaso”<sup>35</sup>.

Sin embargo, no puede olvidarse que estas nuevas visiones obedecen, esencialmente, a dos factores<sup>36</sup>: (i) la gran plasticidad del instituto y (ii) las nuevas necesidades sociales.

Recogiendo estas nuevas perspectivas, el art. 1.708 del proyecto dispone:

**“Artículo 1.708. Funciones de la responsabilidad.** *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”.*

Los fundamentos que acompañan el proyecto explican:

“La regulación en la materia comienza con dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera establece las funciones del sistema y la segunda alude a la prelación normativa.

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.

Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Esta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso, el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este proyecto no solo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva.

---

<sup>35</sup> Para las expresiones vertidas en el texto, Franzoni, Massimo, *I nuovi compiti della responsabilità civile*, en *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1994, pág. 204.

<sup>36</sup> Martins-Costa, *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*, Río de Janeiro, Gen-Forense, 2009 n° 7.1.3, pág. 143.

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.

En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la *"tragedia de los bienes comunes"*, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque varía conforme con los casos y bienes en juego".

## 9. Función preventiva

La cuestión de la prevención del daño ha sido objeto de largas reflexiones entre los autores argentinos<sup>37</sup> y extranjeros. Un grupo importante reconoce la necesidad ética y vital de anticiparse a las amenazas de daños graves al ambiente o a la salud. En esta tendencia, se afirma: *"Parecería que uno no tiene que ocuparse de la seguridad y bienestar de las personas con las que no tiene una relación especial, o respecto de las cuales no ejerce una función de supervisión. No obstante, la regla no puede ser absoluta; en efecto, la idea de que el derecho civil ha de renunciar siempre a la preservación ex ante de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, está en franca retirada"*<sup>38</sup>.

Otros se oponen a esta idea; pero la resistencia es de tipo técnica, en tanto sostienen que esta prevención desnaturaliza la responsabilidad civil. Entienden que la prevención debe desarrollarse por otras vías; así, en el terreno judicial, a través de cautelares; *"se trata aquí de un rol profiláctico, que emerge tanto del derecho interno cuanto del derecho comunitario"*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> La *Revista de Daños* publicada por la editorial Rubinzal Culzoni dedicó todo un volumen a la prevención del daño (2008-2); en ese número se ubica el valioso trabajo de Sebastián Picasso y Luis R. Sández, *La prevención del daño en los proyectos de reforma del código civil argentino*, en el que se analizan los textos incorporados en las tentativas anteriores de reforma.

<sup>38</sup> Salvador Coderch y Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 10; conf. Llamas Pombo, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños*, en Moreno Martínez, Juan A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 447.

<sup>39</sup> Le Tourneau, Philippe, *Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en Droit français, en Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, T. II, pág. 212.

No faltan quienes niegan la función preventiva. Así, en España, Fernando Pantaleón dice: *“Niego que precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas sea una función normativa de la responsabilidad extracontractual en el derecho español. No puede partirse de la esquizofrenia del legislador; ninguna nota de la responsabilidad extracontractual se compadece con la pretendida función preventiva. No se autoriza al juez a graduar la cuantía indemnizatoria conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa: ni la mayor o menor peligrosidad, ni la situación económica de su autor, ni la mayor o menor probabilidad de que evite la sanción indemnizatoria se han contado nunca entre los criterios de imputación objetiva de daño. No se autoriza al juez a imponer una indemnización sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido enorme suerte de no causarlo, por cifra negra que ese tipo de conducta tenga, no por potentado que sea su autor. No hay tal desincentivación; nadie se desincentiva”*<sup>40</sup>.

En este panorama dispar, el proyecto inclinó la balanza por la posición más solidarista y decidió regular la prevención<sup>41</sup>; en su apoyo se ha destacado el altísimo impacto positivo que esta norma tiene, específicamente, en el derecho de los consumidores<sup>42</sup>.

No obstante, algunas voces se han levantado contra la normativa, señalando que, más allá de que la prevención ha estado siempre en el ámbito jurídico, no debe regularse como una función de la responsabilidad civil<sup>43</sup>. Otros, sin miramientos, sostienen que los artículos referidos a la prevención están *“desubicados metodológicamente, son imprecisos conceptualmente, e intrascendentes, porque nada agregan”*<sup>44</sup>. También se ha sostenido que la norma es reiterativa y bastaba con el inc. a)<sup>45</sup>.

El primer artículo referido al tema dispone:

---

<sup>40</sup> Pantaleón, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*. También la de las administraciones públicas, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el Derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 172 y en Moreno Martínez, J.A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 439.

<sup>41</sup> Aprueba la regulación, Seguí, Adela, *La prevención de los daños en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, en JA, 2012-IV fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 9.

<sup>42</sup> Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra, *Aspectos relevantes de la relación de consumo en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, en JA 2012-IV fascículo n° 5 del 31/10/2012, pág. 26.

<sup>43</sup> Bueres, Alberto, *La responsabilidad por daños en el proyecto del Código Civil*, Rev. La Ley, Boletín del 18/2/2013.

<sup>44</sup> Prevot, Juan M., *La prevención del daño y la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación*, en Rev. Derecho de Daños 2012-3, pág. 97.

<sup>45</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto, *Los daños al consumidor en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación*, en JA 2012-IV, fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 65.

**“Artículo 1.710. 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 derecho a que este 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”.

Las normas proyectadas tienen fuente en importantes antecedentes del derecho comparado, circunstancia que acredita que no solo el proyecto argentino ha considerado conveniente la inclusión.

Así, por ej., el art 4.103 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil<sup>46</sup>, dice:

“Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si:

a) así se establece legalmente,

b) quien actúa crea y controla una situación de peligro,

c) existe una especial relación entre las partes,

d) la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber”.

Otra concordancia muy significativa es el art. 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías que dice:

“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.

---

<sup>46</sup> Martín-Casals, Miquel (Coord.), *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Madrid, Thomson, 2008, pág. 25.

Finalmente, entre otras disposiciones, cabe recordar el art. 7.4.8 (Atenuación del daño) de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010:

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

## **10. Función sancionatoria. Sanción pecuniaria disuasiva**

La doctrina argentina nunca ha tenido inconvenientes en reconocer la existencia, validez y eficacia de diversas sanciones civiles *expresamente* reguladas por la ley (por ej., astreintes, cláusulas penales, etc.). En cambio, no presenta igual unanimidad cuando la ley no menciona ni regula tal penalidad.

La incorporación de los llamados daños punitivos en un sistema jurídico de base continental no siempre tiene buena acogida desde que hay coincidencia en que se trata de una *“figura perteneciente al Common Law, ajena a la tradición del sistema de derecho civil escrito”*<sup>47</sup>. Aún con ley, muchos se muestran opositores netos a los daños punitivos<sup>48</sup>; otros los aceptan con prevenciones<sup>49</sup> y algunos los admiten con entusiasmo<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Salvador Coderch, Pablo, Punitive damages, en Pantaleón Fernando (a cargo de), *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y BOE, 2001, pág. 139; López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, A. Perrot, 2008, pág. 5.

<sup>48</sup> Bustamante Alsina, Jorge H., Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil, *LL 1994-B-860*; Pantaleón Prieto, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas*, en Moreno Martínez, Juan A. (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 442.

<sup>49</sup> Trigo Represas-López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, pág. 557 y ss.; Pizarro, Daniel, *Daños punitivos*, en Kemelmajer de Carlucci, A.R. y Parellada, C. (Dir.), *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, págs. 287; Díaz, Juan, Elías, J., y Guevara, A., ¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio, en *JA 2003-II-961*; Frúgoli, Martín, *Daños punitivos en la amplitud del derecho de daños*, en *Rev. Resp. Civil y seguros*, año XIV, n° 8, agosto de 2012, pág. 69; Martínez Alles, María Guadalupe, ¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima, en *Rev. Resp. Civil y Seguros*, año XIV, n° 5, mayo 2012, pág. 55. Por mi parte, en un artículo que escribí hace una década entendí que no correspondía incorporar los daños punitivos sino otras figuras, como por ej. liquidar los daños por las ganancias obtenidas por el dañador, cuando son superiores a las pérdidas de la víctima (ver, de mi autoría, ¿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*, año XXXVIII, segunda época, n° 31, 1993).

<sup>50</sup> Castrillo, Carlos V., Los daños punitivos en la propiedad intelectual, en *Doc. Jud.*, Año XXIX, n° 3, enero de 2013, pág. 1; Chamatropulos, Demetrio A., *Los daños punitivos en la Argentina*, ///



La reforma a la ley de protección de los consumidores operada por Ley 26.361, vigente desde abril de 2008, incorporó el art. 52 bis que dice:

*“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.*

Esta regulación, que implica un verdadero cambio de paradigma en el sistema de la responsabilidad civil argentino<sup>51</sup>, mereció la crítica de importantes autores por la extensión dada a la figura<sup>52</sup>. Doctrina y jurisprudencia señalan, entre otros, los siguientes errores:

a) incurrir en la generalidad de permitir su imposición por el mero incumplimiento de las obligaciones; de este modo, ignora el carácter excepcional que tienen todas las penas civiles;

b) hacer solidariamente responsables a todos los de la cadena productiva y de comercialización, siendo que se trata de una sanción, por lo que solo debería ser penado quien cometió la conducta desaprensiva de los derechos del consumidor. Así lo señaló el despacho unánime emanado de las XXII Jornadas Nacional de Derecho Civil: *“Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”.*

En general, la jurisprudencia existente hasta la fecha, considera insuficiente el mero incumplimiento, destaca que no se trata de un rubro que procede

---

///Buenos Aires, Errepar, 2009; Álvarez Larrondo, Federico, Un nuevo avance en materia de daños punitivos, en *Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año II, n° 3, junio de 2011, pág. 115; Diez, Bernardo, Apostillas para la recepción del daño punitivo en nuestra jurisprudencia, en *JA 2010-III-363*.

<sup>51</sup> Ferrer, Germán, La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos, en *LL 2011-F-736*.

<sup>52</sup> Bru, J. y Stiglitz, G., Régimen de la responsabilidad civil por daños al consumidor, en Rusconi, Dante (Coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, A. Perrot, 2009, pág. 434 y ss; López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, A. Perrot, 2008, pág. 362; Picasso, Sebastián, Sobre los denominados daños punitivos, *LL 2007-F-1154*; Mayo, Jorge, La inconsistencia de los daños punitivos, *LL 2009-B-1269*; Rúa, María Isabel, El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales, *JA 2011-IV-1510*; Prevot, Juan M., Daños punitivos, *La Ley Litoral 2011-1279*.

automáticamente, y analiza, en cada caso concreto, si efectivamente existe una conducta especialmente desaprensiva de la demandada.

En este sentido, se han impuesto daños punitivos:

- A la empresa que no tomó las previsiones para que un consumidor con discapacidad, que está en silla de ruedas, pueda acceder a la oficina, que se encuentra en un piso superior, y lo atendió en la calle, por lo que incumplió con la obligación de dispensar trato digno (condena, \$30.000)<sup>53</sup>.
- A un laboratorio y su director técnico, verificados los daños que sufrió una persona que ingirió un medicamento (Megalex) que le causó efectos adversos (problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración de la visión, mareos), por haber comercializado el producto sin alertar sobre las contraindicaciones y haber hecho caso omiso al intercambio epistolar, actitud que pudo causar, incluso, un daño grave a la salud pública (condena, \$100.000)<sup>54</sup>.
- A la empresa de medicina prepaga que aumentó la cuota correspondiente a un afiliado en un 47%, en razón de haber alcanzado los 65 años de edad, en forma automática y sin previo aviso<sup>55</sup> (condena, \$15.000).
- A la empresa de medicina prepaga que denegó prestaciones médicas a las cuales estaba obligada según el contrato respectivo, pues si bien la rescisión unilateral procedió ante la falta de pago de las cuotas acordadas, incurrió en una conducta peligrosa para la salud de sus clientes y la apelante no expresó agravios concretos contra este argumento (condena, \$2.580)<sup>56</sup>.
- A una concesionaria y a la agencia de automóviles que tardaron más de 60 días en solucionar los problemas que un auto 0 Km presentó inmediatamente

---

<sup>53</sup> Cám. 1º CC Mar del Plata, 27/05/2009, *La Ley Buenos Aires 2009-557*; las reseñas se publican en LL 2009-D-97 y LL 2009-C-647; la decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Buenos Aires, 6/11/2012 Ver *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, nº 6, diciembre de 2012, pág. 89, con nota de Stiglitz, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*.

<sup>54</sup> Cám. Nac. Civ., Sala G, 25/9/2012, en *Rev. Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, nº 6, diciembre de 2012, pág. 95, con notas de Quaglia, Marcelo C., *Daño punitivo: un novedoso fallo que aborda la temática*, y de Cantafio, Fabio F., *La responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos*.

<sup>55</sup> Cám. Nac. Civ. y Com. de San Isidro, Sala 1º, 1/11/2010, *Responsabilidad civil y seguros 2011-III-203* y en *La Ley Buenos Aires 2011-387*, con nota de Ritto, Graciela, *Finalidad del daño punitivo en la defensa del consumidor*.

<sup>56</sup> Cám. Nac. Civ., Sala E, 30/3/2012, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XIV, nº 7, julio de 2012, pág. 149.

después de su entrega, omitieron responder a los requerimientos del consumidor, y no comparecieron a la audiencia de mediación (condena, \$ 40.000)<sup>57</sup>.

- Al banco que emitió una certificación a nombre de otra persona y otro CBU, impidiéndole al cliente percibir las asignaciones familiares correspondientes a su sueldo<sup>58</sup> (no se indica el monto al que condenó el juez de primera instancia, que la alzada confirmó).
- A la entidad financiera que se negó injustificadamente a abonar el seguro de desempleo, contratado por un cliente conjuntamente con una tarjeta de crédito, y lo incluyó en la central de deudores del sistema financiero del BCRA, por la notoria desatención en las numerosas gestiones realizadas por aquél con el objeto de cancelar su saldo deudor y su manifiesta negligencia e inoperatividad (condena, \$15.000)<sup>59</sup>.
- Al banco que calificó erróneamente como deudor irrecuperable a un particular, en tanto persistió en esa conducta aunque se le había ordenado la rectificación de la información (\$ 3000)<sup>60</sup>.
- A la empresa de telefonía que no dio respuesta a sucesivos pedidos del cliente para que se le diera de baja de determinadas líneas, silenciando toda respuesta invocando que existía una deuda pendiente de determinación, en actitud groseramente negligente e indiferente (\$20.000)<sup>61</sup>.
- A la compañía de telefonía celular, frente a conductas negligentes que afectaron la prestación del servicio, en tanto no contestó la demanda, cambió unilateralmente la titularidad de la línea telefónica, incomunicó

<sup>57</sup> Cám. Civ. y Com. de Córdoba 13/09/2012, Abeledo Perrot Córdoba, noviembre de 2012, pág.1262.

<sup>58</sup> Cám. 1º CC San Nicolás, 24/05/2012, *Resp. Civil y Seguros*, Año XIV, nº 9, septiembre de 2012 pág. 75.

<sup>59</sup> Cám. Nac. Com., Sala F, 10/05/2012, *Doc. Jud.*, Año XXIX, nº 8, 21/02/2013, pág. 13, con nota de Chamatropulos, Demetrio A., La Cámara Nacional Comercial aplica por primera vez los daños punitivos, en *LL 2012-D-613*, con nota de Álvarez Larrondo, Federico, Daños punitivos por trato inequitativo y en *Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, nº 3, junio de 2012, pág. 135, con nota aprobatoria de González Zavala, Rodolfo, *Daño punitivo por hostigar al consumidor*.

<sup>60</sup> Cám. CC Tucumán, Sala II, 28/02/2012, *La Ley Noroeste 2012-433*.

<sup>61</sup> Cám. Civ. y Com. de Salta, Sala I, 13/04/2011, *La Ley Noroeste 2011-555; LL 2011-C-123*, con nota de Ondarcuhu, José I., Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional y en *Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año II, nº 3, junio de 2011, pág. 11, con nota de Álvarez Larrondo, Federico, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*.

al cliente y además, realizó intimaciones y reclamos de deuda bajo amenaza de ingresarlo en el registro de morosos (condena, \$5.000, monto peticionado)<sup>62</sup>.

- A la empresa de telefonía celular, que no entregó al cliente el equipo telefónico cuyo precio abonó, y fue contumaz y reticente en cumplir con las obligaciones contraídas (\$1.500)<sup>63</sup>.
- A la compañía de telefonía celular, que obligó al cliente a un largo peregrinar de reclamos, primero ante la empresa y luego ante la dirección de comercio (\$1.000)<sup>64</sup>.
- A la empresa telefónica que obligó al consumidor a realizar una serie de presentaciones y reclamos (a través de cartas documentos) y puso trabas para la rescisión del contrato (\$4.000)<sup>65</sup>.
- A la vendedora de un mueble para cocina que tuvo un trato desconsiderado para su cliente, revelado por los reclamos infructuosos que este debió realizar y los meses transcurridos, sin que le brindara respuesta alguna (\$3.000)<sup>66</sup>.

En cambio, se rechazó la petición de daños punitivos porque:

- La empresa brindó en todo momento asistencia técnica y buscó solucionar el problema (concretamente, cambió la caja de dirección del automóvil) por lo que no existe conducta reprochable<sup>67</sup>.
- No basta el mero incumplimiento, siendo insuficiente haber sido declarado responsable por factores objetivos de atribución. En consecuencia, se revoca

---

<sup>62</sup> Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 29/07/2010, LL 2010-F-397, con nota de Álvarez Larrondo, Federico, *Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*.

<sup>63</sup> Juzgado Civ. y Com. 11 Nom. de Salta, 6/04/2010, LL 2010-D-222, *La Ley Noroeste 2010-717*, con nota de Aguirre Astiguetta, Sebastián, *Mora y daño punitivo y LL Noroeste 2011-252*, con nota de Nallar, Florencia, *La prueba de los daños punitivos*.

<sup>64</sup> Cám. Civ. y Com. de Tucumán, Sala III, 14/11/2011, *La Ley Noroeste 2012-222 y Doc. Jud. Año XXVIII*, n° 23, junio de 2012, pág. 83.

<sup>65</sup> Cám. Apel. CC Zárate-Campana, 29/05/2012, ED 248-363.

<sup>66</sup> Cám. 1° CC Córdoba, 27/10/2011, en *Foro de Córdoba n° 151*, pág. 262 y en *Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, n° 2, abril de 2012, pág. 131, con nota de Colombres, Fernando Matías, *Algunas cuestiones acerca de los daños punitivos*.

<sup>67</sup> Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 4/06/2010, *La Ley Litoral 2010-1265* (resumen).

la sentencia que había impuesto una multa de 2.000.000 a una embotelladora por haberse encontrado un preservativo en un envase<sup>68</sup>.

- No se vislumbra en la empresa de telefonía un obrar grave y malicioso, ya que los elementos probatorios no develan que efectuara algún tipo de examen económico, cálculo o especulación de que le conviniera económicamente actual como lo hizo y abonar una indemnización por incumplimiento contractual<sup>69</sup>.
- No existe intención ni culpa grave en el banco que trabó un embargo a una persona que no era quien había firmado el documento ejecutado<sup>70</sup>.
- Por otra parte, doctrina y jurisprudencia mayoritaria, entienden que esta norma no es aplicable a los hechos acaecidos con anterioridad al momento de su incorporación legal al derecho del consumo<sup>71</sup>. En algunos casos, se condenó a pagar daños punitivos por conductas anteriores a la entrada en vigencia de la ley en 2008, pero el problema de la

<sup>68</sup> Cám. Civ. y Com. 3ª nominación de Córdoba, 17/04/2012, LL 2012-D-207, con nota de Perriau, Enrique, El daño punitivo puesto a prueba, en *Rev. Resp. Civil y Seguros*, Año XIV, n° 8, agosto de 2012, pág. 77, con nota de Irigoyen Testa, Matías, Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora, en *La Ley Córdoba 2012-433* y también en pág. 703, con notas de Irigoyen Testa, Matías, *Necesidad de daños punitivos ante la culpa grave (o dolo) de una embotelladora* y de Perriau, Enrique, El daño punitivo puesto a prueba; en *Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, n° 4, agosto de 2012, pág. 147, con nota de Colombres, Fernando M., *Daño punitivo. Criterios para encuadrar la conducta del proveedor en los presupuestos de procedencia*. La sentencia de 1ª instancia del 23/03/2011, del llamado "caso Tejeiro" se publica en JS, n° 98, pág. 130 y ss. y en elDial.com – AA6DDE.

<sup>69</sup> Cámara CC Rosario, Sala IV, 7/08/2012, *La Ley Litoral 2012*, pág. 949, con nota desaprobatoria de Gelcich, Marcelo, *La intencionalidad del proveedor condenado con daños punitivos*.

<sup>70</sup> Cám. Nac. Civ., Sala D, el 22/09/2010 revocó la multa impuesta en primera instancia, en *Rev. Resp. Civil y Seguros*, Año XIII, n° 7, julio de 2012, pág. 140.

<sup>71</sup> Cám. Nac. Civ., Sala D., 22/9/2010, *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XIII, n° 7, julio de 2011, pág. 140, con nota aprobatoria de Schwarzberg, Carlos, *Los llamados daños punitivos y la regulación de honorarios en porcentajes*; ídem Sala F, 18/11/2009, *Rev. Responsabilidad civil y Seguros*, Año XII, n° 1, enero de 2010, pág. 112, LL 2010-A-203, LL 2010-C-692 y LL 2010-C-602, con nota aprobatoria de Nallar, Florencia, *Los aciertos y errores del art. 52 bis de la Ley 24.240: irretroactividad de los daños punitivos. Supuestos de procedencia y aplicación*; Cám. Apel. CC de Mercedes, Sala II, 15/06/2010, ED 239-541; Cám. Civ. y Com. de Posadas, 25/8/2011, *La Ley Litoral 2012-94*; también en página 154, con nota de Prevot, Juan Manuel, *A propósito del art. 52 bis de la Ley 24.240. Vestigios de oquedad legislativa*; CS Tucumán, 6/7/2012, *La Ley Noroeste 2012-873* [el tribunal afirma que, en este caso corresponde la imposición pues la conducta del empresario persistió después de la entrada en vigencia]; Cám. Civ. y Com. de Tucumán, Sala II, 28/02/2012, *La Ley Noroeste 2012-433*; ídem, 29/02/2012, *La Ley Noroeste 2012-552*; ídem Sala III, 29/02/2012, *La Ley Noroeste 2012-556*; en contra, López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, A. Perrot, 2008, pág. 376.

irretroactividad no había sido planteado<sup>72</sup>; o había sido incorporado extemporáneamente<sup>73</sup>.

Probablemente, estos antecedentes jurisprudenciales justifican por qué las sanciones pecuniarias disuasivas se incorporan al proyecto, pero con restricciones, y se modifica la redacción de la ley de protección de consumidores.

En los fundamentos se explica: “La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva; por lo tanto, la situación es la siguiente:

(a) Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.

(b) Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.

(c) Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.

(d) Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.

Las razones por las que se regula de esta manera son:

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.

b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado;

---

<sup>72</sup> Cám. 1° CC Mar del Plata, 27/05/2009, *La Ley Buenos Aires* 2009-557 y LL 2009-D-97. La decisión fue criticada por Nallar, Florencia, *Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes*, LL 2009-D-96; Rúa, María Isabel, *El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales*, JA 2011-IV-1517.

<sup>73</sup> Cám. 1° CC San Nicolás, 24/5/2012, *Rev. Resp. Civil y Seguros*, Año XIV, n° 9, Septiembre de 2012, pág 75.

c) no hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil;

d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela.

En definitiva, los textos proyectados dicen:

**“Artículo 1.714. 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.*

**Artículo 1.715. 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.*

Conforme lo expuesto, fue necesario adecuar el texto del art. 52 bis de la ley de protección de los consumidores que queda redactada en los siguientes términos:

**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 menosprecio 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”.*

Como era esperable, la norma ha sido criticada por algunos autores, sea por no admitir la aplicación de oficio, sea por utilizar la palabra disuasoria, sea por silenciar algunos puntos como la asegurabilidad o no, por no dejar en claro quién es el destinatario, por no prever la solidaridad de

todos los obligados<sup>74</sup>; hasta se ha dicho que la nueva formulación directamente elimina los daños punitivos<sup>75</sup>.

Otros, por el contrario, aplauden la visión prudente de la fórmula incorporada por el proyecto, que recoge el historial de la figura en el derecho comparado<sup>76</sup>.

## 11. Función resarcitoria

Reconocer otras funciones a la responsabilidad civil no implica negar que la principal es la reparatoria o resarcitoria, y a ella el proyecto destina la mayor parte del articulado.

Explico el punto de partida: cuando un daño ocurre, el legislador, conforme los principios superiores de la Constitución, debe decidir si el que lo experimenta: a) no tiene otra posibilidad que la resignación (lo sufre él; por ej., un terremoto le destruyó su casa) o b) puede esperar algo de los demás o, mejor aún, tiene *derecho* a que los demás lo soporten total o parcialmente.

Si la respuesta es esta última, caben dos alternativas: A) se crea un *sistema de ayudas*, que a su vez oscila entre la beneficencia y la seguridad social<sup>77</sup>, o B) se establece un *derecho subjetivo* del perjudicado a reclamar a otros una indemnización que resulta el equivalente del daño sufrido. En este último caso, se entra en el sistema de la responsabilidad civil.

---

<sup>74</sup> Nallar, Florencia, Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación, en *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 pág. 471; Álvarez Larrondo, Federico, Las nuevas regulaciones en materia de sanciones pecuniarias disuasivas (otrora daños punitivos), en *JA 2012-IV*, fascículo n° 5 del 31/10/2012, pág. 32; Lovece, Graciela, De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el proyecto de código, *LL*, 2012-D-1187; Vitolo, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012, pág. 153.

<sup>75</sup> Martínez, Marisol, La derogación de la función disuasiva del daño punitivo, en A.V. *Las reformas al Derecho Comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. 1er Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto*, Buenos Aires, Fidas-Legis, 2012, pág. 83.

<sup>76</sup> Picasso, Sebastián, Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, en *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, año III, n° 5, octubre de 2012, pág. 82; Pizarro, Ramón, El desmantelamiento de los efectos del ilícito lucrativo en el proyecto de Código Civil y Comercial, en *JA 2012-IV*, fascículo n° 13 del 26/12/2013, pág. 17; Stiglitz, Gabriel, Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva, en *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, año III, n° 6, diciembre de 2012, pág. 89; Galdós, Jorge, La sanción pecuniaria disuasiva ambiental, en *Rev. de Derecho Ambiental*, n° 31, julio/septiembre de 2012, pág. 85; López Mesa, Marcelo, El daño directo y los daños punitivos de reformas al Código Civil, en López Mesa (Dir.), *Estudios sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Resistencia, ConTexto, 2012, pág. 9 (aunque critica la denominación y atribuye al proyecto una "manía definitoria y nomencladora").

<sup>77</sup> Ver Díez-Picazo, Luis, La distribución social de los daños y la seguridad social, en *Ensayos jurídicos*, Madrid, Civitas, 2012, T. II, pág. 2921.



La última opción, que parece la más equitativa para los dañados, no siempre encuentra buena acogida. En ocasiones, para negar la reparación se recurre al análisis económico del derecho. Ejemplifico con lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias del 2/10/2001 y del 8/7/2003, recaídas *in re Hatton y otros c/Reino Unido*<sup>78</sup>. En ese proceso debió resolverse si Inglaterra había violado o no la Convención Europea de Derechos Humanos al negar el derecho a la indemnización por los daños causados por la inmisión sonora a los vecinos de la zona cercana al aeropuerto de Heathrow, uno de los tres grandes aeropuertos de Londres (junto a Gatwick y Stansted), el de más tránsito en Europa, y uno de los más activos del mundo (es usado por 90 aerolíneas y ofrece más de 180 destinos alrededor del planeta). La primera instancia internacional dijo que esos vecinos tenían un derecho humano a la reparación. Sin embargo, la Gran Sala revocó la decisión, con base en la regla del "margen de discrecionalidad de los Estados", y con un argumento típico del análisis económico. En este sentido, razonó: a) Se reconoce el derecho al ambiente sano, tal como surge de los precedentes *López Lastra c/España, Guerra c/Italia*, etc.; b) La cuestión a decidir en el caso es si la puesta en marcha de la política inglesa de 1993 en materia de vuelos nocturnos (cumplimiento de la obligación positiva) ha mantenido un justo equilibrio entre los intereses de las personas que padecen los ruidos nocturnos y los de la sociedad en su conjunto. El gobierno inglés no ha incumplido disposiciones reglamentarias, antijuridicidad que sí se verificaba en los precedentes reseñados. Al contrario, permanentemente ha llevado adelante planes de mejoramiento; c) Numerosos aeropuertos de ciudades importantes no tienen restricciones horarias; en consecuencia, una prohibición o una disminución de los vuelos nocturnos causará un daño desproporcionado, resultando perjudicial para la economía británica en general y para los consumidores en particular, que verán aumentado sus costos de transporte.

En otras ocasiones, los costos de las indemnizaciones son tan altos, que las aseguradoras presionan para pasar algunos tipos de daños a la seguridad social, fenómeno que recibe el nombre de "socialización de los riesgos", y que tiene, para la víctima, ventajas y desventajas.

Lo acontecido en Francia, con el dictado de la ley n° 2002-303 (4/3/2002) relativa a los Derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud (llamada ley *Kouchner* (reformada a los pocos meses por ley 2002-1577 del 30/12/2002), antes mencionada, puede explicar las razones de estos "pases". Efectivamente, la ley recoge un sistema combinado, bifrontal, de doble camino, o doble lógica:

<sup>78</sup> Compulsar, de mi autoría, El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en A.V., *Tutela jurídica del medio ambiente*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho, 2008, pág. 217; también Marsal, Marc, La sentencia del TEDH *Hatton and other vs. UK*, en A.V., *La justicia administrativa. Homenaje al Dr. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, Atelier, 2003, pág. 157.

a) Por un lado, la lógica de la responsabilidad civil. Desde esta perspectiva, se instrumenta un sistema de responsabilidad subjetiva, con seguros obligatorios;

b) Por el otro, la lógica de la solidaridad social, que pone ciertos daños a cargo del sistema nacional de seguridad social. Así, por ej., las infecciones intrahospitalarias que producen incapacidades superiores al 25%, las discapacidades graves de niños nacidos con males congénitos, salen del campo de la responsabilidad civil y se cargan al sistema de seguridad social. Con el peligro propio de las generalizaciones, podría decirse que el legislador intentó trasladar a este campo el llamado "*riesgo hospitalario*", o "*accidente médico*", es decir, los daños causados sin culpa médica en el curso del tratamiento, pero que a su vez no están ligados al estado patológico inicial del paciente ni a su evolución previsible<sup>79</sup>.

Normalmente, cuando los daños se ponen a cargo del sistema general de la seguridad social, las víctimas reciben amparo respecto de ciertos efectos perjudiciales que antes debían soportar; de allí que este traspaso se considere un progreso en la protección de las víctimas. Piénsese, por ej., en el sistema neozelandés de reparación de los daños y perjuicios causados en accidentes de tránsito en el cual, prácticamente, todas las víctimas resultan reparadas, haya o no culpa en los protagonistas. En el caso de la ley francesa mencionada, en cambio, respecto de ciertos daños, el traspaso podría implicar un retroceso si el presunto responsable es solvente y la asistencia social pública no se organiza de modo tal de cubrir todas las necesidades, desde que antes de la ley había derecho a la reparación integral, y después de ella solo un derecho a ser asistido.

El proyecto de código civil y comercial no ha seguido el camino de la seguridad social. Todos los daños que actualmente, según la jurisprudencia, están en el ámbito de la responsabilidad civil, siguen allí.

## **12. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.**

El sistema binario de la responsabilidad, propio del código civil francés, ha sido seguido por la mayoría de los códigos decimonónicos determinándose claras distinciones respecto del plazo de prescripción, la extensión de los daños

---

<sup>79</sup> Amodio, Claudia, Il modello francese d'indennizzo dei danni no fault connessi all'attività sanitaria (breve note a proposito della loi n 2002-303), en *Riv. Critica di Diritto Privato*, 2003-751. Para la jurisprudencia vacilante de la casación francesa, ver Viney, G. y Jourdain, P., L'indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?, en *La Semaine Juridique*, n° 17, 1997, pág. Étude-4016.

resarcibles, la noción de dependiente y auxiliar, el régimen de las cláusulas eximentes de responsabilidad, etc.

No obstante, en algunas ocasiones, los límites entre ambos campos son difíciles de marcar<sup>80</sup>; en otras, la solución resulta francamente injusta (no se explica por qué debe ser reparado según diferentes normas el peatón atropellado por el autobús y el pasajero transportado, dañados en el mismo accidente). Por eso, no debe extrañar que en diversas áreas la diferencia haya desaparecido, como por ej., en el ámbito de los daños causados a los consumidores (sea en la leyes nacionales como en las directivas comunitarias) o en el de los accidentes de tránsito, como por ej., en la ley francesa que los rige, llamada ley Badinter<sup>81</sup>.

El proyecto de código civil y comercial se decide por armonizar ambos campos. Los fundamentos que acompañan el proyecto afirman: *“Se adopta la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. La solución unifica claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”*.

### 13. El Estado ¿quedó afuera del sistema reparatorio?

Como es sabido, el anteproyecto contenía tres artículos referidos a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos; los tres fueron sustituidos por el PEN por otros que, machaconamente, remiten a la legislación local todo lo que concierne a esta materia<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Compulsar, de mi autoría, El sistema dualista de responsabilidad contractual y extracontractual en la argentina. Reflexiones sobre la inconveniencia de su supervivencia, publicado en *Rev. Anales de Derecho UC, Temas de Responsabilidad Civil, Legis*, n° 3, marzo de 2008, Santiago de Chile, pág. 29 y ss.

<sup>81</sup> Para un análisis de esta ley, ver Chabas, F., *Les accidents de la circulation*, Paris, Dalloz, 1995.

<sup>82</sup> Los textos remitidos por el PEN al Congreso dicen: Artículo 1764. **Inaplicabilidad de normas.** Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Artículo 1.765. **Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Artículo 1.766. **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.

Los textos del anteproyecto decían: Artículo 1.764. **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. Artículo 1.765. **Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo.///

La posición del Poder Ejecutivo Nacional ha tenido impacto diverso, tanto en administrativistas<sup>83</sup> como en civilistas<sup>84</sup>. Personalmente, confieso “haber acusado el golpe” desde que, hace muchos años, desde la doctrina<sup>85</sup> y la judicatura, he bregado por un régimen que destruya las fronteras, especialmente en aquellos supuestos en que no existe razón alguna para distinguir: al peatón atropellado por una ambulancia, debe resultarle indiferente que esta pertenezca a un hospital público o a una clínica privada; el paciente que sufre daños causados por mala praxis no puede encontrar una respuesta diferente según esté en un hospital público o privado; tampoco debe estar en diferente situación un niño que sufre daños en una escuela por el hecho de que esta sea pública o privada, etc.

Cualquiera sea la solución que finalmente prevalezca en el Congreso de la Nación, siempre será necesario tener en cuenta los aspectos que paso a analizar.

Aunque con el peligro de las simplificaciones, podría afirmarse que las actividades del Estado que pueden causar daño pueden provenir, normalmente, de actos de autoridad o de servicios.

Si se trata de servicios, estos están regidos por la ley de protección de los consumidores que, en este aspecto no está modificada. En efecto, el art. 2° de la ley

---

///Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. Artículo 1.766. **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 solo 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.

<sup>83</sup> Cuadros, Oscar, ¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado, en *Doc. Jud.*, Año XXIX, n° 7, 13/2/2013, pág. 1; Cassagne, Juan C., Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado, *LL Boletín* del 1/10/2012, pág. 1. En el mismo sentido de este último autor, es decir, aprobando la modificación incorporada por el PEN al anteproyecto y la remisión al derecho administrativo local, Ritto, Graciela, La responsabilidad del Estado en la reforma del Código civil con las observaciones del PEN. La remisión a los principios e derecho administrativo nacional o local, en *Doc. Jud.*, año XXVIII, n° 40, 3/10/2012, pág. 99.

<sup>84</sup> Ramos, María F., y Márquez, José F., La supresión por el PEN de la disciplina de la responsabilidad del estado y del funcionario en el marco del derecho privado: ¿constituye una opción ajustada a derecho?, en *Rev. Derecho de Daños 2012-3-473*; Junyent Bas, Francisco y Moretto, Mauricio, *Reformas al Derecho privado patrimonial en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Primeras reflexiones y análisis crítico*, Buenos Aires, Errepar, 2012, pág. 361 y ss. (Capítulo XII. Responsabilidad del Estado. Luces y sombras).

<sup>85</sup> Ver, de mi autoría, Responsabilidad del Estado. Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad, en *A.V., Estudios en Homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Buenos Aires, La Ley, 1984, pág. 211.

26.361 define al proveedor como la *“persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”*.

Por lo tanto, los daños se enmarcan en el art. 40, que establece, también para el Estado, una responsabilidad objetiva, directa y solidaria con todos los de la cadena de producción:

*“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*.

Los daños causados por actos de autoridad (por ej., los desgraciadamente frecuentes ocasionados por policías, o por otros funcionarios de la administración o de cualquiera de los otros poderes del Estado), en la mayoría de los casos implican violación de derechos humanos reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos humanos. Siendo así, cualquier solución debe adecuarse a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este sentido, recuérdese que recientemente, la Corte Federal<sup>86</sup>, al ratificar la facultad de controlar de oficio la constitucionalidad de las leyes, después de historiar la cuestión dijo:

*“11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente Mazzeo (13/7/2007, Fallos:330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20). Se advirtió también en Mazzeo que “la CIDH ha señalado que es consciente de que los jueces y*

<sup>86</sup> CSN 27/11/2012, Rodríguez Pereyra, Jorge L. c/Ejército Argentino s/Daños y perjuicios.

tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Concluyó que "[ e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando. 12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente *Almonacid*. En efecto, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso* precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*", del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos "*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*" (del 1° de septiembre de 2010, parágrafo 202); "*Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaiá') vs. Brasil*" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y "*Cabrera a y Montiel Flores vs. México*" (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225). Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso "*Fontvecchia y D'Amico vs. Argentina*" del 29 de noviembre de 2011). La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango".

Se afirma<sup>87</sup> que, dado que el análisis de cualquier fallo nunca debe quedar despojado del contexto político y social que lo circunscribe, y que el proyecto de código civil y comercial es un elemento que conforma ese contexto, esta sentencia tiene un claro mensaje a las modificaciones introducidas por el PEN, cual es, que las jurisdicciones locales y la nacional no podrán apartarse de ciertos principios de raigambre constitucional que deberán regir en la regulación de la responsabilidad del Estado.

#### **14. Algunas palabras de cierre**

Con su habitual maestría, Galgano dice: *“Cuando se habla de responsabilidad civil se piensa en una especie de comedia; esta comedia no tiene un libreto sino tan solo un boceto. El juez no aplica reglas preestablecidas, preconstituidas, sino una cláusula general, a cuya luz crea, él mismo, la regla de derecho, o sea, la trama de la comedia. El protagonista de la comedia es el juez; el rol que la jurisprudencia tiene en esta materia es dominante. En este rol hay un gran riesgo pues el juez puede dejar de ser el juez de la ley para convertirse en el juez de la sola equidad. El límite a estas facultades está en que en esta comedia también hay un director, y el director somos todos nosotros, que debemos controlar esa función judicial. En el fondo, no hay que lamentarse de la evolución que ha tenido la responsabilidad; ha sido gradual y ha tomado pausas e intervalos; sin embargo, los jueces deben ser conscientes que los damnados hoy más frecuentes (las empresas) necesitan saber a qué atenerse; por eso, el juez debe aplicar las cláusulas indeterminadas con mucha prudencia; de lo contrario, normalmente, frente a una jurisprudencia desquiciante aparece el legislador para reglamentar con límites no siempre razonables”<sup>88</sup>.*

El proyecto de código civil y comercial, reitero, intenta dar normas claras, de modo que el juez tenga un librero más completo, consciente de que nunca podrá prescindirse de un tribunal y de su función creadora. Por eso, una vez más, aun siendo ley este proyecto, la responsabilidad política residirá siempre en seleccionar buenos jueces.

<sup>87</sup> Falcón, Juan Pablo, Mensajes y metamensajes. A propósito del fallo “Rodríguez Pereyra”, *Doc. Jud. Suplemento La Ley de Derecho Administrativo*, febrero de 2013, n° 1, pág. 63.

<sup>88</sup> Galgano, Francesco, *La commedia della responsabilità civile*, en *Riv. Critica del Diritto Privato*, Anno V, n° 1, marzo 1987, pág. 192.