

Fuente: [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar)

La función preventiva de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Por Carlos A. Calvo Costa

La tradición romanista que se ha mantenido en los códigos civiles decimonónicos del derecho continental, ha provocado que sólo pudiera interpretarse a la función resarcitoria, como la única y natural razón de la existencia de la responsabilidad civil. Concebida como un dar cuenta a otro o como un hacerse cargo del daño que se le ha causado a otro (1), la responsabilidad civil –pese a sus profundas y continuas transformaciones (2)– siempre ha sido considerada como un posterior, como un mecanismo necesario para poder reparar las consecuencias dañosas que sufría una persona.

No obstante, desde hace un tiempo, el Derecho de Daños ha comenzado a preocuparse por la prevención, dado que, en la actualidad, el juicio de responsabilidad no apunta sólo a resarcir, sino también a punir y prevenir (3), llegando algunos autores a asimilar, en cuanto a su importancia, la función preventiva con la reparatoria (4). La importancia de la prevención radica, pues, en que el sistema actúa ex ante (5), minimizando la producción de daños e incentivando la precaución en los comportamientos sociales. No escapa a nuestro breve análisis, sin embargo, que no han sido pocos los autores que han objetado que se introduzca la función preventiva en la responsabilidad civil, ya que no tendría ningún sentido enmarcar el momento ex ante de la prevención del daño, en un sistema que actúa naturalmente ex post, como es la responsabilidad civil, cuya función natural es la

reparación de los daños (6). Por ello, algunos juristas se han expedido en el sentido de aceptar la figura de la prevención sólo bajo la denominación del sistema como "Derecho de Daños"(7), ya que sólo así podría tener lugar la coexistencia de las tutelas civiles inhibitoria (preventiva) y resarcitoria.

También es cierto que quienes más se han preocupado por la función preventiva del Derecho de Daños, han sido los autores que abordaron la problemática del análisis económico del derecho (8), aunque no era una cuestión novedosa, puesto que no se puede soslayar que había sido ya tratada por juristas franceses en los comienzos del siglo XX (9). La pregunta que debemos hacernos es si la prevención resulta entonces ajena al Derecho de Daños. Estimamos que no.

Es importante destacar que la finalidad preventiva del daño se encuentra consagrada desde hace tiempo en el derecho argentino a través de la figura de la "tutela civil inhibitoria"(10), que es el mecanismo idóneo para la prevención del daño mediante una orden para impedir que se cause (ante el supuesto de amenaza) o bien, para cesar su producción (si la actividad dañosa está en ejecución) (11). Sin embargo, estimamos que este remedio civil inhibitorio que estaba orientada en sus inicios hacia la protección de la posesión y de la propiedad, ha evolucionado también con el tiempo, ampliando su ámbito de tutela al abarcar la tutela de los derechos y deberes fundamentales de las personas (vgr. intimidad, imagen, etc.) y de otros bienes de dominio público, como el medio ambiente.

A modo de reflexión, estimamos que no hay razón alguna para excluir del ámbito del Derecho de Daños a la función preventiva, ya que contribuye a disuadir las conductas efectivas y/o potencialmente dañosas. Claro está, que ello no resulta incompatible con las normas del derecho penal y administrativo, que poseen también finalidades preventivas. Se debe privilegiar siempre la prevención del daño (actuar ex ante) antes que su ocurrencia y reparación posterior (ex post), ya que de tal modo se contribuye a la solidaridad y a la paz social. El principio rector del alterum non laedere también se condice con esta finalidad preventiva, ya que constriñe a la sociedad a evitar la causación de daños; evitar la ocurrencia del perjuicio es la mejor manera de hacer justicia, ya que no siempre será posible la restitución de las cosas a su estado anterior en un posterior.

El derecho argentino también ha evolucionado en este sentido. La prevención del daño había sido tratada indirectamente en los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1987 y 1993, había sido legislada expresamente en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 (arts. 1585 a 1587) y ha sido finalmente consagrada en el Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia el próximo 1 de agosto de 2015, mediante los siguientes artículos que transcribimos a continuación:

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

- 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.

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

- Art. 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

- 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.

Como conclusión, estimamos que la incorporación de la función preventiva de la responsabilidad civil en forma expresa en el ordenamiento jurídico nacional, constituye un gran avance en

la materia, y una gran herramienta tendiente a evitar la producción de daños.

(1) Véase el excelente análisis que se realiza sobre este vocablo en: DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Sobre las palabras "Responder", "Responsable" y "Responsabilidad", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Año 2003, p.1.

(2) Nos referimos a las transformaciones del sistema que se advierten luego de la aparición del maquinismo y de la consagración de la responsabilidad objetiva, y de la especial tutela que comenzó a adquirir la víctima del daño, al estimar inconcebible que alguien pueda sufrir un perjuicio y que lo deba soportar injustamente. Así, en nuestros días, la responsabilidad civil es concebida como la "reacción contra el daño injusto", el que, a su vez, se ha erigido en el núcleo del sistema resarcitorio.

(3) FRANZONI, Massimo, "Colpa presunta e responsabilità del debitore", Cedam, Padova, 1998, p. 26; LE TOURNEAU, Philippe, "Droit de la responsabilité et des contrats", Dalloz, Paris, 2004, p. 3.

(4) ALPA, Guido, "Trattato di diritto civile. Vol. IV: La responsabilità civile", Giuffrè editore, Milano, 1999, p. 132; TUNC, André, "La responsabilité civile", 2° Édition, Economica, Paris, 1989, ps. 133 y ss.

(5) CORDECH, Salvador - CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, "Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños", Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 107 y ss.

(6) LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños", en MORENO MARTÍNEZ, Juan (Coord.), "La responsabilidad civil y su problemática actual", Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 446.

(7) LLAMAS POMBO, Eugenio, "Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños", ob. cit., p. 463; PIETROBON, Vittorino, "Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento", Cedam, Padova, 1998, p. 35.

(8) Véase: CORDECH, Salvador - CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, "Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños", ob. Cit., ps. 154 y ss.; ROSENKRANTZ, Carlos (compilador), "La responsabilidad extracontractual", Ed. Gedisa, Buenos Aires, 2005, ps. 55 y ss.

(9) MARTON, Georges, "Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai d'un système unitaire", Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1938, ps. 282 y ss.

(10) Algunos de los remedios inhibitorios consagrados en el ordenamiento jurídico argentino, son: el art. 43 de la Constitución Nacional, los arts. 1071 (abuso del derecho), 1071 bis (que ampara la intimidad), 2499 y 2500 (referidos al daño temido) del Código Civil, los arts. 42 y 52 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, entre otros, etcétera.

(11) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, Año 1999, p. 2.