El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la "sanción pecuniaria disuasiva"

Otaola, María Agustina

Publicado en: RCyS 2015-I , 19

Sumario: 1. Hacia una mayor protección del alterum non laedere. El deber jurídico de no dañar a otros en el derecho de daños antes y después del Nuevo Código Civil y Comercial.— 2. Los daños punitivos en el derecho comparado.— 3. La función punitiva en el derecho argentino.— 4. La jurisprudencia argentina en materia de daños punitivos.— 5. El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. Una buena oportunidad para alcanzar un acuerdo.— 6. La reforma que no pudo ser.— 7. Ponencias consideradas para las reformas introducidas en materia de sanción pecuniaria disuasiva.— 8. Sanción pecuniaria disuasiva y responsabilidad estatal.— 9. Reflexión final.— 10. Bibliografía

Cita Online: AR/DOC/4029/2014

El Código Civil y Comercial ha evolucionado en materia de responsabilidad civil, por cuanto implica un reconocimiento categórico del derecho a no ser injustamente dañado y un correlativo deber de no dañar a otros, sin una causa de justificación expresamente reconocida en la ley. Esta reafirmación del alterum non laedere vino de la mano del expreso reconocimiento de un deber general de prevención del daño; ya que lo fundamental no es la reparación propiamente dicha del daño, sino que el mundo deseable es aquél en el cual el daño es evitado, antes que reparado. El Código Civil de Vélez Sarsfield reconoce la función preventiva, pero no lo hace en un marco sustancial orgánico y del modo categórico en que lo hace el artículo 1710 del CCyC. (*)

1. Hacia una mayor protección del alterum non laedere . El deber jurídico de no dañar a otros en el derecho de daños antes y después del nuevo Código Civil y Comercial

El significado de la crisis consiste precisamente en el hecho de que indican que ahora es el momento
de renovar los instrumentos. (Thomas Kuhn)

El derecho privado en la Argentina, se encuentra en un momento de transición, dada la próxima entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, elaborado por una comisión formada por los más destacados juristas de nuestro país. Los argentinos nos enfrentamos al desafío de estudiar nuevas normas que vienen a regir nuestra vida cotidiana; y aceptar el cambio que implica dejar atrás la brillante obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, como así también el Código de Comercio, para comenzar a aplicar un corpus iuris que condensa ambas codificaciones, regulando todas las relaciones de derecho privado en la módica suma de 2671 artículos.

El derecho de daños, que regula la compensación de los daños injustamente sufridos, es parte de este cambio de paradigma. Desde la unificación de las órbitas de responsabilidad obligacional y extracontractual, que ha sido abogada desde hace algún tiempo por un importante sector de la doctrina, hasta un reconocimiento más amplio de los fines de un proceso de daños, como así también el reconocimiento explícito de figuras propias de esta

rama del derecho, que no se encontraban expresamente en el Código Civil.

El deber genérico de no causar daños a otros en su persona y en sus bienes, expresado en la fórmula "Alterum non laedere" o "Naeminen laedere", es una máxima que se repite en todos los cursos de derecho de daños, como así también en libros, demandas y sentencias.
Si bien dogmáticos, funcionarios y profesionales del derecho no dudan respecto de la existencia de este deber genérico, las discusiones en los niveles más abstractos han puesto en cuestión la existencia de dicho deber jurídico.
Quienes niegan la existencia del deber de no dañar, argumentan que el legislador no impone en ningún sitio dicho deber. El art. 1109 del Código Civil de Vélez Sarsfield establece que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Por lo tanto, no existe tal deber de no dañar, sino un deber de "reparar". Otro argumento en este sentido, afirma que la idea de un deber de no dañar absoluto haría que la vida social fuese imposible; ya que el ejercicio de nuestras libertades hace que nuestros intereses entren en conflicto permanente, y tal deber absoluto nos llevaría a restringir muchas de nuestras acciones, o bien a invertir gran parte de nuestras vidas compensando los daños que causamos.
Un tercer argumento en contra del deber de no dañar, establece que la práctica judicial no se ocupa de proteger a las víctimas mediante la evitación de los riesgos de sufrir cualquier daño. Por lo tanto, la función del alterum non laedere sería superflua para la víctima, frente a las normas que consagran la reparación del perjuicio. Para tener alguna eficacia, el principio debería tener un impacto mayor que el mero deber de indemnizar el daño causado; debería fundar la pretensión de no sufrir daños, en cuyo caso los jueces tendrían que hacer lugar a las demandas que solicitan la supresión de los riesgos capaces de causarlos. (1)
La vigencia del alterum non laedere en la práctica del derecho de daños se apoya en buenas razones; y el Código Civil y Comercial Unificado reafirma esta idea —que también está latente en el Código de Vélez (en adelante CC)— con un conjunto de normas que, como se verá, no deja lugar a dudas respecto del deber que pesa sobre todos los ciudadanos de no causar daños a otros.
En primer lugar, si existe un deber de no dañar a otros en determinadas circunstancias (por ejemplo cuando se actúa con culpa o negligencia), entonces causar un daño a otro en esas circunstancias es incorrecto; y por lo tanto, tenemos razones para no dañar. Al hacer aquello que teníamos razones para omitir podemos ser criticados por los demás y sería apropiado que se nos exija una explicación por nuestra conducta o hagamos algo al respecto. Por lo tanto, la causación del daño no puede ser justificada por razones prudenciales (intereses o deseos). (2)
Quien insiste en la inexistencia de este deber de no dañar, debe sostener que la situación en la que el daño no ocurre y aquella en la que el daño ocurre y es indemnizado son normativamente equivalentes. Si la norma del art. 1109 del CC no consagra un deber de no dañar, sino la obligación de reparar el daño causado con culpa o negligencia; y lo relevante para la víctima es la compensación del daño, entonces el potencial dañador puede optar entre no dañar, o bien dañar e indemnizar. La única incorrección estaría dada por la negativa de proveer un resarcimiento, y esto claramente no es así. El pago de la indemnización evita una segunda incorrección, pero no elimina la incorrección de la acción que antecede al deber de compensar (PAPAYANNIS, 2014).
El Código Civil y Comercial Unificado (en adelante CCyC), en el art. 1716, refleja de un modo más categórico que el art. 1109 del CC este deber, al decir: "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código".
En segundo lugar, negar la existencia del deber de no dañar implica que el refuerzo del derecho penal carezca de sentido. Es decir, si dañar no está prohibido, sino que lo injusto es

no compensar el daño causado, no se entiende cuál sería el propósito de castigar penalmente muchas conductas que están abarcadas por la responsabilidad extracontractual, cuando el daño ya ha sido indemnizado. El derecho penal castiga ciertas conductas dañosas, precisamente para evitar que los individuos traten el derecho a no ser dañado como equivalente a un derecho a ser indemnizado. Los agentes pueden comenzar a considerar ventajoso incumplir el deber de no dañar, cuando la actividad dañadora les produce beneficios superiores a los costes de indemnizar; y por lo tanto dañar y resarcir les resulta más tentador que no dañar. (3) En estos casos, interviene el derecho penal —en algunos casos— o la función sancionadora de la responsabilidad civil —en otros supuestos— para evitar este tipo de conductas maximizadoras, amenazando con la imposición de una sanción adicional en caso de que el individuo transgreda su deber de no dañar.

Papayannis también llama la atención sobre la faz preventiva de la responsabilidad extracontractual y las nuevas tendencias que destacan la importancia de esta función de prevención de daños. Esto reafirma la idea según la cual el mundo normativamente ideal es aquél en el cual los daños son evitados y no aquél en el cual son compensados.

El régimen de responsabilidad civil establecido por el CC, reconoce una tutela preventiva. Existen supuestos en los cuales los jueces hacen lugar a las demandas que persiguen la eliminación de los riesgos de sufrir daños, cuando tales riesgos son ciertos y la anticipación es posible. Esta tutela preventiva tiene un marco normativo sustancial y procesal inorgánico, con basamento en la Constitución Nacional (art. 43 C.N.) y el art. 11, inc. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (4)

Amén de las distintas medidas preventivas que se encuentran en los sistemas de responsabilidad extracontractual para supuestos típicos, existe una doctrina que aboga por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica para supuestos genéricos; y éste es el paso que con buen tino, ha seguido el nuevo Código Civil Unificado. Esta tendencia la encontramos incluso en el Proyecto de Código Civil de 1998, que incorporó una norma general para la prevención del daño que establece un deber que recae sobre toda persona de evitar —en cuanto de ella dependa— la causación de un daño injustificado. (5)

El art. 1710 del CCyC, que reproduce casi textualmente el art. 1585 del Proyecto de 1998, dispone:

Art. 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. (6)

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

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

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

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

La redacción original del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 no dejaba dudas al respecto, y en el art. 1708 relativo a las funciones de la responsabilidad civil establecía: "Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva". (7)

Sin embargo, luego de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral, el art. 1708 quedó redactado de la siguiente forma: "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación". (8) Eliminándose de tal modo, la figura de la "sanción pecuniaria disuasiva", sobre la cual profundizaré a lo largo de este trabajo.

No obstante la nueva redacción de dicho artículo, la función punitiva es parte del régimen de responsabilidad por daños, tal como veremos en adelante.

De las tres funciones de la responsabilidad civil, ésta ha sido la más controvertida en la doctrina argentina. Algunos autores consideran que es una función propia del derecho penal y extraña al derecho privado. (9) En tal sentido, entienden que al incorporar los llamados daños punitivos a nuestro derecho privado "se mezcla ridículamente lo civil con lo penal y lo administrativo". (10)

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

Los daños punitivos fueron previstos por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1587, bajo la denominación "multa civil". (11) En el año 2008, se incorporaron de lege lata a nuestro derecho positivo en la ley de Defensa del Consumidor; y el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los incorporó bajo el nombre de "sanción pecuniaria disuasiva", en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, artículo que finalmente fue eliminado en la redacción final del CCyC. (12)

La idea de sanción de la conducta que genera un daño refuerza los argumentos a favor de la existencia del deber de no dañar a otros. Una vez más, si aceptáramos que la indemnización del daño elimina la incorrección de la acción, no podríamos explicar la existencia de una función sancionatoria que excede la compensación propiamente dicha.

Con todo esto, lo que se quiere demostrar es que en el derecho de daños, no sólo existe el "Alterum non laedere" o deber genérico de no dañar a otros, sino que dicho deber es la piedra angular del régimen de responsabilidad civil argentino.

La estructura central de nuestra práctica de responsabilidad extracontractual, hasta el momento, consistía básicamente en una relación bilateral: víctima de un daño/ sujeto responsable, que obró de manera culpable o es responsabilizado en base a un factor objetivo de atribución, expresamente determinado por la ley.

La existencia de figuras jurídicas —dentro de dicha práctica de reparación de daños— que no respondan a su estructura central, no es óbice para aceptarlas como parte integrante de toda la

práctica de responsabilidad civil, sino que más bien constituyen una evolución hacia una protección más contundente del alterum non laedere.
La figura de los daños punitivos no responde a esta estructura básica de reparar los daños causados; como así también sucede con la prevención; pero el derecho de daños está compuesto por un conjunto de normas, todas ellas tendientes a cumplir diversas funciones con el objetivo de lograr que las personas cumplan, en la mayor medida posible, con su deber de no dañar a otros. Esto se intenta lograr con las normas de CCyC, principalmente al consagrarse una norma general para la prevención del daño, lo cual constituye una acertada evolución hacia la concreción del principio "Alterum non laedere".
En adelante, me centraré en la figura de los "daños punitivos" en el derecho argentino, su recepción legal, doctrinaria y jurisprudencial; como así también la proyectada incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva para los derechos de incidencia colectiva, que finalmente no pudo ser.
2. Los daños punitivos en el derecho comparado
Los daños punitivos nacieron como una creación jurisprudencial del "Common Law"; precisamente en Inglaterra, en el caso "Wilkes v. Wood"(13) por primera vez se otorgó una suma superior al daño efectivamente sufrido.
Estados Unidos fue el país donde el instituto logró su mayor desarrollo. Entre otros países que lo receptan legislativamente se encuentran: Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Irlanda del Norte y Escocia; mientras que existen Estados donde se encuentran literalmente prohibidos, tales son: Louisana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire y Washington, entre otros, que sólo permiten su aplicación en casos expresamente contemplados por ley.
En Europa, en el año 2003, se intentó prohibir los daños punitivos a través del Reglamento 2003/0168 del 22 de julio de dicho año, conocido como "Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, tendiente a armonizar las normas de conflicto en materia de daños"; en cuyo art. 24 se dispone que la aplicación de una disposición legal que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios es contraria al orden público comunitario. Sin embargo, el motivo real de tal disposición pareciera ser evitar el reconocimiento de sentencias norteamericanas contra empresas o ciudadanos europeos, ya que con excepción de Gran Bretaña e Irlanda, ninguno de los países de Europa Continental han regulado sobre los daños punitivos, al menos con las características de los norteamericanos. (14) Éste fue un intento fallido por prohibir los daños punitivos, ya que finalmente, el art. 24 fue eliminado del texto final de dicho reglamento.
En Francia se prevén los daños punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil conocido como "Proyecto Catalá" en el art. 1371, el cual exige para su procedencia que el actor obre con "culpa manifiestamente deliberada, especialmente una culpa lucrativa". (15)
Entre los novísimos códigos de inspiración continental, se encuentra el Código de Québec que dispone en su art. 1621 que cuando la ley prevea la imposición de daños punitivos, el monto no puede exceder en su valor lo suficiente para asegurar su función preventiva. (16)
La resistencia por incluir los daños punitivos se evidencia en aquellos países del civil law, por considerar que es un instituto extraño a dicho sistema: el Derecho Italiano se resiste a reconocerlos y en el Derecho Español existe un importante antecedente en el art. 9.3º de la "Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen" del año 1982, donde se establecen pautas de valoración para indemnizar el daño moral, entre ellas, el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. (17)
3. La función punitiva en el derecho argentino
Los daños punitivos han sido definidos 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. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado". (18)

Como bien señala la definición, se trata de una suma otorgada en adición al daño, por lo tanto, su naturaleza no es compensatoria o indemnizatoria.

Los daños punitivos persiguen la punición o castigo de determinadas inconductas caracterizadas por un elemento axiológico o valorativo agravado; pero también permiten lograr fines disuasivos, como se verá en el apartado 5.

La incorporación de los mismos al derecho argentino ha suscitado posturas contradictorias respecto de la conveniencia o no, de introducir una figura punitiva al régimen de responsabilidad civil vigente. Fueron muchos los escollos que se plantearon para cuestionar la adopción de esta figura ajena a nuestra tradición jurídica. (19)

Un primer argumento en contra, fue su pertenencia al sistema del common law y, por lo tanto, su pretendida antítesis con nuestro sistema de civil law. Contestando a este planteo, López Herrera advirtió que "las cosas no son tan tajantes, sobre todo en lo que hace a una particular rama del common law, su derecho de daños... El sistema de torts no es tan distinto ni tan incompatible con los sistemas de responsabilidad civil de nuestro derecho o civil law". (20)

Un segundo argumento en contra, indicó que el fin sancionatorio de los daños punitivos, atenta contra nuestro régimen de responsabilidad civil y representa más bien una figura propia del sistema penal, dada su naturaleza de multa. Se ha dicho que la naturaleza eminentemente sancionatoria corresponde a las lindes del derecho penal.

Siguiendo esta línea, Owen se refiere a los daños punitivos como "una curiosa criatura del derecho habitando un extraño límite entre el derecho civil y criminal". (21) Sin embargo, la doctrina mayoritaria no pone en cuestión la compatibilidad de una figura sancionatoria con nuestro régimen de responsabilidad civil.

En respuesta a este punto, debe advertirse que la norma penal no se caracteriza por su función exclusivamente punitiva; ni la norma civil por su función exclusivamente reparadora o indemnizatoria. En tal sentido, el art. 117 del Código Penal, dispone que el acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. Nótese que la publicación de la retractación constituye el típico ejemplo de reparación en especie. El acusado queda libre de toda responsabilidad mediante un acto de reparación que pretende volver las cosas al estado anterior al delito.

La función preventiva también se encuentra presente en el derecho penal; ya que "nuestro ordenamiento legal establece, con jerarquía constitucional, que las penas privativas de la libertad, tendrán esencialmente una función preventiva especial (arts. 5º, inc. 6º, del Pacto de San José de Costa Rica, y 75, inc. 22, CN)". (22) De este modo, tenemos en el Código Penal normas cuyo norte es la punición (la función vedette del derecho penal); pero también hay normas que pretenden la reparación (23) y normas que persiguen la prevención de delitos.

Por su parte, el derecho de daños, no persigue únicamente la reparación o indemnización de daños; sino también la prevención y punición de los mismos, como se indicó en el apartado 1.

Finalmente, frente a esta discusión respecto de incorporarlos o no a nuestro derecho positivo, en el año 2008, la Argentina se convirtió en el primer país Latinoamericano que los incorpora de lege lata, en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, en el art. 52 bis para sancionar al proveedor de bienes y servicios por incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales.

Por lo tanto, la discusión acerca de si corresponde o no incorporar dicha figura, se trasladó hacia otro ámbito: la regulación que corresponde a la misma y las dificultades que la norma que los recepta generó en la jurisprudencia argentina desde su incorporación.

4. La jurisprudencia argentina en materia de daños punitivos

La norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos (art. 52 bis de la Ley 24.240) establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar esta multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. (24)

La mayoría de los casos en los que se impusieron condenas por daños punitivos, se trató de una sanción pecuniaria más bien modesta con respecto a su cuantía. 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"(25): en este en primera instancia, en concepto de daños punitivos se concedió la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000,00). 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, conforme los dichos de la parte actora, el siguiente: el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de la marca "Pepsi" en un kiosco de la ciudad de Córdoba — botella de vidrio de 1,25 litros, retornable — 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, que en su anverso reza "Prime" y luego tiene un logo que expresa "aloe vera", "gel íntimo", con sus bordes oxidados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa.

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.

El juez de primera instancia concedió la suma de dos millones de pesos en concepto de daños punitivos; pronunciamiento que fue apelado por la parte demandada, a la cual se concedió la razón en la alzada. Los miembros del tribunal de segunda instancia entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende de la literalidad del art. 52 bis de la LDC, no son suficientes las circunstancias que facultan a atribuir, con criterio objetivo, 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.

En primera instancia, la sentencia dictada para los autos: "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", conforme el relato de la parte actora, ésta había celebrado en el mes de agosto de 2007 el contrato de tarjeta de crédito con la tarjeta VISA, que contaba, entre otros servicios, con el de "seguro de desempleo". Al momento de celebrar dicho contrato, el actor trabajaba en la firma Tarshop S.A. —entidad financiera que ofrece la Tarjeta Shopping—, en el área de gestión de cobranza. Detalló que se ocupaba de instar telefónicamente a los clientes al pago de sus deudas, bajo apercibimiento de acciones judiciales e inclusión en las centrales de información crediticia. Indicó que en muchas oportunidades los reclamos efectuados a los clientes eran infundados y, consecuentemente, motivo de discusiones con aquellos, lo cual le generaba situaciones altamente estresantes. De allí que le fue concedida una licencia médica psiquiátrica en el mes de noviembre de 2007 que se prolongó hasta marzo del 2008, y al momento de reincorporarse a sus tareas, se le notificó su despido. Por tal motivo, comunicó

dicha circunstancia telefónicamente a la demandada. Al consultar por el seguro de desempleo, ante las respuestas evasivas que recibió de su adversaria, le remitió una carta documento intimándola a hacer efectivo el seguro contratado; sin embargo, no obtuvo ningún resultado. Luego, recibió incesantes llamados de Compañía Financiera reclamando el pago del saldo del resumen de la tarjeta de crédito, como así también diferentes misivas en las que aquélla la amenazaba con el "embargo de sueldo, secuestro y remate de bienes, inhibición general de bienes e inclusión en la central de deudores del Banco Central de la República Argentina"; y posteriormente, comprobó que figuraba en tal base de datos de desde el mes de mayo de 2008 por una deuda con la accionada en situación 2.

El juez de primera instancia rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de quince mil pesos ($ 15.000), en concepto de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor. Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis de la LDC y la doctrina establecida a su respecto. (26)

Siguiendo esta línea de desencuentros, en un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, se dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia, brindándose como fundamento, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico por parte de la demandada. (27)

En el fallo "Cañadas Pérez, María Dolores c/ Bank Boston Na s/daños y perjuicios"(28) de fecha 28 de octubre de 2008, la actora manifestó que a mediados de enero de 2006 concurrió a la sucursal de la empresa de telefonía celular "Movistar" a los fines de comprar un celular y, para su sorpresa, el vendedor del local le informó de la imposibilidad de realizar dicha operación, en razón de figurar como deudora por cheques rechazados por falta de fondos librados contra el Bank Boston NA, según la consulta que se efectuara en el registro de la Organización Veraz SA. La demandante afirmó que nunca fue titular de ninguna chequera y no libró cheque a persona alguna, por lo tanto demandó daños y perjuicios derivados de dicha información falsa y solicitó al Bank Boston NA la rectificación de la información falsa y errónea que dicha entidad emitiera respecto a su persona, tanto al Banco Central de la República Argentina como así también a la Organización Veraz SA.

El magistrado de grado admitió la demanda entablada, condenando a la parte demandada a pagar en el término de diez días, la suma de $ 6000 en concepto de daño moral por la errónea información que la entidad demandada difundiera. Además, a modo de sanción ejemplificadora, aplicó la multa civil del artículo 52 bis, equivalente al importe por el que prosperó la demanda, con fundamento en la orfandad probatoria en que incurrió el Banco demandado, quien negando las circunstancias de la operatoria de la actora en cuenta corriente y negando la documental acompañada, no aportó prueba alguna que acreditara una versión diferente a la narrada por la parte actora, encontrándose la entidad financiera demandada en mejores condiciones de probar que no hubo error administrativo de su parte, que su actuar fue diligente.

Lo llamativo del caso, es que en la demanda, los rubros reclamados fueron los siguientes: daño moral, daño emergente y gastos varios. El rubro daños punitivos no fue reclamado en este escrito inicial, ya que no existía dicho instituto en el derecho positivo argentino al momento de iniciar la demanda. Recuérdese que uno de los pocos recaudos que adoptó el legislador al receptar dicho instituto, fue la necesidad de instancia del damnificado como

puerta de entrada a la discreción del juez para aplicar la figura. Por otro lado, el magistrado fundamentó la procedencia de esta sanción de la siguiente manera:
Como vemos la norma solo exige el incumplimiento por parte de este de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. En consecuencia el daño punitivo resulta aplicable en todos los casos en los que se de cualquiera de los extremos, es decir, a todo vínculo jurídico.
De este modo, se apartó de lo que sostiene la doctrina mayoritaria al respecto, que entiende que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable, no obstante la falta de previsión de tal conducta en la norma que acoge el instituto en cuestión.
La entidad bancaria demandada apeló el pronunciamiento de grado cuestionando puntualmente la procedencia de la multa civil aplicada, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una ley del año 2008, un obrar acaecido en el año 2006. Los miembros de la Cámara estimaron procedente el agravio de la entidad demandada en lo atinente al reclamo del rubro daños punitivos. En tal sentido, afirmaron que la aplicación del mismo al proveedor demandado, se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), y afirmaron que:
La figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas. Por ello, su aplicación 'ejemplar' a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva. (29)
En el fallo "R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", en primera instancia se negó la procedencia del rubro daños punitivos por las causas que se mencionarán a continuación. (30)
Los hechos que motivaron la demanda fueron los siguientes: en septiembre del año 1998 el Sr. R. efectuó un chequeo médico con el Dr. De M. quien le prescribió: "una dieta hipograsa e hipocolesterolémica durante cuatro semanas, control de laboratorio e interconsulta cardiológica" porque había detectado "dislipidemia importante". La interconsulta se concretó con el Dr. Z., quien le ordenó la realización de estudios y, a raíz de los resultados que estos arrojaron, prescribió al Sr. R. el medicamento Lipobay.
Como seguía con síntomas, el demandante se comunicó telefónicamente con la Dra. L., quien trabajaba en Bayer S. A. Esta médica asentó en su informe, bajo el acápite "Descripción del evento adverso", los siguientes síntomas del actor: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo izquierdo y le recomendó que suspendiera la toma del Lipobay.
El día 3 de marzo de 1999, se constató que el actor presentaba "tiroiditis de Hashimoto hipotiroidismo". Con fecha 8 de agosto de 2001, Bayer S.A. dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay "en todas sus concentraciones", justificándose tal decisión de la siguiente manera:
Esto obedece a la evaluación de recientes datos de farmacovigilancia que indican un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que consta en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguen recibiendo reportes espontáneos de miopatía y rabdomiólisis asociados al uso concomitante de estos compuestos.
La suspensión del medicamento fue ordenada para todos los países del mundo en donde estuviese disponible el gemfibrozil. El pronunciamiento de primera instancia fue apelado por ambas partes. El actor pidió daños punitivos porque, según sostuvo, Bayer S. A. conocía los riesgos del medicamento Lipobay y guardó silencio. El Señor juez de Cámara Dr. Sebastián Picasso que emitió su voto en primer lugar consideró que debía rechazarse el agravio

tendiente a obtener una condena de Bayer SA a pagar daños punitivos:

En otras oportunidades he señalado que el art. 52 bis de la ley 24.240, cuya aplicación pretende la actora ante esta instancia, es inconstitucional (...) Sin embargo, entiendo que no es preciso recurrir en este caso a tal declaración, ultima ratio del orden jurídico, pues ello requeriría como presupuesto lógico que la mencionada norma fuera efectivamente de aplicación al sub lite, cosa que como se verá no sucede. En efecto, el pedido de imposición de daños punitivos no fue planteado en la instancia de grado, y es sabido que, so pena de lesión del principio de congruencia, el tribunal de alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del magistrado de primera instancia. Más allá de ello, el art. 52 bis de la ley 24.240 no estaba vigente al momento de los hechos, pues fue incorporado a dicho estatuto recién con la sanción de la ley 26.361 (publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008). Ello veda, claramente, su aplicación al caso, en los términos del art. 3º del Código Civil.
En este sentido, se decidió que no puede aplicarse el art. 52 bis de la ley 24.240 a conductas desplegadas con anterioridad a la sanción de la ley 26.361.
En el fallo "LNR c/ Laboratorios Phoenix", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó a la parte demandada a abonar la suma de cien mil pesos ($ 100.000) en concepto de daños punitivos luego de que el juez de primera instancia negara la procedencia de dicho rubro. Lo llamativo de este caso, es que guarda similitudes con el fallo comentado precedentemente: en primer lugar, la plataforma fáctica es semejante; en segundo lugar, aquí los hechos que motivaron la demanda también acontecieron con anterioridad a la reforma de la ley de defensa del consumidor que introdujo los daños punitivos.
La persona que inicia la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado "Megalex" que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente, uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de "prolactinoma" no lo habría ingerido.
Desde el año 2003, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignarse; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.
La demandada indicó que con anterioridad a la pretensión solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo prospecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso —sostuvo— debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.
El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actoral, pero estimó improcedente el reclamo por daños punitivos. (31) Sin embargo, lo que motivó tal negativa no fue, como en el caso anterior, la imposibilidad de aplicar retroactivamente la norma. El magistrado rechazó la sanción con el siguiente fundamento:
Los daños punitivos son multas o penas privadas que carecen de toda naturaleza compensatoria (o reparadora). Es más, son sumas de dinero que se adicionan al monto del daño (que es compensatorio, claro está). Se conceden —según se ha dicho— contra un sujeto culpable de una conducta reprochable particularmente agravada, inconducta unida a un malicioso o temerario estado mental. O bien "que tienen el propósito de castigar al demandado, de enseñarle a que no haga de nuevo lo que está mal hecho y también de disuadir

a terceros de hacerlo. En definitiva, las características de los imprecisos estados subjetivos enunciados podrían reconducirse al dolo (...) Articular estos conceptos con el devenir de los hechos acreditados permite concluir sobre la inexistencia de los condicionantes que tornarían procedente este reclamo, que consecuentemente se rechaza".

A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia. Los miembros del tribunal de alzada discreparon con el pronunciamiento de primera instancia y estimaron procedente la sanción pecuniaria, en virtud de un conjunto de actitudes de los codemandados que, en palabras del tribunal interviniente "convencen de la aplicación del artículo 52 bis de la ley 24.240". Tales actitudes son: la continuación de la venta del producto con el prospecto que no alertaba respecto de las contraindicaciones (aún luego de haberse aprobado el nuevo indicativo con tal advertencia); la omisión por parte de los responsables frente a la evidencia derivada de la existencia de un específico intercambio epistolar; la mediación frustrada y su hipotético daño a la salud pública; y por último, el fácil recurso de retirar aquellos fármacos de información retaceada, cuestión que omitieron realizar. (32)

En autos "Rodríguez, Maximiliano c/ Asociación del Fútbol Argentino s/Daños y perjuicios", el actor promovió la demanda reclamando la indemnización de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento contractual en que incurriera la asociación demandada. El actor había adquirido una entrada para participar del partido de fútbol que se disputó entre la Argentina y Brasil, en las eliminatorias para el mundial de Sudáfrica 2010 en la cancha de Rosario Central. Llegó al estadio con su entrada y cuando estaba por acceder se cerraron las puertas porque no había más capacidad en el estadio. Con tal motivo, reclamó en concepto de daño material el valor de la entrada, por daño moral la suma de $ 10.000, y por daño punitivo la suma que estime el tribunal. En primera instancia se hizo lugar a la demanda, afirmando la responsabilidad objetiva e incluso subjetiva de la demandada y mandando a pagar por daño moral la suma de $ 5000, en concepto de daño material $ 50, y en concepto de daños punitivos la suma de $ 10.000, con más los intereses. Ante tal resolución, la demandada interpuso recurso de apelación. El tribunal de alzada hizo lugar parcialmente a la apelación, y denegó la procedencia del rubro daños punitivos con el siguiente argumento:

"Se han destacado dos notas de esta figura de los daños punitivos. En primer lugar, su carácter excepcional. Se cita al respecto una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, debiendo destacarse que en este país ha sido donde se ha hecho un uso más frecuente. En ese precedente la Corte "estableció que las reparaciones tradicionales eran, en principio, suficientes para compensar el daño padecido, limitando la aplicación de los daños punitivos a casos extraordinarios...

"En segundo lugar, y relacionado a la característica anterior se ha destacado que resulta procedente esta sanción, cuando la conducta del demandado aparece particularmente agravada y culpable. De ahí que buena parte de la doctrina afirme que el factor de atribución para la aplicación de esta multa, sería subjetivo y además agravado; solamente daría pie a su aplicación el dolo o la culpa grave del incumplidor, notas que cabe predicar del hecho mismo.

"Se habla de la denominada culpa lucrativa, siendo ésta también la que tuvo particularmente en cuenta nuestro legislador... En cuanto a la gravedad del hecho debemos tener en cuenta que todo lo que vio frustrado el actor fue el acceso a ver un partido de fútbol y que esto no ocurrió por una conducta deliberada o gravemente culpable de la demandada...". (33)

Posiblemente no sea necesario enumerar más ejemplos para concluir que existen profundos desacuerdos en la jurisprudencia respecto de la aplicación de los daños punitivos en el derecho argentino. (34)

Dado el origen foráneo del instituto y su estado de impreciso ámbito de determinación y aplicación dentro el derecho argentino, su aplicación a casos individuales se desarrolla en un ámbito de incertidumbre. Por ello, no resulta posible formular predicciones a su respecto o de

otro modo, si corresponde o no la aplicación de este tipo de multa civil. Se podría decir que uno de los mayores problemas reside en la ausencia de una "práctica generalizada" y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto.

Si bien la norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos parece ser clara en cuanto al presupuesto fáctico que es su condición de aplicación; la doctrina mayoritaria concluye que la finalidad punitiva o sancionatoria establecida en este instituto, exige la efectiva presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa. (35)

Veamos nuevamente la norma que recepta los daños punitivos. El artículo 52 bis establece que si se produce un incumplimiento del proveedor de bienes y servicios respecto de las obligaciones legales o contractuales que asuma, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar esta multa civil. La simple lectura de la norma indica que el presupuesto fáctico que habilita al juez a aplicar las consecuencias de la institución en cuestión, es la presencia de un incumplimiento de la obligación legal o contractual asumida. Sin embargo, para la doctrina mayoritaria, esa sola circunstancia no es determinante para que se aplique una sanción de orden civil, que excede la indemnización del daño causado y cuyo monto parece quedar librado a la discreción del juez en la medida que esa norma sólo prevé un tope máximo de cinco millones de pesos ($ 5.000.000).

El término "podrá" conforme a la literalidad del texto de ese dispositivo, implica que se encuentra en la órbita del juez interviniente decidir, en forma discrecional, si aplica o no esa multa ante la acreditada existencia de un incumplimiento legal o contractual. Sin embargo, esa discrecionalidad es amplia en el sentido que la norma en cuestión no proporciona un claro elemento empírico que sirva de referencia.

Como corolario de las cuestiones expuestas, la inmensa mayoría de los casos en los cuales se requirió al juez interviniente la imposición de daños punitivos, engastan en la categoría de casos difíciles, ya que la norma que los contempla no proporciona un criterio certero para arribar a una respuesta correcta.

5. El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012. Una buena oportunidad para alcanzar un acuerdo

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

"Artículo 52 bis.— Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".

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

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

Los daños punitivos son condenas pecuniarias extracompensatorias, con el objeto de sancionar al demandado y disuadir a éste y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro. (36)

A diferencia de la retribución que se orienta al pasado, la disuasión mira hacia el futuro. La función disuasiva apunta a que hechos similares no se repitan en el futuro. En el caso de los daños punitivos, se pretende que los potenciales dañadores eviten la conducta lesiva por temor a la sanción pecuniaria. Conforme la clasificación de prevención en general y especial; esta figura punitiva apunta a lograr ambos tipos.

Con respecto a la prevención especial, es decir la que se dirige al mismo sujeto que realizó la conducta ilícita, con la multa civil se pretende desalentar al victimario para evitar que en lo sucesivo realice conductas similares. Para lograr este fin, la imposición de la condena debe suponer un coste más elevado para el posible infractor que los beneficios que espera obtener con su actividad ilícita. La idea de "beneficio que espera obtener" supone una actividad racional, una operación —si se quiere matemática— donde se sopesan las pérdidas y ganancias posibles de la actividad contraria a la conducta prometida o legalmente exigida.

Pizarro menciona entre las pautas de valoración para cuantificar los daños punitivos: 1) la gravedad de la falta; 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito; 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido; 5) el carácter antisocial de la inconducta. (37)

La pauta mencionada en el inciso 2) tiende a reforzar la prevención especial, la cual se logrará si el sancionado percibe como gravosa la sanción pecuniaria; ya que de lo contrario —si la multa es irrisoria con respecto a su fortuna personal— no se logrará el efecto deseado. Una gran empresa que es multada con una ínfima suma en relación a su fortuna preferirá seguir infringiendo sus obligaciones legales o contractuales, si con ello procura un rédito mayor, tal es lo que sucede cuando el dañador actúa con culpa lucrativa.

Un claro ejemplo de esto es el renombrado caso de la jurisprudencia estadounidense Grimshaw v. Ford Motor Company, en el cual la poderosa compañía automotriz Ford lanzó al mercado el modelo "Ford Pinto", revolucionario por su lanzamiento en muy poco tiempo y con criterios de economía sumamente estrictos, lo que lo convirtió en uno de los autos más vendidos en la historia. Sin embargo, durante la etapa de prueba del modelo se advirtieron dos defectos en el mismo: a) el depósito de combustible estaba ubicado de tal manera, que ante una colisión el coche explotaba con gran facilidad; y b) la carrocería era débil, por lo que en caso de choque, la misma se deformaba con el consiguiente bloqueo de sus puertas. (38)

Un análisis de expertos permitió colegir fácilmente que las probabilidades de accidentes y la reparación de los mismos serían escasas a comparación de las ventas si el producto era puesto a la brevedad en el mercado. Conclusión: económicamente convenía mil veces más afrontar los posibles reclamos por muertes o lesiones, a corregir los defectos de fabricación. Por lo tanto, la empresa decidió lanzar al mercado el producto defectuoso.

El previsible accidente ocurrió: Richard Grimshaw viajaba como pasajero en un Ford Pinto modelo 1972 conducido por Lilly Gray. El vehículo fue embestido por otro en la parte superior y comenzó a incendiarse provocando graves quemaduras en los pasajeros. De tal evento resultó la muerte de Lilly Gray, y graves quemaduras en el menor Richard Grimshaw que le causaron desfiguración permanente en el cuerpo y rostro. El juicio resuelto por jurados determinó que Grimshaw recibiera 2.800.000 dólares por daños compensatorios y 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos, punitive damages. (39)

En el caso citado, si el tribunal mandase a pagar únicamente el rubro "daños compensatorios", el pago de la indemnización seguirá siendo la mejor opción económica para la empresa, antes

que rescatar las miles de unidades vendidas y efectuar las reparaciones pertinentes, es más redituable causar daños y repararlos a tomar las precauciones necesarias para vender un producto seguro.

La prevención general, es decir a que se dirige a la sociedad entera para que —al percatarse de la sanción impuesta al demandado— se persuada de la conveniencia de no realizar actos similares, también ha sido reconocida como una finalidad de los daños punitivos. Prosser y Keeton definen los daños punitivos como "[Aquellos 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". (40)

En cuanto al aspecto sancionador, no existen dudas respecto de la naturaleza sancionatoria de los daños punitivos; de allí que parece adecuada la denominación "sanción" o bien "multa civil", como lo hizo el Proyecto del año 1998. Matilde Zavala de González sostiene que la indemnización punitiva satisface una triple función: a) Sancionar al dañador, b) Prevenir sucesos lesivos similares y c) Eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa (41); y con razón la jurista ha dicho que "la ausencia del aspecto sancionatorio marca otra falencia que conspira contra la prevención". (42)

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

Desde el año 1995 que comenzó a discutirse en la Argentina, en el marco de las Jornadas Nacionales de Derecho y Congresos Nacionales de Derecho (43), la necesidad de incorporar el instituto, se planteó su aplicación para casos de particular gravedad, caracterizados por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos. (44)

La previsión expresa de una conducta subjetiva agravada es muy atinada en cuanto la figura tiene en miras dicho elemento subjetivo para castigar; de este modo, se evitan posibles pretensiones de daños punitivos ante cualquier conducta negligente. Si bien la fórmula "grave menosprecio" resulta vaga, por cuanto no se entiende cuánto menosprecio es necesario para considerarlo grave, es un gran avance en la materia.

La palabra "menosprecio" parece aludir a la actitud lucrativa del proveedor de bienes y servicios que realiza un cálculo racional y decide causar daños al consumidor cuando ello resulta más redituable en términos económicos, menospreciando de tal modo sus derechos. Esto también implica recoger las principales tendencias doctrinarias en la materia, tanto en la Argentina como en el derecho comparado, que abogan por la aplicación de daños punitivos para daños causados con "culpa lucrativa".

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

En este sentido, una demanda novedosa interpuesta en el año 2007, por la Asociación Argentina de Derecho de Daños parece plantear una pretensión de este tipo. La acción se interpuso en defensa de los intereses de incidencia colectiva de tipo difuso, contra las empresas tabacaleras Massalin Particulares y Nobleza Piccardo, con el objeto de condenarlas a una obligación de hacer, consistente en la integración de un fondo fiduciario cuya renta anual se destine a reintegrar los gastos de asistencia médica causada por las enfermedades que genera el tabaco, en: "a) ex fumadores activos nacidos entre 1937 y 1976, con un mínimo como fumador de 10 años; b) ex fumadores pasivos que hayan trabajado en la administración pública por un plazo no menor a 15 años". (45) Sin llamar las cosas por su nombre, en el

fondo de la cuestión, subyace una pretensión de daños punitivos —instituto que no se encontraba aún incorporado al derecho argentino cuando se inició la demanda— con destino a un fondo público de asistencia a las víctimas de daños causados por el tabaquismo.
En este punto, se plantearon en la doctrina diversas propuestas: algunos autores señalan que todo o gran parte debe destinarse a la víctima, evitando posibles planteos de inconstitucionalidad derivados de la legitimación del Estado para percibir dicha suma y la onerosidad que implicaría su intervención en el proceso. Además, si no se destina el monto a la víctima, existe el problema de la pérdida de interés para accionar, ante la incertidumbre por el destino de dichos montos, lo que culminaría en la celebración de acuerdos para eliminar del panorama al Estado y la nula existencia del daño punitivo en la práctica. Otros autores, proponen un régimen mixto destinando una parte a la víctima y otra al Estado; otros afirman que en supuestos de actores civiles bien determinados o determinables son éstos quienes deben percibir el monto y en supuestos de víctimas indeterminadas o de difícil determinación deberán destinarse los montos al Estado; mientras que finalmente parece de gran interés la propuesta de Mosset Iturraspe, quien opina que deben crearse fondos especiales de garantía y asistencia a víctimas de accidentes anónimos o causados por agentes insolventes.
La proyectada modificación del artículo 52 bis en cuanto dispone que la sanción tiene el destino que el juez determine por resolución fundada (a diferencia del actual que establece dicha multa civil a favor del consumidor), enervaría las críticas que se dirigen al enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del sindicado responsable; y deja en cabeza del juzgador la difícil tarea de decidir el destino que corresponda, atendiendo al caso concreto, pero dicha resolución debe estar fundada en razones.
Lamentablemente, pese a lo encomiable de dicha proyectada reforma, la versión final del Código Civil y Comercial, sancionado el 1 de Octubre de 2014, no incorpora la reforma originariamente presentada por la comisión redactora del Proyecto al artículo 52 bis; el cual continúa conforme la redacción original de la ley 26.361.
6. La reforma que no pudo ser
Como se manifestó en el apartado 1, El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 incorporó el artículo 1708, reconociendo categóricamente las tres funciones del derecho de daños. A su vez, se incorporó expresamente la figura de los daños punitivos, bajo la denominación sanción pecuniaria disuasiva, para proteger los derechos de incidencia colectiva, en el artículo 1714.
En los fundamentos del mismo, la comisión conformada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci manifestó:
"El anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia (...) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria (...) Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva (...) La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz". (46)
Con respecto a la sanción pecuniaria disuasiva, se dijo que:
"La decisión ha sido aplicarla solamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) No hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor

diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa". (47)

Como pudo verse en el apartado 4, desde la incorporación de los daños punitivos en el año 2008, la experiencia jurisprudencial en la Argentina evidencia profundos desacuerdos respecto de la procedencia de esta sanción. Esto motivó a los juristas que redactaron el Proyecto a ser cautelosos en el reconocimiento de la figura.

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

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

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

Asimismo, se modificó el artículo 1708 que reconocía categóricamente las tres funciones de la responsabilidad civil, estableciéndose que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Esto parecía guardar armonía con la eliminación de la sanción pecuniaria disuasiva.

Sin embargo, en el cuadro explicativo sobre las modificaciones relevantes, que establece una comparación entre el régimen vigente según el CC, y los cambios más importantes a partir de la entrada en vigencia del CCyC, se dispone:

Normativa vigente hasta el 31 de diciembre de 2015: el Código dispone de un sistema principalmente resarcitorio, que tiende a restablecer el equilibrio de patrimonios entre el autor del daño y la víctima. Se estipula que tiene una faceta preventiva, aunque ello es relativo desde que el sistema de responsabilidad tiene sustento en un factor subjetivo de atribución que no favorece esta función. La sanción pecuniaria disuasiva está prevista solamente en el art. 52 bis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

El régimen que regirá a partir del 1º de enero de 2016: se introducen las figuras de la función preventiva y punitiva de la responsabilidad civil, mediante la acción preventiva (art. 1711) y la punición excesiva (art. 1714).

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

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

Todo parece indicar que la punición excesiva fue pensada por los autores del Código, como un límite ante supuestos en los cuales la sanción pecuniaria disuasiva (regulada en el artículo anterior), sumada a otras sanciones administrativas o penales generen una punición extremadamente gravosa para el sindicado responsable. Esta intención de los autores del mismo, se refuerza si observamos la proyectada reforma al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, transcripto en el apartado 5, donde en la parte final, se transcribe el artículo de la punición excesiva (originario artículo 1715) como parte del mismo texto que regula dicha sanción. Es decir, conforme el Proyecto original, la punición excesiva constituye un límite a la cuantificación de la sanción pecuniaria disuasiva, y no una figura jurídica autónoma como sugiere el cuadro explicativo.

Al eliminarse el original artículo 1714, la punición excesiva pasó a ocupar su lugar en la enumeración del Código, quedando la misma de la siguiente manera:

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

Si, por el contrario, interpretamos a esta punición excesiva como lo que parece ser: un límite ante condenaciones excesivas, al eliminarse la sanción pecuniaria disuasiva, la misma se vacía de contenido; ya que la reparación del daño propiamente dicha, tiene como límite el daño efectivamente sufrido por la víctima; y la prevención del daño no constituye una "condenación".

A su vez, en lo que respecta a la prevención del daño, el artículo 1713 que regula la sentencia que debe dictar el juez ante la interposición de una acción preventiva, establece su propio límite: "se deben ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad". (48)

Finalmente, la redacción de los fundamentos del Anteproyecto, abonan esta tesis; y no dejan dudas al respecto. Cuando se refiere a la sanción pecuniaria disuasiva, en el punto 4.3 "Caracteres", enumera a los caracteres del instituto sancionatorio del siguiente modo: "a) No se aplica de oficio, sino a petición de parte... b) Tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva; c) Su monto se fija prudencialmente... d) Los criterios son: las circunstancias del caso, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener...e) La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada; f) Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provocan una punición irrazonable o excesiva, el juez deberá computarlas a los fines de lo previsto en la norma. En tal supuesto, el juez podrá dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida". (49)

7. Ponencias consideradas para las reformas introducidas en materia de sanción pecuniaria disuasiva.

Por resolución aprobada el 04 de Julio de 2012, se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Esta Comisión Bicameral emprendió la implementación de un programa para la difusión del proyecto, convocando a los diferentes sectores de la población a integrarse al procedimiento parlamentario. En el marco de tales ideas, se dispuso la celebración de audiencias públicas, y la publicación de las ponencias presentadas. (50) Con respecto a la figura de la sanción pecuniaria disuasiva, se alzaron voces en contra, tanto de la reforma del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, como del artículo 1714 del Proyecto de CCyC.

Entre las ponencias en presentadas, encontramos las distintas críticas a la regulación de la figura sancionatoria,

Con respecto al artículo 52 bis, el Dr. Mariano Enrique de Estrada, en representación de la Comisión de Derecho del Consumidor Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

manifestó que este artículo antes del Anteproyecto regulaba lo que se llamaba Daño Punitivo, que tenía un tope de $ 5.000.000 y era en beneficio del peticionante. Al respecto, alegó que
"No nos parece conveniente la posibilidad de una condena de este tipo sin monto máximo y librada al sólo criterio judicial. Las penalidades deben estar definidas, ya que de lo contrario se afecta el principio de legalidad y el derecho de defensa. Tampoco nos parece apropiado que el destino de la sanción sea definido por el juez según su criterio. Por último, el artículo no dice que la sanción se aplique al proveedor, sino a cualquier persona que actúe con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. No queda claro entonces si la sanción puede ser aplicada, por ejemplo a un empleado en vez de a la empresa". (51)
En cuanto al proyectado cambio de destino del daño punitivo en el artículo 52 bis de la Ley 24.240, el Dr. Osvaldo Héctor Bassano, Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogado del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y Presidente de ADDUC (Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores), manifestó falta de conformidad con la regulación propuesta que determinaba que el daño punitivo tendría el destino que el juez determine por resolución fundada:
"El daño punitivo no alimenta otra cosa que evitar que el consumidor sea objeto de un agravio serio por la codicia que muchas empresas proveedoras de bienes y servicios demuestran. Al ser a favor del consumidor también alimenta la necesidad que se eviten y prevengan estos eventos. Así fue probado con la aplicación que se realizó en los distintos fallos en la justicia nacional y provincial, demostrando su necesidad de existencia para evitar estos eventos... Así, la experiencia demuestra diariamente la dificultad que los consumidores tienen en poder efectivizar reclamos, y esto demuestra como el mercado ha creado innumerables vericuetos que con normas propias, desconoce los principales principios en la materia. La sanción es la única forma de poder hacer efectivo estos derechos. Siendo estos algunos de los pocos ejemplos que pueden verse en la materia nos obliga a solicitar que no se derogue ni el art. 40 bis, ni el 52 bis de la ley 24.240 y asimismo, se los mejore como una forma de prevención necesaria para la mejor defensa de la relación de consumo·. (52)
En lo relativo a la limitación de la sanción pecuniaria disuasiva a derechos de incidencia colectiva (art. 1714), se ha criticado que no se especifica la posibilidad de recurrir a este remedio respecto de derechos individuales homogéneos, que sin recaer sobre bienes colectivos, han sido lesionados por una causa fáctica homogénea y dan lugar a una comunidad de pretensiones de los damnificados. No existe ninguna razón jurídicamente relevante para excluir la operatividad de esta figura respecto de una categoría de derechos que es muy frecuentemente lesionada y que reclama el juego armónico de todo el sistema de responsabilidad civil en su tutela. (53)
8. Sanción pecuniaria disuasiva y responsabilidad estatal
La responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido siempre un tema controvertido y blanco de profundos desencuentros doctrinarios, sobre todo de pugnas entre civilistas y administrativistas. Hasta el siglo XIX, predominó el dogma de la irresponsabilidad del Estado por los daños que pudiera causarse a las personas en el marco de la actividad o inactividad estatal; fundado en la pretendida incompatibilidad entre la soberanía del Estado y las pretensiones resarcitorias articuladas en su contra.
Cassagne señala que la responsabilidad estatal por daños en el derecho interno puede obedecer a una relación de derecho privado (civil o comercial), o bien de derecho administrativo. En el primer supuesto, según Pizarro y Vallespinos se trataría de una responsabilidad directa, basada principalmente en el factor de atribución culpa y resultarían aplicables los artículos 43, 512 y 1109 del CC. Mientras que tratándose del segundo supuesto, se deben aplicar los principios del derecho administrativo. (54) En el derecho administrativo la responsabilidad no se funda en la culpa, sino que tiene naturaleza objetiva. (55)

El Anteproyecto elaborado por la Comisión de reforma, regulaba la responsabilidad del Estado en los artículos 1764 a 1766. Como regla general, se estableció que el Estado responde objetivamente por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones. (56) Con respecto a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, los mismos debían responder por los daños causados a los particulares por las acciones u omisiones que impliquen un ejercicio irregular de su cargo. (57) Finalmente, el artículo 1766 disponía que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. Sin embargo, dicha reparación solo procede respecto del daño emergente. (58)

La Comisión redactora del Anteproyecto, manifestó en los fundamentos:

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. (59)

El Poder Ejecutivo Nacional sustituyó los artículos mencionados, estableciendo que la responsabilidad del Estado no se rige por las disposiciones del Código Civil ni de manera directa ni subsidiara; sino que dicha responsabilidad se rige por las normas y principios del derecho administrativo; como así también la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos. (60)

El 2 de Julio de 2014 se sancionó la Ley 26.944 de "Responsabilidad estatal", para regular las compensaciones procedentes por daños causados por la actividad o inactividad del Estado a los bienes o derechos de las personas. El nuevo régimen normativo, en consonancia con lo dispuesto en el CCyC, establece que no resultan aplicables las disposiciones del Código Civil, de modo directo ni subsidiariamente. Asimismo, dispone que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; y en la parte final del artículo 1º establece expresamente que "la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

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

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

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

No debería haber óbices para la procedencia de la sanción pecuniaria respecto de agentes y funcionarios del Estado que actúan con dolo, siempre y cuando se configuren los requisitos de procedencia de la misma, y la relación se enmarque en una relación de consumo, subsumible

en el artículo 52 bis de la Ley 24.240. Para proteger la integridad patrimonial del Estado, hubiera sido suficiente con establecer que dicha pretensión sancionadora debe dirigirse exclusivamente contra el agente o funcionario, sin perjudicar de tal modo al Estado.

9. Reflexión final

El Código Civil y Comercial que comenzará a regir el 1º de Enero de 2016, ha evolucionado en materia de responsabilidad civil, por cuanto implica un reconocimiento categórico del derecho a no ser injustamente dañado y un correlativo deber de no dañar a otros, sin una causa de justificación expresamente reconocida en la ley.

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

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

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

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

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

10. Bibliografía

ALCHOURRON, C. E. y E. BULYGIN. (2006). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 5ª reimpresión, Buenos Aires: Astrea.

ALTERINI, A. A. (1998). Contratos civiles - comerciales de consumo. Teoría general. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

ALTERINI, A. A. (director) y F. DE LORENZO (subdirector) (2000). Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año II, nro. 4. Buenos Aires: La Ley.

ALTERINI, A. A. y LÓPEZ CABANA, R. M. (dirs.) (1995). La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

BUERES, A. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dirs.) (1997). Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

BURN, C. A., "¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados 'daños punitivos')", DJ 2004-3-1228.
GALDÓS, J. M. (1999). "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. 5.
GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons.
GHERSI, C. A. (2000). Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, Buenos Aires: Hammurabi.
GUASTINI, R. (1999). Estudios sobre la interpretación jurídica, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) (1993). Derecho de daños, Libro en Homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, 2ª parte. Buenos Aires: La Rocca.
KRAUT, A. J. "Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva", JA 1989-III-907.
LASCANO, C. J. (dir.) (2002). Derecho Penal. Parte general. Córdoba: Advocatus.
LÓPEZ HERRERA, E. (2008). Los daños punitivos, 1ª ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot.
LORENZETTI, R. L. (2009). Consumidores, 2ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
MARMOR, A. (2001). Interpretación y teoría del derecho, traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, 1ª ed., Barcelona: Gedisa.
MARTÍNEZ ALLES, M. G. (2012). "¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima", Revista de Responsabilidad civil y seguros, ALTERINI, A. A. (dir.), año XIV, nro. 5, Buenos Aires: La Ley.
MARTINOTTI, D. F. (2001). "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", Rev. La Ley.
MOSSET ITURRASPE, J. (2000). "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al Proyecto de Código Civil de 1998", LL 2000-B-1277.
NALLAR, F., "Prevención del daño: La 'Multa Civil' o 'Daños Punitivos' en el Proyecto de Código Civil de 1998", ADLA 2007-E-549.
OWEN, D. (1989). "The moral foundations of punitive damages". Alabama Law Reviews, vol. 40, nro. 3.
PADILLA, R. (1997). Sistema de la Responsabilidad civil. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
PAPAYANNIS, D. M. (2009). Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual. Buenos Aires: Ad Hoc.
PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (1999). Instituciones de derecho privado. Obligaciones 2. Buenos Aires: Hammurabi.
PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (2012). Instituciones de derecho privado. Obligaciones, tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi.
ROSENKRANTZ, C. F. (comp.) (2005). La responsabilidad extracontractual, 1ª ed. Barcelona: Gedisa.
SAUX, E. I. y MÜLLER, E. C. (2005). Responsabilidad civil y aquiliana, 1ª ed. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
VILAJOSANA, J. M. (2007). Identificación y justificación del derecho. Madrid: Marcial Pons.
ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999). Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños, t. 4. Buenos Aires: Hammurabi.
ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004). Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar, Buenos Aires: Hammurabi.

(A) (*) María Agustina Otaola, abogada, doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), maestranda en Derecho y Argumentación jurídica (UNC), becaria de postgrado en CONICET, Asistente en investigación SECyT, adscripta de derecho privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Directora del Seminario de Investigación y Lectura: Justicia Correctiva y Responsabilidad Extracontractual, Programa de Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Aprovecho esta oportunidad para agradecer a personas muy valiosas en esta etapa de mi carrera académica: Prof. Dra. Adriana Dreyzin y Prof. Dr. Hugo O. Seleme. Agradezco también a mi guía desde el principio: Prof. Dra. Marcela Aspell; al Dr. Diego M. Papayannis por sus devoluciones y recomendaciones, al Dr. Federico F. Otaola por el inconmensurable valor de sus lecturas y observaciones.

(1) (1) PAPAYANNIS. D. M. "La práctica del alterum non laedere", pp. 2-9. file:///D:/Usuario/Downloads/Papayannis_(2014)_La_practica_del_alterum_non_laedere-libre.pdf

(2) (2) PAPAYANNIS, op. cit. pp. 18 y 19.

(3) (3) Ibíd., p. 20.

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

(5) (5) Artículo 1585.— Prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del

cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido. Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación (en línea: http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf [consulta: 20 de septiembre de 2014]).

(6) (6) Ver texto en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Argentino de Información Jurídica Infojus (en línea: HYPERLINK "http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf" http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [consulta: 3 de octubre de 2014]).

(7) (7) Ver Proyecto de Código Civil y Comercial, 1ª ed., Buenos Aires: Zavalía.

(8) (8) En línea, HYPERLINK "http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf" http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf (consulta: 3 de octubre de 2014).

(9) (9) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños Punitivos", 1a ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, pág. 100. "Lo sorprendente es que en los ámbitos académicos ni siquiera los penalistas suelen hablar de la finalidad de castigo para su rama del derecho...Incluso la Constitución argentina expresamente niega que las cárceles sean para castigo...".

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

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

(12) (12) "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".

(13) (13) En el caso, se emitió una orden de allanamiento contra el periódico "Nort Briton" por una publicación que fue considerada difamatoria contra el rey Jorge II. Dicha orden no especificaba el nombre de la persona ante la cual se debía efectuar, sino que contenía un carácter general. El allanamiento se realizó en la casa del editor Wilkes, quien llevó el caso a la justicia alegando que una suma de dinero ínfima no pondría fin a la invasión a sus derechos civiles.

(14) (14) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños Punitivos", 1ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, pág. 13.

(15) (15) Traducción de HINESTROSA, Fernando, Anteproyecto de Reforma al Código Civil Francés. Libro III. Título II, Universidad del Externado, Bogotá, 2006.

(16) (16) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Los daños Punitivos", 1ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, pág. 10.

(17) (17) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños", t. 4, Ed. Hammurabi, 1999, pág. 577. Si bien la normativa se refiere al daño moral, planteamos como uno de los principales supuestos de procedencia de la "multa civil" el supuesto de ilícitos con ánimo lucrativo.

(18) (18) DOBBS, D. B., Law of remedies, en LÓPEZ HERRERA, E. Los daños punitivos, op. cit., p. 17.

(19) (19) En contra de los daños punitivos: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil"; PICASSO, Sebastián, "Sobre los denominados daños punitivos", LL 2007-F-1154; en consonancia con Bustamante Alsina, Martinotti plantea la inconstitucionalidad de los mismos por ser verdaderas sanciones de tipo penal.

(20) (20) LÓPEZ HERRERA, E., Los daños punitivos, 1ª ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008, pág. 6.

(21) (21) OWEN, David, "The moral foundations of punitive damages", vol. 40, nro. 3, primavera de 1989, p. 705.

(22) (22) BUTELER, Enrique R., en "Derecho Penal. Parte general", LASCANO, Carlos J. director, Córdoba, Advocatus, 2002.

(23) (23) También encontramos normas eminentemente indemnizatorias en el título 4 del Libro Primero, denominado "Reparación de perjuicios".

(24) (24) "Art. 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 circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

(25) (25) Juzgado de Primera Instancia y 5ª Nominación de la ciudad de Córdoba, "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.", 23 de marzo de 2011.

(26) (26) Cámara Nacional Civil y Comercial, sala F de la Ciudad de Buenos Aires, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10 de mayo de 2012.

(27) (27) Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Bastianelli, María Constanza c. Ticketek Argentina S.A. y otro s/ Ordinarios - Otros - Recurso de Apelación", 21 de febrero de 2013.

(28) (28) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 39 de Buenos Aires, "Cañadas Pérez, María Dolores c. Bank Boston Na s/daños y perjuicios", 28 de octubre de 2008.

(29) (29) Cámara Nacional en lo Civil, sala F de Buenos Aires, "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", 18 de noviembre de 2009.

(30) (30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "R., F. E. c. Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", 22 de agosto de 2012.

(31) (31) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 90 de Buenos Aires, "Lund Norma Rosa c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. s/ Daños y Perjuicios", febrero de 2012.

(32) (32) Cámara Nacional en lo Civil, sala G, de Buenos Aires, "L., N. R. c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y Otros s/ daños y perjuicios", 25 de septiembre de 2012.

(33) (33) Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario (Santa Fe), "Rodríguez, Maximiliano c. AFA (Asociación del Fútbol Argentino) s/daños y perjuicios", 9 de abril de 2013.

(34) (34) Debe aclararse que más allá de estos desacuerdos, existen algunos casos donde hubo acuerdo en primera y segunda instancia, aunque los mismos no son la regla. Ver "Machinandiarena Hernández Nicolás c. Telefónica de Argentina".

(35) (35) No obstante, Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ ("Indemnización punitiva", en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Buenos Aires: LexisNexis, 1997) y Jorge MOSSET ITURRASPE ("El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho" en Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Rubinzal-Culzoni, pág. 158) concluyen que es suficiente que exista una conducta que pueda calificarse como "objetivamente reprochable".

(36) (36) MARTÍNEZ ALLES, M. G., "¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada. Sanción social y disuasión óptima", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año XIV, nro. 5, La Ley, Buenos Aires, mayo de 2012, p. 62.

(37) (37) PIZARRO, op. cit., p. 301.

(38) (38) "The crash tests revealed that the Pinto's fuel system as designed could not meet the 20-mile-per-hour proposed standard... A production Pinto crash tested at 21 miles per hour into a fixed barrier caused the fuel neck to be torn from the gas tank and the tank to be punctured by a bolt head on the differential housing. In at least one test, spilled fuel entered the driver's compartment through gaps resulting from the separation of the seams joining the rear wheel wells to the floor pan. The seam separation was occasioned by the lack of reinforcement in the rear structure and insufficient welds of the wheel wells to the floor pan. When a prototype failed the fuel system integrity test, the standard of care for engineers in the industry was to redesign and retest it. The vulnerability of the production Pinto's fuel tank at speeds of 20 and 30-miles-per-hour fixed barrier tests could have been remedied by inexpensive 'fixes', but Ford produced and sold the Pinto to the public without doing anything to remedy the defects". [119 Cal. App. 3d 777].

(39) (39) Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, "Grimshaw v. Ford Motor Co.", 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981 (en línea: http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm [consulta: 23 de agosto de 2013]).

(40) (40) PROSSER, W. L. y KEETON, P., Prosser and Keeton on the law of torts, 5ª ed. West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1984, p. 9.

(41) (41) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004). Actuaciones por daños. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, pp. 330 y 331.

(42) (42) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (1999). Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños. T. 4. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 573.

(43) (43) IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires, 1995; III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, junio de 1996; V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1997; XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, septiembre de 1999; XIII Conferencia Nacional de Abogados, San Salvador de Jujuy, abril de 2000; entre otros.

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

(45) (45) Ver en, en línea, http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-196105-2012-06-11.html (consulta: 2 de octubre de 2014).

(46) (46) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1ª ed. Buenos Aires: Zavalía, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 761 y 762.

(47) (47) Ibíd., p. 767.

(48) (48) "Art. 1713.— Sentencia. 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".

(49) (49) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1ª ed. Buenos Aires: Zavalía, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 767 y 768.

(50) (50) http://www.casi.com.ar/sites/default/files/17641%20n.892%2020%2011%202013%20Dictamen%20Com%20Bicameral_1.pdf.

(51) (51) http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/078_Mariano_Estrada_Comsixn_de_Derecho_del_Consumidor_CACBA.pdf (consulta: 4 de octubre de 2014).

(52) (52) HYPERLINK "http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/013_Bassano_EL_DERECHO_DEL_CONSUMIDOR_EN_EL_NUEVO_CODIGO_CIVIL_1.pdf" http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/013_Bassano_EL_DERECHO_DEL_CONSUMIDOR_EN_EL_NUEVO_CODIGO_CIVIL_1.pdf [consulta: 4 de octubre de 2014).

(53) (53) Ponencia presentada por el Profesor Maximiliano Rafael Calderón, de la Universidad Católica de Córdoba, http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/019_MAXIMILIANO_RAFAEL_CALDERON.pdf (consulta: 4 de octubre de 2014].

(54) (54) PIZARRO, R. D., VALLESPINOS, C. G. [2012]. Instituciones de derecho privado. Obligaciones. T. 5. Buenos Aires: Hammurabi, p. 218.

(55) (55) Ibíd., o. 222.

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

(57) (57) "Art. 1765.— Responsabilidad del funcionario y del empleado público. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes". Ibídem.

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

(59) (59) Proyecto de Código Civil y Comercial, 1ª ed. Buenos Aires: Zavalía, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 782.

(60) (60) "Art. 1764.— Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa, ni subsidiaria". "Art. 1765.— Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda". "Art. 1766.— Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".