

## Comisión 4, Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

### RESPONSABILIDAD:

#### La nueva función de la responsabilidad: EVITACIÓN DEL DAÑO

##### Función preventiva y los derechos de incidencia colectiva.

Dra. Florencia Estela Pérez

[florenciaep@yahoo.com.ar](mailto:florenciaep@yahoo.com.ar)

UNMDP<sup>1</sup>

Para poder adentrarnos en la temática, nada mejor que situarnos en torno a las cuestiones ambientales, aclarando que si bien tiene un marco regulatorio específico, siendo que el nuevo Código Civil y Comercial, busca reforzar la protección de los derechos de incidencia colectiva, es que observamos algunas tensiones e interrogantes en torno a esta cuestión.

Esto tiene que ver con el contexto de incertidumbre que caracteriza a la ciencia, conocedores de la limitación del contexto del descubrimiento, y las posibles implicancias de los productos que son puestos en el marco y que en algunos casos conllevan amenaza de peligro. Pensando que la incertidumbre, como el efecto a largo plazo, y el efecto acumulativo pueda tener influencia en las generaciones futuras. De ahí la responsabilidad en las decisiones que se toman.

Por consiguiente como muchos ya lo han afirmado podemos sostener que la amenaza de daño, es daño para el futuro. Consecuentemente el no obrar, implica un no hacer a una obligación que impone un hacer (toma de medidas, evitar el daño, cesar, no agravar)

Por lo que ante ese incumplimiento se genera responsabilidad, no necesariamente por daño, en esta primera etapa, sino por incumplimiento a una obligación y que dicho incumplimiento acarrea un menoscabo importante, porque implica colocar al sujeto en una situación de peligro, amenaza potencial.

---

<sup>1</sup> Aval de Dra Ana Maria Verneti. Profesora Regula Adjunta de Derecho de las Obligaciones Facultad de Derecho UNMDP

Así como se sostiene que el incumplimiento de un contrato implica la posibilidad de reclamar daño, el incumplimiento a una obligación como sería la de prevenir un daño y más aún en la esfera de los derechos de incidencia colectiva con mayor razón, genera responsabilidad.

Lo que ocurre es que a veces nos centramos en los factores de atribución, alegando que si no hay daño, no hay obligación de responder, y de ahí la necesidad de probar el daño efectivamente producido, cosa que en algunos momentos, como el anticipatorio al estado de situación, se torna casi imposible.

Por ello en la etapa preventiva he incluso en lo que se refiere al principio precautorio no se puede exigir la producción de daño para reparar, sino la amenaza es suficiente para reclamar la adopción de medidas y en caso de incumplimiento pensar en la sanción pecuniaria disuasiva, porque lo que se pretende es desalentar esa conducta.

Siendo que la función preventiva integra el régimen de responsabilidad civil y que actualmente se persigue la evitación antes que se produzca el daño. Es que el incumplimiento de las medidas tendientes a la evitación del daño ya configura un daño que genera obligación de reparar.

Lo que no cabe dudas es que quien conduce una cosa riesgosa, debe tomar los recaudos para evitar ocasionar un daño. Podemos pensar en el siguiente ejemplo: si se habilita a la persona a conducir y luego va haciendo lo que quiere, aunque no ocasione daños debe ser sancionado dicho obrar. De igual manera con una fabrica que no toma las medidas para evitar dañar, y aunque aún no haya ocasionado daño en concreto a las personas, y que excede la sanción de carácter administrativo.

Pero a esta situación le podemos agregar una variante, el caso de las personas que se vieron en la cercanía del lugar, que sin ser lesionadas sufrieron la agresión de la conducta del sujeto falta de responsabilidad, encontrándose expuestos a un peligro potencial que los afectó. Aquí no hay daño concreto. Pero la persona se sintió violentada por el obrar falta de prudencia del otro. Lo que se persigue es la tutela de aquellas personas que sin necesidad de verse directamente afectados se sintieron expuestos y amenazados. Por otro lado se pretende desalentar estas conductas, y no esperar concretamente que el daño se haya producido para actuar.

Por lo tanto aunque no se haya ocasionado un daño, ante una conducta contrario a un deber de cuidado corresponde reparar con el objetivo de corregir esa conducta disvaliosa y de esta manera prevenir y disuadir el cumplimiento anti jurídico, en la medida que no previene ni evita el posible daño.

Desde ya, que la medida en la que se deba responder será diferente a la que debería darse para el supuesto que el daño se produzca efectivamente.

Podemos imaginar que en estos casos no cubra el seguro o que el mismo cubra en un porcentaje. Para que la conducta sea sancionada y reprochable debe ser advertida por la autoridad. Con lo cual el deber de control que le corresponde al Estado es mayor aún. De allí la responsabilidad que se traslada al mismo ante su omisión en la debida diligencia.

La mutación y el paso de esta responsabilidad que sale del derecho administrativo y comienza a ingresar en el derecho civil es lo que prevalecerá.

Por lo que los pilares que hacen a los presupuestos de responsabilidad se irán modificando paulatinamente. Consecuentemente podemos afirmar como dijimos anteriormente que “LA AMENAZA DE DAÑO ES DAÑO”

### **Mecanismos de Tutela Preventiva**

#### **En anteriores Proyectos de Unificación y el caso particular de la Ley de Defensa del**

#### **Consumidor Tutela Preventiva- Multa Civil**

Proyecto de Unificación Código Civil y Comercial de 1998, ya hacía referencia a la tutela preventiva y contenía en tal sentido un apartado referido a la Multa Civil.

**ARTÍCULO 1585.-** Prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido.

**ARTÍCULO 1586.- Atribuciones del tribunal.** El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro.

**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.”

**La Cámara de Diputados modificó** el artículo proyectado y propuso su sustitución 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 figura del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor.**

#### **Ley 24240 Defensa de Consumidor DAÑO PUNITIVO**

En presencia por lo tanto de una lesión a **derechos de incidencia colectiva**, tales como son las cuestiones vinculadas al consumidor, observamos la tutela disuasiva que se implementa en la LDC en su artículo 52 bis mediante la modificación de la ley 24240, con la ley 26361.

**Artículo 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 del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que le 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”.

**Así las cosas se reconoce e ingresa el DAÑO PUNITIVO, con la finalidad disuasoria.**

Resulta interesante reconocer la legitimación activa, que confiere la ley de defensa del consumidor para reclamar por Daño Punitivo, siendo la misma amplia conforme se desprende

ello del art. 55 y 45 encontrándose comprendidos la defensa de derechos subjetivos, individuales homogéneos y derechos de incidencia colectiva. Siendo los legitimados el consumidor, el usuario, las asociaciones en defensa del consumidor, e incluso hasta el Ministerio Público Fiscal.

Por lo que se puede instrumentar tanto como una acción individual y como acción colectiva, lo cual se extrae indirectamente conforme surge del segundo párrafo del art. 45 y del primer párrafo del art. 52. Pero también hace lugar a la acción preventiva cuando refiere a la amenaza de lesión.-

El daño punitivo reconocido en este ámbito se caracteriza por tener un tope, como así también por el destino del mismo, que es para el consumidor, aunque algunos hacían referencia a que tuviera por destino un Fondo constituido a tal efecto. Uno de los temas que quedan es si es posible que sea asegurable este daño punitivo cosa que no queda establecido en la normativa.

#### Proyecto original de Unificación Civil y Comercial del año 2012:

##### Tutela Preventiva. Sanción Pecuniaria Disuasiva

#### **Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial, presentado en marzo 2012:**

**Artículo 1708.-** Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Más adelante se define en este Proyecto el deber de prevención del daño y se caracteriza a la “**acción preventiva**”

**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;
- a) **no agravar** el daño, si ya se produjo.

**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. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé.

### **Sanción Pecuniaria Disuasiva**

El Proyecto Unificación Código Civil y Comercial de 2012 contenía la Sanción Pecuniaria disuasiva, el cual mediante la Sesión en la Cámara Alta a fines del año 2013 fue dejado sin efecto junto con otros temas en los que innovaba el referido proyecto. A continuación dejaremos esbozados el tratamiento que realizaba del instituto referido:

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

El **artículo 1715 del Proyecto de Código Civil y Comercial** recoge el supuesto de eventual exceso o irrazonabilidad en la punición. Dice: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

El Dr. Lorenzetti, integrante de la Comisión redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, señala que la responsabilidad civil se analiza como un sistema que admite tres funciones (art. 1078): función preventiva (arts. 1710 y ss.), disuasiva (art. 1715) y resarcitoria (arts. 1716 y ss.). Manifiesta el presidente de la Corte Suprema de Justicia que este diseño es novedoso dentro del derecho comparado, como también resulta novedosa la incorporación de normas expresas atinentes a la prevención del daño (art 1710 y ss.), a las

sanciones pecuniarias disuasivas para quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva (art. 1714), a las causas de justificación (arts. 1716 y ss.), a la asunción del riesgo (art. 1719), al valor jurídico del consentimiento del damnificado (art. 1720), o de la dispensa anticipada de responsabilidad (art. 1743), o, en fin, de la responsabilidad colectiva y anónima. –

La Comisión Reformadora en la fundamentación del proyecto analiza con profundidad la Responsabilidad Civil, y dice que se presenta una sistematización innovadora e importantísima consistente en dos tipos de articulaciones: a) se regulan diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.

El régimen quedaría conformado de la siguiente manera:

1. Derechos Individuales en las relaciones de consumo: se aplica el régimen especial de la Ley de Defensa del Consumidor. (art. 52 bis).
2. Derechos de incidencia colectiva: se aplica el artículo 1714 del Proyecto.
3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo. No se aplica el régimen del artículo 1714 del Proyecto.
4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo. No se aplica el régimen del artículo 1714 del Proyecto.

Los integrantes de la Comisión redactora manifiestan que es una tentación natural adoptar una norma general que se aplique a todo tipo de derechos, no obstante basan su decisión en una gran cantidad fundamentos.

### **Modificaciones introducidas al Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de 2012.**

En primer término que la SANCION PECUNIARIA DISUASIVA finalmente no fue incorporada tal como resultaba estructurado originalmente en el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial. De todas maneras el art. 1714 se refiere a punición excesiva con lo cual merece análisis aparte esta cuestión.

Segundo tema es el referido a la responsabilidad del Estado el que queda completamente excluido de la responsabilidad civil rigiéndose exclusivamente por el Derecho Administrativo.-

Con un panorama jurídico por delante novedoso, interesante y completamente modificado, sin lugar a dudas que los pilares tradiciones en algunos aspectos han perdido virtualidad, pero ello no puede hacernos olvidar que un cuerpo normativo que nos rigió por mas de 100 años, al que seguramente la doctrina y la jurisprudencia en alguna medida mediante interpretación judicial renovará su andar para comenzar un nuevo camino.

La necesidad de la tutela concretamente preventiva pero focalizada no solo en el principio preventivo sino además en el precautorio ha quedado a mitad de camino e inconclusa.

Lo que estamos generando de esta manera es un sin número de leyes especiales para supuestos particulares y con casuística diferenciada lo cual no torna operativo ni optimo y mucho menos eficaz el principio precautorio.

Si se tiene en cuenta la tutela al consumidor, la tutela por residuos peligrosos, la tutela por daños ambientales, y el régimen de responsabilidad civil que alude a derechos de incidencia colectiva.

Con lo cual comenzaremos a tener diferentes normas, criterios, interpretaciones, por lo que en este ámbito la técnica legislativa que se evidencia no es efectiva para prevenir los daños a los que podemos estar expuestos.-

Sin olvidar que la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida a nivel internacional por los tratados que ha suscripto en este sentido y en el ámbito interno en lo referido al control, y toma de decisiones ambientales, lo que implica el principio precautorio actúa como control de legalidad de los actos del Estado en pos de las autorizaciones y controles respectivos.

**En definitiva la función preventiva sin la sanción pecuniaria disuasiva carece de eficacia en los términos originales.**

La limitación de la responsabilidad del Estado en el ámbito civil, lesiona fuertemente la tutela preventiva.

La sanción ya no solo puede circunscribirse en el ámbito administrativo sino que vas mas halla abarcando la órbita civil precisamente por los derechos comprometidos, los derechos de incidencia colectiva, y el respeto y compromiso que debemos tener con las generaciones futuras. Se considera doctrina autorial calificada las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, Setiembre de 2011 Comisión N° 3: “Derecho de Daños”. Tema: “Principios de prevención y precaución”. “Los principios de prevención y precaución se inscriben dentro de la función prioritaria en el Derecho de Daños. Dichos



principios proyectan su operatividad en el campo sustancial y procesal. El principio precautorio es un principio general del Derecho de Daños que impone el deber de adoptar medidas adecuadas con el fin de evitar riesgos de daños potenciales a la vida, la salud y el ambiente.

Finalmente podemos agregar que se evidencia cierta tensión entre el derecho publicista administrativo y el derecho civil para tomar partido por estos daños, lo cual se pone de manifiesto con el tema que refiere a la responsabilidad del Estado limitándola al Derecho Administrativo.

### **CONCLUSIÓN FINAL.**

Como consecuencia de la actual redacción la función preventiva, queda a criterio y apreciación judicial, con lo cual se hace imperioso regular la misma estableciendo condiciones de aplicación e incorporar en aquellas cuestiones en donde se hallan comprometidos derechos de incidencia colectiva, la sanción pecuniaria disuasiva que se había pensado oportunamente, pero solo para las cuestiones en donde se encuentre comprometidos derechos de incidencia colectiva.

Por lo que reconocer la protección de estos derechos sin el mecanismo aludido implica despojar directamente la protección pensada inicialmente en la evitación del daño.

La idea es evitar la aplicación sin límite alguno a la sanción pecuniaria disuasiva pensada oportunamente y por otro lado lograr su aplicación en los casos específicamente incluidos y que requieren protección, para lograr eficaz y operativo el sistema de protección tendiente a la evitación del daño.