

La valoración del paradigma preventivo conforme el Código Civil y Comercial de la Nación.

Comisión n°4: Derecho de Daños.

Ponente: Dra. María Florencia Ramos Martínez.

Aval: Profesor Dr. Daniel R. Pizarro.

1. Introducción.

La esencia de la responsabilidad civil ha girado tradicionalmente en torno a la necesidad de reparar el daño ocasionado. Ello ha generado una concepción clásica sobre la función de este instituto jurídico, que ha puesto su mirada en la recomposición del perjuicio y los presupuestos de procedencia de tal acción.

De este modo, el eje de la responsabilidad civil, más allá de algunos matices según los sistemas y las épocas, ha girado en torno a una consideración reducida, enfocada esencialmente en la reparación del daño y su eventual punición.

El Código Civil y Comercial, acepta el desafío de reformular la visión clásica de la responsabilidad civil, propiciando un régimen expreso para la prevención de los daños.

2. El régimen de la prevención en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación, viene a dar una respuesta satisfactoria frente a los desafíos que desde décadas atrás se manifiestan ostensiblemente para la visión clásica de la responsabilidad civil.

En alusión al reconocimiento de la prevención como parte de la responsabilidad civil, se expresa en los fundamentos del Código Civil y Comercial, que “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. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente”.

En el capítulo 1 concerniente a la responsabilidad civil, y enmarcado dentro de las disposiciones generales, el art. 1708 dispone: “Funciones de la responsabilidad civil. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y su reparación”.

Como se aprecia, se dispone la unicidad de la regulación prevista en el Título 5, por lo tanto, y previo al análisis específico de la prevención, es dable destacar que las disposiciones estipuladas en el ámbito de la reparación, cuyo desarrollo conceptual ostenta mayor amplitud y profundidad, resultan de aplicación en el campo preventivo.

Por su parte, el art. 1710 dispone: “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 las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

El plexo normativo regulador de la función preventiva se complementa con la admisión de un mecanismo procesal tendiente a dinamizar la protección de los bienes tutelados frente al peligro cierto de un daño.

En tal sentido, el nuevo Código Civil en el art. 1711 establece: “*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”.

3. Requisitos de la acción preventiva

3.1. ¿Daño?

Tradicionalmente el daño ha sido concebido como el elemento indispensable de la responsabilidad civil. Sabido es que la responsabilidad civil clásica, es decir, en su faz resarcitoria, requiere de este presupuesto al punto que resulta una condición evidente.¹

Ahora bien, en el plano de la prevención, es dable cuestionarse sobre la incidencia de esta figura, y su proyección conceptual. En otras palabras, nos preguntamos: ¿El daño es requisito de la prevención? En su caso, ¿Cómo se define?

A los fines del análisis propuesto, conviene tener presente que, en virtud de la esencia misma de la función preventiva, y su claro objetivo de anticipación del daño, el interés de este instituto se posa en aquellos supuestos donde es posible la implementación de medidas protectorias, ya que el perjuicio aun no se ha consumado, total o parcialmente.

¹ PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, T. VII, Las obligaciones, segunda parte, (Mario Díaz Cruz, trad.), Cultural S.A., Habana, 1945, p. 141.

No obstante la diferente estructura y fin perseguido por la tutela preventiva en relación a la faz resarcitoria, el daño aparece como un elemento vital. Desde esta mirada, habremos de aceptar la aplicación del art. 1737, el cual establece: *Concepto de daño*. “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.”

De este modo, la lectura del art. 1710 y 1711 debe resultar ampliada por las prescripciones que emanan de los arts. 1737 y 1738.

Sin embargo, es preciso no perder de vista que el régimen preventivo estipula tres variantes de conductas, vinculadas al deber general de no dañar. Así, el deber de los individuos de evitar causar un daño, se complementa con la obligación de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que el daño se produzca o disminuir su magnitud, e impedir su agravamiento, a la vez que se arbitra la vía para implementar un mecanismo protectorio.

Como se ve, la consideración del daño en el ámbito preventivo es de carácter potencial, probable, y no efectiva. Ello es así, incluso en los supuestos del inciso b y c del mentado art. 1710, donde se alude a “disminuir su magnitud” y “evitar su agravamiento”, respectivamente. En los casos reseñados, puede deducirse que una parte del daño ya se ha consumado, y que el deber encomendado se vincula a impedir la profundización del perjuicio. Desde este ángulo, el daño ya no resulta una simple amenaza que debe ser desarticulada antes de su producción, sino que al menos parcialmente ya ha ocurrido.

No obstante ello, la valoración del aludido presupuesto como elemento de la prevención resulta de carácter potencial, centrando su atención en el peligro de agravamiento o continuidad del perjuicio.

Podemos concluir, que el daño resulta un requisito indispensable a la hora de arbitrar medidas tuitivas, identificable conceptualmente con lo estipulado por el art. 1737, cuya lectura debe contrarrestarse con la idea de amenaza o peligro potencial.

Conforme ello, resta considerar la referencia aportada por el art. 1737, en torno a la incorporación de los derechos de incidencia colectiva como variable a tener en cuenta en el análisis de la prevención del daño.

Tomando en consideración la elaboración jurisprudencial formulada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Halabi², atento su incorporación por el Código

² Fallos 332:111

Civil y Comercial³, estimamos de alto impacto la conjunción del paradigma preventivo y la inclusión de los derechos colectivos como objeto de daño.

Nuestro Máximo Tribunal, distingue dentro de los derechos de incidencia colectiva, aquellos que están referidos a los bienes colectivos y los que se vinculan a intereses individuales homogéneos. Los primeros, se caracterizan porque la petición se enfoca en la protección del mismo y, por lo tanto, resulta incompatible con derechos individuales.

En relación a la segunda categoría formulada por la Corte Suprema, es decir, los derechos colectivos referidos a intereses individuales homogéneos, presentan una estructura diferente, puesto que suponen la existencia de una base fáctica única o común, de la cual se deriva una lesión a un grupo de sujetos. En estos casos, admite el beneficio de la legitimación extraordinaria.

De este modo, los derechos colectivos que tienen por objeto un bien de aquella naturaleza, resultan extraños a la dinámica resarcitoria, salvo cuando el propósito se enfoque a la recomposición del bien, que por pertenecer a toda la comunidad deviene indivisible, y resulta ajeno a una valoración patrimonial. Por este motivo, pueden ser admitidos como parte de la función resarcitoria, con la limitación antedicha, y no siendo pasibles de una indemnización dineraria, como técnica reparadora⁴, sino que su razón de ser responde a una necesidad tuitiva, de mayor fuerza preventiva que resarcitoria.

Frente a este panorama, resulta claro que, para estos supuestos, el sistema preventivo consagrado en el Código Civil y Comercial cobra mayor relevancia como mecanismo protector del bien objeto de tutela.

5.2 Antijuridicidad:

En torno a este elemento, corresponde cuestionarse si es preciso contar con el requisito de la antijuridicidad, y en su caso formular algunas observaciones que nos permitan precisar la noción de lo ilícito en el ámbito preventivo.

En base a la unidad normativa prevista por el art. 1708 mencionado, es preciso acudir al concepto de lo antijurídico brindado por el art. 1717.

Éste dispone: “*Antijuridicidad*. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”

³En los fundamentos, se expresa el legislador, que se “siguen las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia ‘Halabi’”.

⁴ La excepción a esta premisa radica, claro está, cuando la suma dineraria está destinada al plan de recomposición del bien afectado.

Como se advierte, la producción de un daño resulta central para calificar la conducta como ilícita, siempre que no se pueda amparar en alguna causal de justificación, prevista en el art. 1718.

Ahora bien, es preciso conjugar la noción antedicha, con la regulación de la función preventiva.

En este sentido, deviene indispensable recordar, que el art. 1710 contempla, como hemos visto, tres supuestos diferentes exigiendo en cada uno de ellos una conducta apropiada.

El primero contemplado en el apartado a) del art. 1710, referido al caso en el que el daño aun no ha sucedido. Aquí el deber radica en evitar un daño no justificado, es decir, que no pueda ampararse en las causales previstas en el art. 1718.

El segundo supuesto, emerge del apartado b) del artículo mencionado, en donde si bien contempla la obligación de tomar medidas razonables para evitar la producción del daño, incluye el caso en el que el daño ya se ha producido, debiendo el sujeto dirigir sus esfuerzos para disminuir o amenguar el perjuicio.

Finalmente, en el apartado c) el art. 1710 impone el deber de no agravar el daño ya acaecido, reduciéndose el mandato a una conducta pasiva.

Resulta claro que el parámetro contenido en el art. 1717, es decir, la antijuridicidad de la conducta por violación del principio de no dañar a otro, deviene insuficiente para el supuesto donde el daño es solamente potencial. En todos los incisos del art. 1710, es posible advertir una instancia donde el daño está latente, ya porque no ha sucedido nada, ya porque habiéndose producido en parte, se debe impedir su incremento. La definición aportada por el art. 1717 se ve comprometida cuando el daño no ha acaecido. ¿Qué patrón tomar entonces?

A los fines de proporcionar un criterio orientador, es dable recordar que de la máxima general de no dañar a otro se desprende, no solamente que todo daño conlleva a lo antijurídico, sino que siendo ello así, debe prevenirse el quebrantamiento del orden establecido.⁵

No obstante la diversidad de escenarios planteados, los tres incisos contemplados en el art. 1710 comparten un punto medular: la conducta diligente y anticipatoria a la producción

⁵ Acertadamente apunta la doctrina que en “realidad, si nos atenemos a la letra del principio *alterum non laedere*, lo que este ordena primero es precisamente no dañar a otro, lo que perfectamente puede entenderse como actuar antes de que se dañe.” (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 44)

del daño. De la reseñada tipología de conductas esperables conforme la mentada disposición, es posible advertir la configuración de un nuevo estándar de conducta que no depende de la producción efectiva del daño.

Tal como se surge de los fundamentos del nuevo régimen de derecho privado, al referirse al requisito de la antijuridicidad, el legislador expresa, que ello consiste en una “violación del mentado deber de prevención”. Existe entonces, un estadio previo a la producción del perjuicio, y que el nuevo Código revaloriza a la hora de disponer la incoherencia de la conducta con el orden normativo.

El art. 1710 del C.C. y C., diseña un modelo de actuación esperable, superador del que emana del art. 1717 ligado esencialmente a la producción efectiva del daño, donde el deber de prudencia se ve incrementado sin una limitación clara. Ello supone una ampliación de las fronteras en el campo de las omisiones, que conlleva el cuestionamiento en relación a la excesiva amplitud con que quedan delineados los contornos de la responsabilidad por omisión.

Se impone de esta manera, una conducta diligente y extremadamente prudente en torno a la evitación del daño, y a aminorar sus efectos ya sea disminuyéndolos activamente, o bien manteniéndolo en su dimensión original, sin agravarlo.

Entendemos que la antijuridicidad a la cual se refiere el Código Civil y Comercial en la función resarcitoria, arts. 1716 y 1717 y en el ámbito preventivo, arts. 1711, no deja de ser la misma, aunque su funcionamiento opere en diferentes planos. En ambos casos supone un apartamiento del orden jurídico por vulneración del principio general de no dañar a otro, en el primer supuesto de manera plena, efectiva, mientras que la prevención, la calificación de lo ilegítimo radica en una previsibilidad objetiva del daño.

5.3 ¿Relación de causalidad?

El Código Civil y Comercial, al referirse en el mentado art. 1711 a la procedencia de la acción no dispone la necesidad de un vínculo causal como requisito de procedencia de la acción preventiva. Por ello nos preguntamos si es posible admitir dentro de este ámbito de responsabilidad civil, la ausencia de la causalidad.

Recordando que la figura aludida importa una conexión material entre un acontecimiento y un resultado, que en el plano del resarcimiento se torna indispensable a los fines de determinar la autoría del daño y la extensión de la reparación mediante la

consagración normativa de las consecuencias imputables, resulta prudente detenernos a considerar la viabilidad causal en materia de prevención.

Ahora bien, el propósito de la acción preventiva dista ampliamente del fin que conlleva la función resarcitoria.

La primera dificultad que parece vislumbrarse en este ámbito, es la referida a la materialidad del vínculo causal, presente cuando el daño se consumó y la víctima tiene como objetivo la reparación de su patrimonio o su espíritu.

Siendo el objeto de la prevención la protección de bienes mediante medidas anticipatorias al daño, tal como lo hemos expuesto, el perjuicio consumado no parece ser un elemento indispensable, conforme la regulación que se desprende de los arts. 1710 y 1711.

Nos preguntamos entonces si es dable reconocer un vínculo causal desde la perspectiva de los arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial, y si ello fuere así, cuál es su concepto y finalidad.

Respecto del primer interrogante, el nuevo régimen de derecho privado admite la procedencia de la acción preventiva cuando la conducta antijurídica “hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

Indudablemente, se trata de un criterio de previsibilidad o pronóstico sobre la incidencia causal de una acción u omisión en un resultado perjudicial. Estimamos que la previsión de tal acontecimiento, constituye una alusión a la valoración causal.

En los fundamentos, el legislador menciona a la causalidad como requisito de la acción antedicha, en tanto y en cuanto “la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes”.

Se disipa entonces la incógnita sobre la trascendencia de la causalidad como presupuesto de la prevención. No obstante ello, y teniendo en cuenta que el objeto de la medida preventiva es impedir la producción del daño, nos cuestionamos acerca del rol del vínculo causal, como nexo material, en este ámbito, donde parecería flaquear uno de los componentes indispensable para la configuración del nexo causal: la consecuencia.

¿Es posible entonces admitir que el nexo causal que debe establecerse en el marco de la prevención sea diferente al previsto para la faz resarcitoria?

Nosotros pensamos que no, puesto que la causalidad es una, y que debe respetarse la integridad conceptual antedicha. Sin embargo, es dable reconocer que en el ámbito de la función preventiva, el fin perseguido es la evitación del daño, por lo tanto, se trabaja desde una idea de potencialidad dañosa. Lo que prima sobre el razonamiento del juez a la hora de conceder la acción preventiva, es justamente, el riesgo objetivo de producción de un perjuicio, como consecuencia de una determinada acción u omisión antijurídica.

¿Qué función cumple la relación causal en la prevención? Para vislumbrar la función del nexo causal en el ámbito que nos ocupa, no resulta menor determinar el sistema adoptado por el Código Civil. Así, en los fundamentos, cuando examina la procedencia del mentado presupuesto, expresa que “la amenaza del daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en los artículos siguientes”. El art. 1726 dispone que: “Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.”

De este modo, y teniendo presente que la teoría de la causa adecuada se estructura sobre las nociones de regularidad y previsibilidad, habremos de considerar estos extremos a la hora de establecer la causalidad potencial. La ausencia de consumación del daño, es uno de los elementos que conspiran en la adopción de medidas preventivas, atendiendo a la ausencia de certeza sobre la peligrosidad de una acción u omisión. No obstante ello, es preciso contar con un mecanismo que aporte una valoración objetiva *ex ante*, sobre la potencialidad dañosa del hecho. De este modo, la relación causal en el ámbito de la prevención, al formular un pronóstico científico y objetivo, sobre la posible producción del perjuicio, aporta la certeza necesaria para justificar la adopción de las medidas protectoras.

5.4 Factor de atribución.

El factor de atribución es definido como el fundamento por el cual se reconoce en el sindicado como responsable la obligación de reparar el daño ocasionado.⁶ Se trata de una cuestión de orden axiológica o valorativa, cuya estimación proviene del orden normativo, y su función es la de aportar un elemento valorativo que justifique la imposición del deber de reparar el perjuicio.

Lo cierto es que su relevancia radica precisamente en el aporte de un elemento justificador de la imposición judicial sobre la obligación de reparar.

⁶ PIZARRO, Ramón D., Tratado de la responsabilidad objetiva, La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 2015, p. 14.

En relación al régimen establecido para la admisión de la acción preventiva, a última parte del art. 1711 dispone claramente: “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

El Código Civil y Comercial excluye expresamente el factor de atribución como elemento justificativo en el ámbito preventivo. Esta decisión no deviene caprichosa, sino que la justificación de la medida preventiva radica, como lo hemos puesto de resalto, en la virtualidad causal de la conducta para provocar el daño.

CONCLUSIONES:

1.- Conforme lo dispuesto por el art. 1708 del C.C. y C., se aplican a la función preventiva, las disposiciones referidas a la reparación.

2.-En el ámbito preventivo, el daño representa un elemento indispensable, aunque con la particularidad de su carácter potencial.

3.-El daño como presupuesto de la acción preventiva se identifica con el concepto estipulado por el art. 1737 del C.C. y C.

4.-La antijuridicidad en la prevención se halla íntimamente ligada a la posible producción de un daño, siempre que no se pueda amparar en alguna causal de justificación, prevista en el art. 1718.

5.-La antijuridicidad de la conducta por violación del principio de no dañar a otro, deviene insuficiente para el supuesto donde el daño es solamente potencial. Sin embargo, la amenaza de daño, como indicio de ilicitud, deviene útil para fundar la acción preventiva.

6.-De la tipología de conductas esperables conforme el art. 1710, es posible advertir la configuración de un nuevo estándar de conducta que no depende de la producción efectiva del daño. Existe entonces, un estadio previo a la producción del perjuicio, y que el nuevo Código revaloriza a la hora de disponer la incoherencia de la conducta con el orden normativo. Esta estimación de lo ilícito apreciado previamente al daño, aunque no difiere sustancialmente de lo estipulado en los arts. 1716 y 1717, supone un deber de prudencia de contornos difusos especialmente en el campo de las omisiones, lo cual representa uno de los desafíos más complejos para el operador jurídico.

6.-La relación causal es un elemento indispensable en el paradigma preventivo. Es el elemento que justifica la viabilidad de la acción preventiva, pues permite formular un

pronóstico dañoso de una determinada conducta. El método establecido es propio de la tesis de la adecuación, fundado en patrones de regularidad y previsibilidad objetiva.

7.-No es preciso la acreditación de un factor de atribución puesto que la fundamentación de la acción preventiva descansa en el nexo causal.