

## **Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación**

**Galdós, Jorge Mario**

Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre) , 137

Sumario: I. Introducción. — II. El régimen actual. El Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield. — III. El régimen en el Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas. — IV. El régimen en el Código Civil y Comercial 2014. — V. Conclusiones.

Cita Online: AR/DOC/3839/2014

(\*)

### **I. Introducción**

Nos proponemos efectuar un breve informe de las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial 2014 (según ley 26.994) , cotejándolas con el régimen actual y con los microsistemas del consumo (Ley 24.240, reformada por la Ley 26.361 de Defensa del Consumidor, en adelante LDC) y del ambiente (Ley General del Ambiente 25.675, en adelante LGA). Anticipamos nuestra opinión en el sentido que el Código Civil y Comercial 2014 importa un notorio avance en materia de prevención del daño (arts. 1708 y 1710 a 1713) aunque también una oportunidad perdida en cuanto suprimió la función punitiva contemplada en el Anteproyecto de la Comisión de Reformas 2012 (anterior art. 1714 reemplazado en el Congreso de la Nación por los actuales arts. 1714 y 1715)

De tal forma la concepción tripartita de la responsabilidad civil consagrada en el Anteproyecto (prevención, resarcimiento y punición) quedo más acotada en el Código Civil y Comercial 2014 (prevención y resarcimiento).

### **II. El régimen actual. El Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield**

En el régimen del Código Civil y Comercial vigente de Vélez Sarsfield se reguló expresamente la función resarcitoria (Libro Segundo, Sección Segunda, Títulos VIII y IX) aunque la doctrina y jurisprudencia admite de modo coincidente que la función preventiva resulta de la interpretación armoniosa de varias disposiciones del Código; por ejemplo: derecho a la intimidad (art. 1071 bis), daño temido (arts. 2499 Código Civil y art. 623 bis del CPCN), molestias en razón de la vecindad (art. 2618), interdictos y acciones confesoria y negatoria (arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2806), protección de los derechos del acreedor hipotecario (arts. 3157 y 3158), entre otros. Igualmente la legislación especial contiene varias disposiciones en sentido similar: por ejemplo la ley 11.723 (Régimen de la propiedad intelectual, art. 79); ley 13.512 (Régimen de la propiedad horizontal, art. 15); ley 18.248 (Nombre de las personas naturales art. 21); ley 22.262 (Defensa de la competencia, art. 26); ley 23.592 (Defensa contra las discriminaciones, art. 1°); ley 23.551 (de Asociaciones Profesionales) sobre la conducta antisindical (arts. 53 y 55 inc. 4), entre otras.

En el régimen microsistémico del consumo se prevé expresamente la concurrencia de tres funciones: la prevención, el resarcimiento (arts. 5, 6, 8 bis, 40, 40 bis, 41, 45, 52, 53, 54, 55, 58) y el daño punitivo (o sanción pecuniaria disuasiva). El arts. 52 bis establece: "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."

En cambio, en el ámbito del derecho ambiental concurren la prevención, la precaución, la recomposición de la situación al estado anterior a la producción del daño y, sólo en caso de no resultar posible el restablecimiento, la indemnización sustitutiva con destino a un Fondo de Composición Ambiental (arts. 1, 2 inc. a, g, k; art. 4, 22, 27, 28, 30, 32, 33, 34 y cons. LGA). La ley ambiental recoge normativamente los principios de prevención y precaución. El primero constituye uno de los objetivos de la política ambiental (art. 2 inc. g LGA) y un principio de interpretación y de aplicación de la ley ya que se debe atender "en forma prioritaria e integrada" a las "causas y las fuentes de los problemas ambientales tratando de prevenir los efectos negativos que se puedan producir sobre el ambiente" (art. 4 LGA; además el principio de prevención está previsto en los principios de responsabilidad y de solidaridad del art. 4 de la ley citada). Igualmente el art. 32 admite se decreten, incluso de oficio, "medidas de urgencia, aún sin audiencia de la contraria...". Por otro lado el principio precautorio está concebido explícitamente del modo siguiente: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente" (art. 4 LGA).

En definitiva: en el derecho privado patrimonial actual la responsabilidad civil tiene dos funciones: prevención y resarcimiento; en el derecho de consumo tres: prevención, resarcimiento y punición. Finalmente en el régimen ambiental se enfatiza el actuar "ex ante" del daño: prevención, precaución, restablecimiento de la situación al estado anterior al daño y (únicamente de no resultar ello factible) una indemnización sustitutiva pero con destino a un fondo especial.

Los dos sistemas especiales —del consumo y ambiental— contienen regulaciones normativas que consagran las acciones colectivas (arts. 53, 54, 55 y cons LDC y arts 30, 32,33 y cons LGA). Si bien el proceso colectivo no tiene regulación legal en el Código Civil vigente, se encuentran reconocidas pretorianamente a partir de la interpretación de la Corte de la Nación en las causas "Halabi" y "Padec". En efecto, en el citado "leading case" se admitió la existencia de tres categorías de derechos: los derechos individuales; los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos; y los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos, decidiéndose que "es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento legal que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del segundo párrafo del art. 43 Const. Nac. una acción colectiva..." en defensa de derechos extrapatrimoniales (1). Luego en "Padec" la Corte Suprema amplió la tutela a los derechos individuales homogéneos patrimoniales (2), criterio amplio que posteriormente se reiteró (3).

III. El régimen en el Anteproyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Comisión de Reformas

1. En el Proyecto elaborado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, e integrada por los Dres. Ricardo L Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída R. Kemelmajer de Carlucci, se preveía la función tripartita: prevención, resarcimiento y punición (art. 1708), las que fueron mantenidas en el Proyecto del Poder Ejecutivo. Sin embargo el

Congreso de la Nación suprimió la función punitiva al eliminar el art. 1714 originario y desdobló el anterior 1715 en los actuales 1714 y 1715 (4).

En la doctrina nacional y extranjera se discute cuáles son las funciones de la responsabilidad civil y una importante corriente de opinión entiende que la única admisible es el resarcimiento pero, aunque con distintos fundamentos, se acepta la función preventiva introducida —a veces— a través de la tutela civil inhibitoria.

Los Fundamentos del Proyecto de la Comisión de Reformas explican que, según los casos, a la reparación puede añadirse la prevención (el "ex ante" del daño) y la punición mediante la sanción pecuniaria disuasiva (un "ex post" del daño). La reparación es la función prevalente —expresan los citados Fundamentos— tanto cuantitativa como cualitativamente, porque la existencia de mayor cantidad de casos revela que en los daños al patrimonio la reparación es el mecanismo fundamental para indemnizar los bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero. Empero, en la tutela de la persona humana, y por consiguiente de los derechos inherentes a ella (honor, privacidad, identidad, etc.), toma vigor la tarea preventiva que se presenta como más eficaz. También en los derechos colectivos la prevención es prioritaria y precede a la reparación, actuando como incentivo de conducta en el cuidado y protección de los bienes comunes, los que, por ser de todos, no son de nadie en exclusividad; se trata de "la tragedia de los bienes colectivos". En suma —concluyen los Fundamentos— las funciones son paritarias y existe una diferencia de grado: según el bien protegido actuará una u otra, exclusiva o concurrentemente, en los casos en que la reparación acompañe a las medidas de prevención o a la sanción pecuniaria.

Por ello, el art. 1708 originario (luego modificado en el Congreso de la Nación) preveía: "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva"(5).

2. El proyectado art. 1714 establecía en su primera parte: "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...".

La norma receptaba los también llamados daños punitivos, previstos como multa civil en el Proyecto de 1998 (art. 1587), y admitidos —como lo señalamos anteriormente— por la Ley de Defensa del Consumidor (art. 52 bis ley 24.240, actualizado por ley 26.361), cuyo texto también se modificaba.

La denominación de "sanción pecuniaria disuasiva" denota que es una sanción, es decir que se trata de la función punitiva de la responsabilidad civil, de naturaleza pecuniaria, porque constituye una prestación de dar sumas de dinero, pero que también reviste otra función de igual jerarquía, consistente en la disuasión de futuras conductas que puedan causar daños, conforme la tipificación legal. La referencia a la naturaleza penal que se desprende de ese término —sanción— se neutraliza con las otras categorizaciones que le siguen (pecuniaria disuasiva). En este sentido cabe recordar que, según el Diccionario de la Real Academia Española, "disuadir" significa: "inducir, mover a alguien con razones a mudar de dictamen o a desistir de un propósito" .Se procura que el dañador no vuelva a dañar y que la sanción pecuniaria tenga efectos ejemplificadores respecto de terceros.

El Proyecto de la Comisión sustituía también el art. 52 bis de la ley 24.240 por un texto idéntico al art. 1714, acogiendo la sanción pecuniaria disuasiva en el derecho de consumo, en los mismos términos y alcances que la norma del Código (aunque referida al "grave menosprecio hacia los derechos del consumidor") .En definitiva: se armonizaban y compatibilizaban el principio general (art. 1714) con el especial (art. 52 bis ley 24.240) (6).

La sanción pecuniaria disuasiva comprendía únicamente al daño consumado contra los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos (por ejemplo, el

ambiente, la transparencia de mercado, la competencia, etc., mencionados en el art. 43 de la Constitución Nacional). De modo que quedaba excluida su aplicación para los daños bilaterales y para los individuales homogéneos.

Para la procedencia debían concurrir dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero, el subjetivo, consiste en el grave menosprecio del legitimado pasivo hacia los derechos colectivos. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa o la debida diligencia y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia. El elemento objetivo consiste en una conducta que produzca un daño de incidencia colectiva, que supere un piso o umbral mínimo y que le confiera, por su trascendencia social, repercusión institucional o por su gravedad, una apoyatura de ejemplaridad.

También se requería petición de parte, en un juicio en el que se reclame la sanción pecuniaria a título de pretensión exclusiva o concurrente con la resarcitoria o la preventiva, las que eran acumulables, sean ellas —algunas o todas— individuales o colectivas. La legitimación se confería a los damnificados que estén habilitados para reclamar en defensa de esos derechos, en consonancia con el interés razonable exigido para deducir la pretensión preventiva. O sea: se trataba de una legitimación prudente, acorde con un instituto nuevo y en proceso de delineación por la doctrina y jurisprudencia ulterior, rasgo que destacan los Fundamentos del Proyecto

En lo relativo a la cuantificación se permitía que actúe la prudencia judicial. Señalaba la última parte el art. 1714: "Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado (dado el efecto disuasorio de la sanción pecuniaria en atención a la culpa agravada del dañador), 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" (art. 1714).

Desde la dogmática algunos autores sostienen que toda la sanción punitiva debe destinarse a la víctima, como incentivo de conducta; otros que esa afectación exclusiva es inconstitucional; la postura más difundida predica su carácter mixto, es decir su distribución entre la víctima y otros beneficiarios (fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo, etc.).

Los Fundamentos de la Comisión parecen indicar que el destino de la indemnización será única y exclusivamente un bien colectivo. Se lee que "... el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría fundadamente dársele a quién no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países...". En decir que los Fundamentos dan a entender que el destino de la sanción pecuniaria siempre es colectivo; la expresión legal "tiene el destino que le asigne el juez" parece conferirle al juez facultades para determinar el destino que mejor se ajuste a la naturaleza del bien lesionado (fondo de garantía, recomposición del ambiente; gestión pública a cargo del Defensor del Pueblo) pero siempre circunscripta a su afectación pública, sin poder otorgar parte o toda la sanción a los particulares (7).

También se lee en los Fundamentos que la sanción pecuniaria disuasiva no es asegurable, porque conforme lo expresa la mayoría de la doctrina, ello le quitaría su eficacia, aunque se difirió su regulación particular para la legislación especial de seguros.

3. El art. 1715 originario según el Proyecto de la Comisión de Reformas actuaba como contrapeso de eventuales excesos en la cuantificación de la sanción. Decía así: "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles

respecto de un hecho (entendemos que el artículo se refería a un "mismo" hecho nocivo) 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".

Sin embargo el Congreso de la Nación eliminó del Proyecto la figura de la sanción pecuniaria disuasiva al suprimir el anterior art. 1714 y procedió a mantener en lo esencial el texto del art. 1715 originario (referido a la punición excesiva) transformándolo en los actuales arts. 1714 y 1715.

No compartimos esta decisión porque excluye la sanción pecuniaria como función de la responsabilidad civil sin brindar fundamentos jurídicos serios, e implica una contradicción al dejar subsistentes las facultades judiciales morigeradoras ante el eventual exceso de punición (previstas como un contrapeso en el marco de las funciones de la responsabilidad) pese a que se eliminó el instituto que configuraba el presupuesto (la sanción pecuniaria), cuya aplicación podía conducir a un resultado excesivo (la irrazonabilidad del quantum de la punición).

En tal sentido el dictamen de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación dice que "se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto (art. 1714) con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones.". Ello no es aceptable porque sostiene que debe imponerla la autoridad administrativa y no los jueces, confundiendo la responsabilidad civil con las facultades de la autoridad de aplicación para, por ejemplo, aplicar el "daño directo" del art. 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor (recientemente modificado por el art. 59 de la Ley 26.993 de "Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo" que copia el art. 40 bis introducido por la reforma al Código Civil al modificar la ley 24.240).

Menos aún puede aceptarse la afirmación de la Comisión Bicameral que dice que "sin embargo se mantiene el artículo 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el artículo 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el artículo 52 bis en la Ley N° 24.240 y su modificatoria".

La ley 26.994 que promulgó el Código Civil 2014 no modifica el referido art. 52 bis de la Ley 24.240 (sí, en cambio, el 40 bis que es el texto ahora agregado por la citada ley 26.993) por lo que la referencia es errónea y el exceso de las sanciones conminatorias, propias del capítulo de las obligaciones, no tiene nada que ver con la responsabilidad civil. Se confunde la sanción conminatoria prevista en actual art. 666 bis del Código de Vélez Sarsfield (art. 804 del Código según la ley 26.994) con el daño punitivo o sanción pecuniaria disuasiva (anterior art. 1714).

Se repite, en cierta manera, parecida confusión conceptual que la incurrida al sancionar la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 cuyo art. 1ro dice que al Estado y sus funcionarios no le es aplicable la sanción pecuniaria disuasiva cuando, entendemos, quiso referirse a las astreintes o sanciones conminatorias pecuniarias del art. 804 del Código sancionado (8).

Incluso creemos que también es errónea la referencia en las "Modificaciones Relevantes" acompañadas en un "Cuadro Explicativo" con la publicación oficial del Código cuando al mencionar el tema de la responsabilidad civil dice, equivocadamente, que se "introducen las figuras de la función punitiva de la responsabilidad civil... mediante la punición excesiva (art. 1714)". Eso era correcto pero en el texto que el Congreso no aprobó y no con el texto vigente.

#### IV. El régimen en el Código Civil y Comercial 2014

El Código Civil y Comercial 2014 dedica cuatro artículos a la función preventiva (arts. 1710, 1711, 1712 y 1713). Establece el deber general de prevenir el daño (art. 1710), regula la acción preventiva (art. 1711), la legitimación (art. 1712) y el alcance de la sentencia preventiva (art. 1713).

El art. 1710 establece: "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".

El artículo siguiente dispone que la acción preventiva "procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" (art. 1711). Entre las notas sobresalientes mencionamos que se sienta específicamente el deber de evitar causar o producir a las personas o a las cosas un daño no justificado y se consagra el deber general de diligencia de actuar, es decir, de obrar adoptando las conductas positivas o de acción, tanto para evitar la producción de un daño probable como para disminuir su magnitud o impedir su agravamiento. Todo esto sobre la base del principio de buena fe y de razonabilidad que atiende a las singularidades de cada caso, conforme el art. 1710, correlacionado con la pauta general de valoración de conducta que establece el art. 1725 ("cuanto mayor sea el deber de cobrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"); en sentido congruo con la directiva de ejercer los derechos de buena fe (arts. 9, 10 y 11 del Título Preliminar, Cap. 3). En definitiva, el deber general de acción u omisión se centra en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse. La magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio) y la extensión al tiempo, o a su prolongación, por lo que advierte que la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad. El Diccionario de la Real Academia define la magnitud en sus distintas acepciones, como "el tamaño de un cuerpo; la grandeza, excelencia o importancia de algo; la propiedad física que puede ser medida", esto es, vincula el daño con su entidad. Por su lado si bien el Diccionario define a la extensión como "hacer algo que aumente su superficie", lo que podría relacionarse con el tamaño, empero luego agrega "hacer algo que ocupe más lugar o espacio que el que antes ocupaba"; en otra acepción se refiere a "esparcir, desparramar lo que está amontonado, junto o espeso" por lo que estos significados cohesionan el daño con la prolongación temporal y espacial.

Además, cuando las medidas adoptadas se traduzcan en un beneficio económico para quien hubiera padecido el daño, que en definitiva se evitó, quien hubiera incurrido en gastos, tiene derecho a su reembolso según el régimen del enriquecimiento sin causa (art. 1718 inc. c, que es un supuesto particular que exceptúa la aplicación del principio general de la reparación plena [art. 1740]).

En el ámbito contractual la prevención del daño comprende la tutela preventiva, ya que en caso de que una parte sufriere "una amenaza grave de daño a sus derechos", la otra parte que "ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir o en su solvencia" puede "suspender" el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra parte cumpla su prestación o "dé seguridades suficientes" (art. 1032). También los consumidores pueden pedir el cese de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios y de la sentencia condenatoria (art. 1102). Igualmente la protección de la persona humana (art. 51) y en la protección por las afectaciones a la dignidad (art. 52), se acentúa la tutela de prevención (que se suma a la de reparación), porque si se afecta la intimidad personal o familiar, la honra o reputación, imagen o identidad, o resultare menoscabo de la dignidad personal (arts. 52 y 1770), se aplican las disposiciones de los arts. 1708, 1710, 1711, 1172, 1173 y concs. Incluso, y como "adecuada reparación", puede ordenarse también "la publicación de la sentencia en un diario o periódico

del lugar" (art. 1770). Además, por ejemplo en materia de defensas de la posesión y de la tenencia, los arts. 2238 y siguientes confieren acciones posesorias para "mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder... ante actos de inminente producción..." (art. 2238).

El art. 1712 dice: "Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño". Y el siguiente expresa: "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" (art. 1713). La acción preventiva puede ser provisional o definitiva, incluso en el marco de un proceso autosatisfactivo y se receptan en sentido amplio las figuras de derecho sustancial elaboradas por la doctrina, la tutela civil preventiva y de la tutela inhibitoria, y las de derecho procesal, como las medidas autosatisfactivas y la cautela provisoria, las interinas y las definitivas.

Creemos que el instituto receptado es una norma eminentemente sustancial o de fondo, pero igualmente adjetiva o procedimental, porque establece las bases inderogables que deberán respetar las legislaciones locales que regulen sus aspectos procesales. Se incorpora una norma que establece la legitimación, la que, en principio y al conferírsele a quien tiene "un interés razonable" (art. 1712), no abarca a todos los damnificados indirectos; sólo a los directos (sea que sufrieron o pueden sufrir un daño), respecto de los cuales se presume su interés para deducir la pretensión de prevención. Para los damnificados indirectos, únicamente si demuestran, aun sumariamente, su interés. Nosotros entendemos que ese interés puede ser individual o colectivo, tal como se desprende también del art. 14 que comprende a los derechos colectivos.

Procede contra actos u omisiones antijurídicas, por lo que el hecho generador debe ser, en principio, ilícito. La medida es independiente del factor subjetivo u objetivo de atribución y debe guardar adecuada relación de causalidad con el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726, 1727). La sentencia puede ser dictada de modo provisorio o definitivo, principal o accesorio, a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado o promovido sólo a esos efectos, otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer. La facultad oficiosa del juez sólo puede actuar en el marco de un proceso iniciado o en curso. La norma dice que el juez "debe" disponer las medidas; lo que debe entenderse imperativo sólo con relación al dictado del pronunciamiento, pero no de su recepción, la que es facultativa para el juez, según los criterios de ponderación fijados. Además, y dada la naturaleza de las facultades judiciales, somos de la opinión que el magistrado también puede modificar la pretensión y adecuarla a las circunstancias del caso (por ejemplo, una obligación de dar sumas de dinero modificarla en una obligación de hacer). Rige analógicamente, por resultar compatible, el principio del art. 204 del Código Procesal de la Nación que establece que el juez "puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger".

La medida y razonabilidad de la extensión del mandato debe resultar de un juicio de ponderación, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata del juicio de comparación entre la entidad y atendibilidad de los derechos en pugna, debiendo prevalecer los extrapatrimoniales por sobre los patrimoniales, los derechos de incidencia colectiva sobre los derechos individuales, según la naturaleza de los intereses en conflicto, y predominar la tutela de la persona por sobre el patrimonio.

La doctrina se pronunció mayoritariamente a favor de la incorporación de la función preventiva (9).

## V. Conclusiones

Celebramos que el Código Civil y Comercial 2014 regule la función preventiva de la responsabilidad civil aunque lamentamos que se haya suprimido del texto del Proyecto de la Comisión de Reformas la sanción pecuniaria disuasiva.

Por lo tanto en adelante conviven tres sistemas: prevención y resarcimiento del derecho privado, con apoyo en las normas del Código Civil y Comercial 2014; prevención, resarcimiento y punición en el derecho del consumo (con los daños punitivos previstos en el art. 52 bis LDC) y en el derecho ambiental rige la secuencia: prevenir, precaver e indemnización sustitutiva solo en caso de resultar imposible la recomposición o reestablecimiento de la situación al estado anterior al daño.

(A) (\*) (con la colaboración de Gustavo H. Blanco)

(1) (1) CS. 24/02/2009 "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 Dto. 1563/04", Fallos 332:111; RC y S 2009-III-71; eIDialAA4FEF; MJJ42008. Ver Lorenzetti Ricardo L. "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación" La Ley 6/10/2014.

(2) (2) CS 21/08/2013 "PADEC c. Swiss Medical S.A." (El derecho discutido sobre la nulidad de la cláusula del contrato entre la prestadora de servicios de medicina prepaga es colectivo individual homogéneo) La Ley 2013-E-290.

(3) (3) CS 06/3/2014 "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y Otro s/ amparo" La Ley 2014-C-559; CS 06/3/2014 "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica de Argentina S.A s/ Sumarísimo" eIDial.com AA 861B.

(4) (4) Para la función resarcitoria remitimos a GALDÓS, Jorge Mario "La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado" en Rivera Julio Cesar (dir) - Medina Graciela (Coord.) "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012" Ed. La Ley Bs. As. 2012, p. 891.

(5) (5) Remitimos a GALDÓS, Jorge Mario, "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto" La Ley 2012-C-1254.

(6) (6) Remitimos al trabajo citado supra "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto" La Ley 2012-C-1254.

(7) (7) Precisamos aquí conceptos anteriores vertidos en: GALDÓS, Jorge Mario, "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto" La Ley 2012-C-1254 y en "La sanción pecuniaria disuasiva ambiental", Revista de Derecho Ambiental julio/Septiembre 2012 n° 31 p 86; Ver también GALDÓS, Jorge Mario (con la colaboración de Gustavo H.

Blanco) "La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado" (inédito).

(8) (8) Ampliamos en el trabajo citado GALDÓS, Jorge Mario (con la colaboración de Gustavo H. Blanco) "La sanción pecuniaria disuasiva en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado" (inédito).

(9) (9) De los Santos Mabel A. "Acciones de protección a las personas" en Reparación de daños a las personas. Rubros Indemnizatorios. Responsabilidades Especiales", Félix A. Trigo Represas - María I. Benavente, Tomo III, pág. 245, La Ley - 2014); COMPIANI, María Fabiana, "Las Funciones de la Responsabilidad Civil", en Reparación de daños a las personas. Rubros Indemnizatorios. Responsabilidades Especiales", Félix A. Trigo Represas - María I. Benavente, Tomo I, pág. 97, La Ley - 2014). Calvo Costa Carlos: "La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso adelante y un interrogante"; RCyS solapa ;Antes de la reforma ver SAGARNA, Fernando A., "Funciones de la responsabilidad civil", en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, "Responsabilidad Civil - Parte General", Director Ricardo L. Lorenzetti, Tomo I, La Ley, pág. 301; LORENZETTI, Ricardo L., "La responsabilidad civil", La Ley, 2003-A, 973; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "Daños en las relaciones de familia a la luz del desarrollo de la jurisprudencia constitucional", en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, "Responsabilidad Civil - Parte Especial", Director Ricardo L. Lorenzetti, Tomo IV, La Ley, pág. 365.