

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

SERGIO LEANDRO CLAPS

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

Doctor en Derecho. Profesor Titular de las asignaturas Derecho Civil II Curso “Obligaciones” y Derecho de Daños de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE. Fue Profesor de la asignatura Privado II (Obligaciones) de la Universidad de la Cuenca del Plata. Jurado de concursos docentes en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE y del Consejo de la Magistratura Corrientes, Misiones y del Poder judicial de la Nación. También se ha desempeñado como Consejero Superior de la Universidad Nacional del Nordeste y como Consejero Académico de la Facultad de Derecho. Actualmente se desempeña como integrante de la Comisión de Posgrado de la Facultad de Derecho-UNNE. Ha participado activamente de conferencias, congresos, seminarios y cursos de posgrado, contando con publicaciones jurídicas en distintas editoriales.

INTRODUCCIÓN

Una de las reformas más importantes introducidas por el Código Civil y Comercial, ha sido en materia de responsabilidad civil, donde se materializó un largo anhelo de la doctrina, expresada en innumerables Jornadas de Derecho Civil y

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Congresos de Derecho de Daños, respecto de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Se propiciaba la unidad del fenómeno de la responsabilidad, por cuanto que el concepto de responsabilidad es el mismo y los presupuestos son comunes.

El nuevo Código, consagra un diseño muy novedoso, donde los avances de la doctrina y de la jurisprudencia han sido muy importantes, con la incorporación de normas expresas atinentes a la prevención del daño (artículos 1710 y siguientes), las causas de justificación (artículos 1716 y siguientes), la asunción del riesgo (artículo 1719), el valor jurídico del consentimiento del damnificado (artículo 1720), o de la dispensa anticipada de la responsabilidad (artículo 1743), en fin de la responsabilidad colectiva y anónima (artículos 1760 y siguientes), etc.

El derecho de Daños ha experimentado profundas transformaciones como fruto del desarrollo social, los modelos económicos y, consecuentemente, el pensamiento jurídico. Frente a esta cuestión, el Derecho Privado, en general y el derecho de Daños en particular, han experimentado la necesidad de ahondar en nuevas temáticas para brindar respuestas.

Por eso, es que, existe un consenso prácticamente generalizado en cuanto a que, la responsabilidad civil entendida sólo como un mecanismo tendiente al resarcimiento de daños ya acaecidos es insuficiente. Por el contrario, en la actualidad, son necesarios e imprescindibles de mecanismos y técnicas que vayan dirigidas concretamente a la evitación de perjuicios probables o previsibles y también a la sanción de aquellos agentes que actúen a través de conductas cuya gravedad merezca una reacción adicional.

En este sentido, los estudios actuales sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños comprenden los nuevos fenómenos y preocupaciones de esta materia. Como ser: la regulación específica de los derechos inherentes a la persona como la dignidad, la identidad, la privacidad, la imagen y la vida, la consagración de los bienes de incidencia colectiva con carácter fundamental (por ej.: La protección del ambiente), la protección diferenciada de determinados grupos de individuos como los consumidores y usuarios, sumada a la magnitud de los daños alcanzados por efecto del progreso científico y tecnológico, con potencial para poner en peligro la supervivencia misma de la raza humana.

Estos derechos requerían una tutela diferenciada, por cuanto que, no teniendo precio en dinero o siendo difícil expresar su valor pecuniariamente, era indudable que la reparación en dinero no era el mecanismo de tutela más compatible con su naturaleza específica. Allí surgió una nueva concepción de la responsabilidad civil, donde la prevención es ya una función central del derecho de daños.

En este contexto de grandes transformaciones, el nuevo Código Civil y Comercial, tuvo que actualizar el conjunto de disposiciones del derecho civil con base en esta nueva realidad y en la experiencia de la doctrina y jurisprudencia, armonizándola con las normas de las leyes especiales que deben seguir funcionando separadamente, en función de sus características particulares.

Así las cosas, el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, receptaba la función tripartita de la responsabilidad civil y el reconocimiento de idéntica jerarquía a cada una de ellas, ya que se tutela el patrimonio, la persona y los derechos de incidencia colectiva.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Sin embargo, lamentablemente, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación suprimió la incorporación de la función sancionatoria del Código Civil y Comercial.

ASPECTOS GENERALES

El Anteproyecto, como manifestara con anterioridad, presentaba una sistematización innovadora en esta materia que consistía en dos tipos de articulaciones: a) se regulaban diferentes tipos de derechos: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocían tres funciones: preventiva, punitiva o sancionatoria y resarcitoria.

Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, la imagen, esta última es mucho más eficaz.

En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente.

En cuanto a la procedencia de mecanismos de prevención del daño ambiental por sobre los estrictamente resarcitorio, lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mendoza"¹: *"...la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño, por cuanto que, se trata de actos continuados que seguirán produciendo*

¹ CSJN, 20-6-2006, "Mendoza, Beanza S. y otros c/Estado Nacional y otros", L. L. del 11-7-2006, p. 4; L. L. 2006-D-281; D. J. 2006-2-706; L. L. del 29-6-2006.

contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento”.

En la misma línea, la Ley General del Ambiente 25.675 consagra la plena aplicación de los principios preventivo y precautorio (art. 4°) y la prioridad de la recomposición del daño ambiental, colocando al resarcimiento mediante indemnización en una posición subsidiaria y sólo para el caso en que no resulte técnicamente factible la recomposición (art. 28).

Y en estos casos se observa además la “*tragedia de los bienes comunes*”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconocía la facultad judicial de aplicar multas civiles o sanciones punitivas.

El fin último del resarcimiento del daño, cual es el de volver las cosas al estado anterior a la producción del mismo, resulta de cumplimiento imposible en la mayoría de los casos.

En determinados supuestos, no existen aún reglas claras que permitan determinar la entidad o la cuantía de determinados perjuicios a efectos de traducirlos en un monto indemnizatorio que resulte razonable. ¿Cuánto vale la extinción de una especie de aves en la reserva del Iberá? ¿Qué valor tiene la afectación del paisaje por la construcción de un complejo habitacional que altera notablemente el hábitat? ¿Qué precio le asignamos a la destrucción de un inmueble perteneciente al patrimonio histórico de la ciudad que ha sido demolido para construir un edificio? ¿Qué monto indemnizatorio debe abonarse a raíz de la tala indiscriminada de miles de hectáreas de bosques para, en su lugar, sembrar cultivos? Todos estos interrogantes y dificultades teóricas y prácticas han incrementados los esfuerzos, en materia ambiental, hacia la búsqueda de mecanismos de

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

anticipación del daño. Por tal motivo es que podría juzgarse como sumamente importante la inclusión dentro del nuevo Código de la función preventiva de la responsabilidad civil, de manera expresa.

En materia de daño ambiental, sostiene la doctrina y la jurisprudencia que “*Se deben instrumentar las herramientas que en una clara actitud de “prevención” sean capaces de lograr que se obtenga el objetivo apuntado en el artículo 41, de la Constitución Nacional*”.²

FUNCIÓN PREVENTIVA

GENERALIDADES

La prevención se presenta, como una herramienta que tiene el ordenamiento jurídico en general y también el derecho privado en particular, para dar respuesta de antemano a situaciones en que los intereses corren peligro de ser afectados por la posibilidad del acaecimiento de circunstancias dañosas y que en caso de no evitarse su comisión o agravamiento, sus efectos serían irreversibles. En las últimas décadas se ha comprendido que se logrará una mayor efectividad del Derecho cuando el acento se coloque más en la prevención que en la reparación.

En nuestra doctrina, Matilde Zavala de González, enseñaba que: “*Dentro del más elemental sentido común y como instinto natural del ser humano, resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su menoscabo. Es inexplicable que el derecho de daños se haya conferido tanta atención a la reparación y tan poca a la prevención de los perjuros injustos. El individualismo y*

² CAFFERATTA, Néstor (dir.), “Tratado jurisprudencia y doctrinario de Derecho Ambiental”, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. 1: Capítulos II, Principios de Derecho Ambiental y del Daño ambiental.

*la exageración del principio de libertad no han permitido el cabal respeto hacia las posibles víctimas de daños inmerecidos, cuya cautela es imperativa por el principio de solidaridad*³.

La prevención se presenta como el complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias y punitivas. La tendencia propia de las sociedades contemporáneas a la producción de hechos potencialmente dañosos hace que la prevención vaya adquiriendo cada vez más importancia, pues sus objetivos son justamente evitar la siniestralidad, o por lo menos reducir sus efectos si el fenómeno dañoso llega a producirse.

La tendencia en la actualidad es prevenir que el daño se produzca. En particular, cuando se ponen en juego intereses colectivos o difusos de una comunidad, como ocurre en el derecho ambiental, adquiere especial relieve la tutela preventiva. Aquí los remedios preventivos proceden cuando, *“se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo”*⁴.

Sin embargo esta “prevención” no es solo deseable en el derecho ambiental, o en materia de derecho del consumidor, sino en general en un derecho de daños realmente moderno.

La equilibrada prevención del daño es beneficiosa para damnificados potenciales, por cuanto que a través del resarcimiento del daño no se elimina del mundo

³ ZABALA DE GONZALEZ, M., “La tutela inhibitoria contra daños, en la revista de Responsabilidad civil y seguros”, La Ley, Bs.As. tomo I, p, pág. 1 y ss.; NICOLAU, N., “La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional”, en LL, 1996-A-1245; LORENZETTI, R., “La tutela civil inhibitoria”, en la LL. 1995-C-1217; MORELLO A. y STIGLITZ R., “Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, Platense, La Plata 1986.

⁴ MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, en La Ley, 1987-D, 364.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

los hechos sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos. La prevención es también útil y conveniente para el potencial dañador, pues en definitiva lo pone a cubierto de las contingencias dañosas que, por su gravedad y entidad, pueden llevarlo a una situación económicamente difícil con motivo de las indemnizaciones que deba afrontar. También desde una perspectiva comunitaria su importancia es relevante, pues todo daño incide negativamente en la sociedad, en forma más o menos directa, según los casos, afectando los niveles de riqueza y de producción y la calidad de vida de los ciudadanos.

La doctrina especializada señala que la “prevención” presenta las siguientes ventajas:

1. Mantiene la paz social, la armonía y la solidaridad;
2. Ahorra los costos de todo daño, sea personal o patrimonial;
3. Se inserta en la verdad del antiguo adagio: “mejor prevenir que curar”;
4. Libera a la justicia institucionalizada de la carga de una causa judicial –que en la actualidad abarrotan nuestros tribunales–⁵.

“No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación”⁶.

LAS DISTINTAS FORMAS DE PREVENCIÓN

Como vimos con anterioridad, la prevención constituye una de las funciones principales del derecho de daños, junto a la reparación del daño y la punición de ciertas

⁵ MOSSET ITURRASPE, J., “Responsabilidad por daños”, Tomo I, Parte Gral., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 42.

⁶ VAZQUEZ FERREYRA, R., “Responsabilidad por daños”, Depalma, Bs. As., 1993, pág. 239, quien cita a su vez a Ernesto Caballero, en su ponencia general internacional sobre prevención y Seguros, V Congreso Mundial del Derecho de Seguros define la prevención como el *“conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes”*.

formas de dañosidad calificadas por su gravedad.

Pueden distinguirse varias formas de prevención:

1. Una forma de prevención, **específica**, tiene cabida dentro de **un contexto circunscrito a las actividades riesgosas o peligrosas**, por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran, o para proteger ciertos derechos que hacen a la dignidad humana. Esta prevención se realiza frecuentemente mediante la imposición, de medidas de seguridad adecuadas o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño, o detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada. **Por ello, lo importante es que quien introduce un riesgo realice esfuerzos para determinar su grado de probabilidad y magnitud, y las autoridades públicas se encuentren facultadas a exigirles que se cumplan con dichos recaudos.** Esta forma de prevención es la que mayor interés representa para el derecho actual.

2. y otra, **de carácter general**, opera de manera indirecta, por *disuasión*, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Un adecuado régimen de sanciones puede constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que genera para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley. Dentro de esta forma de prevención podemos mencionar la aplicación de las sanciones punitivas o multas civiles como disuasor de conductas graves de carácter antisocial.

LA PREVENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil y Comercial, desarrolla la función preventiva entre los artículos 1710 al 1713. El primero de los dispositivos citados aporta lo siguiente: ***“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:***

**LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

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;...

c) No agravar el daño, si ya se produjo”.

Como vemos, la norma, consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, o bien, para adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Surge claramente que la tarea preventiva se descompone en tres funciones: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.

La tutela de prevención está fuertemente vinculada con la protección de la persona humana, de su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supraconstitucional, deriva de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, los que expresamente prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia.

Este deber genérico de prevención del daño impuesto por el artículo 1710, expresa de modo certero el principio de prevención contenido en el artículo 4° de la ley 25.675 y toma exigible a toda persona, dentro del sistema de derecho de daños en general y del derecho de daños ambiental en particular, una conducta consistente en la evitación de perjuicios.

El Código avanza un poco más e incluye una serie de dispositivos (arts. 1711 a 1713 del CCC) que regulan el ejercicio y la tramitación de la denominada “*acción preventiva*” que nace frente a un hecho u omisión antijurídica que haga previsible la

producción de un daño.

La acción preventiva procede siempre que exista la posibilidad de que se ocasione un daño por medio de una acción u omisión antijurídica, no siendo necesaria la presencia de ningún factor de atribución que califique esa conducta activa u omisiva (art. 1711 del CCC). No es un problema de responsabilidad y, por ende, no interesa el factor de atribución. Lo que acá interesa es que estamos ante una conducta antijurídica que puede generar un daño.

Para que pueda hacerse valer la función preventiva, la antijuridicidad al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material. No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño. Ejemplifiquemos: Todo automotor en circulación puede generar daño; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia, cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos, por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo, pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que la conducta debe ser ilícita en sí misma considerada.

De lo contrario, podríamos llegar a propiciar una avalancha de acciones preventivas injustificadas. Vamos a otro ejemplo: Podremos parar la construcción de determinada obra, pero en la medida que se acredite la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico y que además exista una conducta contraria a derecho por parte del constructor (no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad).

La institución a la cual se recurre es la denominada “*tutela inhibitoria*”, que *consiste en una acción preventiva autónoma destinada a impedir* (en caso de amenaza de lesión) *o hacer cesar determinadas prácticas peligrosas* (si la actividad ofensiva ya

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración).

En la tutela preventiva, los tiempos, la defensa y las pruebas serán acotados, justamente para que pueda alcanzarse la tutela efectiva del derecho amenazado, siendo muy efectiva en estos casos las medidas cautelares, particularmente de no innovar y de carácter innovativo, que son fundamentales para asegurar el resultado de la pretensión deducida judicialmente y para tornar eficaces los efectos de la sentencia.

También son utilizadas las medidas autosatisfactivas, que son procesos urgentes, no cautelares, que no son accesorios de otra pretensión principal y que se agotan en sí mismos. En tal sentido, Peyrano sostiene que estas medidas son *“soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita parte y atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia que debe distinguirse de otras, como por ejemplo de las diligencias cautelares clásicas. El rasgo mas distintivo de la medida autosatisfactiva es que no necesita de un proceso principal en el cual enmarcarse, por eso se dice que son autónomas”*.

La tutela inhibitoria es una herramienta de gran utilidad y de una enorme aplicación práctica. Recaen directamente sobre aspectos materiales y sustanciales y son, sin duda alguna, eficaces en la materia que nos ocupa.

Son presupuestos para su procedencia: urgencia impostergable en su promoción ante la amenaza de lesión actual o inminente; previsibilidad objetiva de producción del daño, conforme al curso normal y ordinario de las cosas; una situación que torne justificable un pronunciamiento judicial de hacer o de no hacer determinada conducta para evitar daños irreversibles; ofrecimiento cautela.

Para la procedencia de la tutela preventiva es preciso que efectivamente sea

posible frustrar la generación del perjuicio o su agravamiento. Si el daño ya se causó y no puede agravarse, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria.

Así, por ejemplo, ante un ataque a la intimidad, la tutela preventiva habilitará a la justicia a disponer de diversos mecanismos para evitar la continuación o agravamiento de un daño, como ordenar el cese o la suspensión de la perturbación (ej.: prohibición de publicar cualquier material fotográfico de una persona).

Las múltiples acciones preventivas tendientes a evitar o poner fin a la difusión de información vía Internet, cuando ésta es lesiva para los derechos personalísimos y en muchos casos falsa (por ej.: las modelos y actrices cuyas figuras se asocian con contenidos pornográficos o bien al ejercicio de la prostitución)⁷, han dado lugar a decisiones de diverso tenor, en este sentido podemos mencionar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. y otros s /daños y perjuicios (28/10/2014). En este caso, se reclamó a los buscadores de Internet que aplicaran filtros o bloqueos de vinculación, a título de tutela preventiva, con el objeto de evitar que se produjera la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos de las personas.

El artículo que sigue, el 1712, legitima para iniciar o promover la acción preventiva a **“quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”**.

⁷ Un caso que tomó estado público fue la medida cautelar que obtuvo la conductora televisiva **Mariana Fabbiani**, por la cual obligó a los buscadores de internet Google y Yahoo, a quitar cualquier referencia que la vincule con sitios pornográficos. Explicó que se trataban de “*fotografías trucadas en forma burda y grave*”, cuya difusión en sitios que ella misma identificó, le “*ocasionan gravísimos daños personales y familiares y que se ven menoscabados sus derechos más valiosos, como ser la honra, el honor, la imagen y la intimidad*”. El juez dispuso que “*La inclusión del nombre y fotografías en los sitios web que refieren, sin autorización, constituye un uso indebido del nombre e imagen, que su titular tiene derecho a preservar pues hace a su intimidad y tal turbación... da lugar a la consiguiente reparación*”, sostiene la resolución. Por lo que, dispuso se “*proceda a eliminar y bloquear en forma inmediata las vinculaciones de su nombre y apellido con los sitios de contenido pornográficos, escorts sexuales y trabajadoras del sexo*”.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La legitimación activa para interponer la acción de prevención es más amplia que la propia de la tutela resarcitoria, excede la categoría clásica de damnificados directos e indirectos.

Si estamos frente a la posibilidad de un daño a un derecho de incidencia colectiva, creemos que la legitimación debe ampliarse siguiendo los lineamientos del Fallo "Halabi" de la CSJN⁸.

El anteproyecto elaborado por la comisión reformadora reconocía expresamente este tipo de derechos en el artículo 1746⁹, y a su vez determinaba quiénes estaban legitimados para demandar la reparación de esta clase de daños. Pero finalmente la Comisión Bicameral no incluyó esta categoría de derechos, si bien puede entenderse como una desventaja no contar con una regulación expresa de este instituto, lo cierto es que, ya existe una línea jurisprudencial muy fuerte iniciada por la Corte Suprema de la Nación, a partir del caso "Halabi" y que sentó la bases jurisprudenciales para la promoción de estos procesos colectivos.

⁸ Ernesto Halabi es el abogado que promovió amparo contra la ley 25.873, modificatoria de la ley de telecomunicaciones 19.798. En virtud de ello, el Ejecutivo había dictado el decreto 1563/04, que incluyó en el concepto de "telecomunicaciones" al tráfico de datos por internet. La ley 25.873 (a veces llamada "ley espía") decía tres cosas. Primero, que las telefónicas debían disponer los medios para que las comunicaciones sean interceptadas a requerimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Segundo, que debían conservar por diez años los registros de llamadas o conexiones. Tercero, que el Estado se hacía responsable por los eventuales daños y perjuicios derivados de todo esto. El accionante planteó sus agravios alegando "violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes".

⁹ Artículo 1746, **Daño a derechos individuales homogéneos**. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o proveniente de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TUTELA PREVENTIVA

Los requisitos de procedencia de la acción preventiva son los siguientes:

1. **Una conducta antijurídica formal (“acción u omisión antijurídica”)**, por lo que el hecho generador debe ser ilícito. En términos de una amenaza (“hace previsible”) de producción de daño, de agravamiento (o continuación o aumento) de la magnitud del daño en curso. En palabras de la Corte Suprema, *“la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual”* CSJN, 6-12-2011, Fallos: 334:1691.

Es preciso que la amenaza de causación del daño provenga de **una actividad potencialmente antijurídica**, “porque solo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad”. La valoración de tal carácter requiere una ponderación amplia y flexible, que contemple y armonice todos los intereses que con grado de razonable probabilidad objetiva serán alcanzados por el conflicto. Una tutela preventiva excesiva puede avanzar indebidamente sobre otros derechos del potencial dañador, algunos de carácter constitucional (trabajo, libertad) y llevar a una inmovilidad económica y social no deseable.

2. **Interés del peticionante individual, individual homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial.** La supresión de la redacción originaria del Anteproyecto relativa a los derechos individuales homogéneos que recaen sobre bienes colectivos, no obsta, para el ejercicio de la tutela de prevención, ya que están comprendidos en “el interés razonable” que dispone el artículo 1712.

3. **Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.** La amenaza de daño **debe proyectarse sobre un**

interés legítimo del actor, patrimonial o espiritual, de goce individual o supraindividual. La amenaza de daño a intereses difusos (Por ejemplo: relacionados con la protección del ambiente o de los derechos del consumo) habilita a cualquier interesado a articular la acción de amparo que reconoce la Constitución Nacional en su art. 43.

La **acción dañosa no debe estar ya consumada**. La prevención requiere que algo se pueda todavía evitar y que, en consecuencia, exista posibilidad material y jurídica de impedir la producción del daño o de detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.

4. Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727). Resulta indiferente la gravedad del daño y tampoco es necesario que concorra un factor de atribución (subjetivo u objetivo). Procede contra actos de los particulares o del poder público y también puede tener por objeto la protección de bienes de los particulares o del dominio público o privado del Estado.

5. Debe existir razonable relación entre el hecho potencialmente generador del daño y el perjuicio. Este, conforme a una perspectiva causal, debe aparecer como consecuencia previsible de aquél (*Lorenzetti*).

Y por último, el art. 1713 del nuevo Código dispone que, *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”*.

Como se desprende claramente de la norma, el juez se encuentra ampliamente

facultado para adoptar todo tipo de medidas en la sentencia que admite la acción preventiva.

La sentencia puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer. La facultad oficiosa del juez sólo puede actuar en el marco de un proceso iniciado o en curso.

El objeto de la sentencia es impedir la producción o agravamiento del daño por lo que las medidas a disponer serán de lo más variadas de acuerdo a las circunstancias y consistirán en detener o frenar un hecho, hacer cesar la realización de una actividad, asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer (por ej.: asegurar una pared con riesgo de caída a la vía pública) o de no hacer (por ej.: paralizar una construcción) o de dar (por ej.: entregar dinero para efectuar la reparación).

Matilde Zavala de González considera que esto no implica que la norma debe ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo: *“Sin embargo y como en todos los ámbitos jurídicos, no debe admitirse el ejercicio abusivo de las pretensiones preventivas; por ejemplo frente a daños puramente conjeturales o imaginarios o con fines espurios”*.

ALGUNAS APLICACIONES JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia es muy nutrida respecto a la aplicación de este instituto. Por ejemplo, se ordenó la prohibición de fumigar con agroquímicos un campo lindero a un

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

barrio de viviendas por los efectos nocivos para la salud de las personas, se ordenó al empleador que ante la urgencia en la atención de la salud del trabajador pague la indemnización (por un desprendimiento de retina); “que la obra social entregue a la menor la cobertura total de las prestaciones para el trasplante de médula ósea”; “que se cubran los gastos sanatoriales y quirúrgicos durante la sustanciación del juicio”; “se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se detengan las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles”¹⁰; etc.

En materia ambiental, la norma guarda coherencia con lo normado por el artículo 32 de la ley 25.675, según el cual se otorga la posibilidad a los jueces para que, en pos de la tutela del bien colectivo, adopten *“las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”*.

FUNCIÓN SANCIONADORA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

LAS SANCIONES PUNITIVAS

Las sanciones punitivas o daños punitivos, es un instituto de origen anglosajón,

¹⁰ “D., J. E. F. s/Acción de amparo”, Ac. C. 111.706. 77, CCCom. de Santa Fe, sala II, 9-12-2009; “Peralta, Viviana c/ municipalidad de San Jorge y otros s/Amparo”, MJ353277, CCCom. de Azul, sala II, 20-12-2011; “Alomar, Dardo F. c/Oroquieta, César D. s / Desalojo. Falta de pago”, CNCCom., sala F, 3-5-2011; “Cencosud SA c/López de Portieri, Alicia s/Medida precautoria”, CCCom. de Mar del Plata, sala DI 7-7-2011; “T. G. L. y otro c/A. 0. B. s/Incidente”, CApel. de Trelew, sala A, 20-9-2011; “Reynoso, Hugo Alberto c/ Unilan Treew SA”, CFed. de Córdoba, sala A, 21-10-2011; “Bello, Fernando Sebastián y otra c/Osecac y otros s/Amparo”, L. L. C. 2011; “García, Liliana Andrea c/IPROSS s/Medida autosatisfactiva”, L. L. Patagonia 2011, p. 694., CCCom. de Jujuy, sala I, 29-6-2011; “Castillo, Pedro Celestino c/Mutual Rivadavia de Seguros de Transporte de Pasajeros”, L. L. NOA 2011.

que comenzó lentamente a instalarse en los debates doctrinarios, jurisprudenciales y en las diversas jornadas celebradas en nuestro país.

Han sido definidos *“como aquellos que se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo”*¹¹.

Tiene por objeto las siguientes funciones:

a) Sancionar al autor de la conducta lesiva:

Uno de los principales objetivos de esta función es sancionar al responsable de un hecho particularmente grave, esto es cometido con dolo o culpa grave y con una notable indiferencia por los derechos ajenos que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva.

b) Prevenir o disuadir conductas similares:

La función disuasiva es considerada la más importante en este tipo de sanción, por cuanto, apunta a evitar la reiteración de conductas similares.

Por ello, el monto o la cuantía de la sanción, cobra vital importancia a la hora de satisfacer este propósito. Su cuantificación debe implicar una suma significativa que importe una verdadera molestia para el sujeto dañador, a fin de evitar conductas similares.

c) Eliminar el rédito económico injustamente causado:

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?” Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXXVIII.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

En este sentido Kemelmajer de Carlucci¹², sostiene la viabilidad del instituto al supuesto de los llamados ilícitos lucrativos, esto es, cuando el sujeto asume las consecuencias del ilícito civil a sabiendas que los beneficios que obtendrá serán superiores a la condena por el resarcimiento de los daños. Un claro ejemplo de esto es el renombrado caso de la jurisprudencia estadounidense Grimshaw v. Ford Motor Company¹³.

NUESTRO SISTEMA NORMATIVO

El primer intento de incorporación de este instituto fue en el proyecto de Unificación de 1998 en el art. 1587, bajo el nombre de “Multa Civil”.

Más tarde, con la Ley 26361, de abril de 2008, se convirtió en ley positiva, incorporando el instituto a la Ley de Defensa del Consumidor, a través del art. 52 bis¹⁴.

Esta norma fue objeto de numerosas y fundadas críticas. Es así que, en las conclusiones de la Comisión Interdisciplinaria de la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se propuso, *“Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios fundamentales del derecho privado y el resguardo de los derechos constitucionales...”*.

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “Los llamados daños punitivos en el derecho argentino”, ob. cit.

¹³ Corte de Apelaciones de California, cuarto distrito de apelación, Grimshaw v. Ford Motor Company, 119, Cal App. 3d, 757,174, 29 de mayo de 1981, <http://online.ceb.com>.

¹⁴Art. 52 bis. Daño Punitivo. *Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancia del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, Inc. b) de esta ley”*.

Se trata de una sanción impuesta al proveedor de bienes y servicios a favor del consumidor. El monto de la multa tiene un techo de \$ 5.000.000, establecido en el art. 47 de la ley 24240.

De la lectura del artículo 52 bis, puede advertirse claramente, que la única condición para la aplicación de este instituto “*es el incumplimiento de las obligaciones contractuales o las que legalmente pesan sobre el proveedor*”.

La doctrina en general¹⁵, sostienen que la figura así entendida, atenta contra la esencia misma de este instituto y contra la eficacia de su regulación, abriéndole las posibilidades de aplicación ante cualquier incumplimiento o ilícito.

Esto generó en nuestro país, que existían profundos desacuerdos en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la aplicación de este instituto.

Y dio lugar a una aplicación errónea y desmesurada del instituto que tendió a desnaturalización, como lamentablemente ocurrió en algunos precedentes judiciales, como en el caso “Machinandiarena”, “... *para que la actuación del proveedor merezca la sanción punitiva, la norma solo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más, y condenó a una empresa de Telefónica Móviles a pagar \$30.000 por daño moral y otros \$30.000 por multa civil o daño punitivo porque no tenía rampa que permitiera el acceso a personas con movilidad reducida*”¹⁶.

Este precedente y la defectuosa redacción de la norma dieron lugar a diversos pronunciamientos donde los tribunales aplicaron la norma, haciendo caso omiso a la opinión unánime de la doctrina en cuanto a la necesaria e imprescindible existencia de culpa grave o dolo en el responsable que trasunte menosprecio hacia intereses ajenos. Y

¹⁵ STIGLITZ-PIZARRO, “Reforma a la ley de defensa del Consumidor”, La Ley, 2009-B, 957 y ss.; PICASSO, S., “Nuevas categorías de Daños en la ley de defensa del consumidor”, suplemento especial, pág. 123.

¹⁶ CCiv. yCom. Mar del Plata, sala II, 27/5/2009 “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina”, La ley 2009-C 647.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

lo que es peor aplicaban montos irrisorios que desnaturalizaban la figura.

Un caso que trascendió por el monto en que se estimó la sanción y por ciertas aristas que se detallarán, fue el paradigmático fallo “Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes”: en este caso en primera instancia, en concepto de daños punitivos se concedió la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000). Sin embargo, en segunda instancia, los miembros de la Cámara dejaron sin efecto la condena por daños punitivos, resolución ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

El hecho que motivó la demanda fue el siguiente: el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de la marca "Pepsi" en un kiosco de la ciudad de Córdoba advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime.

La parte actora reclamó la reparación en especie (entrega de un producto equivalente o la suma necesaria para adquirirlo en el mercado), la reparación del daño moral sufrido ante la repulsión que le provocó ver un objeto de tales características, y la imposición de daños punitivos fue por la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

Los miembros del tribunal de segunda instancia entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende del art. 52 bis de la LDC, y de los criterios de la doctrina y jurisprudencia, no son suficientes las circunstancias que imputar o atribuir responsabilidad al proveedor en su calidad de tal; *sino que resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida excepcional destinada a disuadir al que provocó el daño de*

las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición. La causa llegó al Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, que estimó correcto el pronunciamiento de la Cámara respecto de la no procedencia de los daños punitivos.

Ante este estado de situación, no cabe dudas que, las sanciones punitivas requerían de una plataforma normativa indispensable, que debía emerger del propio Código Civil y Comercial, *a través de una normativa de carácter general*, sin perjuicio de sus posibles *aplicaciones específicas* en distintos ámbitos, con las particularidades que cada caso impone (daños causados por productos y servicios, tutela de la dignidad de la persona, daños causados por la actividad de los medios de comunicación social, daños causados a través de la informática, daño ambiental, etc.).

Justamente, y a los fines de terminar con los debates generados en relación a este instituto, el anteproyecto receptaba en el art. 1708, la función tripartita de la responsabilidad civil, es decir, “Preventiva, Resarcitoria y Sancionatoria”.

Incorpora expresamente las sanciones pecuniarias disuasivas en el art. 1714 y proponía la modificación de la redacción del art. 52 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Entre las principales características que proponía el anteproyecto, podemos mencionar las siguientes:

El cambio de la denominación “daños punitivos” por “sanción pecuniaria disuasiva”. La expresión *“sanción pecuniaria disuasiva” se ajusta adecuadamente al contenido y funciones del instituto se trata de una sanción civil de naturaleza pecuniaria, que el objeto del castigo es la conducta (y no el daño) y es disuasiva porque trata de prevenir y desanimar futuras conductas*

que puedan causar daños y que afecten el orden social.

a) En lo que respecta al ámbito de aplicación, la norma proyectada se aplica únicamente a los derechos de incidencia colectiva, a los derechos individuales no se aplica, y en lo que atañe a los derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la Ley de Defensa de Consumidor que prevé este dispositivo.

b) No se aplica de oficio, sino a petición de parte;

c) Tienen legitimación quienes pueden petitionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva;

d) Tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menoscabo hacia los derechos de incidencia colectiva (La palabra “menoscabo”, alude específicamente a la actitud lucrativa del sujeto dañador, que realiza un cálculo racional y decide causar daños cuando ello resulta más redituable en términos económicos, menoscabando de tal modo sus derechos.

Su monto se fija prudencialmente, el Juez no puede apartarse de la prueba y los criterios son: las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas;

e) La indemnización tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Este aspecto también podría haber significado una evolución en la materia, por cuanto que, una correcta asignación de los montos obtenidos en concepto de sanciones punitivas, hubiera contribuido a alcanzar fines sociales deseables.

Lamentablemente, la versión final del Código Civil y Comercial, no incorpora la

sanción pecuniaria disuasiva, ni la reforma presentada al artículo 52 bis; el cual continúa conforme la redacción original de la ley 26.361.

En este contexto, la única norma vigente que regula expresamente los daños punitivos es el ya mencionado y defectuoso art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, defectos que están siendo solucionados por la doctrina y cierta jurisprudencia que intenta darle una debida y razonable interpretación, pero siempre en el marco de la normativa de consumo.

Sin embargo, en un reciente fallo judicial, los vecinos de un barrio de la localidad de Chacabuco, accionaron por la contaminación que se dio en varios niveles, tanto en el aire como en el agua, solicitando el cese y recomposición del daño ambiental y daños y perjuicios. El tribunal aplicó por analogía lo dispuesto por el art. 52 bis de la Ley de defensa del Consumidor, le condenó a una empresa al pago de una suma de \$ 7.500.000 en concepto de daño punitivo *teniendo en cuenta la gravedad del prolongado incumplimiento y las circunstancias del caso*. La suma obtenida por dicho concepto debía ser destinada a las salas de primeros auxilios barriales¹⁷.

Más allá, de lo opinable que pueda resultar la decisión del tribunal, lo cierto es que la disparidad de criterios respecto de esta cuestión, la falta de una norma legal adecuada, demuestra la necesidad inmediata de una reforma legislativa, debido a la inseguridad jurídica que genera la aplicación interpretativa y discrecional de este tema.

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, Provincia de Buenos Aires, “*Decima Julia Graciela y otros c/ Productos de Maíz S.A. (Ingredion Argentina S.A. y otros s/ Daños y perjuicios)*” (Expte. N° 42.818). Noviembre de 2015.

CONCLUSIÓN

La prevención del daño se presenta como una herramienta indispensable con la que debe contar el ordenamiento jurídico para resguardar situaciones en que los intereses corren peligro de ser afectados por circunstancias con potencialidad dañosa, y que en caso de no evitarse su producción, repetición o agravamiento, sus efectos serán de difícil reparación o irreversible.

En razón de esto el nuevo Código Civil y Comercial, acogió estas ideas y reguló adecuadamente la prevención del daño, en los arts. 1710 a 1713. A raíz de ello, la no evitación de un daño injustificado y que hubiera podido evitarse, o el agravamiento de un perjuicio ya irrogado, ahora acarrea consecuencias jurídicas para quien incumpla con su deber de prevención.

Respecto de la función sancionatoria y a fin de resolver el primer inconveniente que es la falta de una norma legal que regule adecuadamente este instituto, consideramos necesario e imprescindible introducir la función sancionatoria dentro del derecho de daños tal como lo proponía el art. 1708 del anteproyecto del Código Civil y Comercial.

En este sentido, y conforme a las características mencionadas con anterioridad, consideramos, pertinente la redacción del art. 1714 del anteproyecto, aunque con una modificación respecto del ámbito de aplicación, contemplándose también su aplicación a aquellos derechos individuales que no se encuentran dentro de una relación de consumo, me refiero específicamente, a los supuestos en los que se afecta el derecho a la intimidad a través de publicación de imágenes no consentidas (art. 53 del CC y C).

En tales casos si bien nadie duda de la procedencia del resarcimiento económico, lo cierto es que no existe disculpa alguna, ni rectificación que pueda borrar de la

sociedad la imagen difundida. Los medios, a sabiendas de la posibilidad de una demanda por daños y perjuicios y en una actitud completamente especulativa, continúan de todos modos con la publicidad y difusión de las imágenes, ya que el pago de una indemnización les resulta económicamente más conveniente que la no difusión de las imágenes. Lo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci llama ilícito lucrativo.

Por lo que, la sola publicación de la imagen de una persona –sin su consentimiento-, en una situación que implique un avasallamiento a su esfera más íntima, constituye por sí misma una clara muestra del grave menosprecio por los derechos ajenos ya que su único objetivo es alimentar el morbo social y obtener un rédito económico, situación que debe necesaria e imprescindiblemente ser protegida.

En consecuencia, considero que las sanciones punitivas constituyen una respuesta adecuada en nuestra actual sociedad hacia aquellas situaciones en las que se comete un hecho con grave despreocupación o indiferencia por los derechos ajenos y que, en ciertas ocasiones, además el dañador se beneficia económicamente con esa actitud.

No debemos olvidar bajo ningún pretexto que, la verdadera razón de ser del derecho, es la protección de persona.