



La función punitiva del Derecho de Daños en el Nuevo Código
Civil y Comercial de la Nación.

-Abogacía-

Britos, María Laura

N° de legajo: VABG15272

RESUMEN

Hoy, como desde hace siglos, es impensable vivir en una sociedad civilizada, que no posea como norte el principio de no dañar a otros. Este deber genérico del *alterum non laedere*, fue receptado por el código de Vélez, reafirmado por la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y continúa aún vigente en la redacción del Nuevo Código Civil y Comercial.

Sin embargo con frecuencia, voluntaria e involuntariamente se producen daños injustamente causados contra otros. Es aquí donde surge la idea de responsabilidad civil y las funciones del derecho de daños se coagulan en casos reales.

Con la incorporación de las multas civiles a proveedores incumplidores (Ley 24.240, modificada por la 26.361) en el año 2008, se le asignó esta nueva función al derecho de daños, *la punitiva*, que se sumó a las funciones *resarcitoria*- pilar de la responsabilidad civil- y *preventiva*.

Pero en el año 2012, entre las modificaciones que realiza La Comisión Bicameral, al Anteproyecto elevado por los redactores, se encuentra la eliminación del Art. 1714 que normaba sobre la punición de ciertas inconductas.

¿Qué consecuencias traerá esta eliminación y su sustitución por la figura de las *sanciones pecuniarias disuasivas*?

A través de este trabajo analizaremos los fundamentos esbozados por la Comisión para erradicar este instituto, cotejándolas con las voces de los especialistas en Derecho de Consumo, quienes consideran este punto de la reforma como inconstitucional.

ABSTRACT

Today, as centuries ago, it's unthinkable living in a civilized society which hasn't as a principal goal not hurting others. This generic duty from *alterum non laedere* was

received by Velez code, reaffirmed by the labor from the Corte Suprema de Justicia de la Nación (National Supreme Justice Court) and still continues in the redaction of the new civil and commercial code.

So there 's no doubt that each Argentinean citizen burden this must. However frequently, voluntary and unwittingly damages are unfairly caused against others. Here's where the idea of civil responsibility arises, and the functions of damages rights set in real cases. From the impairment of a legally is able to ask: Is in every case only enough with the repair of the damage made? Is willing that civil repair has a mix compensatory and primitive nature? Over which assumptions?

With the incorporation of civil penalty fines to deadbeat providers (Law 24.240, modified by law 26.361) IN 2008, it was assigned this new function to damages right, the punitive which was added to the functions, compensatory support of civil responsibility and preventive.

But in 2012, between the modifications made by ejecutivo nacional, to the preceding draft send by writer commissions in founded eliminated the 1714 article, the one that regulated about the punity of some punctual misconducts. What consequences would bring this elimination and its substitution by the figure of pecuniary dissuasive sanctions?

Along this project we will be analyzing the foundations outlined by the Commission to eradicate this institute, checking then against the voices from Derecho de Consumo specialist, those who consider this point reform as unconstitutional

Palabras clave

Daños punitivos, orígenes, Derecho consuetudinario anglosajón, Derecho privado argentino, normativa, jurisprudencia, Derecho del consumidor.

Key words

Punitive damages, origins, Common law, normative, Argentine private law, normative, jurisprudence, Consumer law.

ÍNDICE

Introducción.....	7
Marco metodológico.....	8
1. Capítulo I: Aspectos generales de la responsabilidad civil	
1.1. Introducción.....	9
1.2. Etimología y concepto de la responsabilidad civil.....	10
1.3. Fundamentos de la obligación de responder.....	11
1.3.1. Fundamentos filosóficos.....	12
1.3.2. Fundamentos económicos.....	16
1.4. Origen y evolución de la responsabilidad civil.....	18
1.4.1. Ley del Tali3n.....	19
1.4.2. La composici3n.....	19
1.4.3. La responsabilidad civil en el derecho romano.....	20
1.4.4. La Edad Media, evoluci3n de la noci3n de culpa.....	21
1.4.5. El C3digo de Napole3n.....	23
1.4.6. El surgimiento de la responsabilidad objetiva.....	24
1.4.7. Los desaf3os de la responsabilidad civil hasta la sanci3n del CC y C... 26	
1.5. Conclusi3n.....	27
2. Capítulo II: La responsabilidad civil en el CC y en el CC y C	
2.1. Introducci3n.....	28
2.2. Aspecto generales de la responsabilidad civil en el CC y C.....	28
2.3. Las funciones de la responsabilidad civil	29
2.3.1. Su rol como eje vertebrador de los sistemas.....	29
2.3.2. Las funciones de la responsabilidad civil en el CC y en el CC y C.....	33

2.4.	Los presupuestos de la responsabilidad civil en el CC y en el CC y C.....	37
2.4.1.	La antijuridicidad.....	39
2.4.2.	El daño.....	42
2.4.3.	Relación de causalidad.....	44
2.4.4.	Factor de atribución.....	45
2.5.	Conclusión.....	46

3. Capítulo III: Los daños punitivos.

3.1.	Introducción.....	46
3.2.	Los daños punitivos en el derecho escrito y en el common law.....	47
3.3.	Casos paradigmáticos del common law. Concepto.....	48
3.4.	Naturaleza jurídica.....	51
3.5.	Clasificación de los daños punitivos.....	52
3.6.	Recepción doctrinaria de los daños punitivos en la Argentina.....	53
3.6.1.	Principales objeciones a su incorporación.....	55
3.6.1.1.	Constitucionalidad.....	55
3.6.1.2.	El enriquecimiento sin causa.....	56
3.6.2.	Argumentos doctrinarios a favor de la figura de los daños punitivos.	56
3.7.	Antecedentes legislativos.....	57
3.8.	Incorporación de los daños punitivos a la Ley de Defensa del Consumidor... 59	
3.8.1.	Objeciones a la redacción del art. 52 bis de la LDC.....	60
3.9.	Desarrollo jurisprudencial de los daños punitivos en Argentina.....	63
3.10.	Conclusión.....	67

INTRODUCCIÓN

El derecho ante el acaecer de un daño injustamente causado, hace nacer en el victimario la obligación de reparar, de reestablecer el orden destruido, poniendo a la víctima en una situación lo más similar posible a la que se encontraba antes de sufrir el menoscabo a su persona o bienes.

Esta función del derecho de daños, llamada resarcitoria, es incluida por la doctrina pacíficamente en la noción de responsabilidad civil. No ocurre así, con las funciones preventivas y punitivas sobre las cuales existen discusiones sobre la pertinencia de su incorporación a la esfera civil, no solo entre los doctrinarios nacionales, sino también en el derecho comparado.

El sistema de responsabilidad civil de un ordenamiento jurídico debe ser coherente con los bienes que decide tutelar. La función resarcitoria puede prevalecer si el bien protegido es primordialmente 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” (Fundamentos del CC y C de la Nación, p. 649). Pero cuando el derecho positivo tutela además del patrimonio a la persona y a los derechos de incidencia colectiva y los de consumo, surge la necesidad de incorporar las funciones preventiva y punitiva.

Éstas dos se retroalimentan, ya que una manera de prevenir posibles daños es previendo una sanción punitiva, que actúa disuadiendo al posible infractor de no cometer la conducta que se procura evitar. Es decir, el temor a ser sancionado con una pena civil (función punitiva) opera como una manera de prevenir hechos dañosos advirtiéndolo sobre sus consecuencias legales.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recepta las tres funciones del derecho de daños ya expuestas, aplicando la función punitiva exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva y a las relaciones de consumo. En la novel redacción del Art. 52 bis los antes llamados “daños punitivos” pasan a ser nombrados como “sanciones pecuniarias disuasivas”. Pero no se trata de un cambio meramente

terminológico, sino que se promueve un cambio en la naturaleza de este instituto jurídico.

Para los expertos en el derecho de consumo tales como Fernando Shina, esta reforma perjudicará gravemente a los usuarios de bienes y servicios.

Los objetivos de este trabajo serán cotejar los sistemas de responsabilidad civil de ambos ordenamientos, analizando en particular el lugar que ocupó y ocupará la función punitiva. De esta forma se intentará determinar el alcance y sentido de las “sanciones pecuniarias disuasivas” desglosando los fundamentos de los redactores del Anteproyecto, para luego contraponerlos con las posturas doctrinarias que sostienen la inconstitucionalidad de la eliminación de los *punitive damages* en las relaciones de consumo.

Para esto se desarrollarán cuatro capítulos: en el primero se reseñaran aspectos generales de la noción de responsabilidad civil, incluyendo un recorrido histórico de la misma. En el segundo capítulo se compararan los sistemas de responsabilidad civil previstos en el Código de Vélez y en el novel Código Civil y Comercial de la Nación siguiendo como guía los presupuestos de la responsabilidad civil.

El tercer capítulo abordará el origen de los daños punitivos en el common law, las reacciones doctrinarias ante su incorporación a nuestro derecho, la inclusión finalmente en el año 2008 de las multas civiles a la LDC a través del Art. 52 bis , así como su desarrollo jurisprudencial en este nuestro país.

MARCO METODOLÓGICO

Por el grado de conocimiento sobre el problema planteado y de acuerdo al alcance que pretendemos darle a la indagación (Sampieri, 2006) realizaremos una investigación del tipo descriptiva. La misma apuntará a realizar una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos centrales.

El objetivo de este trabajo será entonces: analizar el instituto de la función punitiva del derecho de daños, reseñar sus orígenes en el ordenamiento anglosajón, así como su incorporación a nuestra legislación y su desarrollo jurisprudencial hasta llegar a nuestros días en que por ley 26994, pasará a llamarse sanciones pecuniarias disuasivas en el marco de la entrada en vigencia en nuestro país del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Sabiendo que las descripciones pueden ser cuantitativas o cualitativas (Sampieri) escogemos esta última para llevar a cabo esta investigación teórica jurídica. Por lo tanto, se abordarán los hechos en su contexto natural, describiendo el fenómeno tal como se presenta en la realidad.

Para esto consultaremos fuentes primarias, secundarias y terciarias, tales como fallos y sentencias de juzgados provinciales y cámaras nacionales que hayan incorporado la figura en estudio, legislación referida a la incorporación del daño punitivo en nuestro país, tales como la LDC, Art 52 bis, Código civil y Comercial de la Nación y sus fundamentos y producciones doctrinarias que analicen el instituto de la multa civil aceptando o rechazando su incorporación a nuestro derecho positivo, también notas a fallos o artículos sobre el tema publicados en revistas como La Ley o El Dial.

Se recolectará la información disponible en las fuentes primarias y secundarias ya mencionadas, utilizando las técnicas de análisis documental y de contenido.

Respecto de la delimitación temporal del estudio, se toma como inicio el origen del instituto en las Cortes Inglesas (año 1763), para continuar con las discusiones previas a la incorporación final de la figura datada en el 2008 en nuestro país, hasta llegar a la última reforma de la LDC realizada por la ley 26994 en octubre de 2014 y su entrada en vigencia en el año 2015.

En cuanto a los niveles de análisis la indagación abarcará las esferas legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales a nivel nacional, realizando a su vez referencias al derecho anglosajón por ser el daño punitivo un instituto surgido en este sistema jurídico.

1. CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1. Introducción

En este primer capítulo realizaremos un análisis etimológico de la responsabilidad civil, analizando las connotaciones asociadas a este vocablo. Entre ellas se destaca la acepción de “*responder*”, por esto veremos los fundamentos filosóficos y económicos de esta obligación.

A través del recorrido histórico conoceremos cómo los distintos sistemas jurídicos de occidente legislaron este instituto; para finalmente reseñar las funciones que se le asignan a esta rama del Derecho en los modernos ordenamientos.

Analizar la evolución de la responsabilidad civil, nos permitirá apreciar la correspondencia o coherencia que existió en la normativa de cada época entre los bienes que se buscaba tutelar, el factor de atribución en que se basaba el sistema

(culpa o responsabilidad objetiva), el eje en la figura del dañador o en la víctima con las ideas de Estado, las doctrinas económicas y el pensamiento filosófico imperante en la sociedad.

Ubicaremos así al Código de Vélez (en adelante CC) como un producto de su época, lo que nos ayudará a compararlo más adelante con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CC y C) situados en una perspectiva contextualizada en los histórico y social.

1.2. Etimología y concepto de responsabilidad civil

La palabra **responsabilidad** viene del latín *responsum* (ser capaz de responder, corresponder con otro) y se forma con el prefijo *re* sobre el verbo *spondere* que significa prometer, obligarse y comprometerse a algo.

Estos vocablos presentan diversas interpretaciones tales como:

- calidad de responsable,
- deuda, obligación de responder,
- cargo u obligación moral que resulta del posible yerro en cosa o asunto determinado,
- capacidad existente de todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo inteligente y libre.¹

Este concepto del concepto *respondere* pasó al lenguaje corriente y al jurídico con el sentido genérico de “responder, contestar”. Ya en el SVIII, aparece en los tratados de los juristas cuando éstos buscaban calibrar la reparación por daños ocasionados y la indemnización por daños y perjuicios.

En resumen podemos entender a la responsabilidad como la relación de causalidad que vincula al agente con los actos que realiza y además, como la obligación que tiene un sujeto de subsanar u perjuicio producido, o el daño causado a un tercero.

¹ Vid Real Academia Española, Diccionario de la lengua española (1999), 21ª ed., Madrid, España Calpe, Tomo II, p. 1784.

Atribuyéndole un sentido jurídico Bustamante Alsina dice que “responder es dar una cuenta de sus actos” (Bustamante Alsina, 1990, p.67).

Esta obligación de reparar de carácter civil, es considerada por los doctrinarios como una sanción de corte resarcitorio, diferente por cierto de la prevista en la faz penal del derecho, como sanción represiva.

El Dr. Alterini lo expresa en estos términos: “La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción. Como orden coactivo, el derecho organiza un sistema de sanciones, esto es la atribución de una consecuencia a la infracción de los deberes jurídicos; tal consecuencia significa un disvalor para quien es pasible de ella. En el plano de la responsabilidad por reparación de daños la sanción estriba en una mengua patrimonial que –a favor del damnificado– se impone al responsable, y tiene causa en el daño inferido al derecho subjetivo ajeno” (Alterini, 1974, pp. 15-16).

Resumiendo diremos que cada vez que se viola el principio *alterum non laedere*, esto es no dañar al otro, nace en el agente la responsabilidad civil de resarcir el daño injustamente causado a la víctima, reestableciendo a través de una indemnización el orden quebrado.

Es claro que la aplicación de este principio de reparación plena e integral, supone un corrimiento, una transferencia de las consecuencias del hecho dañoso, como explicita ésta definición de responsabilidad civil diciendo que es “ 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” (Husson, citado por Kemelmajer de Carlucci, 2002, p. 4).

A continuación analizaremos los fundamentos de esta transferencia de la carga del daño.

1.3. Fundamentos de la obligación de responder

Una primera respuesta a la pregunta sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad civil sería el valor justicia, como una relación de igualdad, que al ser quebrada exige la correspondiente reparación o compensación, ya sea que hablemos de justicia distributiva o conmutativa.

Otros autores basan este deber en una elemental exigencia ética (De Ángel Yáguez, 1989). Según López Herrera (2008) estos argumentos son acertados pero insuficientes, por esto expone argumentos filosóficos y económicos de la obligación de responder cuando se causa un daño.

1.3.1. Fundamentos filosóficos

Retomando los clásicos concepto de *justicia distributiva* y *justicia conmutativa o correctiva*, antes mencionados, podemos esbozar una teoría llamada por Wrigth (citado por López Herrera) aristotélica kantiana del derecho basada en la igualdad de todos los hombres.

Aristóteles basa su idea de justicia en “dar a cada uno lo suyo” (citado por Córdova, 1978, p.29), configurando una comunidad basada en la reciprocidad del orden de las conductas como en el de distribución de los recursos y ventajas de la vida política en la *polis*. Para esto y en virtud de lo que pretende regularse con el objetivo del bien común, distingue entre justicia conmutativa o correctiva y la justicia distributiva. Éstas serían dos maneras de observar y lograr el bien y la armonía en la vida comunitaria.

La justicia conmutativa es la justa igualdad de trato, “tiene que ver con la interacción entre individuos y sin tener en cuenta su posición relativa en la sociedad, méritos, riqueza o poder. Si una persona afecta o amenaza los recursos de otra a través de una acción que es incompatible con el principio de la absoluta e igual libertad, la segunda tiene derecho a un reclamo contra la otra” (López Herrera, 2008,

p.3). Esta justicia correctiva se asocia a la función compensatoria del derecho de daños, y parte de una concepción de igualdad aritmética entre los hombres, por esto no atiende a las particularidades del individuo.

Contrariamente la justicia distributiva, toma en cuenta las diferencias de mérito de los agentes, “tiene que ver con la interacción de los individuos y el estado, y se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos. Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un aspecto positivo a tener acceso a esos recursos. En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva)” (López Herrera, p. 2).

Para el otro filósofo que aporta a esta teoría, Kant, la noción de derecho está ligada a la “posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme a la libertad de todos según las leyes” (citado por Córdova, p.30) y asociándola lógicamente con la idea de justicia dice “es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad del arbitrio de cada uno según leyes universales” (citado por Höffe, 1985, p. 176).

López Herrera (2008, p.2) explica que la doctrina del derecho de Kant “enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima *“actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal”*. Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente”.

Ambas concepciones, la kantiana y la aristotélica, parten de la absoluta igualdad y libertad de los hombres, como seres racionales y libres.

El filósofo contemporáneo John Rawls, en su obra “Political Liberalism” retomando los conceptos de justicia distributiva de Aristóteles, así como las ideas de igualdad

inmanente y prioritaria de Kant, plantea la idea de justicia como equidad. Estima que ésta es autónoma de otras doctrinas, como las religiosas, filosóficas o morales, de lo contrario perdería su carácter de universalidad.

Critica que el igualitarismo estricto y propone un principio distributivo alternativo, al que llama *principio de diferencia*. A través de su teoría, intenta corregir la concepción literal de igualdad evitando las injusticias del igualitarismo, gracias al concepto de equidad. Señala que “la justicia como equidad está pensada para una sociedad democrática” (Rawls, 2002, p.69); concebida como un sistema de cooperación social formado por ciudadanos libres e iguales.

El reproche esencial que le formula al liberalismo clásico es que éste toma en cuenta sólo las desigualdades sociales y no las que vienen del medio social (citado por Abbagnano, 2004).

Esta doctrina formulada por Rawls, puede servir de fundamento a la equidad como factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo, en los casos en que el daño fue provocado por quien actuó sin discernimiento. En principio estos daños, llamados involuntarios en CC no generaban responsabilidad, excepto en dos casos:

- El que se normaba en el texto original del Art. 907 fundado en el principio de enriquecimiento sin causa,
- Y el caso de la indemnización por equidad, agregado por la ley 17.711 al Art. 907: “*Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima*”.

Son requisitos entonces, para que se configure este caso, que a través de un acto involuntario se haya causado un daño y que se establezcan adecuadas relaciones de causalidad. “Conviene tener presente que es facultativo del juez otorgar el resarcimiento; y que la procedencia y cuantía de la indemnización es determinada por éste discrecionalmente, en base a parámetros de equidad, ponderando la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Puede, por ende, y generalmente ello es así, no ser plena e integral” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 631).

Este supuesto, se legisla en el C C y C en el Art. 1750: “**Daños causados por actos involuntarios.** El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad”.

Vemos que ante una desigualdad injusta generada por una lesión involuntaria, el juez no aplica una sanción aritméticamente equivalente según proponía el *igualitarismo aristotélico kantiano*, sino que recurre a un *principio de diferencia* (Rawls) sopesando la particular situación patrimonial del dañador y la situación de la víctima.

Otra doctrina que inspira al Derecho de Daños, es la *teoría utilitarista*, concebida por los pensadores Jeremías Bentham y Stuart Mill. Esta doctrina filosófica afirma que los actos o las políticas moralmente buenas son las que producen mayor utilidad al mayor número de individuos. El principio rector es el de maximizar la utilidad total o agregada de la sociedad. En la búsqueda de mayor utilidad, esta doctrina es imparcial. Como lo expresa Bentham “cada individuo cuenta por uno y no más que eso” (citado por Mill, 1961, p.468).

Explica López Herrera que desde ésta concepción “la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (*aggregate social welfare*) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (*compensation and deterrence*). Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado” (2008, p.2).

En nuestro derecho podemos ver ejemplos en los que se aplica esta doctrina utilitarista, en los subsistemas que se alejan del principio constitucional a la reparación plena (Art. 19 C.N.) como el Código Aeronáutico, o la ley de riesgos del trabajo, dispositivos que norman indemnizaciones tarifadas por debajo de la reparación integral.

“En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro.” (López Herrera, 2008, p. 2).

Resumiendo podemos distinguir dos teorías: una la aristotélica- kantiana, profundizada por Rawls, la otra corriente, llamada utilitarista propuesta por Betham y Mills, que fundamentan con distintos argumentos, por cierto, las instituciones del derecho de daños.

1.3.2. Fundamentos económicos

Bustamante enseña que el contacto entre el Derecho y la Economía es de larga data. El aporte más directo de la primera a la segunda disciplina, es el análisis descriptivo que evalúa la eficiencia de las instituciones jurídicas para inducir las conductas que pretende lograr.

Es importante recordar que estos campos parten de diferentes concepciones del hombre. La economía lo concibe como “hombre racional que actúa motivado por la evaluación costo-beneficio ante cada situación planteada” (Bustamante, 1990, p.160).

Desde el paradigma jurídico el hombre es razonable y sopesa cada circunstancia usando su prudencia y diligencia (Bustamante).

“El análisis económico del derecho tiende a determinar si el sistema de precios implícito en cada institución jurídica induciría en cada caso a comportarse como el hombre razonable imaginado por los juristas o si es previsible una discrepancia entre ambos paradigmas”. (Bustamante, 1990, p. 161).

A través de un ejemplo, éste doctrinario, explica como confluyen ambas ramas del conocimiento ante un accidente: “para el jurista el problema es determinar quién debe ser el responsable por el daño causado. Para el economista, el daño ya ocurrió, la pérdida de riqueza es ya irreversible y se interesa por colaborar en la tarea del jurista

por cuanto la solución que se adopte podrá o no evitar nuevos accidentes en el futuro” (Bustamante, p.162).

Siguiendo este razonamiento López Herrera explica que “el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el estado o el principal o garante. Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una *externalización*, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación, al ser difusos y no reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se *internaliza*, es decir es asumido por quien causa el daño”. (López Herrera, 1990, p. 3).

Para comprender mejor los conceptos de *internalización* y *externalización* necesitamos analizar como se modeliza la sociedad desde el análisis económico del derecho. Bien, teóricamente es posible concebir una sociedad ideal en donde todas las interacciones entre ciudadanos se realicen en contratos recíprocos, que regulen sus derechos personales y patrimoniales, mediante una previa negociación. Ésta comunidad ideal coincide con lo que los economistas llaman, el mercado perfecto, que es por supuesto otra construcción teórica.

En la realidad, esta negociación previa de todas las consecuencias posibles no existe, debido a los *costos de transacción* (Bustamante). Estos “son los obstáculos que impiden que el mercado real funcione como el mercado perfecto, por la dificultad de negociar en forma instantánea y anticipada con todas las personas con quienes se tiene un contacto económicamente relevante” (Bustamante, p.164).

Tanto en materia contractual como extracontractual, es imposible convenir con terceros todo el espectro de situaciones posibles, con tantas personas. Son estos *costos de transacción* los que impiden que a través del contrato se *internalicen* todas las *externalidades* que cada actividad conlleva.

La tarea del juez, al interpretar los aspectos no previstos por las partes en un contrato, o al determinar las consecuencias del incumplimiento, es la de “cubrir cuestiones no negociadas entre ellos por los elevados *costos de transacción* que impidieron la inclusión de cláusulas al respecto”. (Bustamante, p. 165). Se recurre entonces a una ficción de lo que hubiera sido la transacción en el mercado.

El sistema de responsabilidad civil, en particular, y el derecho en general, pueden crear instituciones que tiendan a reducir o eliminar estos *costos de transacción*, mejorando las imperfecciones del mercado para lograr una mayor eficiencia económica.

1.4. Origen y evolución de la responsabilidad civil

En los orígenes de la humanidad no podemos hablar de la existencia de un sistema de responsabilidad civil, ni de derecho en el sentido que le asignamos en la actualidad. Es difícil además, al analizar los albores de la humanidad, distinguir las normas jurídicas, de las morales y religiosas seguidas por las tribus.

Lo que sí podemos hacer, es describir la reacción de las comunidades primitivas ante la causación de un daño. “El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios. Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes” (López Herrera, 2008, p. 4).

El problema de este sistema de reparación o compensación del daño, es que devolver mal por mal, propende a una espiral de violencia, ya que el daño nuevo causado para reparar el original con frecuencia era mayor, por lo que el ciclo de punición comenzaba nuevamente, generando un círculo vicioso. Además de este

defecto de falta de proporcionalidad, este método también carecía de una falta de individualidad, ya que la sanción afectaba a todo el grupo (López Herrera).

A esta etapa de venganza ilimitada y colectiva, le siguió otra en la que las represalias sufren una limitación, esto es, se sigue dando mal por mal, pero aplicando un principio de proporcionalidad. Así, la sanción aplicada y la fijación de la indemnización guardan una relación de proporcionalidad equivalente.

Éste avance jurídico se introduce con la llamada Ley del Talión, la que produce según Martínez Sarrión “un giro copernicano” que “ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto está determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre.” (Citado por López Herrera, 2008, p. 5).

1.4.1. Ley del Talión (lex talionis)

El término *talion* refiere a un principio jurídico de justicia retributiva, que consiste en infligir al ofensor o delincuente, un castigo igual al crimen cometido, obteniéndose de esta forma reciprocidad. Se trata, de aplicar una pena idéntica expresada gráficamente en la frase bíblica “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” (Éxodo 21:24,25).

Aquí se puede identificar una primera manifestación de responsabilidad, la ley regula el castigo o pena que sería ejercida por el ofendido a través de una venganza privada aún, pero limitada y proporcional al daño (Petit, 2020. p.15). Éste principio de proporcionalidad se encontraba presente en Código Hammurabi, en la leyes de Manú y en la Ley Mosaica.

Tiempo más tarde los hombres advertirían que este sistema que propiciaba la ley del Talión, no era satisfactorio, ya que a una víctima que hubiera sufrido por ejemplo la mutilación de un brazo, no le serviría mutilar a su ofensor. Surgió entonces la

composición, para permitir que en algunos casos se indemnizara con bienes equivalentes.

1.4.2. La composición

La composición reflejaba la evolución del “ojo por ojo, diente por diente”, a través de un sistema que posibilitaba llegar a un arreglo. Éste arreglo podía consistir en una suma de dinero o en la entrega de una cosa, que se pactaba entre el victimario y la víctima para evitar la venganza y el odio entre las familias y los pueblos, que ésta producía (Bustamante Alsina, 1997, p.31).

A ésta pena civil de carácter voluntario y fijada de común acuerdo entre las partes, le siguió con el surgimiento del estado, una composición legal y forzosa que determinaba la suma de dinero a pagar según el delito cometido, estando el ofendido igualmente obligado a aceptarla. Ésta indemnización “que se mandaba pagar lo era más a título de pena impuesta al ofensor que de resarcimiento del daño” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p.450).

La Ley de las XII Tablas, del primitivo derecho romano, es un ejemplo de transición entre la composición privada y voluntaria, a una fijada obligatoriamente por el estado.

Los hermanos Mazeaud explican que éstas: “representan una época de transición entre la fase de la composición voluntaria y la de la composición legal obligatoria: la víctima de un delito privado está en libertad, unas veces para satisfacerse mediante el ejercicio de la venganza personal o por la obtención de una suma de dinero, cuyo importe fija libremente; y obligada, en otras a aceptar el pago de la suma fijada en la ley. Pero esa suma sigue siendo esencialmente el precio de la venganza, una composición una *poena*; es una pena privada. El derecho romano no llegará nunca a librarse completamente de esa idea, a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad: una indemnización” (Mazeaud Henri y León, 1977, p. 39).

Más tarde cuando el estado romano se consolidó, se comienza a distinguir entre el daño derivado de un delito de orden público, de aquel que es resultado de un delito privado. Yzquierdo Tosada refiere: “muy pronto el estado, ya no sólo castiga, sino

que va a ser el único que lo va a poder hacer. No pierde por ello protagonismo la víctima: únicamente cambia su papel. La acción represiva pasa a manos del estado, para dejar que sea el perjudicado quien se limite a solicitar reparación”(Citado por Pizarro y Vallespinos, 1999, p.450).

1.4.3. La responsabilidad civil en el derecho romano

Como vimos en los tiempos primitivos el fundamento de la responsabilidad era objetiva. El derecho romano se caracterizó por una marcada tipicidad de los actos ilícitos, que propiciaba el restablecimiento del equilibrio roto por el evento dañoso, basado en la culpa sino en “la defensa de una justa repartición respecto de los bienes adjudicados entre familias” (Villey, citado por Pizarro y Vallespinos, 1999, p.451).

En la Ley Aquilia, dictada en el año 400 a.C. la culpa no fue un factor tenido en cuenta para determinar el grado de responsabilidad en la comisión de un delito, lo que se valoraba era el resultado y no la intención del autor. La imputación era entonces, puramente objetiva.

Fueron los pretores a fines de la República, los que introdujeron el concepto de culpa, como requisito para materializar la responsabilidad en materia extracontractual. La entendieron como una inobservancia a los deberes de prudencia y respeto que rigen la vida en comunidad (López Herrera).

Pizarro y Vallespinos, concluyen diciendo: “... que la culpa no alcanzó en el derecho romano el carácter de regla general o principio de la responsabilidad civil. Ello recién habría de producirse en el siglo XVII, a causa de la influencia del pensamiento de los moralistas” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p.451).

1.4.4. La Edad Media, evolución de la noción de culpa

En el año 476 los pueblos bárbaros invaden definitivamente el Imperio Romano de Occidente, determinando su caída y posterior división en numerosas entidades

políticas. Éste hecho da inicio a una larga etapa de la Historia de la civilización, llamada Edad media (Romero).

Una de las características de ésta etapa, es el estancamiento epistemológico y cultural que se produjo, ya que la ciencia se vio sometida a las ideas religiosas. El campo jurídico sufrió este retroceso, sobre todo en la Alta Edad Media en que hubo una declinación del derecho romano.

A partir del año 1080 la Escuela de los Glosadores y post-glosadores retoman la obra justiniana para realizar una labor de exegesis textual, revitalizando así el derecho romano.

Diez Picazo (1999, pp. 72-73) describe los puntos significativos que aportaron éstos estudiosos en materia de responsabilidad civil:

- Superación del carácter penal de los textos romanos sobre la Ley Aquilia, convirtiéndolos en acción indemnizatoria.
- Admisión de la responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes.
- Atribución de un carácter general a la acción de la Lex Aquili.
- Posibilidad de reparación *in natura* y no sólo pecuniaria.

A fines del SXVII el derecho es transformado por la influencia del derecho canónico y del pensamiento iusnaturalista racionalista (Pizarro y Vallespinos).

Las obras de los doctrinarios Domat y Pothier sentaron las bases para el Código Civil francés de 1804, introduciendo el elemento intencional expresado en la máxima: “no hay responsabilidad sin culpa”. La culpa pasa a ser el factor de atribución de responsabilidad exclusivo y excluyente.

El gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la Codificación según Mazeaud-Tunc, fue:

haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habrían podido alcanzar. La etapa decisiva estaba despejada en lo sucesivo: a partir de ese día, ha surgido la responsabilidad civil; posee una existencia propia, y va a comprobarse toda la fecundidad del principio tan penosamente deducido y a entreverse su campo de aplicación casi ilimitado. (López Herrera, 2008, p. 7).

1.4.5. El Código de Napoleón

El Código francés sancionado en el año 1804, fundamentaba la responsabilidad civil en la culpabilidad probada o presumida (Pizarro y Vallespinos).

Regulaba la responsabilidad civil en tres secciones diferentes:

- Como efecto del incumplimiento de las obligaciones.
- Como facultad soberana de la voluntad de las partes para fijar límites de la reparación.
- Como fuente de las obligaciones (Cruz Mejía).

La valoración que se le da a la culpa se justifica según varios autores en una concepción de vida dominante en la sociedad francesa posrevolucionaria, en cuanto a lo económico, moral, científico y político.

Según López Herrera, "la culpa es la expresión jurídica del principio económico del *laissez faire*, y además "cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario" (López Herrera, 2008, p. 8).

Explica más tarde éste jurista, que el gran recibimiento que la sociedad napoleónica realizó al concepto de "culpa" se debe a que éste provenía de la moral

“Culpa significa en el ámbito social lo que traduce el pecado en el moral [...] La culpa es, por consiguiente, un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad.” (López Herrera, 2008, p. 8).

Vemos que la idea de culpa es tomada de la moral. Fue una idea necesaria para proteger al individuo frente a un estado omnipotente, solo debía estar obligado a responder cuando se pudiera reprocharle subjetivamente una conducta.

Éstas ideas son acordes con el pensamiento científico imperante en ese momento histórico, el de la *escuela racionalista del derecho natural*. Sus exponentes (Spinoza, Locke, Rosseau, Kant) pretendían a través del uso del método deductivo o geométrico de Descartes, derivar de la naturaleza humana un sistema de derecho racionalmente concebido, detallado y muy próximo al derecho positivo (Pizarro y Vallespinos). “Es lógico que dentro de una escala de valores semejante, en la que se buscaba un orden inmutable, perfecto y racional, basado en la protección de cualquier actividad lícita, todo el sistema de responsabilidad civil debiera estar sustentado en la idea de culpa” (Pizarro y Vallespinos, p. 454).

Planteado así el sistema giraba en torno a la figura del dañador. Que desde una concepción de hombre como ser racional, dotado de libertad, inteligencia y voluntad, debía reparar los daños que causare por su obrar reprochable. Al victimario se lo sanciona por no haber actuado diligentemente, acentuando esta función de la responsabilidad civil afín al derecho penal, ésta pierde su contenido resarcitorio. El Código pensado por Vélez Sarsfield, fue un reflejo de ésta concepción. (Pizarro y Vallespinos).

1.4.6. El surgimiento de la responsabilidad objetiva

La sociedad de masas, que surgiría a finales del SXIX, así como la incorporación de las maquinarias en la producción, generarían grandes cambios en el mundo occidental contemporáneo.

Explican Pizarro y Vallespinos que:

Las máquinas, que tanto beneficio ocasionaban, al permitir producir más y mejor, en menor tiempo y con costos más reducidos se convertían,

muchas veces, en factores generadores de daños para terceros. Exigir la prueba de la culpa del dueño o guardián, en tales supuestos, importaba un proceder injusto para la víctima, apto para determinar que muchos daños quedaran sin resarcimiento. La aparición del automóvil-erigido en una de las causales más importantes de mortandad- llevó a extremos preocupantes la crisis del sistema clásico de responsabilidad civil (p. 455).

Las ideas políticas cambiaron, del Estado mínimo y administrador pensado por la Revolución Francesa, se pasó a una concepción de Estado más solidario y activo, que actuara en favor de paliar las desigualdades que se presentaban en esta nueva sociedad de masas, entre los poderosos y los débiles.

En el mismo sentido, en el campo filosófico, se gestaron ideas solidaristas, preocupadas por proteger a los indefensos, y en materia de responsabilidad orientadas a tutelar adecuadamente los intereses de la víctima (Pizarro y Vallespinos).

Con éste objetivo se orientaron las legislaciones modernas. El sistema de responsabilidad civil basado exclusivamente en la culpa, comienza a fracturarse y a los juristas del SXX se les presentan cuatro alternativas para dar respuesta los nuevos tiempos:

1. Mantener inalterado el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, cuyas derivaciones se hacen insostenibles en una sociedad industrializada y tecnificada.
2. Acudir a presunciones de culpa *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario. Ficciones de culpa que, por apego a la tradición o por desconcepto, esconden bajo la denominación de culpa a verdaderas responsabilidades objetivas.
3. Admitir supuestos de responsabilidad objetiva, con carácter de excepción al principio general de la culpa.
4. Elaborar un nuevo esquema de responsabilidad civil, respetuoso de la nueva realidad y libre de preconceptos, en el que los supuestos de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva coexistan con la misma jerarquía cualitativa. (Rodota, citado por Pizarro y Vallespinos, p. 456).

Paulatinamente la idea de responsabilidad objetiva, se incorporó a los sistemas legislativos, en el ámbito extracontractual naturalmente, pero también más tarde en materia contractual.

La culpa fundada en un factor de atribución objetivo, es en la actualidad uno de los criterios de imputación de la responsabilidad civil, no es el único ni el más importante (Pizarro y Vallespinos).

En nuestro país la ley 17.711 reformó el Código e incorporó así, éstas ideas de solidaridad y protección de los más débiles, procurando dar soluciones más justas.

1.4.7. Los desafíos de la responsabilidad civil hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación

La revolución científico-tecnológica que vivió la humanidad después de la Segunda Guerra Mundial, se experimentó como un crecimiento exponencial en el uso y desarrollo de las innovaciones tecnológicas. Esto produjo cambios estructurales en la sociedad y la economía; se modificó el campo de la producción, la prestación de servicios, el ámbito de las comunicaciones y también el de las relaciones interpersonales.

En esta realidad, los modernos sistemas de responsabilidad civil, se muestran impotentes a la hora de dar respuestas a los nuevos problemas sociales. En nuestro país el CC reflejaba las preocupaciones de su época. La protección se focalizaba en los bienes y no incluía como es de suponer normas sobre accidentes automovilísticos, aunque sí preveía ocho normas referidas a la responsabilidad de los dueños de animales domésticos y feroces.

Era notoria entonces, la necesidad de una reforma que adaptara la legislación a la realidad actual. Pizarro y Vallespinos advertían en este sentido, que éste vacío legal para regular la prevención y la reparación del daño en supuestos específicos, hizo que surgieran estatutos especiales, no siempre coincidentes con los de carácter general, como ya analizáramos. El riesgo de éste fenómeno era además de la pérdida de unidad, el hecho de que algunos de estos subsistemas se basaban en criterios

económicos (afines a la filosofía *utilitarista*) que grupos de poder fomentaban para “gestar una responsabilidad civil hecha a la medida de sus intereses, acotada, limitada, al margen de la que se aplica al resto de los ciudadanos” (Pizarro y Vallespinos, p. 459)

A partir del año 2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se actualiza la responsabilidad civil, procurando proteger a la persona, al damnificado, incorporando otras funciones al derecho de daños, así como explicitando principio constitucionales y jurisprudenciales que ya se utilizaban en los tribunales.

Tema éste que se expondrá en el próximo capítulo.

1.5. Conclusión

En el desarrollo de éste capítulo pudimos apreciar que la obligación de “responder” por un hecho propio y subsanar así un perjuicio producido, puede ser fundamentada filosóficamente desde dos teorías diferentes:

- La *aristotélica- kantiana*, profundizada por Rawls, basada en la igualdad de los hombres y en la reciprocidad del orden de las conductas; y la
- *Utilitarista* de Betham y Mill, cuyo principio rector era maximizar la utilidad del mayor número de habitantes, llegando para esto a sacrificar el bienestar individual.

La Economía también aporta a ésta rama del Derecho con conceptos tales como: *internalización, externalización, mercado perfecto y costos de transacción*, permitiendo fundamentar la obligación de resarcir el daño injustamente causado empleando criterios económicos y crear además un sistema de responsabilidad civil más eficiente.

A través del recorrido histórico del instituto en estudio, valoramos al Código de Vélez como un producto de su época, protector de los bienes patrimoniales y con una finalidad principalmente resarcitoria con algunas menciones de corte preventivo (ej. daño temido Art. 2499). Podemos valorar entonces, lo novedoso que resultó la

incorporación de la faz punitiva en nuestro ordenamiento, tema de los próximos capítulos, con una visión histórica y contextualizada.

1. CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO VÉLEZ Y EN

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

2.1. Introducción

En el capítulo anterior nombramos los presupuestos de la responsabilidad civil y esbozamos sus funciones. En ésta segunda sección ahondaremos en éstas y otras cuestiones comparando como se preveían en el CC y en el actual CC y C.

Para establecer las relaciones de comparación, seguiremos el orden de los elementos propuestos por Trigo Represas, estos son: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución.

2.2. Aspectos generales de la responsabilidad civil en el CC y C

El Proyecto del CC y C se funda en una visión compartida mayoritariamente por 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” (López Olaciregui citado por Kemelmajer de Carlucci, 2014, p.1). “Se afirma, entonces, que la responsabilidad civil ha evolucionado de una responsabilidad basada en la deuda hacia una asentada en el crédito; de una centrada fundamentalmente en el demandado a otra que mira esencialmente al actor dañado” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p.3).

Se incorporaron ochenta artículos que “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” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p.3).

Se reconoce en ésta reforma que “todo litigio sobre responsabilidad es la expresión de un conflicto de intereses entre la víctima y el autor del daño 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” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p.5).

Respecto la terminología los autores prefirieron utilizar el vocablo “responsabilidad civil” por sobre la expresión “derecho de daños” o “responsabilidad por daños”, ya que éstas últimas restringirían el instituto a las funciones preventiva y sancionatoria. “En cambio, la responsabilidad civil permite incluir en su regulación a aquellas situaciones en las cuales no se ha producido todavía un daño o cuando lo que se pretende es ir más allá del daño, como cuando se busca sancionarlo” (López Herrera, 2015, p. 989).

El CC y C contiene un título preliminar y seis libros. La responsabilidad civil se regula 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.” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 5).

A continuación analizaremos los cambios introducidos en cuanto a: las funciones del sistema de responsabilidad civil, el daño, el factor de atribución

propiciado, el concepto de antijuridicidad, la relación de causalidad, los eximentes previstos y el régimen de las responsabilidades especiales.

2.3. Las funciones de la responsabilidad civil

2.3.1 Su rol como eje vertebrador de los sistemas

A través del recorrido histórico que realizamos anteriormente, de ésta institución en los ordenamientos jurídicos, pudimos apreciar que función perseguía cada modelo propuesto. Definir las funciones de un sistema de responsabilidad civil, implica determinar la esencia del modelo y la manera en que se regulará este instituto.

Será distinto el sistema basado en un fin preventivo; o si se adopta un modelo resarcitorio. Es también posible que las diversas funciones concurren ante determinado tipo de daños, es decir si éstos son patrimoniales o extrapatrimoniales.

La obligación de “reestablecer, en la mejor medida de lo posible, el equilibrio destruido por el daño, colocando a la víctima en una situación próxima a la anterior” (Jourdain, citado por Pizarro y Vallespinos, 1999, p.187) es la base del instituto de la responsabilidad civil.

Su principio rector es el de la reparación plena de la que se deducen las funciones del derecho de daños: resarcitoria, preventiva y punitiva.

La función resarcitoria es la más importante, posee la finalidad de reparar el menoscabo a un bien jurídico de un tercero, causado injustamente. Esta condición ligada a la noción de antijuridicidad es presupuesto necesario para que proceda. “Es indiferente que el daño provenga del *incumplimiento de una obligación preexistente*, por lo general de fuente contractual, o de la violación del principio del *alterum non laedere*. En ambos supuestos procede la reparación y se nutre de los mismos principios...” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 163).

La reparación pone la atención en la víctima del daño, teniendo por esto en cuenta el perjuicio real injustamente sufrido, siendo este “el límite más allá del cuál no es posible pasar, so riesgo de convertir el daño en fuente de lucro para el dañado y de correlativa expoliación para el responsable” (Pizarro y Vallespinos, p. 163). Es destacable este punto, ya que como veremos más adelante ha sido una de las objeciones que plantean los jueces a la hora de condenar al pago de daños punitivos.

Otra función del derecho de daños, es la preventiva. De más está destacar la importancia y el valor de prevenir, y no de acudir cuando el daño ya está causado, intentando una reparación que en muchos casos ya no es posible.

Los autores citados destacan dos formas de prevenir, una general de carácter disuasivo opera de manera indirecta previendo una sanción legal frente a la conducta que se procura evitar. El temor a ser sancionado puede ser una manera de prevenir hechos dañosos, advirtiendo sobre las consecuencias legales.

La segunda forma, destacada por Pizarro y Vallespinos, es más específica y circunscripta a actividades que encierran en su desarrollo una potencial dañosidad o una peligrosidad inusitada.

Finalmente la tercera y última función de del derecho de daños es: la punitiva. Como vimos al desarrollar la función resarcitoria, se fijaba como límite infranqueable en la tarifación de la indemnización por daños, el que no se excediera del perjuicio real causado a la víctima. La mirada estaba puesta en el damnificado y su real pérdida. Todo lo que excediera ese importe, sería considerado enriquecimiento sin causa.

Pero destacados juristas del derecho comparado, como de la doctrina nacional instan a la incorporación de normativas que sancionen con penas civiles, graves inconductas que sin este instituto, quedarían impunes. “La pena privada está estrechamente asociada a la idea de *prevención* de ciertos daños y también a la *punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos* que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren de *algo más* que la mera

indemnización resarcitoria de los perjuicios causados.” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 247).

Algunas de las situaciones en las que la aplicación de esta figura sería adecuada son: ante la lesión de intereses individuales y colectivos, con menosprecio o persiguiendo fines lucrativos, daños en relaciones de consumo, casos de competencia desleal, actos ilícitos cometidos en materia de propiedad intelectual, daños causados por medio de la prensa con la finalidad de obtener provecho económico, daños por discriminación arbitraria. (Pizarro y Vallespinos).

A éstas tres finalidades básicas de la responsabilidad civil, otros autores como López Herrera, le adicionan otras funciones tales como la demarcatoria y la distributiva.

La primera hace referencia a la delimitación de lo permitido y lo legalmente prohibido, que en el ámbito civil, no se presenta como conductas tipificadas, sino más bien se legisla como “una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad como dice Viney, en el caso de la responsabilidad por culpa, o una norma de distribución de riesgos como sucede con la responsabilidad objetiva” (López Herrera, 2008, p. 23).

La responsabilidad civil, dice López Herrera, cumplirá una u otra función de las definidas según el factor de atribución que se adopte esté basado en la culpa o en la responsabilidad objetiva.

“La función compensatoria tiene su razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa, individualista, en el que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido” (López Herrera, 2008, p. 24).

La función distributiva se hace presente en una sociedad, cuando ésta decide que se permitirán ciertas conductas que entrañan riesgos o peligros, pero aun así se considerarán lícitas, estableciendo para estos casos una regla de responsabilidad

objetiva. En éstos casos no se deberá probar la culpa para obtener una indemnización por parte de la víctima.

Estos sistemas que incluyen cláusulas de responsabilidad objetiva traen aparejado el desarrollo de un mercado de seguros, lo que representa “el paso de una responsabilidad civil individualista (propia de las relaciones económicas de los siglos XVIII y XIX) a otra más socializada” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 460).

A continuación veremos cómo se prevén estas cuestiones en el CC y C, cotejándolas con sus homónimas en el CC.

2.3.2. Las funciones de la responsabilidad civil en el CC y en el CC y C

ARTÍCULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

a) Referencias en el CC

El Código de 1871 no explicitaba en ningún artículo las funciones que asumiría la responsabilidad civil. Tal como referimos anteriormente este instituto en CC se concebía sólo para indemnizar un daño injustamente causado, era un sistema de corte netamente resarcitorio. No se incluían normas genéricas referidas a la prevención del daño ni a su punición. Si bien “es cierto que existían disposiciones que prevenían acciones de cesación del daño, como el Art. 2499, el 2618, el 1071 y el 1071 bis, pero ningún principio general de prevención del daño. Los daños punitivos existían en nuestro derecho, pero no en el CC sino en el Art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor” (López Herrera, 2015, p.989).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

Vemos que el CC y C establece claramente, en este artículo, cuáles son las funciones de la responsabilidad civil. No obstante esto, las posturas doctrinarias no son contestes en cuanto a su interpretación.

López Herrera considera que la nueva normativa incluye igualitariamente a las tres funciones del derecho de daños y así “pone fin a una polémica doctrinaria: la responsabilidad civil, en el nuevo código, puede compensar, pero también prevenir y sancionar” (López Herrera, 2015, p. 989).

En cambio Picasso y Sáenz creen que “el art. 1708 CC y C culmina todo debate al respecto, pues por un lado amplía el ámbito del derecho de daños también a la prevención de perjuicios futuros o en curso de producción, y por el otro descarta la supuesta función punitiva” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 445).

El tema más debatido fue y sigue siendo la faz punitiva del derecho de daños.

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 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.

a) Referencias en el CC

El Código de Vélez no incluía una norma pensada para evitar el daño, “sino que partía de la base de la concepción decimonónica de la responsabilidad civil como una sanción o reacción ante el daño” (López Herrera, 2015, p. 994). Aun así el principio *alterum non laedere*, o deber genérico de no causar daños a otros, ha permanecido vigente como obligación de todo ciudadano.

“Debido a que no había en el Código Civil ningún precepto que impusiera el deber de evitar el daño, la jurisprudencia lo había encontrado en el Art. 19 CN, en cuanto habla de acciones que no perjudiquen a terceros” (López Herrera, 2015, p. 995).

Respecto al deber de evitación, el CC también carecía de una norma genérica que lo consagre, por esto la doctrina lo hacía derivar del deber de buena fe. No obstante, existían algunos “... 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” (Otaola, 2014, p. 3).

Es valioso destacar que la prevención del daño, contaba antes del 1º de agosto de 2015, con un “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” (Otaola, 2014, p. 3).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

A través de esta norma se refuerza el deber de evitar la ocurrencia de daños en todos aquellos que puedan evitarlo.

Según López Herrera el inciso b tiene algunas imprecisiones, ya que se superponen el primer y el segundo inciso. La interpretación que evita este problema es “que el inc. a) está dirigido a quién tiene todo el dominio del hecho que causa el daño, es decir a quien es su autor y tiene en las manos toda la posibilidad de evitarlo. En cambio el inc. b) se refiere a quién no ha causado ese daño pero puede adoptar medidas para evitar que ese daño se incremente. Es un deber jurídico, que se impone a terceros siempre y cuando esté a su alcance hacerlo” (López Herrera, 2015, p. 996).

Picasso y Sáenz lo expresan así “conjugando todas esas pautas puede decirse que, en los términos del art. 1710 CC y C, existe un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal situación se presenta, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero (2015, p. 449).

El último inciso de este artículo es también novedoso. Se trata del deber de la víctima de un hecho dañoso de no agravar el mal que se le ha ocasionado. Si bien ella no provocó el daño, y fue puesta en esa situación por el victimario, se le impone el deber de buena fe de tomar las medidas adecuadas para mitigar el daño.

ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

a) Referencias en el CC

El ordenamiento jurídico anterior a la ley 26994, contemplaba una tutela inhibitoria formada por normas dispersas, para supuestos específicos, por ejemplo la acción por daño temido del Art. 2499 CC o la acción negatoria (Picasso y Sáenz).

“Por su parte, diversos microsistemas jurídicos más modernos preveían acciones preventivas específicas para su ámbito. Por ejemplo, la Ley General del Ambiente (25.675) consagra la acción de amparo tendiente a obtener la cesación de las actividades generadora del daño ambiental colectivo, y legitima para promoverla a toda persona, sea esta pública o privada (art. 30)” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 450).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

Este artículo concreta la función preventiva de la responsabilidad civil y “consagra la tutela inhibitoria genérica, como instrumento autónomo de las distintas herramientas particulares existentes en el ordenamiento jurídico hasta la actualidad” (Picasso y Sáenz, 2015, p- 450).

Ésta acción procede frente a cualquier acción u omisión antijurídica. Esto significa, de acuerdo al Art. 1717 CC y C, que el hecho en cuestión esté en contradicción con el ordenamiento jurídico desde un punto de vista objetivo, es decir, prescindiendo “de toda valoración en cuanto a la reprochabilidad de la conducta del agente que ocasionó el perjuicio” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 451).

El segundo requisito, para que proceda la acción preventiva, luego de la antijuridicidad, es la demostración de la previsibilidad de la producción o el agravamiento del daño.

Finalmente, esta acción no exige para la procedencia de la demanda, que el actor demuestre que la posibilidad de sufrir el daño es imputable a alguien por culpa o por riesgo. Por lo tanto la acción preventiva, a diferencia de lo que ocurría en el proceso resarcitorio clásico no requiere que se halle configurado un factor de atribución.

ARTÍCULO 1716.- 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 con las disposiciones de este Código.

ARTÍCULO 1715.- Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

a) Referencias en el CC

Los daños punitivos estaban contemplados en el Art. 52 bis, de la LDC, a partir de la reforma introducida por la ley 26361, en el año 2008.

b) Comentarios sobre el nuevo texto

En este punto sólo haremos una breve exposición de este tema, para retomarlo en el Capítulo IV, en el que lo abordaremos exhaustivamente.

La Comisión Bicameral extrajo del texto original del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma la figura de los daños punitivos, contemplados en el Art. 1714. La eliminación de este artículo hizo que el Art. 1715 pase a ser el 1714, y que la regulación de la punición excesiva quede desdoblada en los dos artículos comentados.

Por esto ambos artículos norman sobre el mismo supuesto de hecho, facultando a los magistrados que deban imponer una condena pecuniaria, de naturaleza sancionatoria a morigerar la misma, teniendo en cuenta las otras sanciones, que por el mismo hecho, hayan caído sobre el sindicado como responsable.

Un “ejemplo puede ser si en el derecho del consumidor el proveedor ha sido ya sancionado con multas importantes, ya sea que provengan del ámbito administrativo o del derecho penal, puede que no sea ya necesaria la imposición de daños punitivos, que siguen rigiendo para el derecho del consumo. Por el contrario si la multa administrativa es mínima, no puede alegarse el *non bis in ídem*, ni un castigo excesivo” (López Herrera, 2015, p. 1006).

ARTÍCULO 1716.- 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 con las disposiciones de este Código.

a) Referencias en el CC

En el CC no existían disposiciones que reconocieran expresamente el *nemimen laedere* como deber. Aunque implícitamente el Art. 1109 obligaba a todo el que por su culpa o negligencia causaba un daño, a repararlo. Como ya expresáramos, fue la labor jurisprudencial la que le otorgó raigambre constitucional, basado en el Art 19 de la Carta Magna. (López Herrera).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

El artículo reseñado consagra la unidad del fenómeno resarcitorio, estableciendo que cualquiera sea la fuente generadora de responsabilidad, se aplicaran las mismas reglas.

De esta manera desaparecen las diferencias que existían entre las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil en el CC, fijándose las siguientes normas:

- se fija un plazo común de tres años para la prescripción liberatoria de las acciones de responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2, CC y C), cualquiera sea la fuente del deber de resarcir; y si bien se prevén plazos distintos para supuestos especiales (arts. 2561, párr. 2 y 3; 2562, incs. b y d, y 2563, inc. c, CC y C), ellos no se fundan en la naturaleza obligacional o extracontractual de la responsabilidad en esos casos;

- el deber de resarcir se extiende a las consecuencias inmediatas y mediatas, lo cual es aplicable tanto en el ámbito aquiliano como en el obligacional —con la excepción de los contratos paritarios, como se verá—; y
- el curso de los intereses comienza con la producción de cada perjuicio (art. 1748 CC y C) lo que echa por tierra todo debate en cuanto a la forma en que se produce la mora en ambas órbitas.” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 456).

Kemelmajer de Carlucci advierte que armonizar ambos campos no es sinónimo de igualarlos citando los fundamentos del Proyecto: “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)” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 27).

2.4. Los presupuestos de la responsabilidad civil en el CC y en el CC y C

Existen diferentes corrientes doctrinarias que conceptualizan los elementos que deben estar presentes para que proceda la responsabilidad civil. Trigo Represas explica que según la tendencia dominante estos requisitos son cuatro: “un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico (antijuridicidad o ilicitud); que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño; y un factor de atribución de la responsabilidad que el ordenamiento estima suficiente para sindicar o señalar a quien o quienes considere como responsables” (Trigo Represas, 2009, p. 249).

Seguiremos este esquema para exponer como se legislaban estos presupuestos en el Código de Vélez y como lo hace la nueva normativa vigente.

2.4.1. La antijuridicidad

ARTÍCULO 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

a) Referencias en el CC

El CC concebía a la responsabilidad civil como una sanción a un hecho ilícito, estructuraba “una antijuridicidad subjetiva —requería culpabilidad— y formal —típica— (arts. 1066 y 1067 CC)” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 458). Es decir, sino existía un reglamento u ordenanza quebrantado, no había antijuridicidad.

“Para los actos ilícitos por omisión el Art. 1074 disponía que toda persona que por cualquier omisión hubiera ocasionado un perjuicio a otro, era responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido” (Bueres, 2014, p. 153).

Más tarde “se suavizó ese pensamiento, concibiendo la antijuridicidad como material y se permitió encontrarla en todo el ordenamiento incluida en las sentencias que delinear deberes de comportamiento” (López Herrera, 2015, p. 1013).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

A través de este artículo el CC y C recepta la teoría del daño injusto, consagrando la antijuridicidad objetiva y material. “En consecuencia, cualquier acción u omisión no justificada que causa un daño será antijurídica, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, el ilícito civil es atípico, porque no es necesario que la ley describa en cada caso con detalle la conducta prohibida.” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 458).

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 halla 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.

a) Referencias en el CC

Este artículo refiere a los tres “permisos para dañar en un caso concreto, que obstan a la ilicitud del hecho o a la omisión que lo produce” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 459). El primero de ellos, el ejercicio regular de un derecho, es el único que figuraba en el Art. 1071 del CC, y tenía como límite el ejercicio abusivo de un derecho.

No se incorporó al CC y C la segunda parte del 1º párrafo de dicho artículo: “cumplimiento de una obligación legal”, aunque Picasso y Sáenz la consideran incluida en la previsión legal.

“Respecto del estado de necesidad y la legítima defensa, no había normas en el Código Civil y por analogía se utilizaba el Art. 34 del Cód. Penal para analizar los requisitos” (López Herrera, 2015, p. 1016).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

El presente artículo regula las causas de justificación, “luego de nombrarlas en un orden, las trata a continuación en otro” (Bueres, 2014, p. 154). Así, el primer inciso habla sobre el ejercicio regular de un derecho, “quien ejerce un derecho actúa con autorización del orden jurídico. Hace uso de su libertad hasta el límite de lo que se le permitió y por lo tanto no debe responder” (López Herrera, 2015, p. 1016).

La primera parte del inciso b, establece los requisitos para la existencia de la legítima defensa:

“a. existencia de una agresión ilícita, actual o inminente. Dado que es ilícito dañar (art. 1717 CC y C), la agresión tendiente a causar daño a quien se defiende o a un tercero será ilícita en los términos de la norma, salvo que quien agrede actúe a su vez en ejercicio de una causa de justificación;

b. ausencia de provocación de parte de quien se defiende, o del tercero contra quien se dirige la agresión;

c. empleo de un medio racionalmente proporcionado para defenderse, en relación con el usado por el atacante .” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 459).

La segunda parte del inc. b regula el resarcimiento de los daños causados a terceros por quien actuó en legítima defensa. Hasta ahora la doctrina se inclinaba por considerar que éstas estaban cubiertas por la causa de justificación, por esto solo se le reconocía a la víctima una indemnización de equidad, no plena.

La nueva ley estipula que el tercero inocente, que no fue agresor ilegítimo, es decir una persona ajena al hecho, tal como aquel que queda en medio de una balacera, podrá reclamar una reparación plena, de quién se defendió legítimamente.

El último apartado del 1718 CC y C refiere al estado de necesidad, esto es “una caso de interés prevaleciente o de sacrificio de un bien menor por uno mayor” (López Herrera, 2015, p. 1018).

No será de aplicación esta figura si el mal ocasionado fue de igual magnitud, ya que es requisito que el daño sea menor al que se evita.

2.4.2. El daño

a) Referencias en el CC

El Código Civil en el Art. 1068 establecía que “habrá daño siempre que se causare a otro algún 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”.

A partir de este texto se clasifica el daño en directo (cuando recaía sobre las cosas) e indirecto (cuando lesionaba a la persona, sus derechos o facultades). También se referían al daño los Arts. 1066 y 1067.

b) Comentarios sobre el nuevo texto

La ley establece qué es un daño jurídico, definiéndolo de una manera amplia: “no sólo es daño la lesión a un derecho subjetivo sino directamente a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico” (López Herrera, 2015, p. 1063).

“Asimismo, el artículo menciona algunos de los bienes que pueden verse afectados por el hecho ilícito, y de cuya lesión surgirán las consecuencias resarcibles” (Picasso y Sáenz, 2015, p. 482).

El interés lesionado puede ser individual o colectivo. “En el individual se afecta un derecho o un interés lícito y no contrario a derecho que tiene por objeto el patrimonio o la persona; en el colectivo se afecta un derecho o un interés que recae sobre un bien de incidencia colectiva” (Bueres, 2014, p. 166).

ARTÍCULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

a) Referencias en el CC

Como ya expusieramos, el daño directo y el indirecto se desprendían del Art. 1068 CC. La pérdida de chances, no tenía recepción normativa, aunque era reconocida por los magistrados como un daño indemnizable.

b) Comentarios sobre el nuevo texto

Kemelmajer de Carlucci explicaba que el Proyecto proporciona reglas que “o estaban en el Código Civil de 1871; o han surgido del trabajo paciente y continuado de la magistratura argentina de las últimas décadas” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 3).

Este artículo es un claro ejemplo de ello, ya que los requisitos del daño resarcible que menciona, son los reconocidos y aceptados por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Su texto contiene tres tópicos diferenciados, en primer lugar menciona dos de los requisitos del daño indemnizable. Luego, la norma presenta algunas de las posibles clasificaciones del daño para, finalmente, fijar las pautas para que proceda el resarcimiento por pérdida de chance. (Picasso y Sáenz, 2015).

2.4.3. Relación de causalidad

ARTÍCULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

a) Referencias en el CC

El Código de 1871 receptaba la teoría de la causalidad adecuada, para determinar el nexo causal entre el hecho del agente y el daño sufrido por la víctima. Si bien la causalidad adecuada no se normaba explícitamente, sí se mencionaban los elementos fundamentales de esta teoría que son: la regularidad y la previsibilidad.

“El Art. 901, cuando hablaba de lo que “acostumbra suceder de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas”, quería decir regularidad, normalidad, del acto. Y el Art. 901, cuando decía lo “que puede preverse”, estaba consagrando la previsibilidad en abstracto como el parámetro a seguir para determinar la causalidad.” (López Herrera, 2015, p. 1037).

b) Comentarios sobre el nuevo texto

La nueva normativa adopta expresamente la teoría de la causa adecuada, la misma permite determinar la autoría del daño y también determinar la extensión del resarcimiento a percibir por la víctima. (Picasso y Sáenz, 2015).

Según esta postura no basta con que entre un hecho antecedente y un resultado consecuente se establezca un nexo causal desde el punto de vista natural o físico, sino que se requiere que ese resultado tenga la entidad de consecuencia previsible del hecho.

A través de esta operación mental, se puede establecer que una persona es el autor de un daño, queda por definir la extensión de la indemnización, que incluirá las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, en ambas órbitas de la responsabilidad civil.

2.4.4. Factor de atribución

ARTÍCULO 1721.- Factores de atribución. 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.

a) Referencias en el CC

En el CC no existía una norma que expresamente determinara los criterios legales para imputar un daño, sí se mencionan asistemáticamente factores objetivos y subjetivos. Ejemplos de ello son el Art. 512 que nombra a la culpa o el Art. 1113 del que se desprendían factores objetivos de imputación de responsabilidad.

b) Comentarios sobre el nuevo texto

Como viéramos en el Capítulo I, el factor de atribución como elemento valorativo, que permite determinar quién pagará el daño y en carácter de qué lo hará, mutó en los

a través del tiempo en los distintos sistemas de responsabilidad, priorizando los factores subjetivos u objetivos según la época.

La nueva normativa, pone fin a la discusión doctrinaria sobre la preeminencia de uno u otro factor de imputabilidad, estableciendo a la culpa, como norma de clausura del sistema. Esto implica que en ausencia de normativa el factor de atribución será la culpa.

2.5. Conclusión

El CC y C introdujo importantes cambios en la responsabilidad civil, recogiendo principios elaborados y aceptados mayoritariamente por la doctrina nacional, así como los criterios utilizados por los magistrados en su labor tribunalicia de las últimas décadas.

A diferencia del CC, producto de su época, que se centraba en la protección de los bienes, la nueva normativa busca proteger a la persona tutelando los derechos individuales patrimoniales y también los personalísimos como la integridad personal, la salud psicofísica, las afecciones espirituales legítimas y el proyecto o plan existencial del sujeto, tal como lo consagra el Art. 1738 del CC y C; además incluyó a los derechos de incidencia colectiva como novedad.

Por esto la responsabilidad civil ya no solo “resarce” sino que busca prevenir el perjuicio, incorporando la función preventiva a través del principio genérico de prevención y reglando la acción tendiente a evitar el daño.

Respecto de la función que nos ocupa en este trabajo, vimos dos posturas doctrinarias encontradas. López Herrera considera que la punición es una nueva función adicionada en igualdad con las funciones resarcitoria y preventiva, en tanto que Picasso sostiene que la faz punitiva fue excluida y no integra el nuevo sistema del derecho de daños.

Finalmente reseñamos que se incorporó, en un proceso llamado constitucionalización del derecho privado, el principio *alterum non laedere*, como deber que pesa sobre todos los ciudadanos y se unificaron las consecuencias jurídicas de los daños producidos en la órbita contractual y extracontractual, los que se regirán por las mismas normas.

3. CAPÍTULO III **LOS DAÑOS PUNITIVOS**

3.1. Introducción

En este capítulo desarrollaremos el concepto de daños punitivos, partiendo de sus orígenes en el common law, reseñaremos jurisprudencia británica y estadounidense, para desentrañar los supuestos de hecho en que son aplicables. Esto nos servirá para desentrañar su naturaleza jurídica y clasificarlos de acuerdo a diferentes criterios.

Luego veremos cómo se incorporó esta figura en nuestro ordenamiento positivo y las discusiones doctrinarias que esto trajo aparejado; para finalmente, analizar casos jurisprudenciales que aceptaron o negaron agregar este plus en sus sentencias, hipotetizando sobre el motivo de la discordancia acentuada entre fallos.

3.2. Los daños punitivos en el derecho escrito y en el common law

Los sistemas de responsabilidad civil de origen continental, como el argentino, evolucionaron como analizáramos anteriormente, incorporando a los rubros indemnizatorios a pagar ante un daño, además de los considerados materiales, los perjuicios morales.

Esto con el objeto de reestablecer el equilibrio quebrado, para lograr que la víctima se encuentre en una situación próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Por esto, el límite del resarcimiento fijado por los jueces era el daño real

causado y probado, so riesgo de caer en el enriquecimiento ilegítimo de la víctima. (Pizarro, 2009).

En el marco del common law, en cambio, los magistrados ante determinados supuestos han fijado sumas que exceden el daño efectivamente provocado; son los llamados *punitive damages*.

Estas sanciones privadas, o *exemplary damages*, comienzan a ser aplicadas en las cortes inglesas a mediados del S XVIII en casos que merecían una pena ejemplificadora, dada la gravedad de la misma.

3.3. Casos paradigmáticos del common law. Concepto de daños punitivos

López Herrera ubica el origen de este instituto en dos casos ingleses: “Wikes vs Wood”² y “Huckle vs Money”³ (López Herrera, 2008, p. 36).

En el primer caso el pleito se origina cuando el Secretario de Estado, el Sr. Wood, en compañía de otros mensajeros del rey, ingresaron por la fuerza y rompiendo las cerraduras al domicilio del Sr. Wikes, quien era miembro del Parlamento inglés, y requisaron sus papeles privados.

Durante el proceso el abogado de la víctima sostuvo que los hechos excedían lo ocurrido a Wilkes personalmente y atentaban contra la libertad de todos los súbditos de Inglaterra, hiriendo los principios constitucionales de dicho país; por esto solicitó la aplicación de los *exemplary damages*.

El jurado finalmente hizo lugar a la petición argüida por los letrados del actor, adicionando al daño padecido un plus indemnizatorio en carácter de pena o castigo, con el fin de desalentar la reincidencia de dicha conducta.

² The Court of King’s Bench, Chancery and Common Pleas, 98 E.R. 489, John Wilkes vs Wood (1763)

³ The Court of King’s Bench, Chancery and Common Pleas, 95 E.R. 768, Wils K.B. Huckle vs Money (1799)

El segundo caso, es muy similar al primero, en esta oportunidad el Secretario de Estado ordenó que se detuviera y requisara a los escritores de un boletín, violando las garantías constitucionales de las víctimas, por lo que el jurado condenó al demandado a pagar punitives damages.

No obstante haber surgido en las cortes británicas, es en Estados Unidos donde estas sanciones tienen mayor expansión. (López Herrera, 2008). En el país del norte, los leading case, merecen un análisis económico, ya que se dictaron sentencias con el fin de sancionar ejemplarmente la culpa lucrativa de importantes empresas como Ford o Chevrolet.

En el caso “Grimshaw vs. Ford Motors Co”⁴ los hechos fueron los siguientes, en mayo de 1972, Lily Gray viajaba en un Ford Pinto en compañía de Richard Grimshaw de 13 años de edad, cuando su coche fue golpeado por otro que viajaba a 30 km por hora. A causa del impacto el vehículo se incendió provocando graves quemaduras a los dos pasajeros. Como consecuencia de éstas la mujer murió, mientras que Richard sobrevivió, debiendo soportar cirugías reconstructivas e injertos de piel.

Los herederos de Gray y Grimshaw demandaron a Ford Motors Company.

Durante el juicio se demostró que la fábrica conocía sobre la falla, pero realizando un deplorable cálculo costo (condenas)- beneficio (ganancia por el incumplimiento), o cálculo de morgue, desoyó las recomendaciones de los ingenieros del proyecto que advirtieron sobre el defecto de diseño y decidió producir y vender el vehículo al público. Es decir, al cotejar el valor de las indemnizaciones por lesiones graves y muertes que deberían pagar y el costo de rescatar las unidades y repararlas, advirtieron que era más económica la primera opción. Era más lucrativo indemnizar 180 muertes y/o lesiones que invertir los US\$ 15,3 en mejorar la seguridad de los automóviles.

Después de un juicio de 6 meses, el veredicto fue a favor de los demandantes. Las cifras impuestas a la fábrica demuestran la indignación que causó en el Tribunal, el

⁴ Corte Federal Americana EEUU, Grimshaw vs. Ford Motors Co” 119 Cal. App. 3d 757 (1981)

desprecio por la vida humana con el que actuaron los responsables de Ford. Grimshaw recibió 2.516.000 dólares por daños compensatorios y U\$ 125 millones por daños punitivos, mientras que los Gray recibieron 559.680 dólares en compensación por daños.

Vemos entonces que en estos casos el daño punitivo surge como una herramienta legal que permite punir estas inconductas, así como también disuadir de la comisión de hechos similares por parte de otros proveedores inescrupulosos. Estas finalidades de los *punitive damage*, se desprenden del concepto mismo de este instituto, veamos dos definiciones de doctrinarios anlosajones citados por López Herrera:

“...Dobbs define a los daños punitivos como “aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental.. []... Otra definición es la que dan Prosser y Keeton para quienes los daños punitivos son “tales daños [que] son otorgados al actor además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar al demandado, de enseñar al demandado a no hacerlo de nuevo y de disuadir a otros de seguir el ejemplo del demandado” (López Herrera, 2008, p. 36).

La Corte Suprema de EEUU las definió como: “multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir de su futura ocurrencia.”⁵

Por su parte nuestra doctrina elaboró estas definiciones: para Colombes (2008, Apartado III) las penas civiles: “son una herramienta tendiente a disuadir las prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas, al enviar a pagar a quien resulte afectado por las consecuencias de dichas prácticas, una suma en concepto de multa civil, la cual se adicionará a la fijada en concepto de resarcimiento del daño”.

⁵ Corte Suprema de Justicia de EEUU, Gertz v. Robert Welch, 418 U.S. 323 (1974)

Según Benjamín Moisés el daño punitivo es “la sanción civil pecuniaria establecida para reprimir y prevenir las conductas dolosamente desaprensivas por parte del sujeto dañador” (Moisés, 2008, p.37).

Bustamante Alsina(1994-B, Apartado II) considera que ; “los daños punitivos son una especie de indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición.”

Finalmente para Ramón Pizarro son las “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro,1993, pág. 291).

En todas las definiciones podemos distinguir dos componentes: el castigo (punishment) y la disuasión (deterrence), que pueden ser vistas como la confluencia de la faz sancionadora y la faz preventiva del derecho de daños, fines que persigue la aplicación de este instituto, como así también su carácter de accesorio (López Herrera, 2008).

Al respecto Pizarro y Vallespinos destacan que “[l]a función preventiva del derecho de daños ha agigantado su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación. [...] [u]n adecuado régimen de sanciones puede erigirse en un factor de prevención de consecuencias dañosas, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la Ley”. (1999, p. 252).

3.4. Naturaleza jurídica

A través de las conceptualizaciones anteriores hemos dado cuenta de las notas tipificantes de los daños punitivos. Vemos que ontológicamente se diferencian de los daños compensatorios, ya que no son una indemnización por el daño sufrido.

“No tienen por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense, compensatoria” (López Herrera, 2008, p. 37).

Los magistrados al imponer daños punitivos agregan un plus a la indemnización de corte resarcitorio y esto con el fin de castigar y disuadir. Por esto, López Herrera (2008) lo considera un instituto jurídico accesorio o incidental como lo nombra la jurisprudencia estadounidense, por lo tanto carece de autonomía y depende de una acción principal.

Otra nota distintiva de su naturaleza jurídica, es su carácter de excepcional, lo que demanda extremada cautela por parte de los operadores jurídicos para hacer un uso restrictivo de los punitive damages. Más aún al usar la fuerza de la ley en procesos civiles que carecen de las garantías propias de Derecho Criminal, en los que deberá probarse la actitud absolutamente reprochable del victimario.

Este elemento subjetivo, como tercera característica del instituto, debe ser agravado, tal como mencionaban nuestros juristas al referirse a la conducta del dañador: “dolosamente desaprensivas”, “agravada por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa”, “graves inconductas”, se deduce que no serán aplicables los daños punitivos ante meros incumplimientos o simples negligencias, la punición implica un grave reproche subjetivo.

En resumen “los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como

sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas” (López Herrera, 2008, p. 38).

3.5. Clasificación de los daños punitivos

López Herrera (2008) explica que los tratados norteamericanos no incluyen clasificaciones, ya que en esta tradición la preocupación no pasa por la categorización y el encasillamiento. Por lo tanto en su tesis doctoral propone las siguientes clasificaciones según:

- la fuente o el origen serán judiciales, arbitrales o legislativos
- la libertad de imposición, facultativos u obligatorios
- su relación con la condena compensatoria, sin relación/ con relación
- el papel del jurado, sólo con aplicación en EEUU
- y de acuerdo al destino de la multa. Como ya expusieramos, los daños punitivos son un plus indemnizatorio, este dinero puede destinarse totalmente a la víctima, siendo llamada condena completa (full award), o puede ser asignada en partes a compartir entre el damnificado y el Estado o algún fondo específico, lo que será una condena compartida (Split award) o, finalmente, ser percibida en su totalidad por el Estado, quedando excluida del beneficio el perjudicado, hablamos de una condena cero (zero award). Esta última categorización nos permitirá analizar la legislación argentina, ya que en cada propuesta normativa, varió este aspecto: ¿a quién debe destinarse el monto de la condena?

También esta clasificación puede asistir, como dice López Herrera (2008), “en la empresa de comprender mejor desde nuestra mentalidad racionalista el fenómeno de los daños punitivos. Nos ayudará también a concluir que nuestros sistemas no están tan lejos y que quizás estemos denominando con nombres distintos algo que en esencia es casi lo mismo” (López Herrera, 2008, p.40).

3.6. Recepción doctrinaria de los daños punitivos en Argentina

El instituto en estudio, comenzó a formar parte de los debates en nuestro país a partir del trabajo de Alfredo Krant (1989) y de la obra del jurista cordobés Ramón D. Pizarro “Daños punitivos” publicada en 1993.

Así mismo en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunida en Tucumán, en el año 1993 se recomendó de lege ferenda “profundizar el análisis sobre la conveniencia de acoger un sistema de penas privadas a semejanza de los daños punitivos del common law”.

Dos años más tarde, la Comisión 2 de las XV Jornadas de Derecho Civil trató el tema de la responsabilidad civil derivada de la actividad industrial y sugirió la inclusión de una “indemnización punitiva” para determinados supuestos.

A partir de las discusiones doctrinarias surgieron detractores y defensores de la inclusión de esta figura jurídica a nuestra legislación. En el primer grupo podríamos ubicar a Bustamante Alsina y Sebastián Picasso, quiénes rechazan los daños punitivos por considerarlos extraños a nuestro ordenamiento desde su origen, y por resultar incoherentes con un sistema de responsabilidad civil de corte netamente resarcitorio. Además critican que a través de su acepción, se desvirtúa la clásica división de funciones entre el Derecho Civil y el Penal, ya que las penas son exclusivas de éste último.

Picasso objeta la constitucionalidad de los daños punitivos, afirmando que viola el principio de reserva consagrado en el Art 18 de la C.N. “Queda claro, pues, que poco o nada hay de sancionatorio en nuestro derecho de daños. Por el contrario, sabido es que rige en él una regla de oro que resulta ser exactamente contraria a los principios que informan los punitive damages: el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el perjuicio causado. La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito; cualquier desembolso efectuado por encima de ese límite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado”. (Picasso, 2009, apartado II).

Entre los doctrinarios que valoran la incorporación de esta figura a nuestra legislación encontramos a López Herrera, Mosset Iturraspe, Alvarez Larrondo,

Lorenzetti, Alterini, Trigo Represas, Burn, Galdós, Moisés y los ya citados Pizarro y Vallespinos. Estos últimos argumentan a favor de su postura que la idea de punición o sanción, no es totalmente ajena al ordenamiento civil nacional, ya que existen instituciones vigentes que persiguen este fin, tales como: la cláusula penal, los intereses punitivos, las astriente, los intereses sancionatorios y el daño moral, que puede asumir en ciertos supuestos el carácter de pena privada.

Kemelmajer de Carlucci (1999) en tesis intermedia, postula darle la posibilidad a la víctima de optar por reclamar el daño sufrido, o en su defecto, las ganancias percibidas por el sindicado responsable a raíz del hecho dañoso.

A continuación ampliaremos los argumentos que se alzan a favor y en contra de la inclusión de los exemplary damages.

3.6.1. Principales objeciones a su incorporación

3.6.1.1. Constitucionalidad

Como anticipáramos, una de las objeciones hacia la incorporación de la faz punitiva al derecho de daños, es la consideración de su inconstitucionalidad. Para este sector doctrinario dicha figura en el ámbito civil, viola el principio de reserva consagrado en el Art. 18 CN, así como el de legalidad y la garantía del debido proceso.

Picasso lo explica así “la consagración legislativa de los “daños punitivos” requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción” (Picasso, 2008).

Estos juristas razonan que si los daños punitivos persiguen un propósito sancionador, tienen la naturaleza de una pena (Picasso, 2009) y de acuerdo al *nullum crimen, nulla poena sine lege*, solo es posible aplicar penas si una ley previamente detalla, y de manera estricta, las conductas punibles.

Respecto al debido proceso, en sede civil, el demandado no cuenta con las garantías que tiene en el ámbito penal, donde la condena requiere que la evidencia esté a salvo de toda duda (*in dubio pro reo*).

“Otro problema, que se manifiesta en el terreno procesal, es el de la autoincriminación. En el juicio civil se admite la absolución de posiciones, y la incomparecencia del absolvente o su negativa a contestar constituyen presunciones (*juris tantum*) en su contra. En un proceso penal, la índole de los derechos en juego torna ilegítima toda confesión ficta, en razón del estado de inocencia del que goza el imputado hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad” (Brodsky, 2012, p. 280).

3.6.1.2 El enriquecimiento sin causa

Los detractores de los daños punitivos consideran ilícito indemnizar más allá del límite impuesto por el daño realmente causado y consideran este agregado que implican los *punitive damages*, un beneficio injustificado, sin causa jurídica que lo amerite, lo que constituye un enriquecimiento sin causa.

Este principio de la responsabilidad civil continental “implica un desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, sin cusa o título jurídico que lo justifique, de tal forma que de no existir el justificativo jurídico, el beneficio se debe reputar incausado” (Llambías, 2009, p. 58).

Picasso comentando el fallo “Tejeiro”⁶ (que analizaremos más adelante), años después de la incorporación de la punición a nuestro ordenamiento, escribe: “atrás quedó la ilusión de un consumidor de convertirse en el millonario ganador de una suerte de “lotería del daño punitivo” (Picasso, 2014) expresando que el cobro de ese rubro indemnizatorio viola el principio jurídico que prohíbe enriquecerse a costa de otra persona, ya que no tiene causa que lo legitime.

3.6.2. Argumentos doctrinarios a favor de la figura de los daños punitivos

⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba, Tejeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAUCA y G –Abreviados, 2011.

Comenzando por la crítica que dice que sancionar en el ámbito civil borra sus límites con el Derecho Penal, implicando un retroceso, Moisés responde que “tanto delito como pena, son conceptos empíricos por lo que solo es posible fundar la distinción Penal y Civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico- axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos” (Moisés, 2008, p. 32).

La segunda objeción, referida al enriquecimiento sin causa se desmorona al analizar ciertos casos como los que suceden “cuando quien contraría el ordenamiento jurídico, causando un daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad” (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 465). En este caso la simple reparación no reestablece el equilibrio quebrado por el hecho dañoso.

Brodsky defendiendo la incorporación de esta figura al Derecho de Consumo, dice que lo más importante es recordar sus objetivos “por un lado, favorecer la prevención de futuras lesiones; por otro, dismantelar los beneficios subsistentes de actos ilícitos lesivos ya perpetrados”; además advierte que “quitarle al incumplidor lo que percibió defraudando a toda una masa de consumidores no constituye ningún “*plus-castigo*”, sino la reposición de la situación (tanto la del damnificado como la del responsable) a su estado anterior al hecho ilegítimo” (Brodsky, 2012, p. 283).

3.7. Antecedentes legislativos

La introducción de los daños punitivos, a la legislación argentina fue muy discutida, como lo es en todos los ordenamientos de origen romanista. Un primer ensayo legislativo fue la inclusión en el Anteproyecto de 1998 (elaborado por el Dr. Alterini) del Art. 1587. “Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quienes actúen 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.”

Podemos advertir que como requisito para su procedencia se requería un factor subjetivo “la grave indiferencia” hacia los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva, esta fórmula permitiría al juez aplicarla a diversos casos, siempre que existiera dicho factor de atribución.

Respecto del destino de la multa sería el que el Tribunal decida por resolución fundada. Esta “condena cero” fue criticada por López Herrera (1999), ya que considera que los propósitos preventivos de la norma proyectada se diluyen por la falta de incentivo para demandar que tienen la víctima o sus abogados. Este jurista propone que la condena se destine a la víctima.

Otro punto a destacar sobre la redacción de este artículo, es que no fija ningún tope o techo a la condena que aplicará el juez al momento de determinarlos. “Se entiende que esta decisión fue un acierto por cuanto desde el punto de vista práctico se demostró que en aquellos casos en que se aplicaron topes sólo un porcentaje muy pequeño hubiera caído bajo su paraguas. En suma, el sistema de topes constituye una forma de recelo a la libertad del juzgador, lo que no es aprobable, pese a que una primera apariencia indique lo contrario” (Montes y San Martín, 2014).

La Cámara de Diputados modificó y sustituyó dicho artículo por el siguiente: Artículo 1587. Multa Civil. “El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta. La Multa se destinará al Fondo de Garantías para víctimas, con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El Tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento. La multa solo podrá imponerse una vez por los mismos hechos. A tal fin, el Ministerio de Justicia centralizará en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos tribunales del país, informe que deberán pedir los tribunales antes de resolver sobre su imposición.”

La nueva norma mantiene el factor de atribución subjetivo agravado que prescribía el Anteproyecto, provee de más elementos para fijar el monto de la condena (“tomando en consideración las circunstancias del caso”) y modifica el destino de la multa que será compartida o mixta. Ésta modificación fue efectuada por la Cámara de Diputados siguiendo la postura del Dr. Mosset Iturraspe en las Conferencias Nacionales de Abogados de Jujuy (Año 2000).

Pizarro considera que mientras mayor sea la porción destinada al fondo, mayor es el incentivo para su evasión. Además jamás deben ser tomados como instrumentos de política recaudatoria porque desnaturalizan completamente el instituto de los daños punitivos y el Estado ha demostrado ser mal administrador.

Álvarez Larrondo considera más razonable que el destino sea exclusivamente la víctima ya que “la autoridad de contralor es incapaz de alcanzar todas las supuestas infracciones, el incentivo al consumidor de ser el destino de la multa, lo convierte en un fiscal de la correcta aplicación de la ley” (Álvarez Larrondo, 2008, p. 5).

3.8. Incorporación de los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor

Luego de intensos debates los daños punitivos se incorporan a nuestro ordenamiento por medio del Art 52 de la ley de Defensa del Consumidor que dice:

“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 favor del consumidor, la que se graduará en función 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, independientemente 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”.

De la lectura del mismo, cuya redacción ha sido muy criticada se deducen los supuestos para su aplicación:

- instancia de parte
- destino de la multa al damnificado
- cuantificación determinada en función de la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”
- establecimiento de la responsabilidad solidaria, cuando el incumplimiento provenga de más de un proveedor.

Analizaremos a continuación las principales críticas que recibió la redacción de esta norma por parte de la doctrina nacional, aún de los defensores de esta figura. Así Stiglitz y Pizarro (2009) entendieron que la reforma fue digna de elogio pero consideraron desacertada la recepción del instituto por la malograda redacción de del artículo que puede convertirlo en fuente de inseguridad jurídica e inequidad.

3.8.1. Objeciones a la redacción del art. 52 bis de la LDC

- Terminología

La ley 26361 utilizó el nombre daños punitivos para incorporar la figura la LDC, el que surge de una traducción literal de los punitives damages, que como ya analizáramos nacen y pertenecen al common law. Este término es ambiguo porque lo que se sanciona o pena no es el daño, sino los actos ilícitos, y no con el fin exclusivo de castigar al dañador, sino más bien con fines preventivos y disuasivos.

- Presupuesto de aplicación

La norma prevé que se aplicará la multa civil “al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. Se critica la amplitud de la previsión y la ausencia de una referencia al factor subjetivo que mencionan la doctrina nacional y anglosajona como presupuesto para la procedencia de esta, el grave reproche a la conducta del dañador. Recordemos que los daños punitivos son de aplicación restrictiva y no pueden aplicarse ante un mero incumplimiento.

- Procedencia a instancia del damnificado

Esta previsión de la norma se corresponde con el destino de la multa que será íntegramente para el consumidor perjudicado. El monto es fijado en su interés, por tanto debe ser él quien los solicite.

Sánchez Costa considera que “pese a esa coherencia del sistema, a los efectos del instituto de los daños punitivos dicha solución es incorrecta, puesto que si el obrar del demandado fue malicioso y desinteresado respecto de la comunidad, es el Estado (esa comunidad jurídicamente organizada) el que debe reclamar y aplicar el castigo al autor del daño. De lo contrario, pareciera que al Estado no le importara que ciertas conductas maliciosas causaran graves daños a la comunidad y entonces los que deben preocuparse por su castigo son los particulares. Claro está que aun en el supuesto de que en alguna futura reforma se permitiera aplicar la sanción de oficio se debe garantizar al demandado ofrecer prueba y ejercer lo más ampliamente posible su derecho de defensa” (Sánchez Costa, 2009, p. 1124).

- Destino de la multa

Ya adelantamos la postura de Sánchez Costa al respecto, pero existen otras elaboraciones doctrinarias sobre el acierto de que este plus indemnizatorio debe destinarse exclusivamente al demandante.

Hay quienes consideran que sin este incentivo los consumidores no denunciarían (Álvarez Larrondo, Colombres), mientras que otros consideran que netamente destinada al consumidor dicha cifra será fuente de lucro y enriquecimiento ilícito.

Brodsky (2012) señala que ambas posturas tienen una cuota de razón, por lo que la solución sería una condena compartida, aplicando un criterio mixto, destinando una parte de la multa a favor del consumidor y otra al Estado o fin público.

- Cuantificación del daño punitivo

Una vez más la norma carece de precisión al graduar la multa civil, dice que se hará “en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de las otras indemnizaciones que corresponden”.

La operación de cuantificar, estará en manos del juez, para lo que deberá calcular el monto utilizando la razonabilidad. El vocal Guillermo P. B. Tinti, en un fallo reciente, aseveró que “los jueces deben ser en extremo prudentes y cuidadosos en el momento de establecer la sanción por daño punitivo”, razón por la que precisó que “algunas reglas que pueden tenerse en cuenta para fijar el importe son: 1) que la sanción guarde proporcionalidad con la gravedad de la falta. 2) Considerar el valor de las prestaciones o la cuantía del daño material. 3) El caudal económico de quien debe resarcir el daño. 4) La equidad como regla para establecer los montos”.⁷

- Solidaridad de los proveedores ante el consumidor

La norma continúa “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”. Esta previsión presupone coautoría o complicidad entre los responsables, ya que las acciones de regreso no pueden ser reclamadas por aquellos que actuaron con dolo.

En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009) se concluyó que “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”.

- Tope máximo

⁷ Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, Davida Iván. Abreviado. Exp. N° 1745342/36”. Fecha de la sentencia: 27 de octubre de 2011.

El artículo en cuestión al legislar sobre el monto de la pena, remite al Art. 47 de la LDC, que fija como monto máximo de las sanciones la suma de \$5.000.000.

Brodsky (2012) considera arbitrario este límite ya que puede impedir el pleno desmantelamiento del enriquecimiento indebido a costa del consumidor y por otra parte obstaculizar su función preventiva, ya que el proveedor puede calcular la ganancia que obtendrá con el incumplimiento ante los consumidores.

3.9. Desarrollo jurisprudencial de los daños punitivos en Argentina

La norma con la que se incorporaron los daños punitivos a nuestro derecho generó debido a su fallida redacción, tal como anticipaba la doctrina, sentencias discordantes en cuanto al “reconocimiento del instituto en vigencia y las condiciones para su admisibilidad” (Otaola, 2013, p.35).

Sin embargo los fallos fueron contestes en cuanto a los montos siempre escasos y alejados de sus homónimos en las corte estadounidenses en donde alcanzaron cuantiosas sumas. “Para ilustrar este aserto basta con constatar que la mayor suma otorgada hasta ahora en concepto de “daños punitivos” por un tribunal nacional fue de \$ 100.000⁸, concedida frente a la comercialización de un producto farmacéutico con deficiente información sobre sus contraindicaciones. Fuera de ese único precedente, se han registrado condenas de \$ 1000⁹ \$ 1500¹⁰ \$ 3000¹¹ \$

⁸ CNAC. APEL. CIV., Sala G, “L., N. R. c/ Laboratorios Phoenix SAICF y otros”, 25/09/2012, LL, 31/08/2012, p. 9.

⁹ CÁM. APEL. CIV. COM. COMÚN TUCUMÁN, “Macian, Elsa Susana c/ AMX Argentina SA”, 14/11/2011, LLNOA, 2012-222 (por el incumplimiento de la obligación de entregar un teléfono móvil).

¹⁰ JCIV. Y COM. 11A NOM. Salta, “Gramajo Salomón, Juan P. c/ Telefónica Móviles Argentina SA”, fallo cit.

¹¹ CAPEL. CIV., COM. Y MINERÍA GENERAL ROCA, ENTRE RÍOS, “Ríos, Juan C. c/ Lemano SRL Altas Cumbres s/ Sumarísimo (ley 24.240 - 26.361)”, fallo cit.

5000¹² \$ 11.000¹³ \$ 15.000¹⁴ \$ 20.000¹⁵ \$ 25.000¹⁶ \$ 30.000¹⁷ y \$ 40.000¹⁸”
(Picasso, 2014, p. 8).

Analizando el *leading case* de los daños punitivos en nuestro país, vemos que en los autos caratulados: Marchinandiarena Hernandez Nicolás c/ Telefónica de Argentina (fallo cit.), los jueces impusieron esta multa a la empresa por carecer su edificio de rampas de acceso para personas con discapacidad.

En el decisorio los jueces explicaron que:

Para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LL 2008-D, 58).

¹² CAPEL. CIV. Y COM. ROSARIO, Sala II, “Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina SA s/ Daños y Perjuicios”, fallo cit.

¹³ CAPEL. CIV. Y COM. AZUL, BUENOS AIRES, Sala II, “Rossi, Laura V. c/ Whirlpool Argentina SA”, fallo cit.

¹⁴ CNAC. APEL. COM., Sala F, “R., SA c/ Compañía Financiera Argentina SA”, 10/05/2012, LL, 10/08/2012, con nota de Federico M. Álvarez Larrondo (incumplimiento de ciertas obligaciones por parte de una empresa de tarjetas de crédito).

¹⁵ CAPEL. CIV. Y COM. 6A NOM. CÓRDOBA, “Benejam, Onofre Alejandro c/ Telecom Argentina SA - Abreviado - Cumplimiento / Resolución de Contrato - Recurso de Apelación”, 08/04/2014, elDial.com - AA86AC (demora injustificada en la instalación de una línea telefónica); CAPEL. CIV. Y COM. SALTA, Sala I,

¹⁶ CÁM. 1ª APEL. CIV. COM. SAN ISIDRO, Sala I, “Anglada, Noercí A. y otro c/ Bristol Medicine SRL”, 01/11/2010, fallo cit.

¹⁷ CÁM. 1ª APEL. CIV. COM. MAR DEL PLATA, Sala II, “Machiandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina”, 27/05/2009, fallo cit.

¹⁸ CAPEL. CIV. Y COM., Sala 3, “Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidar Seguros SA s/ Daños

Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro.

En estos párrafos la sentencia parece defender una estricta interpretación de la norma, aplicando la punición ante un incumplimiento, aunque no se haya probado un factor subjetivo agravado en su actuar.

Más adelante agrega:

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, **por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva** (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.).

Los magistrados en este apartado, advierten que aunque la norma no mencione el requerimiento de dolo o culpa grave, la doctrina sí lo hace. Cita, entonces las normas que la empresa incumplió (universales, regionales y domésticas) y la condena a pagar \$30.000 al actor en concepto de daños punitivos, aplicando finalmente un factor de atribución de tipo objetivo.

Otro decisorio destacado, en la escasa jurisprudencia disponible sobre el tema, es el que condenó a en primera instancia a la demandada, Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A., a entregarle al actor, Sr. Tejeiro una botella de la bebida que adquirió, a

abonarle la suma de Un Mil Quinientos Pesos en concepto de reparación del daño moral y la suma de Dos Millones de Pesos en concepto de daños punitivos y a hacerse cargo de las costas del juicio. En estos autos el actor, invocando su condición de consumidor, ha promovido demanda en contra de la accionada en su calidad de proveedora, diciendo que el 24 de octubre de 2008 adquirió una botella de gaseosa marca "Pepsi" y cuando se aprestaba a consumirla advirtió que ésta tenía en su interior un envoltorio abierto y usado de gel íntimo para preservativos marca "Prime". La jueza cordobesa justificó así la aplicación de la multa:

Es por ello que considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños, disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras. Si bien, no puede hablarse de malicia, ni fraude, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de grosera. Esta conducta se ha manifestado asimismo en la actitud procesal de negar el hecho, sin dar satisfacción alguna a la actora, en cuanto a explicar la causa de tamaña infracción, demostrando total indiferencia por las consecuencias de una conducta que a todas luces aparece como negligente o desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección a los derechos del consumidor.”¹⁹

Vemos que la magistrada sanciona al proveedor por “negligencia culpable” a pesar de considerar que “Del análisis integral de la prueba producida por la demandada, se llega a la conclusión de que la empresa demandada cumpliría con todas las reglas de control de calidad impuestas por las normas legales en la materia, teniendo asimismo la certificación correspondiente del sistema HACCP, que permite identificar peligros específicos y medidas para su control con el fin de garantizar la inocuidad de los alimentos”.

Más tarde la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, deja sin efecto esta sentencia apoyándose para ello en los siguientes argumentos:

¹⁹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba, Teijeiro ó Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes SAUCA y G –Abreviados, 2011.

“...advierde Fernando Colombres que "el juzgador deberá analizar seriamente las constancias de la causa antes de condenar por daños punitivos y no limitarse a constatar que hubo un incumplimiento contractual" (DJ 19/10/2011,1).

Es que, para la imposición de la multa civil a que se refiere el art. 52 bis L.D.C., no bastan como en aquel caso las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose.”²⁰

Podríamos citar más casos para ilustrar estos desacuerdos jurisprudenciales, pero consideramos más útil pensar en la causa de estas disidencias, que encuentran su origen en la pésima redacción del art. 52 bis.

Aunque la doctrina mayoritaria entienda que para que proceda la aplicación de la multa civil debe probarse un especial ánimo doloso o gravemente culposo, lo cierto es que la norma sólo exige un incumplimiento de cualquier obligación legal o contractual, por lo que siempre cabe la posibilidad de que se interprete literalmente y se de vía libre a la aplicación de daños punitivos. (Otaola, 2014, p. 40).

Era clara entonces, la necesidad de una reforma legislativa que incluyera la conducta subjetiva agravada, como requisito para su procedencia.

3.10. Conclusión

En este capítulo reseñamos el origen de los daños punitivos, para comprender su naturaleza jurídica y como fue aplicada ésta figura en las cortes del common law. De sus notas tipificantes podemos destacar su carácter de excepcional y su uso

²⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Teijeiro (o) Teigeiro Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. [abreviado – otros, 2012

restrictivo, así como la necesidad de un factor subjetivo de atribución doloso o muy reprochable para que proceda su aplicación.

Lamentablemente son dos notas que no se tomaron en cuenta al redactar el art. 52 bis de la LDC, norma con la que ingresan estas multas civiles a nuestro derecho civil. Por este motivo hubo fallos que integraron al artículo los requisitos ausentes, mientras que otras sentencias se ajustaron a la letra de la ley sancionando meros incumplimientos de carácter objetivo.

Aun así consideramos como Otaola (2013) que la incorporación de los daños punitivos a la LDC no ha constituido un retroceso:

Esto por varias razones: a) en contra de lo que plantearon algunos doctrinarios al afirmar de que la incorporación de los daños punitivos acarrearía una catarata de damnificados, puede decirse que esto no ha ocurrido, y si existieron pretensiones de aplicación de la figura ante supuestos no calificados para ser sancionados, los jueces no hicieron lugar (o lo hicieron, bajo sumas de poca cuantía); b) la amenaza de sanción previene a muchos proveedores de bienes y servicios despreocupados por el bienestar del consumidor, de la exigencia de adoptar las medidas necesarias para poner en el mercado un producto adecuado; c) todo intento del derecho por proteger a quienes son víctimas de abusos sistemáticos, es loable. Por supuesto, y como se dijo, en su justa medida y teniendo siempre en miras los fines que se pretenden lograr. (Otaola, 2013, p.15)

BIBLIOGRAFÍA

- Bentham, Jeremy, citado por Mill, John Stuart (1961), “The Utilitarianism”, New York: Dolphin Books.
- Bueres, Alberto J, (2014), “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado” 1a ed., 2º Tomo, Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustamante Alsina, (1997), “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9º Ed, Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Bustamante Alsina, Jorge (1994), “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Buenos Aires: La Ley
- Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1a ed., IV Tomo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- De Angel Yáguez, Ricardo (1989), “La responsabilidad civil”, 2 ed., Bilbao: Universidad de Deusto.
- Diez Picazo (1999), “Derecho de daños”, Madrid: SL Civitas Ediciones.
- Kant, Immanuel, “Metafísica de las costumbres” citado por Córdoba, Arnaldo (1978) “*Principios metafísicos de la doctrina del derecho*”, México: UNAM.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1993), “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?”, Anales de la Academia Nacional de Derecho, 1993, N° 31.

- López Herrera, Edgardo (2006), “Teoría general de la responsabilidad civil”, Buenos Aires: Lexis Nexis Lexis N° 7004/002162.

- López Herrera, Edgardo (2015), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo IV, Buenos Aires: FEYDE.

- Molina Sandoval, Carlos A (2004), “Derecho de Consumo”, Córdoba: Advocatus.

- Mosset Iturraspe Jorge, Wajntraub, Javier H. (2010), Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni,

- Orgaz, Alfredo (1992), “El daño resarcible”, Córdoba: Marcos Lerner editora.

- Otfried, Höffe (1985), “Introducción a la philosophie pratique de Kant”, Abeuve: Castella.

- Picasso, Sebastián (2007), Sobre los denominados “daños punitivos”, Buenos Aires: La Ley.

- Picasso, Sebastián (2008) “Nuevas Categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en *Reforma a la ley de Defensa del Consumidor*, Dirigida por Roberto Vázquez Ferreyra, Buenos Aires: La ley.

- Pizarro, R. y Vallespinos, C. (1999), “Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones”, Tomo III, Buenos Aires: Hammurabi.

- Pizarro, Daniel Ramón (1993), “Daños punitivos”, en: Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Felix Trigo Represas, Buenos Aires: La Roca.

- Ralws, John (1993), “Political Liberalism”, traducido por Calderón, José Esteban, México: FCE.

- Rawls, John (2002), “La justicia como equidad”, Paidós Ibérica.

- Santa Biblia, versión Reina Varela, 1960.

- Sampieri, R., Collado, C., y Lucio, P. (1991) “Metodología de la Investigación”. México: Ed. McGraw-Hill.

- Petit, Eugene (2002), “Derecho Administrativo”, 2 ed., Buenos Aires: De Palma.

- Trigo Represas, Félix, Lopez Mensa, Marcelo (2004), “Tratado de la Responsabilidad Civil”, T. 1, Buenos Aires: La Ley.

- Trigo Represas, Félix A. (2005), “Los presupuestos de la responsabilidad civil” en *Responsabilidad civil y seguros*, Buenos Aires: La Ley.

- Vid Real Academia Española (1999), “Diccionario de la lengua española”, 21 ed., Madrid: España Calpe.

- Yuni J. A. y Urbano C. A. (2003). “Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación”. Córdoba: Ed. Brujas.

- Zavala de Gonzalez, Matilde; González Zavala, Rodolfo M. (1997) *Indemnización punitiva*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

- VI Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, 1996; V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1997; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999; XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, 2000; XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de

Zamora, 2007 (López Herrera, Edgardo. “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, JA 2008-II-1198, nota 10).

Artículos

- Álvarez Larrondo, Federico M. “*La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino*”. JA 2008-II-1246.

- Álvarez Larrondo, Federico, *Un nuevo avance en materia de daños punitivos*, Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa, Año 2, N° 3, junio de 2011, p. 115.)

-Bustamante Alsina, Jorge, “*Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*”, LA LEY, 1994-B, 861.

- Brodsky Jonathan M., “Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores”. *Lecciones y Ensayos*, Nro. 90, 2012 ps. 277-298

- Brun, Carlos A. “*¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”)*”, DJ 2004-3-1228.

- Colombres, Fernando M. “*Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor*”, LL 2008-E-1159.

-Cruz Meijía, Andrés, “*La responsabilidad civil*”, Revista de Derecho Virtual, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México D.F.

- Galdós, Jorge Mario, “*Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación*” Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 137.

-Kemelmajer de Carlucci, Aída (2012), *“Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”*, Revista jurídica UCES.

-Molina Sandoval, Carlos, Pizarro, Ramón Daniel, *“Los daños punitivos en el derecho argentino”*, Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa, Año 1, N° 1, septiembre de 2010, p. 65.

-Otaola, María Agustina; (2013). *Reflexionando acerca de la incorporación de los daños punitivos al Derecho argentino. Revista VIA IURIS*, Julio-Diciembre, 33-47.

- Sánchez Costa, Pablo F. *“Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”*, LL 2009-D-1113.

- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (14), 317-358.

- Shina, Fernando. *“Los Daños Punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial. Otro retroceso en las precarias relaciones de consumo en la Argentina”*, Eldial.com 03/08/2012.

- Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D. *“Reformas a la ley de defensa del consumidor”*, LL 2009-B-949.

- Vuotto, Marcelo Oscar, *“Hacia una redefinición de las funciones de la responsabilidad civil. La importancia de la prevención en el nuevo ordenamiento legal”* El Derecho, [263] - (29/06/2015, nro 13.758)

- Zamora, 2007 (López Herrera, Edgardo. *“Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”*, JA 2008-II-1198, nota 10).

Otras fuentes consultadas

- La Ley Online, www.laleyonline.com.ar
- Abeledo Perrot Online, www.abeledoperrot.com.ar
- Microjuris, www.microjuris.com.ar

