

Voces: DERECHO A LA SALUD ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ ACCION DE AMPARO ~ MEDICAMENTO ~ ENFERMEDADES ~ JUEZ ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ TUTELA INHIBITORIA

Título: Una muy buena aplicación del mandato constitucional preventivo en el derecho a la salud

Autor: Esperanza, Silvia L.

Publicado en: LLLitoral 2015 (marzo), 20/03/2015, 141

Fallo comentado: [Juzgado Civil y Comercial Nro. 7 de Corrientes ~ 2014-11-11 ~ Zalazar, Lidia Ramona c. Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de La Pcia. de Corrientes s/ amparo \(fuero civil\)](#)

Cita Online: AR/DOC/520/2015

La sentencia del juzgado civil y comercial N° 7 [\(1\)](#) de la ciudad de Corrientes, es la consecuencia de una acción de amparo tendiente a obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoidea deformante que padece la accionante.

Sin perjuicio de hacer lugar a la pretensión, la juez asume, con significativa certeza, el papel social al que está llamado a desempeñar el Poder Judicial, al advertir el peligro que corre la vida de la accionante -suicidio- y dispone, preventivamente y de oficio que la obra social arbitre los medios para la atención psiquiátrica de aquélla, debiendo presentar a la jurisdicción un informe con las acciones llevadas a cabo en procura de la preservación de la vida de la amparista bajo apercibimiento de que se realice a su costa.

El pronunciamiento se enrola, así, dentro de la función preventiva de la jurisdicción. Tópico que abordaremos a continuación y, es eje temático del IV Encuentro Nacional de la FAEP [\(2\)](#).

La Tutela inhibitoria, así denominada por los civilistas, es la que fue marcando el camino en la materia. Allí, la finalidad preventiva se

concreta mediante normas que apuntan a frenar, detener, una actividad. Esta detención, puede hacerse mediante mandatos de no hacer y de hacer [\(3\)](#).

Su origen, se remonta a las nociones de tutela inhibitoria definitiva y cautelar desarrolladas en el derecho romano. El interdicto era una orden cautelar del magistrado, que podía consistir en vedar un acto, aplicándose cuando había un interés casi público y para proteger la posesión [\(4\)](#).

Sin embargo, los civilistas entendían, que la prevención compulsiva de daños no era incumbencia de ellos sino del derecho administrativo y tarea estatal [\(5\)](#). No obstante, en los proyectos de unificación del Código Civil de 1987 [\(6\)](#), 1993 [\(7\)](#), 1998 [\(8\)](#) estaba regulada y hoy en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [\(9\)](#) en los arts. 1032 [\(10\)](#), 1710 [\(11\)](#); 1711 [\(12\)](#).

El género Tutela Judicial Preventiva tiene dos variables: una el mandato preventivo y la otra la acción preventiva [\(13\)](#), en esta oportunidad nos detendremos en el primero.

Previo a ello recordemos que la función preventiva de la jurisdicción parte de la premisa de un juez que se anticipa a lo que puede ocurrir según el orden normal y corriente de las cosas, y procura que el quebrantamiento jurídico no se concrete, también, de asegurar (facilitando las cosas) una programación jurídico normativo compleja ue contempla alternativas que pueda ser motivo de aprovechamiento [\(14\)](#).

Se podría decir que a partir del precedente "L.H.R." [\(15\)](#), del Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, el mandato preventivo constitucional tuvo consagración en la jurisprudencia.

Ahora bien, ¿Qué se entiende por mandato preventivo constitucional? Es aquél que tiende a que no se produzcan desconocimientos de derechos constitucionales reconocidos, procura garantizar especialmente la efectividad de los derechos sociales prometidos por el texto constitucional [\(16\)](#).

Se advierte en el pronunciamiento la protección de normas constitucionales como de los tratados internacionales, referentes al derecho a la salud, desde los párrafos referidos a la habilitación de la vía escogida por la accionante.

No debemos olvidar que nuestro país ha firmado, entre otros, los siguientes tratados vinculados al derecho a la salud:

1.1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12, "los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

1.2. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, bajo la denominación de Derecho a la Preservación de la salud y al bienestar, Art. 11: "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la comunidad".

1.3. Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25. 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud....".

1.4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación Racial, artículo 5 determina la obligación de los Estados partes de garantizar a toda persona el goce del derecho a la salud pública y la asistencia médica.

1.5. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 25: los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

1.6. Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturas, Protocolo de San Salvador. Artículo 10 "toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

Lo trascendente del pronunciamiento, subrayamos, es la medida de seguridad dispuesta. En este punto se palpa la eficacia deseada de las decisiones judiciales como así también la instrumentalidad del proceso.

Se podrá objetar que hasta el momento no está regulado específicamente, como lo hace el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, la judicatura en un rol activista, aprovecha y muy bien las herramientas que están a su alcance, se constituye en el domicilio de la amparista para informarse por las suyas, corrobora con los certificados médicos y en consecuencia dispone la medida preventiva.

La magistrado ha realizado la preservación del derecho a la salud soslayando con ese actuar la afectación de normas constitucionales y de los tratados internacionales firmados por el estado argentino, evita así una potencial responsabilidad argentina ante la CIDH por el incumplimiento de lo suscripto.

Consideramos que no es válido manifestar, en decisiones de ésta índole, la transgresión al principio de congruencia. Sobre el particular escuchemos lo que ha dicho la Corte bonaerense en la causa Carrizo [\(17\)](#) y que la sentencia bajo la lupa lo remarca en bastardilla, "los jueces cuentan con poderes implícitos e irrenunciable en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, pues le cabe ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial."

Así también el tribunal platense dijo: "es inobjetable la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas de la

naturaleza de la aplicada en autos, en cuya disposición, como se ha visto, no media afectación del principio de congruencia."

Además, y esta es la característica de la función preventiva, como lo destaca el Dr. De Lazzari al votar en la causa "Carrizo", la "observancia de este último (refiriéndose al principio de congruencia) corresponde ciertamente al conflicto particular debatido en la causa, el proceso de dos partes resuelto en la sentencia. Pero no es atingente al segundo de los tramos a que se viene aludiendo, la función preventiva de daños que ha asumido el juez".

Por su parte Peyrano (18) nos ilustra del siguiente modo, no puede considerarse que ha violentado la congruencia, puesto que cuando el órgano jurisdiccional se decide a incursionar en el ámbito del mandato preventivo, se abre una suerte de nueva instancia; muy diferente a aquella que le sirve de marco y, si se quiere, de ocasión. Son dos procedimientos autónomos susceptibles cada uno de toda la gama recursiva (recursos ordinarios, extraordinarios) correspondiente y que no se influyen uno sobre otro.

Tampoco se podría alegar que se ha violado el derecho de defensa. En el caso la accionada ha tenido oportunidad de objetar el certificado médico. Oigamos a la jurisdicción cuando dijo "No dejo de advertir los preocupantes e inquietantes términos del certificado, actuaciones todas éstas que además de no haber sido objetadas por la demandada han sido debidamente notificadas".

De lo expuesto, podemos concluir que:

- a) El mandato constitucional preventivo se hace realidad desde las manos de un juez enrolado en la corriente activista.
- b) No se transgrede el principio de congruencia
- c) No se viola el derecho de defensa
- d) El mandato constitucional preventivo (variable de la Tutela Judicial Preventiva de la jurisdicción) es un procedimiento autónomo dentro del que se dispuso

e) Las vías recursivas son independientes del tema central debatido y sentenciado

(1) "Zalazar, Lidia Ramona c/Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Pcia de Corrientes s/Amparo", sentencia del 11 de noviembre de 2014. Juzgado a cargo de la Dra. Liliana M. Reina.

(2) A desarrollarse en la ciudad de Resistencia (Chaco) el 5 de junio de 2015. Federación de Ateneos de Estudios Procesales://www.faeproc.org. Institución que converge a más de quince Ateneos en todo el país

(3) Lorenzetti, Ricardo L, "La tutela civil inhibitoria", Publicado en LA LEY 1995-C , 121.

(4) Bonfante, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", p. 135, Ed. Reus, Madrid, 1979, citado por Lorenzetti, ob. cit.

(5) Zabala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, t. 4, pág. 427, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

(6) Se incorpora un párrafo al art. 1071. "En su caso, el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos y, según las circunstancias, procurará la reposición de las cosas al estado anterior y fijará una indemnización".

(7) "Art. 1549, párrafo 2do. Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales. Las asociaciones representantitas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto.",

(8) "Art. 1585. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) 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 incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del

enriquecimiento sin causa; c) de no agravar el daño si ya se ha producido".

(9) Ley 26.994, modificada por ley 27.077 en relación a la entrada en vigencia (1.8.2015).

(10) "Art. 1032. Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una gran amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto, cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado."

(11) "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 medias 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".

(12) "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 hecho de atribución."

(13) Peyrano, Jorge W., "El mandato preventivo constitucional: variante elogiada de la jurisdicción preventiva", en Problemas y Soluciones procesales, pág. 156, Edit. Juris.

(14) Peyrano, Jorge W., "El mandato preventivo facilitador",

(15) En esa causa la pretensión principal fue desestimada, sin embargo, el tribunal no paso por alto que el accionante se encontraba en un total desamparo (como consecuencia de un accidente sufrido estaba parapléjico e impedido de atender las necesidades propias y la de dos hijos menores de los cuales era guardián y único sustento económico) y

dispuso anotar y de algún modo" compeler al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que en el caso cumplimente adecuadamente con mandas constitucionales y que también fluyen de convenios internacionales suscriptos por la Argentina que decretan la especial tutela que merecen los menores, la preservación del derecho a la salud y el emplazamiento privilegiado que corresponde asignarle a los discapacitados en la Argentina".

(16) Ob. cit. nota 13

(17) "Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejada, Gustavo y otra-Daños y perjuicios", 30 de marzo de 2005.

(18) Peyrano, Jorge W., "La jurisdicción preventiva civil en funciones". Cuestiones procesales modernas, Suplemento Especial L.L., pag. 153

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ INTERPRETACIÓN ~ TUTELA INHIBITORIA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA ~ INDEMNIZACIÓN ~ VALUACIÓN DEL DAÑO ~ DAÑO EXTRAPATRIMONIAL ~ DAÑO PUNITIVO

Título: Funciones del derecho de daños y de prevención

Autor: Acciarri, Hugo A.

Publicado en: LA LEY 04/02/2013, 04/02/2013, 1 - LA LEY 2013-A, 717

Cita Online: AR/DOC/179/2013

Sumario: I. Introducción.- II. Un problema de ambigüedad: función-finalidad y función-relación.- III. ¿Es razonable asignar funciones-finalidades únicas a cada norma o institución?- IV. Dos dimensiones de la prevención: "prevención general" y "prevención específica".- V. Reflexiones finales.

Abstract: La prevención específica, difiere de la general en punto al sujeto que puede tomar la decisión de prevenir. En la prevención general, será el autor potencial de la actividad susceptible de causar un daño; en la específica, será un funcionario estatal. Será el juez o un funcionario administrativo, quien decidirá la posibilidad de realización o la continuidad, de una actividad potencialmente dañosa.

I. Introducción

La discusión sobre las funciones del derecho de daños (1) ha dado lugar a controversias significativas, tanto en Argentina cuanto en muchos otros países. El centro de gravedad de esos debates se sitúa primariamente en la prevención. Para las posiciones más tradicionales, la función de la responsabilidad por daños es exclusivamente resarcitoria, mientras que orientaciones más modernas le reconocen, juntamente con aquella, al menos otra función relevante: la preventiva. Dentro de las vertientes pluralistas, algunos extienden ese elenco a otras adicionales, como la función sancionatoria, la reducción de costos sociales, la función redistributiva o la llamada función de demarcación.

Pasada la primera década del siglo XXI, el debate parece haber decantado, al menos, hacia una conclusión mayoritaria. En la actualidad, aunque con variantes y excepciones, tanto la doctrina autoral cuanto la jurisprudencia argentina dominantes, conciben a la prevención como una de las funciones del derecho de daños. El Proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento legislativo expresamente se inscribe en esa línea. (2) Confiere un espacio relevante a las funciones de la responsabilidad y, dentro de ellas, a la prevención.

A pesar de ese consenso parcial restan todavía muchas cuestiones dignas de estudio. Algunas de ellas constituyen problemas conceptuales de alcance general que se proyectan hacia múltiples aspectos de mayor especificidad. Para ilustrarlo de un modo visible: hace más de quince años, Pablo Salvador-Coderch y María Teresa Castiñeira Palou, en una obra ya famosa, preguntaban "¿cuáles son realmente las funciones del derecho de la responsabilidad civil?". (3) Esa misma pregunta fue el nudo de muchos otros trabajos que por su cantidad me eximiré de listar.

En este artículo, al contrario y como su título lo sugiere, me propongo una pregunta diferente. Procuraré explorar sobre qué se discute cuando se debate sobre la base de aquella pregunta.

Los resultados de esa búsqueda distan de ser puramente teóricos. Muy por el contrario, diferentes aproximaciones a esas cuestiones pueden conducir a confusiones o a resultados notablemente diferentes al momento de concebir y aplicar normas fundamentales de esta área del derecho. E inciden, en particular, en la concesión, alcance y modalidades de ciertas medidas judiciales.

II. Un problema de ambigüedad: función-finalidad y función-relación

Para comenzar, cuando se habla de funciones de una rama del derecho, es frecuente asumir que se está haciendo referencia a algo sencillo y evidente. Que no es necesario detenerse a precisar de qué se habla, sino simplemente ingresar a debatir cuál o cuáles son esas funciones.

El término función, sin embargo, puede denotar ideas muy diferentes. No es este el sitio para enumerar todas las posibilidades de empleo de esa palabra, (4) pero es posible advertir que, al menos una o un grupo de esas nociones, da cuenta de un tipo de relación. Se dice por ejemplo, que la duración de un viaje es función de la distancia, o que la vida útil de un automóvil es función de su uso. Esto implica que existe una relación específica entre dos variables: que (ceteris paribus) para cada distancia habrá un tiempo de duración del viaje y para cada extensión e intensidad de uso, un lapso de vida útil del vehículo. (5)

En otro sentido, es posible y frecuente, hablar de función para hacer referencia a un propósito o finalidad. Las referencias teleológicas son moneda corriente cuando se trata de conformar, analizar y describir las instituciones jurídicas. Hay ejemplos muy explícitos de este tipo de invocaciones: el abuso del derecho, en el ordenamiento jurídico argentino, por caso, incluye dentro de sus requisitos de operatividad "...los fines que aquélla (la ley) tuvo en mira al reconocerlos...". La idea de "finalidad protectora de la norma", frecuente en la doctrina y

jurisprudencia alemana del siglo XX, es otro ejemplo de este tipo de ideas.

En casos así, y pese a la naturalidad con que se aborda el tema, no siempre queda claro qué se quiere afirmar cuando se hace referencia a la finalidad de la norma o de la institución jurídica.

La idea de finalidad o propósito inicialmente se asocia a un sujeto con voluntad: un agente, alguien que pueda decidir hacia dónde conducir sus acciones. "La ley", sea lo que fuera, no es un sujeto tal. Una crítica rápida a este modo de invocar finalidades, luego, podría fundarse en estas bases. Se podría decir que supone una personificación metafísica de la ley; que ello es impropio; que "la ley" en tanto y en cuanto no es un agente, no puede decidir hacia dónde dirigir sus acciones y por lo tanto, que carece sentido hablar de sus finalidades.

No obstante, muy frecuentemente hablamos de finalidades de cosas o entidades que no son sujetos. Podemos decir, por ejemplo, que la finalidad de un martillo es golpear, sea para enderezar piezas de metal, clavar clavos, etc. Referir a finalidades de la ley en este orden de ideas, no sería una alusión carente de sentido. En estos casos podría interpretarse que ese modo de hablar de sus finalidades puede responder, al menos, a dos posibilidades.

La más sencilla, quizá, es atribuir a una cosa la finalidad histórica de sus creadores. Aplicando esta idea a la ley, la finalidad de la ley, sería la finalidad que tuvieron en mira los legisladores, sean éstos legisladores formales (las personas que intervinieron en el procedimiento institucional de su creación) o materiales (aquellas que redactaron efectivamente los textos que luego harían suyos los legisladores formales). (6)

Otra posibilidad, algo más compleja, podría describirse como el resultado del siguiente proceso:

a) Quien invoca la finalidad de una norma, parte de identificar una cierta finalidad posible para la institución implicada. En otras palabras,

entiende que, si se deseara alcanzar tal finalidad, la norma en cuestión sería un instrumento adecuado para lograrla.

b) Luego, considera que existen razones plausibles para sostener que ésta debe ser considerada la finalidad relevante de la norma, con preferencia por sobre otras (respecto de las cuales aquélla podría ser, también, un instrumento idóneo). Que debe priorizarse esa finalidad y utilizar esa norma para perseguirla de modo único o prioritario.

c) Finalmente, para la inteligencia de las normas y su aplicación, elige la interpretación que considera consistente con esa finalidad que entendió preferible. [\(7\)](#)

A diferencia de la posibilidad precedente, esta última no apunta a descubrir la voluntad histórica de los legisladores, sino que se trata de un procedimiento diferente, en el que interviene el juicio —y probablemente también, las preferencias— de quien sostiene tal finalidad. La primera posibilidad, daría cuenta de un hallazgo; ésta, expondría una elección. [\(8\)](#)

En síntesis: hasta aquí procuré distinguir dos géneros de significados de función. Los mismos, aunque no agotan todos los usos posibles de ese término, resultan sumamente relevantes en el discurso concerniente al derecho de daños. Para diferenciarlos, en adelante llamaré función-relación a uno de ellos, y función-finalidad, al restante. Las finalidades a las que esta última denominación refiere, pueden adscribirse de modos diversos. A veces, se invocan finalidades que —se pretende— persiguieron los legisladores. Otras, se postulan finalidades que se consideran valiosas y se entiende que la norma o institución es un instrumento adecuado para alcanzarlas.

No se trata de variantes de un mismo concepto, sino de conceptos distintos que comparten un mismo rótulo, un mismo término que las designan. Es sabido que la confusión entre palabras y conceptos suele generar dificultades muy serias en muchas áreas y particularmente en la comprensión y aplicación del derecho. Cuando un mismo término (palabra) tiene significados muy diversos, el riesgo de confusión suele

ser menor: es difícil que la comprensión de un texto jurídico sobre la mora, se vea afectada porque esa misma palabra, mora, designa también a una fruta. Pero cuando los significados de una palabra se aproximan, o poseen cierta posibilidad de pertinencia, el riesgo de confusión suele incrementarse.

Algunas confusiones de esta clase proyectan resultados que distan de ser triviales. Por ejemplo, si un jurista predica algo de la función de una norma, refiriéndose, por caso, a la finalidad de sus autores (función-finalidad) y otro controvierte su opinión, empleando el término función como pura relación entre normas y consecuencias sociales (función-relación), puede darse que ambos aparentes contradictores sostengan afirmaciones verdaderas, pero crean estar disintiendo. Con referencia a la función preventiva, en particular, se daría esa situación, por caso, si uno de ellos afirmara que una cierta norma posee una función preventiva porque sus autores expresamente lo declararon así (es decir, si hablara de función-finalidad) (9) y su contradictor (hablando de función-relación) afirmara que esa norma carece de tal función porque en el mundo de los hechos, esa norma no genera, ni favorece, ningún efecto preventivo.

Una aparente discrepancia como la anterior no puede resolverse por ninguna comprobación de hechos ni análisis de normas. Enfrenta, simplemente, dos afirmaciones paralelas que no se contradicen. Bien podría ser que los autores de una norma la hubieran diseñado con la finalidad de prevenir, pero que en los hechos carezca de toda eficacia. Luego, ambos juristas estarían en lo correcto, pero ninguno refutaría al otro. Una discusión de esta especie puede ser parte de un mero debate académico, pero también puede ser la clave del argumento que defina el otorgamiento de una medida judicial.

Hacer explícitas las distinciones anteriores puede contribuir a advertir algunos aspectos que a veces se soslayan y tratarlos de modo sistemático. En primer lugar, las nociones de función-finalidad y de función-relación presentan ciertas interrelaciones. La relación que guardan las normas con ciertos efectos empíricos —sus consecuencias sociales—, opera con una relativa independencia de los deseos,

propósitos o finalidades de los legisladores que las diseñaron. Aún si una norma no fue pensada para prevenir, es posible que igualmente prevenga, o viceversa. Estudiar si ello efectivamente ocurre, implica una investigación "en el mundo". (10) Intentar descubrir qué intenciones primaron en la mente de los legisladores, también es una indagación de ese tipo. Pero se trata de búsquedas muy diferentes.

Desde otro punto de vista, esas nociones mantienen una particular dependencia. Si se persiguen ciertas finalidades y no se emplean instrumentos consistentes con las mismas, el resultado será previsiblemente insatisfactorio. En este último caso, la posibilidad de alcanzar las metas contenidas en las funciones-finalidad, depende de que los medios empleados guarden una función-relación positiva, con esas metas. Las funciones-relación, en otras palabras, son instrumentales a la eficacia de las funciones-finalidad.

Las discusiones sobre fines y las disputas sobre medios involucran, por cierto, procedimientos de argumentación diferentes. No es lo mismo fundamentar por qué es preferible visitar una ciudad y no otra, que discutir cuánto tiempo insume llegar, por cierta vía, a una de esas ciudades. Del mismo modo, las discusiones sobre por qué es preferible incrementar la prevención por encima de cierto nivel, no dependen de los mismos argumentos que el debate sobre si ciertos medios son herramientas idóneas para lograrlo. La precisión para distinguir las discusiones de una y otra categoría, en definitiva, parece útil para llegar a los mejores resultados en cualquiera de ambos géneros de debate.

III. ¿Es razonable asignar funciones-finalidades únicas a cada norma o institución?

Cuando se diseña algún cuerpo normativo es usual que sus autores persigan un conjunto de finalidades, entendidas como consecuencias sociales. Es muy razonable que prefieran, por ejemplo, una sociedad en que se produzcan menos daños o una que proporcione mayores indemnizaciones para las víctimas o también (y de modo no excluyente), una que logre mayor premura o facilidad en la percepción de esas indemnizaciones. Luego, es también natural que procuren contribuir a

esas metas. Pero esto no implica que deban diseñar un dispositivo especial, una institución jurídica diferenciada, para alcanzar cada una de las consecuencias que estiman deseables. Es posible, al contrario —y es una estrategia legislativa plausible y bastante frecuente—, diseñar instituciones que satisfagan, cada una de ellas, más de una función-finalidad y a su vez, perseguir cada función-finalidad a través del juego armónico de más de una institución. [\(11\)](#)

Si, por ejemplo, hablamos de función preventiva, en este sentido de función-finalidad, es posible que se proyecten varias normas e instituciones para orientadas a esa meta y que todas o algunas de ellas, tiendan también a otras funciones, como por ejemplo, a la función resarcitoria. La adscripción de funciones "uno a uno" (asignar a una institución exclusivamente función preventiva; a otra, sólo función resarcitoria, etc.), en síntesis, parte de una restricción que no tiene por qué constreñir a los legisladores, ni parece una guía adecuada para legislar o para interpretar el ordenamiento jurídico. [\(12\)](#) No existe ninguna necesidad lógica, ni pragmática que la imponga.

En lo que hace a las funciones-relación, esta cuestión se agudiza. Es posible pensar que los legisladores, aunque sin necesidad, efectivamente asignaron a cada norma una función-finalidad exclusiva. Pero esa decisión, más allá de su acierto o desacierto, no impide que las normas surgidas de su labor proyecten otras consecuencias o derivaciones, ajenas a sus finalidades. Es decir, no implica que aquéllas no posean otras funciones-relación, diferentes de las finalidades a las que aspiraron sus autores.

La investigación de las funciones-relación de las instituciones jurídicas, esto es, la labor tendiente a sacar a la luz la correlación entre las normas y sus derivaciones fácticas, no es, en modo alguno, una tarea trivial. Tomemos como ejemplo la función de prevención. Parece difícil de sostener que la cantidad, calidad y magnitud de los daños que se produzcan en la sociedad, es y debe ser un dato completamente irrelevante para los juristas. [\(13\)](#) Igualmente parecería por lo menos extraño, argumentar que las normas jurídicas, su interpretación y aplicación, carecen de toda influencia en el mundo de los hechos

sociales. Si, al contrario, se asume que esa influencia existe (al menos, que se da a veces y en ciertas condiciones), es posible inferir que algunas normas y ciertas posibilidades de interpretación y aplicación de las mismas, darán por resultado la producción de más daños, y otras, contribuirán a que disminuyan.

Puede que este tipo de análisis —una modalidad de análisis funcional— y sus productos, no se consideren enteramente concluyentes. Pero aún cuando se pueda disentir sobre la medida de su valor, parece difícil negarles toda relevancia a la hora de interpretar y aplicar normas vigentes o, en su caso, frente a la instancia de justificar una reforma legal. En otras palabras, las funciones-relación de una norma o institución, pueden conformar un argumento de peso aunque no hayan sido previstas por los legisladores como funciones-finalidad.

Asimismo, dentro del marco de legítima interpretación de las normas, parece igualmente importante dilucidar qué posibilidades resultan más consistentes con las finalidades previstas por los legisladores. Para saberlo, debemos conocer las funciones-relación de las normas implicadas en cada una de tales posibilidades.

Si hablamos de la función de prevención en particular, parece claro que ese tipo de tareas merece atención. Que resulta relevante analizar sistemática y detalladamente el entramado de relaciones que conduce a prevenir. Y más allá de cierta costumbre intelectual que parece limitar su alcance sólo a ciertos instrumentos, es claro que la prevención abarca campos más amplios que el reservado a las acciones que persiguen, de modo directo, particularizado y explícito, la cesación de una actividad peligrosa individual. Me referiré a esta cuestión en los próximos párrafos.

IV. Dos dimensiones de la prevención: "prevención general" y "prevención específica" [\(14\)](#)

Dificultades similares a las que afectan al término función, derivadas de sus múltiples significados, se presentan con relación al empleo del término prevención.

En una buena parte de la literatura jurídica argentina, cuando se habla de prevención en el derecho de daños se evoca la idea de riesgo de una actividad, y una respuesta jurídica única: una prohibición judicial particular —una orden de cesación, definitiva o provisional— tendiente a evitar que el mismo se actualice en un daño, o en el agravamiento de un daño en curso. Este concepto de prevención sería el comprendido en la esfera de la denominada tutela inhibitoria, sea provisoria o definitiva. [\(15\)](#)

El problema de este modo de concebir a la prevención es que da por sentado, aún sin hacerlo explícito, que esas medidas agotan las posibilidades jurídicas de prevenir. Esta noción tan restringida, no obstante, no es la única idea que puede denotar el término prevención ni aquellas medidas, las únicas que pueden prevenir. Al contrario, el efecto preventivo derivado de ese tipo de acciones judiciales puede caracterizarse como una dimensión de las dos principales que integran el campo de la prevención. Se trataría de la denominada prevención específica. La prevención general completaría el contenido del campo en cuestión.

En varias ramas del derecho se habla, con peculiaridades propias, de prevención general y prevención especial. Aunque estas ideas venían siendo discutidas desde mucho tiempo atrás en el derecho penal. [\(16\)](#) en el derecho de daños cobraron popularidad, inauguralmente en el ambiente norteamericano, bajo el rótulo de general deterrence (que traduciré como "prevención general") y specific deterrence ("prevención específica"). [\(17\)](#) Durante las décadas de 1950 y 1960 se elaboraron, en los Estados Unidos, varios proyectos de reforma tendientes al tratamiento de los daños derivados de la circulación de automotores. El debate que se generó en torno de los mismos, y los trabajos académicos que los tuvieron por objeto —dentro de los cuales resaltan nítidamente los de Guido Calabresi— [\(18\)](#) discutieron de modo sistemático estas dimensiones duales de la prevención. [\(19\)](#)

La noción de prevención general asume una idea relevante sobre la conducta humana: que, al menos en ciertas condiciones, las personas toman decisiones y actúan de un modo tendiente a situarse en un

estado que consideran más agradable, o más beneficioso. Esta premisa ha merecido un estudio sistemático en el campo del análisis económico del derecho. [\(20\)](#) Desde este punto de vista, la posibilidad de sufrir una sanción puede ser vista como un ingrediente que torna menos deseables muchas situaciones. En términos técnicos, ésta es la idea subyacente en el término "costo" y los costos monetarios, son solo casos particulares de esa idea. Expuesto de un modo general, la perspectiva de afrontar, sea una indemnización o una sanción, sirve para crear expectativas que incidirán en las decisiones de los sujetos. En otras palabras, genera incentivos para actuar de un cierto modo y no de otro. [\(21\)](#)

Pero no se trata únicamente de evaluar la magnitud de los sacrificios que determinarán tales consecuencias jurídicas, sino también la probabilidad de sufrirlos. El producto de la magnitud de la sanción o indemnización, por la probabilidad de que efectivamente se concrete, determinará el valor esperado [\(22\)](#) de dichas posibilidades.

Esta noción de prevención general se refiere, en definitiva, a los casos en los cuales la prevención surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente riesgosa. El efecto disuasivo de las normas tradicionales de responsabilidad civil constituye una instancia clara de este tipo de prevención: ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas de prevención que a la vez, reducirán la probabilidad de causar ese daño (o su magnitud en caso de acontecer), y la probabilidad correlativa de ser condenado al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud). En este orden de ideas es posible afirmar que el sistema de responsabilidad civil genera incentivos para prevenir, cuando determina un deber de resarcir. Desde este punto de vista, la función-relación resarcitoria, será instrumental a la función-relación preventiva. [\(23\)](#)

La prevención específica, en el sentido que procuro exponer, difiere de la general en punto al sujeto que puede tomar la decisión de prevenir. En la prevención general, será el autor potencial de la actividad susceptible de causar un daño; en la específica, será un funcionario estatal. Será el juez o un funcionario administrativo, quien decidirá la posibilidad de

realización o la continuidad, de una actividad potencialmente dañosa. La tutela inhibitoria es un vehículo típico de este efecto preventivo, de actuación judicial. Clausuras administrativas, secuestro de vehículos, órdenes de demolición de construcciones, son fuentes representativas de ese mismo efecto preventivo, pero generado por vías administrativas.

Conceptualmente, la distinción entre ambas dimensiones de la prevención es nítida: el dueño y potencial conductor de un automotor puede decidir usarlo o no y tiene la posibilidad (fáctica) de ser más o menos imprudente. Las normas jurídicas que imponen sanciones a sus violaciones reglamentarias o indemnizaciones como contrapartida de los daños que pudiera causar, constituirán incentivos para optar por conducir o no, y para decidir cuán diligentemente hacerlo. Pero en todo caso, la evaluación de los escenarios alternativos y el dominio de la decisión (nuevamente, en términos fácticos, no normativos), es enteramente suya. Este es el campo de la prevención general. Al contrario, si, por la razón jurídica que fuera, su automóvil es secuestrado, esa medida privará al propietario del vehículo de decidir usarlo. Ya no le será fácticamente posible hacerlo. En el lenguaje que vengo empleando, determinará prevención específica.

La idea de prevención general que intenté caracterizar, coincidiría en alguna medida con aquello que, en la dogmática penal más reciente, se denomina prevención general negativa. La idea de prevención general positiva, desgajada de aquella, difiere notablemente de la anterior y no será motivo de tratamiento en este trabajo. Resulta importante destacar, no obstante, que los juristas interesados en el derecho penal suelen referirse a estos efectos preventivos como posibilidades de justificación (única o prioritaria) de la imposición o de la existencia misma de las penas. (24) Si en cambio, estudiamos este efecto como una función-relación de ciertas normas o instituciones jurídicas —en lo que nos ocupa, de las instituciones del derecho de daños— el debate se torna más modesto y presenta mayores matices.

En los estudios de derecho penal suele hablarse, también, de "prevención especial" con un sentido algo diferente de lo que aquí vengo denotando mediante el término prevención específica: se la invoca,

normalmente, con relación a las medidas que tienen como efecto (deseado o verificado) prevenir nuevos hechos del mismo autor. [\(25\)](#) Como se ve, esto es algo bastante diferente de la noción que intenté caracterizar, pero existen algunas proximidades conceptuales que pueden dar lugar a problemas para distinguirlas.

Por ejemplo, podría pensarse que el correlato de la pena privativa de libertad, en el derecho penal, sería el pago de una indemnización, en el derecho de daños, dado que se trata de las consecuencias normativas arquetípicas de esos subsistemas. El efecto de la pena privativa de libertad en curso de ejecución se encuadra en el campo de esta prevención especial, según los penalistas. De allí, podría seguirse que la imposición de una indemnización, en tanto afecta especialmente a un sujeto y no a todos, también generaría prevención específica, en el derecho de daños.

Esto no es así: la imposición de la indemnización no debe considerarse, en términos generales, una fuente de prevención específica según el lenguaje que propuse. [\(26\)](#) Sea que la indemnización esté en curso de pago, o completamente pagada, podrá el dañador nuevamente decidir por sí mismo (sin acto de fuerza alguno de parte del Estado) si reiterar la acción que causó el daño —más precisamente, si realizar una acción de la misma clase—, o no hacerlo. Y mientras decida, sólo se enfrentará a la usual prevención general que surge de la vigencia de las normas indemnizatorias. Estar cumpliendo una pena privativa de libertad, al contrario, proyecta efectivamente prevención específica en el sentido que vengo empleando el término, en cuanto impone, coercitivamente —sin participación de la voluntad del condenado— una restricción de movimiento que impide por ejemplo, la realización de ciertas acciones individuales constitutivas de delito. Aunque un interno puede cometer el homicidio de otra persona que esté en el penal, no podría hacerlo respecto de otra que esté fuera del establecimiento, mientras esté fácticamente impedido de salir del mismo. Lo expuesto, obviamente, no guarda ninguna relación con proponer penas privativas de libertad para prevenir daños, incrementarlas o disminuirlas sino que apenas procura

distinguir un efecto que resulta de ese tipo de medidas, con independencia de nuestras preferencias y de nuestros valores.

En cuanto al efecto reeducativo (deseable, al menos) que incidiría específicamente en quien cumpliera la pena privativa de libertad, también corresponde efectuar aquí una distinción importante. Si esa reeducación efectivamente se cumpliera, y se modificara la propensión del condenado a cometer nuevos hechos delictivos, sería lícito decir, en el sentido en que lo hace la literatura del derecho penal, que se verificó prevención especial. Pero aún en ese caso parecería inadecuado decir que operó prevención específica alguna, con el significado con que vengo usando el término. Es que aún si tal reeducación tuviera éxito, cumplida su pena, el condenado se enfrentaría nuevamente a la posibilidad de actuar, sin otra injerencia fáctica externa. Se vería enfrentado, únicamente, al efecto de prevención general de las normas correspondientes. [\(27\)](#)

Más drásticamente aún, parece poco apropiado hablar de efecto reeducativo alguno proveniente del pago de una indemnización, al menos en términos generales. Suele pensarse que una consecuencia jurídica, sufrida "en carne propia" es más efectiva que su mera potencialidad y resulta, por lo tanto, más eficaz en su efecto preventivo. Esta idea puede tener alguna plausibilidad, en ciertas condiciones y con un alcance temporal limitado, si se trata de personas físicas. Pero parece ciertamente ingenua si se refiere a personas jurídicas u organizaciones. Equiparar el procedimiento de toma de decisiones de las últimas al de las personas humanas, o juzgar sus acciones en términos de moral individual (pensar que tal entidad es "buena" y tal o cual otra "mala" juzgando sobre tales cánones las acciones pasadas que se imputan a dichas organizaciones) suele ser un error bastante frecuente y que atenta contra la eficacia de las estrategias de regulación jurídica de sus actividades.

Las bases propuestas para diferenciar conceptualmente ambas dimensiones de la prevención parecen útiles para contribuir a la investigación de esta función del derecho de daños. No obstante, tampoco conviene exagerar la nitidez de esa distinción en el mundo real.

En los hechos, ambos efectos se proyectan con cierta promiscuidad, aún en relación con instituciones particulares que parecen fuentes arquetípicas de uno u otro de esos efectos. Una institución emblemáticamente asociada a la prevención específica, como lo es una medida judicial o administrativa que disponga la clausura de un establecimiento fabril puede servir como ejemplo de esa afirmación. Cuando se impone una medida de esa clase, la misma no opera inicialmente como una restricción física a las posibilidades de acción de quien la sufra, sino como un nuevo costo que debe afrontar si quiere continuar la actividad del establecimiento. Es claro que, desde el punto de vista de las posibilidades de hecho, aún después de dictada la clausura, podrá decidir si ir en contra de la prohibición o no hacerlo. Tendrá, todavía, un margen para su decisión personal, en la que entrarán en juego, ahora, nuevos costos esperados. Estos pueden comprender el costo de sufrir medidas más drásticas, en caso de incumplir. Y este incremento de costos esperados, como vimos, es el componente determinante de la prevención general. La "pura" prevención específica surgirá, en consecuencia, no estrictamente de la orden de cesación o de clausura, sino de la adopción efectiva de acciones materiales que impidan, fácticamente, la realización o continuidad de la actividad.

En el campo de la prevención general, también se observan estas mismas vetas de intervención estatal, que la alejan de la pura comparación privada entre costos y beneficios. Una injerencia sutil, surge del procedimiento empleado para valorar los daños. La valuación del daño causado no queda en manos de los sujetos implicados, sino de un agente público (el juez o en su caso, un funcionario administrativo) y ello determina una decisión estatal, al margen de la utilidad real de la víctima, que incide en ese balance. Otra, más evidente, es que las medidas ejecutorias, en su caso, comprenden, una acción material que restringe o conculca la posibilidad fáctica de sustraerse a las mismas.

De lo expuesto se desprende que si bien resulta útil distinguir conceptualmente ambas dimensiones de la prevención no es completamente correcto asignar a las instituciones jurídicas reales uno

sólo de esos efectos, con abstracción de cualquier trazo del restante. Es útil, no obstante, comprender que algunas instituciones proyectan prevalentemente una clase de efectos y otras, su complementario. El punto central, a la hora de ponderarlas en relación con sus consecuencias, es advertir que ambas categorías de instituciones poseen ventajas y desventajas comparativas en diferentes géneros de casos, en cuanto a la magnitud, eficacia o eficiencia de su efecto preventivo.

Las diferencias entre ambos efectos preventivos son, precisamente, una consecuencia de ciertos rasgos del mundo real. (28) En un mundo ideal, con ciertas condiciones que sólo pueden darse en ese grado y simultaneidad en un escenario tal, ambos tipos de dispositivos podrían llegar exactamente a los mismos resultados. Lo interesante, precisamente, es que, en escenarios ajenos a esa perfección los efectos de una y otra estrategia de prevención divergen en función de ciertas propiedades diferenciales de las situaciones implicadas.

Hay casos, por ejemplo, en los que una actividad, o su riesgo, no resultan perceptibles para terceros, sino hasta que se actualizan en un daño, sea porque se desarrollen en ámbitos privados (como el interior de un complejo industrial) o porque la información sobre los peligros involucrados no sea pública. En estos casos, no existirá posibilidad de que medidas de tutela inhibitoria, o tendientes a la prevención específica, afecten el desarrollo de esas actividades. La prevención general derivada del deber de indemnizar en caso de que se actualice el peligro, en cambio, podrá resultar operativa.

A veces, todavía, es posible reforzar ese efecto de prevención general de la ordinaria reparación de daños, mediante otros dispositivos. Si al carácter oculto de la actividad riesgosa se le suma la previsión de que, en caso de efectivamente verificarse daños a terceros, no todos los mismos serán reclamados o las indemnizaciones no alcanzarán al total de los daños producidos, puede advertirse que el efecto preventivo del deber de responder se verá restringido. En estos casos, la imposición de daños punitivos puede resultar el mejor modo disponible de reforzar esa función de prevención general. (29)

También es fácil advertir algunos casos en los cuales la prevención específica es más efectiva. Por ejemplo, cuando la solvencia de los potenciales dañadores es nula o limitada, la amenaza de pagar una indemnización no suele ser una amenaza suficiente para generar incentivos para prevenir y la prevención general se revela como un instrumento débil. El efecto preventivo de prevención general, asimismo, puede ser insuficiente para lidiar con empresas que entren y salgan rápidamente de un mercado local, por razones similares. Lo mismo puede acontecer ante la posibilidad de verificarse daños de los denominados irreparables, o daños catastróficos.

En resumen, cuando las condiciones se alejan de las bases ideales de los modelos más simples, las diferencias entre ambos tipos de prevención comienzan a manifestarse y las ventajas comparativas de las instituciones que proyectan cada uno, pueden salir a la luz. Esas ventajas y desventajas pueden estudiarse sistemáticamente y ese estudio se ve beneficiado por el empleo de herramientas conceptuales adecuadas para ello.

La discusión que ocupó los párrafos anteriores, sin ser en modo alguno definitiva, puede contribuir al desenvolvimiento del debate sobre este tipo de problemas, centrales al derecho de daños. A continuación y a modo de simple ilustración, procuraré plantear algunos interrogantes relevantes y mostrar cómo juegan en su respuesta las distinciones anteriores.

a. ¿A quién disuaden los daños punitivos? [\(30\)](#) ¿Cuál es su función?

La función-finalidad que decidan perseguir los legisladores, como toda decisión humana individual, es contingente. No obstante, aunque la función-finalidad tenida en mente fuera disuadir única y específicamente al autor de un daño ya producido, el efecto preventivo de la institución (su función preventiva, en el sentido de función-relación) se proyectará hacia todos los integrantes de la sociedad. En el marco de las distinciones precedentes, la institución proyecta claramente un efecto de prevención general, en cuanto incrementa el costo esperado de la realización de ese tipo de actividades —gravemente antisociales— al

sumar al costo de una indemnización ordinaria, una carga adicional. Y por ello desincentiva a cualquier sujeto racional y solvente, de emprender ese tipo de actividades.

Asimismo, y como antes lo sugerí, en ciertas condiciones, el efecto preventivo que se derive de esta institución, será superior al que generen otras.

b. ¿Cuáles son las fuentes de lucro en los llamados ilícitos lucrativos? ¿Cómo juega el patrimonio del condenado, en cuanto base de determinación del monto de la condena por daños punitivos?

Muchas veces se habla de ilícitos lucrativos como justificación para la aplicación de los daños punitivos. Se trataría de casos en los cuales la ganancia que vaya a obtener el dañador será superior a la indemnización que deba afrontar por los daños causados, cosa que podría ser prevista por el dañador y haber generado incentivos para actuar, vulnerando gravemente intereses ajenos.

Esta relación subyacente entre costos y beneficios se replica, no obstante, en casos aparentemente muy diferentes. Cuando puede preverse que el monto de las condenas a sufrir sea inferior al daño causado, esa idea de lucro (aquí, por ahorrar en prevención) y los incentivos consiguientes, se reproducen. Luego, las mismas razones que justifican la preferibilidad del efecto preventivo (función-relación de prevención general) que dimana de esa institución en aquellos casos, puede aplicarse a este género aparentemente diverso.

El patrimonio del dañador, por su parte, suele ser considerado relevante para determinar el monto de este tipo de condenas. No obstante, a veces esta conclusión parte de afirmaciones cuestionables. Se suele pensar que una empresa de gran patrimonio no sufriría el impacto de una condena si es pequeña en relación con aquel, y que por eso debe aumentarse su cuantía hasta que el impacto sea significativo.

Este razonamiento pasa por alto que, si se asume racionalidad por parte de la empresa (y de hecho, parece asumírsela, en esta línea de ideas) no importa cuál sea el patrimonio: lo que pesará en la decisión será la

relación entre el beneficio de la actividad positiva u omisiva en cuestión (aquella que dio mérito para la imposición de estas condenas) y el valor esperado del costo de realizarla. Una actividad que represente una pequeña ganancia neta (por ejemplo, un monto de \$10.000) no será emprendida por un sujeto racional si prevé que existe una probabilidad de más del 50% de sufrir una condena de \$20.000. Esta relación se verificará, sea cual fuera la magnitud de su patrimonio.

No obstante, existen razones que inclinan a considerar la magnitud del patrimonio del dañador, aunque son algo más sutiles. Una empresa de mayor tamaño, por ejemplo, usualmente tiene mayores posibilidades de desarrollar comportamientos estratégicos: puede perder en el corto plazo, para ganar en el largo o perder en un mercado para ganar en otro. No es mi intención analizar detalladamente las características de este tipo de estrategias. Pero lo expuesto permite sugerir que el patrimonio del dañador, más que constituirse en un dato autónomamente concluyente, proporciona un signo, una pista, sobre ciertas posibilidades diferenciales de acción que sí resultan relevantes para juzgar el efecto preventivo de este tipo de instituciones.

c. ¿Tiene función preventiva la indemnización por daño extrapatrimonial?

La dilucidación de la "naturaleza jurídica" (31) del daño extrapatrimonial fue motivo de una discusión que hoy parece superada. Las posiciones iban desde un extremo que lo consideraba de "naturaleza" sancionatoria o punitiva, hasta otro que lo entendía resarcitorio, terciando una postura mixta. La tesis resarcitoria es hoy, francamente mayoritaria.

Esta discusión es una de aquellas que podría verse beneficiada por las distinciones precedentes. La respuesta, si hablamos de función-relación, es sencilla: el daño extrapatrimonial, en cuanto concepto indemnizable, proyecta efectos de prevención general, al igual que las restantes categorías de daños. Reconocer que más casos enmarcados en su ámbito son indemnizables, o conferir mayores montos indemnizatorios por estos conceptos, incrementará la función de prevención general del sistema. Esta conclusión es independiente de la finalidad que hayan

tenido en mente los legisladores y de la que procuren perseguir los jueces.

¿Significa lo expuesto adoptar una posición contraria o alternativa a la mayoritaria, que sostiene la función resarcitoria del daño extrapatrimonial? Al contrario: precisamente porque los casos que lo involucran son resarcibles, aumenta la función-relación de prevención del sistema.

Pero si la discusión, al contrario, versara sobre una función-finalidad, en el sentido de referir a las finalidades tenidas en mente por los legisladores materiales o formales que incluyeron las normas correspondientes en el ordenamiento jurídico argentino, parece posible sostener —por razones de época— que la prevención no fue, seguramente, su preocupación prioritaria. Adicionalmente, eso no parece suficiente para descartar que ese efecto tenga, hoy, interés al momento de interpretar tales normas y que provea razones de peso a la hora de su aplicación efectiva.

La lista de preguntas de esta clase puede crecer de modo indeterminado. Pero más allá de esas cuestiones puntuales, este modo de ver el problema permite advertir otra cuestión. Aunque sería más agradable que todas las funciones-relación derivadas de un conjunto de normas, fueran consistentes con las funciones-finalidad que preferimos, en la realidad existen compromisos ajenos a nuestros deseos. Y muchas veces no hay más posibilidad que elegir instrumentos que debiliten una (por ejemplo, la función-relación preventiva) a expensas de otra (por ejemplo la función-relación resarcitoria, o viceversa). La ilusión de que esos compromisos no existen y la fe infundada en que siempre existen posibilidades de lograr que todo lo deseable, sea enteramente compatible, suele esfumarse cuando ingresamos al estudio de las funciones-relaciones de modo detallado y separado de las funciones-finalidad. Cuando esto es así, se hace explícita la necesidad de elegir entre posibilidades imperfectas. Pero en todo caso, parece preferible debatir y decidir de modo consciente y explícito al respecto, que hacerlo de modo inadvertido.

V. Reflexiones finales

El propósito de las reflexiones precedentes es modesto y tiende, apenas, a una aproximación inicial. Se trata, simplemente, de establecer ciertas distinciones conceptuales que parecen útiles para abordar algunos problemas cruciales. No pocas veces, una parte importante del esfuerzo destinado a esas cuestiones se ve consumido por confusiones evitables, que las involucran.

Expuestas de modo sintético, las premisas empleadas son pocas y sencillas. En primer lugar asumí que dos ideas (conceptos), por el hecho de evocarse mediante la misma palabra (término) no necesariamente son variantes de la misma cosa, sino que pueden ser cosas muy diferentes.

Si esto es así, parece conveniente aclarar sobre qué ideas discutimos en cada instancia del debate jurídico. Parece útil distinguir cuándo hablamos de función, si lo hacemos, por ejemplo, en el sentido de relación entre normas y consecuencias sociales, en el sentido de finalidad o en algún otro. En el segundo caso, además, parece importante precisar si se pretende estar investigando la voluntad real, histórica, de los legisladores o si, al contrario, se procura persuadir de que, utilizar una norma como instrumento idóneo para perseguir una cierta finalidad, será preferible que emplearla para otro propósito.

Cuando se sientan estas premisas, parece fácil concluir que se trata de debates diferentes y que los argumentos adecuados para uno y para otros, pueden diferir.

En este punto discutí también una idea que, aunque de modo implícito, suele asumirse muy frecuentemente: que cada institución tiene o debe tener una única función-finalidad y procuré sugerir que esa idea carece de necesidad. Y que, incluso, no suele ser adecuado legislar de ese modo. Asimismo, si hablamos de función-relación, lo normal es que cada institución proyecte sus efectos sobre varias categorías de consecuencias sociales relevantes.

Cuando se habla de función preventiva, todas estas distinciones previas, que atañen al término función, resultan implicadas. Pero se adicionan otras más, referentes al uso del término y a las posibilidades de prevención. En este punto, intenté discutir que las únicas medidas que merezcan denominarse "preventivas" o de prevención sean aquellas que tienden a obtener una orden de cesación y se encarrilan a través de la denominada tutela inhibitoria. Procuré mostrar que, además de esa dimensión de la prevención (prevención específica) puede distinguirse otra (prevención general). Establecida esta distinción, es posible advertir que ninguna de ambas posibilidades es entera e incondicionadamente superior que la restante, sino que cada una es más adecuada y efectiva para cierto conjunto de casos. También, que no se trata de posibilidades excluyentes y que usualmente juegan de modo conjunto, más allá de toda intención de que ello ocurra de ese modo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Es sabido que no existe un consenso preciso sobre el alcance del derecho de daños. Si se entiende que la responsabilidad civil es una parcela de aquél, pero que no agota su contenido, se pueden estudiar las funciones de esta última como una parte de un campo más abarcativo. Si, al contrario, se adopta una noción amplia de responsabilidad o una suficientemente estrecha de derecho de daños, que identifique el contenido de ambos, el debate tendría un objeto único. Los autores enrolados en la primera posición pueden sostener, por ejemplo, que la responsabilidad civil tiene únicamente funciones resarcitorias, pero el derecho de daños, posee también, funciones preventivas u otras. Parecen ir en esta dirección, afirmaciones como la que sigue: "... la tutela inhibitoria puede estar contemplada en normas penales, administrativas y también en el Código Civil. Pero está muy claro que no comporta función normativa alguna de la responsabilidad civil. Nadie hizo este planteo jamás... En definitiva, la tutela inhibitoria integra el derecho de daños sin que sus normas se superpongan con las de la responsabilidad civil..." (BUERES, A. y PICASSO, S., "La Función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos", Revista de Derecho de

Daños, Rubinzal-Culzoni, 2011-2, p. 48). Esta distinción no se presenta para quienes entienden que derecho de daños no son sino dos nombres de una misma área del derecho. DIEZ-PICAZO, por ejemplo, comienza su conocida obra Derecho de Daños (Civitas, Madrid, 1999), diciendo: "El Derecho de la responsabilidad civil o Derecho de daños..." (p. 19).

(2) Especialmente en Tít. V, Cap. I, Sec. 1ª y en sus Fundamentos.

(3) SALVADOR-CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M. T., "Prevenir y Castigar", Marcial Pons, 1997, p. 103.

(4) Me referí con más detenimiento a esta cuestión en La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales, Abeledo Perrot, 2009, en varias partes y especialmente en p. 169 y ss. (5) Más precisamente puede decirse que se trata de una relación por la cual a cada estado (o valor) de alguna cosa (entendida como variable) le corresponde sólo un estado o valor de la segunda. El término función, usado en este sentido, tiene un amplio campo de empleo en la matemática, pero no es privativo de esa disciplina. Al contrario, tanto en el lenguaje corriente, cuanto en el discurso jurídico es común usarlo en ese sentido. Se trata de una noción muy útil para la investigación porque, cuando se verifica ese tipo de correlaciones, basta conocer un estado o valor de uno de los términos de la relación, para conocer el estado o valor de otra.

(6) La finalidad de los legisladores, integrada a un cuerpo normativo, suele considerarse por lo menos, una guía interpretativa importante. Así lo prescribe el Proyecto 2012 (art. 2º). (7) Subyace en esta noción, el llamado silogismo práctico. Al respecto, von WRIGHT, H. G., Explanation and Understanding, Routledge and Kegan Paul Ltd., Londres, 1971, p. 23 y ss.

(8) Apelar a la hipótesis del legislador racional, tiende a aproximar ambas posibilidades. Si se asume la existencia de un hipotético legislador racional y se juzga la lógica de sus acciones de acuerdo con las bases que postula quien se vale de este recurso, es posible que se concluya que las finalidades que prefiere quien invoca a tal legislador (elección), coinciden con las finalidades que efectivamente debió haber perseguido ese personaje platónico (descubrimiento). Para una crítica clara y contundente a ese proceder. NINO, C. S., "Introducción al Análisis Filosófico del Derecho", 2ª ed., 7ª reimpr., Astrea, 1995, p. 321 y ss.

(9) Lo mismo ocurriría, si alguien hablara de función-finalidad, no ya entendiendo finalidad como propósito efectivamente perseguido por los legisladores, sino como finalidad deseable o digna de ser perseguible.

(10) Decir que se trata de una indagación "en el mundo" no significa que los instrumentos teóricos no tomen parte de esa investigación y que sólo se trate, mecánicamente, de contrastar, verificar o medir hechos.

(11) Entre muchos, CALABRESI, G. y MELAMED, A. D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review, Vol. 85, Nº 6, abril de 1972, pp. 1089-1128.

(12) Lo expuesto no significa que algunas instituciones no tengan un rol prioritariamente vinculado a una función (finalidad o relación), en el sentido de que sean más importantes o eficaces en relación con una función, que respecto de otra.

(13) En sentido contrario, PANTALEON PRIETO, F. "Cómo Repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana, Ciudad Argentina-Dykinson, 2001, ps. 187-216): "La pretendida función preventiva de la responsabilidad extracontractual parece, así, disolverse en expresiones retóricas como la siguiente: si no cabe descartar que la amenaza de tal responsabilidad desincentive la realización de conductas creadoras de riesgos irrazonables de daño, no resulta sensato que el legislador desprecie dicho potencial preventivo. Pero —repetimos— tiene que

despreciarlo, y dejar la labor preventiva a los especializados derechos penal y administrativo sancionador, cuando su aprovechamiento sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa. Por eso sostenemos que la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo". Aun desde esa posición, aparentemente extrema, pareciera no haber obstáculo en considerar el efecto preventivo (función-relación de prevención) cuando el mismo no sea incompatible con las exigencias compensatorias de la justicia conmutativa. Fuera de esos casos, esta posición probablemente profese una fe excesiva en la división del trabajo jurídico y, en ese marco, en la (presuntamente universal) superioridad de ciertas ramas del derecho para el logro de ciertos fines, sea cual fuera el género de casos y las condiciones sociales implicadas. Refieren esta afirmación, en un sentido (al menos, parcialmente) confluyente, BUERES, A. y PICASSO, S., "La Función de la Responsabilidad Civil...", cit., p. 46 y PREVOT, J. M., "La Función de la Responsabilidad Civil y los Daños Punitivos", Revista de Derechos de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2011-2, p. 77.

(14) Las ideas más generales que integran esta sección y se propagan a buena parte del trabajo no me son propias, ni son —en modo alguno— originales. Expuse las mismas, con mayor extensión, en ACCIARRI, H. A., "Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños, Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE) and George Mason University, L. & E. Center, Berkeley, 2009 y en ACCIARRI, H. A., "La Relación de Causalidad..." (2009), cit., en pp. 173-178 y en varias partes de esa obra. La literatura argentina más moderna se ha ocupado de ideas tales en varias instancias. En sentido básicamente crítico, por ejemplo, BUERES, A. y PICASSO, S., "La Función de la Responsabilidad Civil...", (2011), cit. y PREVOT, J. M., "La Función de la Responsabilidad Civil...", (2011), cit. Al contrario, estas ideas coinciden sustancialmente con las expuestas en TOLOSA, P., "Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial", RRCyS, 2012-XII, p. 14 y ss. Fueron también

materia de análisis y ponderación, entre otros trabajos, en LOPEZ HERRERA, E., "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 39 y ss.; CAFFERATTA, N. "De la efectividad del Derecho Ambiental", LA LEY, 2007-E, 1308; DE LORENZO, M., "La protección extracontractual del contrato", LA LEY, 1998-F, 927; MARQUEZ, J. F., "La sociedad del riesgo y el derecho de daños", en RRCyS, 2009-X, p. 10 y ss.; HERNANDEZ, C. y SOZZO, G., "La Construcción Judicial de los Daños Punitivos. Antecedentes, Funciones de la Figura en Argentina" Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2011-2, p. 393 y ss.; SEGUI, A., "Prevención de los Daños y Tutela Inhibitoria en el Derecho del Consumo", en PICASSO, S. y VAZQUEZ FERREYRA, R. (Directores), "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", La Ley, t. II, Parte Especial, pp. 661-679, y en "Prevención de los Daños y Tutela Inhibitoria en Materia Ambiental", en LORENZETTI, R. (Director), "Derecho Ambiental y Daño", pp. 93-102 y en LORENZETTI, R., "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños", La Ley, 1996-B, 1107 y ss. y en varias obras más recientes de su autoría. En este sentido, la Comisión de Derecho de Daños de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en San Miguel de Tucumán, el 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 2011, aprobó —por unanimidad— entre sus conclusiones que "las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial".

(15) Diversas vías procesales administrativas pueden generar ese efecto: desde secuestros administrativos hasta cautelares, medidas autosatisfactivas o acciones sustanciales de cesación (v.g. las contenidas en los arts. 1071 bis, 2499 ó 2618 del Cód. Civil, arts. 4º y 30 de la Ley General del Ambiente, 25.675, art. 52 de la ley 24.240, etc.).

(16) La referencia usual respecto del tratamiento sistemático de esas nociones suele apuntar a la obra de BECCARIA, Cesare, Dei Delitti e delle Pene (1764). La idea no obstante, es sumamente intuitiva y está en el núcleo de una parte importante de la literatura jurídica de todos los tiempos.

(17) Son conocidas las dificultades para traducción el término inglés deterrence. Adicionalmente, mientras general deterrence suele traducirse como prevención general, probablemente hablar de prevención especial evoque intuitivamente más bien la idea de una prevención agravada o de mejor calidad (lo que no es tal), que la noción de privación de una facultad de actuación específica (que se aproxima al significado relevante del término inglés). Por eso, prefiero usar prevención específica (y no especial) para specific deterrence. No obstante, al menos en el campo del derecho penal, parece justo reconocer que tiene mayor tradición en castellano, el uso del término prevención especial. Se trata, no obstante, de una cuestión puramente terminológica y, por cierto, menor.

(18) Los principales, CALABRESI, G., "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", Yale Journal of Law, 70 (1961), p. 499 y su famosísimo libro *The Costs of Accidents. A Legal and Economics Analysis*, Yale University Press, 1970.

(19) Probablemente la instancia de tutela inhibitoria contenida en las injunctions, empleadas en el Common Law desde antaño, que constituían la herramienta generadora de specific deterrence por excelencia, promovió el estudio diferenciado en ambas estrategias alternativas de prevención.

(20) Para un tratamiento general en el área SHAVELL, S. *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard Universtiy Press, 1987; COOTER, R. and ULEN, T., *Law and Economics*, Addisson-Wesley Longman, 3° ed., 2000; nos ocupamos expresamente de las instituciones del derecho continental en general y latinoamericano, en particular, a la luz de esas ideas, en COOTER, R. y ACCIARRI, H. A., (Directores), "Introducción al Análisis Económico del Derecho", Civitas-Legal Publishing-Thomson Reuters, Santiago de Chile-Madrid, 2012 y en ACCIARRI, H. A. "Elementos..." (2009), cit.

(21) Lo expuesto no niega que puedan surgir otras derivaciones de las normas, como aquellas que se denominan efecto simbólico o expresivo. En esta instancia, más allá de discutir esas ideas y su valor,

simplemente intento sugerir que no debe descartarse la importancia de ese efecto al que hago referencia. Que ese efecto —en otras palabras— es relevante.

(22) Por ejemplo, tendrá el mismo valor esperado una situación en la cual estamos expuestos a sufrir un costo de 100 con una probabilidad del 10%, que otra en la que sea posible sufrir un costo de 50 con una probabilidad del 20%.

(23) No faltan autores —algunos de ellos, muy famosos que disienten con estas ideas sobre la base de argumentos como el que sigue: cuando se condena a indemnizar, el daño ya está producido. Luego, la indemnización en modo alguno previene, porque el daño se produjo. De un modo más general y más sutil, algunos entienden que este efecto preventivo es mínimo o irrelevante. Este modo de ver las cosas confunde varias cuestiones. La idea de prevención no requiere la eficacia absoluta del efecto preventivo, es decir, que resulte suficiente su presencia para que ningún daño se produzca. Al contrario, en los términos en que procuro exponerlo, simplemente significa que, dadas ciertas condiciones, puede incidir en la disminución, sea de la cantidad o magnitud de los daños, en relación con aquellos que se producirían de no existir las normas que generan ese efecto. Una evaluación más justa de la cuestión podría partir de experimentar eliminando todas las instituciones que producen prevención general (entre ellas, pero no únicamente, toda la responsabilidad civil) y luego observar si se produce la misma cantidad y magnitud de daños. Este experimento es, por cierto, improbable, sino imposible. Alguien ha dicho que la posibilidad de experimentación en ciencias sociales y en el derecho, en particular, es tan dificultosa como en astrofísica. No obstante, aunque una modalidad de experimentación de ese alcance, es irrealizable, eso no significa que toda experimentación sea imposible, ni que la experimentación, en términos tan primitivos, sea la única posibilidad de investigación de estas cuestiones. Argumentos como el que motiva esta nota al pie, en definitiva, pueden revelarse incorrectos, sin necesidad de experimento alguno. Una pista puede contribuir a mostrar la presencia de este efecto: las organizaciones de médicos y prestadores de salud suelen dolerse de

la llamada medicina preventiva derivada de la creciente responsabilización de los médicos. Esto involucra dos cuestiones: una de ellas es que esas conductas adicionales a las que se refieren (más análisis, prácticas más complejas, etc.) sean aceptables; otra, que el incremento de la responsabilidad motive efectivamente tomar más medidas de prevención. Para mis fines, aquí, sólo me interesa poner de manifiesto lo segundo: quienes levantan esta queja entienden que la responsabilización (ex post) motiva efectivamente un conjunto muy superior de acciones preventivas suyas (ex ante). Y, más aún, las consideran excesivas. De asistir razón a quienes desprecian el efecto preventivo de la amenaza de indemnizar (función-relación de prevención general), los hechos deberían demostrar que la ampliación de las fronteras de la responsabilidad médica, no incrementa de modo significativo la adopción de las medidas de prevención por parte de los médicos.

(24) En la actualidad, mayoritariamente se invoca la idea de prevención general negativa para rechazar que sea una justificación plausible del Derecho Penal en general, o de la imposición de ciertas penas. Al respecto, por ejemplo, RIGHI, E. "Derecho Penal - Parte General", Lexis-Nexis, 2007, p. 30 y ss. "... Prevención general: renunciando a toda fundamentación de contenido ético, las teorías relativas adoptaron una perspectiva utilitaria, explicando que la pena es un instrumento de motivación, y como tal una herramienta estatal de prevención del delito. Descartando toda formulación idealista, procuraron apoyo científico para explicar la utilidad de la pena para prevenir la criminalidad. El fundamento es endeble, ya que no permite determinar el límite hasta el que resulta tolerable que el Estado intimide, lo que favorece estrategias que se traducen en la adopción de fuertes incriminaciones penales por hechos no muy graves, (...). Prevención general positiva: intento más moderno de fundamental el sistema penal, ya que sobre la base de la concepción de Luhmann de que el derecho es instrumento de estabilización social, se desarrolló la que se denomina PGP. A) En la medida en que el delito desestabiliza el sistema social y la confianza institucional de los miembros de la comunidad, la función de la pena sería precisamente restablecer dicha confianza, con lo que su finalidad

sería preservar la estabilidad del sistema y la integración social, ejercitando así el reconocimiento y la fidelidad al derecho. Este punto de vista considera que la meta del derecho penal no es la intimidación (PGN), sino la PGP: afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables...".

(25) RIGHI, E., "Derecho Penal...", 2007, loc. cit., "Prevención especial: de acuerdo con este punto de vista, la pena pública encuentra fundamento en la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, es decir, evitar la reincidencia... la prevención especial pone el acento en la asocialidad del autor... procurando corregir, intimidar o inocuizar. Su versión moderna, conocida como prevención especial positiva, trata de evitar la reincidencia intentando neutralizar las causas que gravitaron sobre el autor, a quien se procura adaptar mediante tratamientos de resocialización. Los beneficios políticos criminales de su versión positiva se vinculan con la humanización de los programas de ejecución de las penas privativas de libertad, ámbito al que la criminología clásica y el derecho penitenciario prestaron la mayor atención, para despojar a la pena de contenidos retributivos, proclamando a la prevención especial como único fin del sistema de reacciones...". Como se puede advertir fácilmente, esta idea difiere considerablemente del contenido de la specific deterrence que vengo discutiendo en el texto, por encima de los puntos de contacto entre ambos campos.

(26) En una instancia más refinada de análisis es posible encontrar efectos de prevención específica, definidos en concordancia con la caracterización general que propuse. La restricción patrimonial derivada de haber pagado, por ejemplo, permite menores posibilidades (fácticas) de acción. Algo aún más complicado es el tratamiento de impacto del efecto de haber pagado versus el impacto de la mera amenaza, que rozaré en la próxima nota al pie. Lo que quiero expresar en el texto principal es que el término específica no se refiere, en el lenguaje que empleo, al ámbito personal de impacto de la consecuencia jurídica (el deber de responder es general, mientras que la sentencia que condena a un sujeto a indemnizar, contiene una norma de mayor especialidad o

particularidad) sino a la modalidad de ese impacto. Es específica, en tanto y en cuanto se priva fácticamente a uno o más sujetos, del dominio de decisiones que el resto de los sujetos conservan.

(27) Esta explicación podría, no obstante, dar lugar a algunos refinamientos. Si la reeducación cumplida en prisión modificara la propensión del agente a producir hechos dañosos, podríamos decir que algo al margen de su voluntad "pura" hizo decrecer la probabilidad de que cometa otros hechos, lo cual daría lugar a un debate interesante sobre los límites de la voluntad y las restricciones que deben ser consideradas externas a la misma, debate que obviamente no abordaré aquí. En términos económicos, no obstante, difícilmente esas circunstancias se puedan equiparar a las típicas condiciones de la specific deterrence. La reeducación podría reflejarse, en términos técnicos, en un cambio de valoraciones o en la provisión de información, pero en modo alguno será una restricción que, en este campo, pueda considerarse externa o ajena a la gente.

(28) La noción de costos de transacción, precisamente capta una buena parte de tales "imperfecciones". Nos referimos de modo sencillo e introductorio a la cuestión en co-autoría con COOTER, R., en "El análisis económico del Derecho de Propiedad", Capítulo II del libro "Introducción al Análisis Económico del Derecho..." (2012), cit., p. 29 y ss.

(29) En la literatura jurídica argentina, sobre esta cuestión, IRIGOYEN TESTA, M., 2006 "Daños Punitivos: Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos", JA, 2006-II, p. 1024 y ss. y sus referencias. Cabe advertir que el uso que allí se hace del término "función" difiere significativamente, en ciertos tramos del texto, del presente. También MARTINEZ ALLES, M. G. ¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima RRCyS. Año 14, Nº 5, 2012, p. 55 y ss. y LOPEZ HERRERA, E. "Los Daños Punitivos", Abeledo Perrot. 2011.

(30) Es sabido que se han propuesto denominaciones diferentes para este tipo de instituciones. No obstante, sin desconocer la confusión a la que puede inducir la traducción de damages como "daño" y no como

"indemnización" (o, de considerárselo tal en el caso, sanción), solo por simplicidad los llamaré de este modo.

(31) Empleo las comillas para dar cuenta de que se trata de una expresión literal, —por cierto, abundante— en la literatura jurídica. No obstante, creo que otra terminología y otro punto de vista pueden contribuir a discutir con más precisión y provecho las cuestiones que se tratan cuando se la emplea. Las ideas expuestas en este trabajo se vinculan a esta posibilidad.

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA

Título: Acción preventiva y "omisión precautoria" en el nuevo Código Civil y Comercial

Autor: Bestani, Adriana

Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 111 - RCyS2016-III, 26

Cita Online: AR/DOC/3881/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Función Preventiva y deber de prevención.— III. Acción Preventiva.— IV. Principio precautorio y CCiv.yCom.

Abstract: El nuevo paradigma que presenta el CCyC pone de relieve a la persona humana y sus bienes antes que al patrimonio como centro de tutela. Podríamos decir que éste se protege en función de aquélla. Y la persona humana y los bienes colectivos son protegidos ya desde una etapa previa a la de la causación del daño.

I. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial Común (en adelante CCiv.yCom.) en relación con el Código Civil de Vélez Sarsfield contiene, a nuestro modo de ver, tres tipos de normas: Aquellas que, sin perjuicio de algún cambio de redacción (1), no han modificado en nada la regulación prevista en el anterior; aquellas que catapultan en sus páginas la doctrina y jurisprudencia desarrollada a lo largo de las últimas décadas y, por último, aquellas que suponen una novedad.

Este trabajo pretende centrarse en un tópico que tiene que ver con este contenido normativo relativamente nuevo. Se trata, por una parte, de un tema sobre el cual el CCiv.yCom. ha sentado postura, cerrando -al menos en el plano legal- una larga discusión jurídica existente entre los doctrinarios del Derecho. Nos referimos a la función preventiva de la Responsabilidad Civil (en adelante RC). Por otro lado, aquél implica una novedad: la regulación de la acción preventiva (arts. 1710 a 1713).

Trataremos ambas cuestiones, aunque los límites formales de este estudio nos impiden abordarlas de modo totalmente exhaustivo. Por último, quisiéramos señalar la omisión del principio de precaución (en adelante PP) en el articulado del CCiv.yCom. Mas, aunque éste no se encuentra en el cuerpo del Código, entendemos que su espíritu no le da del todo la espalda.

II. Función Preventiva y deber de prevención

El Capítulo I del Título V regula a través de 11 Secciones la Responsabilidad Civil (RS). En su Sección I contiene, en dos artículos, disposiciones generales. En su Sección II, regula la "función preventiva y la punición excesiva". El art. 1708 —comprendido en la Sección I— incluye la función preventiva dentro de la RC.

Ahora bien, esta inclusión no ha estado exenta de críticas. En efecto, como es sabido, existe en doctrina un debate acerca de las funciones que a la RC le competen. Autores hay que consideran que sólo trata ella de la compensación de daños causados y posee sólo una "función resarcitoria" (Bueres, Pantaleón, Prevot, etc.) mientras que otros entienden que se le añaden, entre otras funciones, la de prevención de

daños (Seguí, Hernández, López Herrera, Stiglitz, etc.). Queda claro que estos no se niegan las soluciones ex ante sino que, en lo que se disiente, es si esta función de evitación del daño entra dentro de la RC, o no. Los que esto niegan han criticado, consecuentemente, que los artículos sobre prevención se enmarquen dentro de la Sección referida a la RC. Según señalara la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2), los críticos no indican, sin embargo, dónde ubicarían a esta función o deber de prevención. Esta observación no es para nada irrelevante pues la crítica de signo negativo resulta destructiva cuando no viene acompañada de un aporte enriquecedor, de una postura alternativa que motive a nuevas reflexiones, que constituyan atalayas desde las cuales avistar otros posibles horizontes. La crítica negativa, por la negativa misma, en el campo de la Ciencia (incluida las sociales), resulta inadmisibile. (3)

Si atendemos a los Fundamentos del Código, observaremos que la Comisión Redactora reconoce que, cuantitativamente —por el número de casos y de trabajo doctrinario—, la función resarcitoria es "prevalente" y que incluso puede ser "excluyente" si el bien protegido es el patrimonio. Sin embargo, y en tanto se trate de proteger la persona y los derechos de incidencia colectiva (sabido es que estos fueron luego suprimidos de la codificación) la función preventiva, es calificada en los Fundamentos como mucho más "eficaz" y de rango "prioritario" (para la persona humana y los derechos de incidencia colectiva, respectivamente). "Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad".

El nuevo paradigma que presenta el CCiv.yCom. pone de relieve a la persona humana y sus bienes antes que al patrimonio como centro de tutela. Podríamos decir que éste se protege en función de aquélla. Y la persona humana y los bienes colectivos son protegidos ya desde una etapa previa a la de la causación del daño.

En las actuales alturas del S. XXI esto no podía ser de otra manera. En efecto, la razón de la expansión de las funciones de la RC se debe, entre otros motivos, a la existencia de innumerables riesgos que, derivados de los avances tecno-científicos desde mitad del S. XX en adelante, son

causa probable (riesgo cierto, gestionado por el principio de prevención) o potencial (riesgo incierto, gestionado por el principio de precaución) de daños que se caracterizan por ser, la mayor parte de las veces, graves, irreversibles, irreparables, colectivos, con afectación de la persona humana, la salud, el ambiente. Riesgos tales que han provocado que el sociólogo alemán Ulrich Beck caracterice a la presente sociedad como una "sociedad del riesgo".

A esto se agrega que: "La prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el punto de vista macroeconómico. La reparación de los daños no siempre logra volver las cosas al 'status quo ante' y genera externalidades negativas en la sociedad: recomponer y reparar es más costoso que evitar en la generalidad de los casos. A su vez, desde un punto de vista sociológico, la prevención del daño permite desarrollar una cultura dinámica que, superando el *neminem laedere*, genere un quehacer activo solidario y cooperativo". (4)

Así entonces, la recepción de esta función preventiva se vuelve insoslayable si atendemos al estado de la sociedad mundial actual, a los derechos en los que pone el foco el nuevo paradigma de derecho privado constitucionalizado dentro del cual el principio de solidaridad se mueve, impregnando y sobrevolando todo el CCiv.yCom.. Ese principio, junto al de buena fe, inspira en cierto modo el art. 1710 que reconoce, sin embargo, clara raigambre en el principio de no dañar a otro. (5) Esta norma consagra el deber de prevención del daño en estos términos: "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".

Se trata de la regulación de la prevención "específica" (por oposición a la "general" consistente en la amenaza de una sanción ante el comportamiento no querido —función disuasiva como la que tienen los daños punitivos o la misma RC—). (6)

El antecedente de la norma es (claramente, pues está en los Fundamentos esta aserción), el art. 1585 del Proyecto de 1998, pero también se puede observar relación con el art. 1227 del Código Italiano o con el art. 7.4.8 (atenuación del daño) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, en el que también se puede dar lectura relacionada a los arts. 30, 50, 72, 76.1, 85 y 86. Sin irnos del plano internacional podemos citar también el art 4.103 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y el art. 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías.

El deber general de prevención podría traducirse de la siguiente manera: "Quien no hace lo que está a su alcance para evitar el daño o reducir sus consecuencias, carga con la responsabilidad por los perjuicios que se hallen en relación causal adecuada con su conducta". (7)

¿No existía antes este deber? Seguramente sí, implícito en todas las acciones, medidas de prevención y remedios inhibitorios contemplados en nuestra legislación: CN: art. 43; CC, arts. 1071 bis —derechos personalísimo a la intimidad—, 2618 —ruidos y molestias en inmuebles vecinos—, 1696 —facultad del socio—; 2899/2500 —daño temido—; 2795 al 2799 —protección de derechos reales—; art. 79 Ley 11.723 —derecho de propiedad intelectual—; art. 21 de la Ley 18.248 —nombre de las personas—; Ley 22.262 y el dec. regl. —competencia desleal—; Ley 25.675 —Ley General del Ambiente— (en su art. 4º, expresamente reconoce el principio de prevención cuando dice que "las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir"). Igualmente los arts. 4º Ley 24.417 —de protección contra la violencia familiar—; 252 Ley 19.550 y modif. —de sociedades comerciales—; 55 Ley 19.551 y modif. —de concursos y quiebras—; 6º Ley 13.512 —de propiedad horizontal—; 10 y 14 Ley

20.284 —prevención de contaminación atmosférica—, 1º y 2º Ley 22.190 —de contaminación de aguas—, 1º Ley 23.592 —actos discriminatorios—; 1º Ley 24.557 —riesgos del trabajo—; 52, 53 y 54 Ley 26.361 —defensa del consumidor—; entre otras. En materia procesal civil: arts. 781 CPCCN, por ejemplo.

¿Está prevista de modo concreto en otros artículos del mismo CCiv.yCom.? También. Así, cabe considerar los arts. 1032 (suspensión del cumplimiento de la obligación); 1102 (acciones del consumidor frente a publicidad no permitida); 51 y 52 (derechos y actos personalísimos); 1770 (protección de la intimidad, de la vida privada) como supuestos de tutela preventiva.

De estos últimos ejemplos emerge claro que se trata de un deber que rige tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual, distinción que desaparece, por lo demás, en el CCiv.yCom.

Ese deber de prevención del daño consiste en "aplicar todas las actividades, instrumentos y métodos de actuación tendiente a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes". (8) Pero no se trata sólo de un hacer, sino también de una omisión, si con ella se evita o mitiga el daño ya causado. Es decir que el contenido de ese deber comprende un dar, un hacer, o un no hacer; implica aplicar un comportamiento, las omisiones o las diligencias debidas, inspiradas en el principio de buena fe a los fines de la evitación, mitigación o no agravamiento del daño.

Los obligados serían quienes se encuentren en la posición de evitar el perjuicio, no siendo exigible a quienes no tienen a su alcance impedirlo. En la práctica cotidiana serán los productores de bienes y servicios, los fabricantes, los que realizaren actividades riesgosas, etc. (9)

Se distingue la evitación del daño (inc. a del art. 1710) de la disminución (inc. b) y no agravación (Inc. c) de aquél. El inc. b) reitera el deber de evitar el daño incluido ya en la redacción del inciso a), por lo que ha sido objeto de críticas. No puede salvarse las mismas indicando, como a veces se hace, que el inciso a) alude a la consagración genérica del

deber de prevención pues lo genérico no puede ser parte de un supuesto concreto encerrado en un inciso. Se ha dicho, en cambio, y para soslayarlas con mejor resultado, que en el inciso a) se quiso aludir específicamente, a la omisión y abstención de la acción potencialmente dañosa, mientras que el inciso b) dado su contexto, se refiere al deber de evitación a través de acciones positivas. (10)

Alude el CCiv.yCom. a la adopción de "medidas razonables". La razonabilidad está ligada a la eficacia del resultado y se vincula con la proporcionalidad. El obligado no cumplirá con su deber si, pese a adoptar medidas de prevención, éstas no son proporcionales a la entidad de la amenaza del daño, a la magnitud del daño o a las posibilidades de agravamiento, cuando razonablemente debió haber advertido esa falta de proporcionalidad obrando de buena fe y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. (11) Como contracara, tampoco puede requerirse diligencias que sean muy difíciles, extraordinarias o heroicas, lo que se deriva también de esta exigencia de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas.

El deber alcanza también a persona distinta del responsable, siempre que se encuentre en condiciones de evitar el daño o disminuir su magnitud. En contraposición se permite que recupere gastos de aquél por el principio del enriquecimiento sin causa. Este principio, la eficacia en el logro de la finalidad preventiva y el estímulo a la adopción de estas acciones tanto respecto del tercero como del responsable mismo (que sabe que se le reclamarán con posterioridad los gastos efectuados) se ponen simultáneamente en juego. (12)

En cuanto al inc c) del art. 1710, podemos decir que "no sólo el causante del daño sino también la víctima tienen el deber de evitar el agravamiento adoptando las medidas adecuadas a este fin (con fundamento en la culpa, en la causación, o en ambos a la vez, según distintos autores).

En definitiva, el CCiv.yCom. regula entonces, en la RS, dos funciones (se excluyó la sancionatoria, o disuasiva prevista en el Proyecto de 2012, art. 1715): la resarcitoria y la preventiva en lo que se ha visto como una

de las novedades más importantes que trae. En el artículo que analizamos regula un deber de prevención dentro, claro, de la función homónima. El artículo "sienta 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...". (13) ¿El proyecto está creando un nuevo estándar de diligencia? Consideramos que sí. El problema puede presentarse a la hora de determinar las medidas razonables de la que habla el inc. b). (14)

III. Acción Preventiva

Los arts. 1711 a 1713 regulan la acción preventiva.

Dice el primero: "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".

Se trata de acciones tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese (v.gr: arts. 10.3 acto abusivo CCiv.yCom.; art. 1º Ley 23.592 acto discriminatorio, art. 28 Ley 25.675 —acto contaminante—; art. 1973, 2º párr. —acto que perturba a los vecinos más allá de lo tolerable—; art. 2069 —actos violatorios al régimen de propiedad horizontal—; art. 1770 CC —acto violatorio de la intimidad—) o el cese del agravamiento de daño (cuando la acción de daños ha prescrito o ha sido saldado). (15)

Las acciones preventivas (16) se instrumentan habitualmente a través de los procesos urgentes de los cuales las medidas cautelares son parte importante pero no exclusiva: todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar. Peyrano dice "todo lo urgente es preventivo" porque lo urgente busca evitar un daño no producido o impedir el agravamiento del ya comenzado.

A su turno, Zavala de González ha expresado "...dada la relevancia axiológica de la tutela sustancial inhibitoria, no debe ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo. (17) Así entonces,

la acción, al menos mientras no sean reguladas en los Códigos de forma locales, se ejercerá, como se viene haciendo en la tutela preventiva, a través de procesos urgentes, accesorios (medias cautelares), autónomos (medidas autosatisfactiva), amparos (de fuente sustancial, no procesal), procesos inhibitorios comunes, etc. (18)

Se lee en los Fundamentos: "La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir".

El CCiv.yCom. prevé, así, una acción específica, sustancial, cuya finalidad es únicamente la prevención. Ésta podrá ejercerse de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio. Con ello, recoge los desarrollos de la doctrina sobre la tutela inhibitoria. Esto, porque la tutela inhibitoria requería también la alegada antijuridicidad (valorada en forma sustancial y no puramente formal), la amenaza de daño y que la actividad antijurídica haga previsible, según las reglas de la causalidad adecuada, la existencia de un perjuicio o su continuación. No se requiere factor de atribución y ello es razonable "ya que no es posible valorar anticipadamente los elementos subjetivos de un comportamiento previsible". (19) Puede añadirse que resulta de necesaria lógica que la prevención sea posible, tanto material (v.gr: la acción no debe estar consumada o debe ser posible el cese -no lo sería, v.gr., si el daño está hecho, se agota en sí mismo y es irreversible-) como jurídicamente (debe poder aplicarse la medida preventiva sin obstáculos normativos, v.gr: eventual censura previa —arts. 14 y 32 CN—).

Con respecto a la antijuridicidad, creemos, junto a la mayoría autoral (20) que se trata de la antijuridicidad material, esto es: transgredir el ordenamiento jurídico considerado "in totum", en alguna de sus normas

(cualquier tipo o naturaleza) y principios, de los cuales emerja una exigencia de actuación o de omisión. La antijuridicidad, así, es entendida como la misma transgresión al deber de prevención previsto en el art. 1710 tal cual observamos en la cita a los Fundamentos ut supra considerado: "La omisión del deber de prevención da lugar a la acción preventiva". A ello se agrega que el art. 1717 CC nos revela una concepción material de la antijuridicidad. Pero además, pensando en el derecho a un ambiente sano observamos cómo tal acotada interpretación restaría inadecuada e insuficiente a la hora de proteger preventivamente ese bien jurídico colectivo y "complejo". (21) En efecto, dentro de ese gran sistema jurídico ambiental que sobrevuela transversalmente todas las otras ramas del Derecho (incluido el Privado) las autorizaciones administrativas con que cuenten las actividades potencial o previsiblemente dañosas no llegan a ser óbice para la imputación eventual de responsabilidad (véase el propio art. 1757 CCiv.yCom.) ni para la aplicación a ultranza de los principios de prevención y precaución, ni para el ejercicio de esta acción preventiva. No se nos diga que nos situamos en un campo ajeno al Derecho Privado que regula el CCiv.yCom., ya que éste en sus artículos 14, 240 y 241 nos remite directamente al ambiente y lo inserta en su ordenamiento, tanto como lo hacen los arts. 1º y 2º en los que se cristaliza la constitucionalización de este Derecho Privado. Desde esa plataforma, resulta insoslayable saltar a los arts. 41, 42 y 43 CN (o más bien, "bajar" desde estos a aquélla).

Vázquez Ferreyra considera, por el contrario, que la antijuridicidad se predica de la conducta y no del resultado, el que muchas veces no llegará a concretarse, y que por tanto, se tratará de una antijuridicidad formal y no meramente material. "No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño". (22)

Lo dicho no implica desconocer que esta interpretación extensiva, flexible, amplia, de la antijuridicidad debe encauzarse dentro del respeto al principio de razonabilidad y proporcionalidad toda vez que un ejercicio extremo, ilimitado o abusivo de esta acción puede poner coto a

derechos y garantías constitucionales (libertad de trabajo, comercio, industria, etc.) y por ende, a actividades necesarias para el desarrollo económico y productivo, todo lo cual exige también protección y cuidado (mas, aún en esta ponderación, en este sopesar de principios o derechos en pugnas, no puede perderse de vista la clara posición pro-natura o ambiente que emerge de los artículos antes mentados: 14, 240 y 241).

Por último, si se abusara de este derecho se puede invocar este instituto (abuso de derecho) e impedir los efectos de la inhibitoria.

En cuanto a la previsibilidad del daño, de que habla el art. 1711 CCiv.yCom., se entiende (23) que por las máximas de la experiencia y proyecciones estimativas respaldadas en lo que normalmente ocurre, se puede llegar a determinar en ciertos casos un peligro inminente de daño cierto. La factibilidad o probabilidad cierta debe ser cabalmente fundada y en ello forma un daño que debe prevenirse. La posibilidad razonable opera no sólo en la relación causal para su determinación sino en la determinación misma del peligro como daño cierto en determinados casos. El estudio de probabilidad adelanta lo que puede ocurrir, anticipando dentro de la lógica y lo razonable, un resultado.

La previsibilidad exigida es, en principio, la media tanto para las hipótesis de vínculo negocial como extracontractual y se relaciona con la causalidad adecuada (arts. 1725/6/7/8). Ello así, se nos imposibilita afirmar que el PP esté contemplado en esta sección: ni como función ni como acción precautoria. Volveremos sobre esto en el punto IV).

Para ejercer la acción se debe acreditar "un interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712). Se debe invocar un interés no desprotegido jurídicamente: interés difuso, simple, un interés de hecho siendo lícito, serio, cierto (pretérito, y también futuro en tanto sea de probabilidad razonable). Bueres dice (24): "el interés afectado puede ser un interés simple o de hecho, que aunque venga referido a bienes que no acuerdan al agente derecho subjetivo alguno o que no ostenta una protección legal explícita, reclama el cobijamiento del derecho, en tanto ese interés simple o de hecho sea lícito y serio... en consecuencia no es acertado oponer el interés legítimo al interés de hecho, dado que ambos

están revestidos por el signo de la juridicidad (daño injusto) En un caso, de manera específica, en el otro de forma genérica. También está protegido el interés difuso. Se protege el daño cierto tanto pretérito como futuro. En cuanto a este no se debe exigir la certeza absoluta de su ocurrencia, sino una probabilidad razonable".

"La razonabilidad del interés facilita una legitimación amplia, a la vez que actúa como límite a la pretensión". (25) Por lo demás, y ante la duda, debe estarse por la legitimación ya que implica una mayor apertura al acceso a la justicia, derecho fundamental protegido por los tratados que son fuente misma del Derecho Privado conforme lo disponen los primeros artículos del CCiv.yCom. Además, esto responde al fenómeno actual de la difusión del poder, "que supone la titularización individual y difusa como modo de actuación social (Lorenzetti) (y que) hace que el deber de prevención y esta función no quede reservada en el ámbito público, al Estado y al Derecho Administrativo o Penal, sino que se extiende al Derecho Privado y a los ciudadanos en particular". (26) Las XXIII Jornadas Derecho Civil, Tucumán, 2011, Comisión III se pronunciaron en el sentido que: "Están legitimados activamente para obrar todos aquellos que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo". La postura es entonces muy amplia, al requerirse un interés mínimo.

Dice Devis Echandía (27): "El perjuicio incierto, pero posible, en razón de hechos actuales (como el daño que amenace a nuestra propiedad por el estado de inseguridad de la edificación vecina, o por el tránsito de locomotoras en malas condiciones, en forma que puedan ocasionar incendios), otorga suficiente interés para la solicitud de que se tomen las medidas conducentes a prevenirlo. También lo será el beneficio o perjuicio futuro que se reciba ciertamente, según se consiga o no lo pedido en la demanda y la tutela de un pretendido derecho sometido a condición suspensiva".

López Herrera, de su lado, indica que el legitimado puede ser la posible víctima del daño; los que tienen legitimación para la defensa de intereses colectivos: asociaciones que tiendan a la defensa de este tipo; el que está obligado a actuar para prevenir el daño (por ej., un consorcio

que debe ingresar al departamento. de un consorcista que está dañando a los demás pero se niega a dejar realizar reparaciones urgentes; o el titular del poder de policía que necesite el auxilio de la justicia para ingresar a un domicilio particular). (28) A valle (29) agrega que: "Cuando estén comprendidos los derechos del consumidor, se aplica directamente el art. 52 LDC. Asimismo el art. 43 CN. Se abre así el abanico de legitimados incluyendo al afectado individual, a las asociaciones al Defensor del Pueblo e incluso al Ministerio Público.

Vázquez Ferreyra efectúa una crítica doble al artículo: Por amplia, pues entiende que "tal amplitud en la legitimación" deja "la puerta abierta a múltiples incidencias"; por estrecha, ya que "si estamos frente a la posibilidad de un daño a un derecho de incidencia colectiva, creemos que la legitimación debe ampliarse siguiendo los lineamientos del Fallo 'Halabi' de la CSJN". (30) Prevot se une a la crítica: se legitima a quienes tengan un interés razonable en su prevención (art. 1712) lo cual es sumamente abstracto (va de suyo que, pues, todo ciudadano de bien tendría dicho interés) y difiere, además, con la conceptualización de daño que brinda el art. 1737 (hay daño cuando se lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento). (31)

El legitimado pasivo sería aquella persona que, en el caso concreto, tiene el deber de evitar causar un daño (conf. art. 1710); aquél que, en forma probable, pueda dañar o continuar dañando o agravando el daño ya causado. Es decir, este deber tiene que cumplirse por todo aquel en cuya esfera de control esté la actividad o cosa peligrosa. Se incluye la legitimación de los sujetos u organismos que tienen el deber de, o se encuentren en una situación por la que están obligados a, prevenir daños.

El art. 1713 dispone que "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".

Ahora bien, tanto el Proyecto de CC de 1993 como el de 1998 (32) y la doctrina, admitieron, con anterioridad a este artículo, las atribuciones de los magistrados de disponer medidas tendientes a la evitación del daño futuro. En efecto, los jueces solían dictar medidas preventivas en casos especiales, cuando de ellos emergía que el daño del actor podría reproducirse en otras personas, de no variar la situación que lo produjo. Generalmente se daba como mandato a la Administración Pública a efectuar cercamientos, señalizaciones, etc. para evitar futuros accidentes de distinto tipo. Se trata del "mandato preventivo" (Peyrano) (33); de una sentencia que "no encuadra en la clásica clasificación (constitutiva, declarativa o condenatoria) y que precisamente por eso es definida en el derecho brasileiro como mandamental u ordenatoria en el sentido de ser una orden judicial"(34); se trata de las facultades de que ya gozaban y gozan los jueces en materia de tutela del ambiente (art. 32 LGA) que, por esta vía, se extiende a otros terrenos de protección.

El artículo especifica la naturaleza de los deberes y obligaciones que emergen del art. 1710. Se trata de acciones, o bien de omisiones, que se impondrán al obligado por pedido de parte o de oficio a fin de evitar el daño previsible.

Dos pautas importantes a la hora de fijar el mandato debe tener en cuenta el juez: la menor restricción posible a la libertad del legitimado pasivo y la mayor eficacia de la medida. Se debe efectuar un juicio de ponderación razonable entre los distintos derechos y libertades en juego. "El juez debe ponderar en su sentencia no sólo la inminencia del daño, sino también su justificación, su verosimilitud y los daños que podrían provocar al legitimado pasivo la suspensión, incluso provisoria, de su actividad si estuviera en algún extremo justificada". (35)

Al igual que el juez del proceso ambiental, no está obligado por la congruencia a respetar la medida peticionada por la accionante, pudiendo ordenar otra alternativa si ella cumple con este requisito de mayor idoneidad en punto a la eficacia y asegura, así, mayormente, la finalidad de prevención, cese o disminución del daño. Igualmente, al momento de determinar la obligación de hacer, no hacer o dar, los jueces deben tomar en cuenta también las pautas que provienen del

análisis económico del Derecho en el sentido de que los costos de la prevención no deben ser mayores —o no superar extensamente— a los costos de un eventual resarcimiento del daño o del incumplimiento del mandato judicial. Se asegura así la eficacia, el cumplimiento de la medida.

En fin, el ejercicio del deber de prevención y su reclamo en justicia debe ponderarse con razonabilidad y proporcionalidad, pues se trata de equilibrar el interés de quien pretende la evitación del daño con el derecho de aquel al que se le imputará el peligro. Seguramente se aplicará aquí, en el criterio subjetivo, todo lo que se ha predicado del art. 512 CC (art. 1724 CCiv.yCom.): las circunstancias de persona, tiempo, lugar, así como la naturaleza del mandato preventivo. También puede tenerse en miras el resultado de las medidas y su proporcionalidad quedando finalmente todo en el prudente arbitrio judicial.

IV. Principio precautorio y CCiv.yCom.

La inserción del principio de prevención y de la acción preventiva en la codificación, ciertamente, "fortalece la postura de defensa del ambiente" y la fortalece también cuando le pide al intérprete que "consulte los principios y valores jurídicos del Derecho Ambiental" (a propósito de los arts. 1º y 2º CCiv.yCom.) (36), según ya expusimos.

Asimismo, observamos la inserción de los principios del Derecho Ambiental (entre ellos, el Precautorio) en la codificación, a través del juego de los arts. 14, 240 y 241 CCiv.yCom. de los que surge prístino que el ejercicio de los derechos individuales no será protegido cuando afecte bienes colectivos, como el ambiente y que, en todos los casos, sea cual fuere la jurisdicción, habrán de respetarse los presupuestos mínimos ambientales. Esto último, en efecto, nos lleva de la mano al art. 4 LGA, primer párrafo: el PP (y el resto de los principios allí enunciados) van a cumplirse en la interpretación y aplicación de la LGA y de "toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental". Ergo, cada vez que una norma del CCiv.yCom. implique de algún modo la ejecución de dicha política, deberá observarse la guía del PP, entre otros. (37)

El nuevo Código supone, entonces, un reforzamiento de la protección de los bienes, derechos y principios referidos al ambiente y, con ello, también del PP. Pero: ¿Cómo se da esta relación en sentido contrario? Es decir: ¿Quid de la protección de los derechos de modo directo con base en el PP? ¿Puede invocarse el PP en terreno civil sin conexión directa con el ambiente? ¿Afectará el PP al Derecho de Daños (DD)?

Adelantamos que la respuesta es (debiera ser) positiva pero también que la precaución no está prevista ni como función de la RC ni como acción ex ante en el CCiv.yCom.

Al brindar la respuesta positiva (el PP puede invocarse en Derecho Privado sin conexión directa al ambiente) parto liminarmente de dos premisas que postulé ya en otra oportunidad (38), a saber: a) la aplicación del PP debe estar restringida a sólo los supuestos que presentan incertidumbre científica y daño grave, irreparable —aplicación acotada—; b) la aplicación del PP puede darse en cualquier rama del Derecho donde confluyan aquellos, sus dos elementos —aplicación extendida—. Es decir que, allí donde se unan la incertidumbre científica, la gravedad, e irreversibilidad del daño; allí donde estén en juego, ya no el ambiente sino aquellos derechos fundamentales de la persona humana en tanto que tal (sujeto de protección específica del Derecho Privado) debería poder aplicarse el PP. Esta protección se dará entonces, no sólo respecto del ambiente (arts. 240/241) sino también de aquellos bienes básicos y fundamentales (vida, salud, integridad física y seguridad) cuya protección debe, en principio, priorizarse.

Para fundar esa respuesta positiva, me permito aquí, y en primer lugar, citar unos párrafos de la ponencia de quien nos dejara en tiempos recientes, la Dra. Zavala de González, en las XXIII Jornadas de Derecho Civil de Tucumán (2011): "Son intolerables perjuicios drásticos o irremediables a la vida, salud o dignidad, o al medio ambiente. Reclaman inmediata reacción para detenerlos y dismantelarlos, reintegrando la situación anterior en cuanto sea factible". "Ante contingencias catastróficas, aunque sea inalcanzable una eliminación de fuentes de peligros —como cierre de plantas de energía nuclear, consideradas como mal necesario— proceden previsiones rigurosas y

superiores en comparación con las vigentes ante otros riesgos, así sean muy costosas". En igual sentido, y referido a la salud, cabe considerar que: "cuando el daño ambiental ataca el bien jurídico salud, desaparecen los límites de la normal tolerancia, o de las incomodidades ordinarias, del riesgo permitido, o del riesgo socialmente tolerable, para transformar el daño ambiental en una categoría de daño intolerable (se trata de derechos indisponibles los de la vida, integridad física, salud)"(39) y que "(c)uando está presente el bien jurídico salud (vida, integridad física, dignidad corporal), la mirada debe focalizarse con un zoom más amplio...(Ella) ´hace particulares todos los problemas jurídicos ´". (40)

Igualmente, reafirmo esta postura de "expansión precautoria" haciendo pie en el principio —deber— de seguridad que emana expresamente del art. 42 CN para el derecho de los consumidores (41) pero que se aplica, porque está también subyacente, en el Derecho Penal, Laboral, Civil — pensemos nada más en los arts. 1º y 2º del nuevo Código y su importante significación (42)—. Para afirmarlo, me apoyo también en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013 cuya Comisión 8, Derecho del Consumidor, en su conclusión 15 señala: "Se propone incorporar en una futura reforma a la Ley de Defensa del Consumidor el principio precautorio" y, también en la inmediata anterior celebradas en la provincia de Tucumán, en 2011, cuya Comisión III sobre Daños: "Principios de prevención y precaución", en despacho mayoritario, indicó que el PP era nada menos que un principio general del Derecho de Daños. Por último, lo ratifico siguiendo la intuición del jurista brasileiro Benjamin que hace alusión a la existencia de un "Derecho de Riesgos", -ya no sólo de Daños- que se generaría a partir de estos paradigmas de la prevención-precaución. Y todo ello sin contar con el Derecho Comparado, sobre todo el que emana de la UE, en donde el PP explaya sus fronteras más allá de las ambientales habiendo sido aplicado e invocado en cuestiones relativas a la salud humana, con especial atención a la seguridad alimentaria, medicamentos y demás productos elaborados en la medida en que puedan afectar aquélla. (43)

Es decir entonces que el PP, a mi modo de ver, se insertaría también en el Derecho Civil, cuando se den sus elementos.

Ahora bien, quizá porque la experiencia y la elaboración doctrinaria del PP por fuera de lo ambiental son aquí muy jóvenes todavía (estando muy lejos aún del extraordinario desarrollo europeo), el CCiv.yCom. no ha considerado expresamente el PP. Ya vimos cómo al regular la función y la acción preventiva el Código se apoya siempre en la previsibilidad del daño y en una relación de causalidad adecuada (art. 1726) lo cual, de por sí, excluye al PP que trabaja sobre la sospecha científica de que el daño pudiera suceder, sobre los riesgos "potenciales" (no determinables estadísticamente, no verificables empíricamente) y no sobre los "ciertos". Pero justamente, la creciente existencia de estos peligros inciertos que, emergentes del desarrollo tecnológico de los S.XX y XXI, planean oscuros y amenazantes sobre la seguridad, salud, vida e integridad física de la persona torna insuficientes los esquemas y mecanismos del resarcimiento pero también los de la mera prevención que refieren a lo cierto y previsible. De allí que, nos parece, la racionalidad preventiva sólo puede pensarse completa en su unión con la racionalidad precautoria a fin de que cubrir los citados supuestos, en protección cabal y especial de esos derechos fundamentales. Se ha dicho así que "La transición del paradigma de la reparación para la prevención todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución". (44) De allí que sobre esta línea se ha empezado a hablar ya de función precautoria del DD que pasaría a sedimentarse junto con la prevención y la reparación, o en otras palabras: el Derecho de Daños se "ambientalizaría".

En otro lugar (45) indiqué que la precaución invita a superar el marco de la RC para edificar un auténtico derecho protectorio de las víctimas, mediante la puesta en marcha de nuevos esquemas de pensamiento que, entre otras cosas, obligue a repensar la libertad de exponer a terceros a un daño eventual (y de exponerlo muchas veces aún ignorando éste que es "sujeto expuesto" —ante la falta de información sobre riesgos potenciales de productos o actividades—). Allí también

propuse la posibilidad de atribuir cierta incidencia del PP en todos presupuestos de la responsabilidad.

Lo que quisiera destacar aquí es el hecho de que, para que éste pueda insertarse en el CCiv.yCom. en una etapa post-daño habría que re-interpretar:

a) el factor de atribución: De modo que pueda considerarse culposa no sólo la conducta de quien no hubiera tomado los recaudos para la prevención del riesgo conocido o previsible, sino la de aquél que, en situación de duda o de incertidumbre, no hubiera adoptado medidas de precaución; de modo de reformular la noción de prudencia que será juzgada no ya en función de lo que se debía saber, sino de lo que se debía haber dudado;

b) la noción de previsibilidad: Alongando la extensión de este concepto de modo tal que incluya, en el deber de prevenir, también aquellas situaciones que son sospechadas de riesgos aunque no pudiera éste comprobarse aún científicamente y ponderando la previsibilidad también en relación a las generaciones futuras (art. 41 CN). Ello implicará que la noción no se satisface con la previsibilidad normal -la que emerge del curso natural y ordinario de las cosas- sino que se requerirá un complejo estudio causal que están muy por arriba de la simple consideración de ese curso a que se refería el art. 901 CC (hoy art. 1727 CCiv.yCom.). (46)

c) la causalidad, pues se tratará aquí de "exigir menos certidumbre" o, en otras palabras, de "creer en las certidumbres a partir de las probabilidades". (47) Es que el PP introduce en el sistema jurídico una nueva manera de concebir el tiempo y reserva un amplio espacio a la presunción, por lo que devendría una forma de flexibilizar los caracteres tradicionales del nexo de causalidad. (48) El PP reduce la "alta probabilidad" de la causalidad adecuada a "simple posibilidad". Se tratará de una causalidad "posible" o "posibilística" como se la ha dado en llamar. Se tratará finalmente, de abandonar la tradicional concepción lineal de la relación de causalidad para pasar a concebirla como circular: las mismas causas pueden conducir a efectos diferentes; distintas causas pueden conducir a un mismo efecto; pequeñas causas pueden

conducir a muchos efectos y viceversa. Se ha hablado también de causalidad "verosímil". (49) Se ha dicho en esta línea, que el criterio objetivo de RC permitirá retrotraer en la cadena causal de manera de fundar la responsabilidad no en el acto que provoca el daño sino en el acto que genera el riesgo. Es el riesgo creado el que genera la responsabilidad, ajeno a la relación de causalidad que pudo existir entre aquel riesgo y el daño que en definitiva se produjo (50);

d) el daño: La función preventiva incorpora expresamente, dentro del concepto de daño cierto a la "amenaza de daño" entendida como toda alteración al goce pacífico de los derechos individuales o colectivos o de un interés lícito. Si a ello añadimos ahora el PP, todavía habrá que distinguir entre la "amenaza de daño" y el "riesgo o peligro de daño", menos inminente y concreto, más abstracto que la primera. En fin, el PP suavizaría la exigencia de producción de un daño al exigir sólo una "simple amenaza de daño"(51), cuando se trate, claro está, de derechos tales como los de la salud y seguridad humanas o el medio ambiente, siempre que, además, el perjuicio temido sea grave o irreversible. (52)

Dada tamaña reinterpretación de todos y cada uno de los presupuestos de la RC, sólo puede entenderse, en el Derecho vigente, que el PP entrañará consecuencias de derecho en la RC (en su función resarcitoria) en tanto en cuanto se trate de infracciones a las reglas y obligaciones de comportamiento que, positivizadas, se deriven de aquél. En este sentido, el PP sería compatible con la RC implicando un reforzamiento de la responsabilidad subjetiva a través —sobre todo— de la modificación de lo que se entienda por "culpa" y por "previsible", conforme lo vimos. (53)

Ahora bien, si pretendemos que el PP sea un principio general del Derecho de Daños, debemos poder reconocerle una autonomía tal que "lo preserve de disolverse en una teoría de la responsabilidad (54)". Corresponde entonces acrecentar el espacio donde cobra esta autonomía el PP y que no es otro que el de la anticipación del daño. Solo aquí, de hecho, la violación de la regla de la precaución viene de relieve en sí misma. El PP, por lo tanto, tiene un ámbito de aplicación exclusivo y propio en la dimensión de la inhibitoria.

Así, y en general, la doctrina europea admite que el PP implique esta renovación de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil pero no admite que ése por sí mismo, sea causa de una acción reparadora lo que constituiría, dice Matilde Boutonnet, un sin sentido, pues el campo del PP es la evitación y anticipación del daño y no su reparación. Si el PP es exterior a la RC su violación será sancionada en caso de daño y no influenciará de ningún modo entonces sobre la naturaleza de la acción de RC que permanecerá reparadora e individual. En cambio, si el PP deviene un verdadero principio del Derecho de Daños, como lo propuso las XXIII Jornadas de Derecho Civil, podría entrañar y justificar la creación de una verdadera y nueva acción de responsabilidad consistente en evitar ciertos daños (y no en repararlo) completando las naturalezas reparadora e individual y preventiva, de las acciones existentes hoy en esta materia. En este sentido, Boutonnet califica esta nueva acción respecto de la acción reparadora, como "original a doble título": desde el punto de vista de su finalidad (porque pasará de resarcitoria a preventiva) y de los actores (porque pasará de individual a colectiva).

La función preventiva de la RC, receptada ya sistemáticamente en el CCiv.yCom., abre las puertas para inteligir a la RC en cierta forma como la penal y administrativa que no requiere el daño consumado para que pueda emerger responsabilidad. Asimismo, la existencia actual de la acción preventiva constituye un terreno apto para acoger una acción exclusivamente precautoria fundada sobre el PP que completaría la acción tradicionalmente reparativa y la actual preventiva. Una nueva "acción tutelar precautoria" respecto de bienes que, a la par del ambiente, son básicos y esenciales; derechos fundamentales que constituyen el piso mínimo a partir de los cuales se puede recién pensar en debatir sobre los demás derechos: la salud, la vida, la integridad física, la seguridad.

Haciendo pie en el paradigma subyacente a toda la regulación del CCiv.yCom. —el que supone, entre otras cosas, una posición iusfilosófica de protección del débil jurídico, del vulnerable—, y en la existencia de normativas tales como los arts. 14, 240, 241, puede tal vez avizorarse

ya la existencia en germen de esta "función precautoria" tendiente a proteger aquellos derechos desde el momento mismo en que una eventual posibilidad de afectación se presente sobre ellos como sombra amenazante. Mientras, constatamos que el CCiv.yCom. optó por una "omisión precautoria" de la regulación de la precaución en tanto principio y función de la RC. Es de esperar que la constante práctica de la aplicación de la función preventiva y del ejercicio de las acciones preventivas, su uso por parte de todos los operadores jurídicos, preparen y abonen su futuro terreno.

(1) Decimos "cambio de redacción" omitiendo expresamente aludir también a un cambio en el "léxico/vocabulario" conceptual o en la "ubicación" porque entendemos que tanto léxico como ubicación —si bien puedan no variar sustancialmente el instituto de que se trate— nunca son del todo neutros. Un cambio en ellos supone o hace sospechar una mutación efectiva, más o menos relevante, en la institución o concepto jurídico al que se refieren. Así, se conoce que este Código se inspira en un paradigma muy distinto al que nos rigió por más de cien largos años. Y todo paradigma llama a una sistematización y lenguaje distintos. De otra parte, es sabido que este último no es aséptico: Él esconde siempre una determinada concepción o cosmovisión y pretende algún efecto determinado en el interlocutor. De allí que, podríamos decir, incluso aquellas normas que no cambian sustancialmente las instituciones anteriores, deben ser abordadas, analizadas y aplicadas, desde otro enfoque: uno que respete el nuevo paradigma y todas sus implicancias.

(2) En varias de sus entrevistas y conferencias sobre el CCiv.yCom.

(3) Para incluir esta función de prevención sin que pierda coherencia el sistema de la RC se ha dicho que aquélla es propiamente una función dentro del "Derecho de Daños" (v.gr.: Llambías Pombo). "La función preventiva que ha sido impulsada por todos, tanto por las posiciones solidaristas como por las neoliberales. Aunque con muy diferentes fundamentos, razones técnicas y orientaciones, se intenta transformar el Derecho de Daños en una regulación polifuncional en la que conviven: reparación de los daños, prevención en sentido propio y precaución..."

Antes, no podían exportarse las funciones punitivas y preventivas "desde el microsistema al sistema general de modo que el derecho de Daños adquiría la fisonomía de un mosaico. Ahora, la visión es integral uniforme, coherente" (SOZZO, Gonzalo, "Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 [pos-Derecho de Daños]", en Rev. Derecho de Daños 2012,3, p. 563 y ss.). El Código prefiere optar por la denominación "Responsabilidad Civil" porque "importa el respeto de la tradición y arraigo vernáculo y procura mantener la uniformidad de la terminología utilizada en la legislación especial, sin que signifique mengua de la mayor locuacidad y consistencia que pone de manifiesto la expresión 'derecho de daños' (UBIRIA, Fernando, "La responsabilidad civil", en http://app.vlex.com/#WW/search/jurisdiction:AR,XM+content_type:4/proyecto+2012+prevenci%C3%B3n/p2/vid/495256814)

(4) PICASSO, Sebastián, SÁENZ, Luis "La prevención del daño en los Proyectos de Reforma del Código Civil Argentino", Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008 - 2. Prevención del daño, citando a VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto.

(5) En el deber de no dañar está implícito el deber de evitar el daño (Llambías Pombo). Dice Kiper junto a toda la doctrina, conteste en esto: "No dañar deriva del alterum laedere que es principio de rango constitucional: las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19 CN) y la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas sino que comprenden las amenazas de lesión (art. 43 CN)" (KIPER, Claudio M., "La prevención del daño y el proyectado Código Civil", RCyS, Año XIV, N° 6, junio de 2012). Por eso, este deber que emana de fuente constitucional tiene, en el art. 1710 su consagración legal.

(6) VERGARA, Leandro, "La prevención en el derecho de la responsabilidad civil", RCyS 2003-252: "La responsabilidad civil hace que se traslade el valor económico del daño ocasionado de la víctima hacia el victimario. Este, por decirlo así, traspaso económico puede compensar (a la víctima), pero no evita el empobrecimiento de la sociedad en general que ha perdido el valor del bien que desapareció con la

ocurrencia del evento dañoso. El daño siempre tiene un costado no recuperable, especialmente en el plano extra-patrimonial. La traslación del costo del daño en la RC no es una cuenta de suma cero. En realidad sigue creciendo más bien ya que el mecanismo de traslación de daño, inherente a ella, supone además, un aumento de costos adicionales en abogados, gastos de justicia, peritos etc. (los llamados costos terciarios por Calabresi)". En la prevención indirecta, la sanción induce a no transgredir el mandato. Pero es incentivo cuando la conducta de prevención tiene un costo menor que el costo de la sanción. El costo de evitación debe ser inferido al costo del daño más todos los gastos de su producción. El dañador asume los costos de las externalidades negativas causadas por él. Por lo demás, el efecto indirecto de prevención aflictiva con la aplicación de la sanción resarcitoria que tendría que llevar a la disminución de los perjuicios, prácticamente se diluye pues operan los sistemas de seguros, muchas veces en forma obligatoria, donde el efecto resarcitorio pesa sobre un tercero que es la compañía de seguros. Acciarri indica que se diluye también por ejemplo, cuando la solvencia de los potenciales dañadores es nula o limitada, la amenaza de pagar una indemnización no suele ser una amenaza suficiente para generar incentivos para prevenir y la prevención general se revela como un instrumento débil. El efecto preventivo de prevención general, asimismo, puede ser insuficiente para lidiar con empresas que entren y salgan rápidamente de un mercado local, por razones similares. Lo mismo puede acontecer ante la posibilidad de verificarse daños de los denominados irreparables, o daños catastróficos". En todos estos supuestos, la prevención específica es más efectiva (ACCIARRI, Hugo, "Funciones del derecho de daños y de prevención" LA LEY 04/02/2013, 1).

(7) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la responsabilidad civil, t. I, La Ley, Bs. As., 2011, p. 132.

(8) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Responsabilidad por daños, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 239.

(9) ÁLVAREZ, Agustín, "Principales lineamientos sobre las funciones de la Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Doctrina Judicial, Buenos Aires, 17 abril 2013.

(10) "En cuanto al primero de los incisos del artículo en comentario, consagra evidentemente una obligación de no hacer, de abstención, de evitación de daños que no cuenten con alguna justificación. El inciso b), pensamos, exige ya una conducta activa del sujeto -una obligación de hacer- consistente en adoptar medidas concretas tendientes a evitar la consumación de un daño o, de no resultar posible esta expectativa de máxima, disminuir su magnitud" (cfr.: LORENZETTI, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", RCyS 2013-VIII-5).

(11) SEGUÍ, Adela, "La prevención de los daños en el proyecto de código civil y comercial de la Nación", en JA 2012-IV fascículo 13 del 26/12/2013", pág. 11 y ss.

(12) BESTANI, Adriana, comentario art. 1710, Código Civil y Comercial. 2 Comentado, anotado y concordado, GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual E., Bs. As., Astrea, 2015.

(13) GALDOS, J.M., "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto", LLBA 2012- C-1254.

(14) ÁLVAREZ, op. cit.

(15) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL, 11/5/2015, 1.

(16) PEYRANO, Jorge, "La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual", JA 2002-II-992 y ss.: "Las acciones preventivas... son ... acciones de condena que operan en hipótesis donde no concurren vinculaciones jurídicas anteriores y que sólo funcionan respecto de relaciones, por así llamarlas, fácticas (cercanía, vecindad, etc.) de las que, objetivamente, deriva la posibilidad de que se afecte el patrimonio moral o material de quienes las ejercitan. Dichas acciones preventivas que se encuentran en

línea con la llamada 'acción de abstención' germana, reconocen como todas, como presupuesto, la concurrencia de interés para obstar quienes las plantean. Éste, insistimos, debe derivarse de una situación fáctica actual que torne, según el orden normal y corriente de las cosas, muy posible el futuro quebrantamiento del orden jurídico o en perjuicio de los accionantes. Los futuros y probables quebrantamientos en cuestión pueden consistir en la perpetración o repetición de perjuicios, sean ellos de índole moral o material".

(17) Citada por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL, 11/5/2015, 1.

(18) BESTANI, Adriana, comentario art. 1711 CCiv.yCom., Código Civil y Comercial. 2 Comentado, anotado y concordado, GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual E., Bs. As., Astrea, 2015.

(19) SEGUÍ, Adela, op. cit., p. 14.

(20) LORENZETTI, Pablo, op. cit. La prevención debe ser presentada como un deber entre quienes conviven en sociedad y como tal es exigible. Aquél que realiza actividades peligrosas tiene el deber de prevenir daños a terceros; si no lo hace, en sí está incurriendo en una irregularidad o ilegalidad. Quien crea una situación de peligro o de daño temido cierto, tiene el deber de evitarlo o reducirlo antes de que se produzca o aumente el perjuicio. El que tiene el deber de prevenir y no lo hace asume una conducta reprobable y por tanto ilícita e imputable. En síntesis, no ejercer la prevención anticipada de un daño temido dentro de lo razonable implica de por sí un juicio de reproche o de conducta culpable o ilícita (cfr.: ORDOQUI CASTILLA, Gustavo "Prevención del daño y su tutela inhibitoria", RCyS 2010-IV, 3).

(21) Como lo califica ESAÍN, José, "El ambiente, como bien jurídico complejo", Diario Ambiental 85, 24/09/2015, HYPERLINK "http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-85-24-09-2015"

http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental-nro-85-24-09-2015).

(22) VÁZQUEZ FERREYRA, op. cit.

(23) TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, ob. cit., t. IV, p. 452.

(24) AVALLE, Damián A., "De la reparación a la prevención", JA 2005-I, p. 1063 ss.

(25) SEGUÍ, Adela, cit., p. 14.

(26) SOZZO, "Arquitectura...", cit.

(27) Citado por PEYRANO, op. cit.

(28) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario art. 1713, Código Civil y Comercial, Comentado, Dir. Rivera-Medina, Editorial La Ley, Bs. As., 2014.

(29) AVALLE, cit.

(30) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL, 11/05/2015, 1.

(31) PREVOT, Juan Manuel, "La responsabilidad del daño y la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Daño 2012-3, p. 45 y ss.

(32) Proyecto de 1993, art. 1549: "Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellos afecten garantías constitucionales. Las asociaciones representativas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto" Proyecto de 1998, art. 1586: "El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro". La doctrina argentina aceptaba ya ese criterio, y los jueces la habían dispuesto incluso de oficio; por ejemplo, en el caso en que una niña de trece años cayó en un depósito artificial de agua producido por excavaciones en la vía pública y murió por asfixia, ordenando que la municipalidad —con función

preventiva de daños a otras personas— colocara una cerca protectora en torno a las excavaciones inundadas, así como carteles indicadores de peligro, y que mantuviera un servicio permanente de vigilancia en el lugar durante las horas diurnas (CFed. La Plata, sala III, LL 1989-C-117).

(33) La locución "mandato preventivo" es usada por Peyrano cuando habla de los roles del juez con responsabilidad social, y lo engloba en los poderes y facultades inherentes del Poder Judicial.

(34) SEGUÍ, Adela, cit.

(35) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, Comisión III.

(36) CAFFERATTA, Néstor A., "El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma" en obra colectiva, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, bajo la dirección de Julio RIVERA, p. 1263, Abeledo Perrot, 2012.

(37) BESTANI, A., Revista de Derecho Ambiental, Número Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, n. 43 Jul./Set. 2015, Abeledo Perrot, Bs. As.

(38) BESTANI, Adriana, "Principio de Precaución", Astrea, Bs. As., 2012.

(39) CAFFERATTA "Derecho a la salud y derecho ambiental", Summa Ambiental, t. I, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 650.

(40) CIURO CALDANI, Miguel, "El derecho a la salud ante una nueva era histórica", Investigación y Docencia, n. 42, 2009, Rosario, p. 63.

(41) "Hay un derecho a la seguridad, declarado en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución para protección de consumidores, discriminados, ambiente y derechos de incidencia colectiva en general. Dicha prerrogativa se propaga hacia otros bienes preciados, como la dignidad frente a agresiones por órganos de comunicación masiva o afrentas a través de Internet, máxime si poseen repercusión grupal" (ponencia de Zavala de González, en las XXIII Jornadas de Derecho Civil, 2011, Tucumán).

(42) Ellos manifiestan la constitucionalización del Derecho Privado y con ello, ingresa, ahora explícitamente, al CCiv.yCom. todo el Derecho de los Tratados Internacionales, sobre todo los de Derechos Humanos donde se encuentra la protección explícita a la seguridad, vida, salud, etc. de los individuos. El texto de los Fundamentos del CCiv.yCom. expresa en este sentido: "Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

(43) Existen numerosos casos de afección directa a la salud o a la seguridad de la persona humana. Piénsese en materia alimentaria (crisis de la "vaca loca" en la UE, del aceite de colza adulterado en España, o los ya comprobados daños a personas alérgicas provenientes de alimentos transgénicos en Brasil, etc.) o en la farmacológica (v.gr.: el caso de la Talidomida, del DES, los hemoderivados, el contagio de HIV, etc.), o la responsabilidad por productos en general (sospechas de daños en el uso de la telefonía celular, así como en el de sus antenas por la radiación de los campos electromagnéticos). Asimismo, las prácticas de biogenética, nanotecnología, etc. llaman, en su incertidumbre, a la "cautela".

(44) CAFFERATTA, Néstor, "Teoría general de la Responsabilidad Civil Ambiental", en Derecho Ambiental y Daño, Lorenzetti, Ricardo L. (dir.),

La Ley, Buenos Aires, 2009; p. 81. Allí también habla de una responsabilidad civil precautoria.

(45) BESTANI, A., Rev. de Derecho Ambiental, cit., de cuya síntesis es tomada la mayor parte de esta sección.

(46) LORENZETTI, Ricardo, Las normas fundamentales de derecho privado en Apéndice: Las normas fundamentales en materia ambiental, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe., 1995, p. 502.

(47) De SADELEER, Nicolás, "Les principes du pollueur- payeur, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l' environnement" Brulant/Auf- Unviersités Francophones- Bruxelles, 1999.

(48) De SADELEER, op. cit. Igualmente se ha observado la tendencia a postular una flexibilización de las reglas procesales. Se acude, así, a la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba y a la prueba de presunciones. Son las mutaciones al derecho procesal, tema que escapa al horizonte de este trabajo.

(49) Expresión adoptada por la Propuesta del Consejo de Comunidades Europeas en 1º de septiembre de 1989 sobre RC por daños causados al medioambiente por residuos, la cual dispone que el demandante debe establecer la existencia de una considerable probabilidad de causalidad entre los residuos del productor y el daño sufrido o, según el caso, los perjuicios causados al medio ambiente.

(50) FIGUEROA YAÑÉZ, Gonzalo, "El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil", en Romeo Casabona (ed.). Principio de precaución, biotecnología y derecho. VV.AA., cit., p. 301/318.

(51) BOUTONNET, Mathilde, dice que la obligación de prevenir obliga al juez a intervenir antes de la realización del daño; con este fin, y en relación a la acción basada en el PP, debería bastarle la prueba de un simple riesgo de perjuicio y no la de un perjuicio. La finalidad preventiva induce al traslado del objeto de la prueba antes del perjuicio, de su acaecimiento. Asimismo la finalidad de la acción es preventiva

esencialmente; a pesar de la duda en cuanto a sus causas y sus efectos, busca impedir el daño; esto incita al juez a mitigar la exigencia de la certeza y a admitir una parte de duda respecto del perjuicio (Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Bibliothèque de droit privé, Tomo 444, LGDJ, 2005, Paris).

(52) KOURLISKY/VINEY, "Le principe de precaution. Rapport au Premier Ministre", La Documentation Française, París, 2000, p. 68.

(53) BOUTONNET, M, op. cit., entiende que no es la violación del PP sino es el no respeto de las normas de comportamientos deducidas de ese principio que será sancionada por el derecho de la responsabilidad civil, si se diera la realización de un daño. Desde este lugar, además, podría estimarse que porque el PP impone tomar medidas de prevención frente a ciertos riesgos colectivos, su violación permitiría presumir el lazo de causalidad, en la medida donde una culpa tal creó un riesgo objetivo de daño. DEL PRATO, Enrico, "Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti", Rassegna di diritto civile, diretta da Pietro Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane.

(54) DEL PRATO, Enrico, op. cit., p. 634.

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ REMUNERACION ~ ACCION PREVENTIVA ~ CONTRATO DE ADHESION

Título: El lenguaje jurídico y el nuevo Código Civil y Comercial. Algunos de los sinsentidos del nuevo Código

Autor: Pittier, Lautaro Ezequiel

Publicado en: DJ17/02/2016, 1

Cita Online: AR/DOC/4048/2015

Como enseñaba el maestro Genaro Carrió en su magistral obra "Sobre los límites del lenguaje normativo" (1) el lenguaje normativo genera en

algunas oportunidades "sinsentidos (2)". En efecto, cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil tarea de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente. Es decir, cuando uno usa una herramienta lingüística que sirve para ciertos fines y quiere hacerle servir un fin, emparentado con esos otros, para el que ella no es idónea. Algo, así como querer tomar la sopa con un tenedor. Suele suceder en la actualidad que la falta de precisión en el lenguaje sumada a la escasa o nula técnica legislativa se utilizan y virilizan palabras o términos en distintos temas, empleando distintos significados y con diferentes sentidos o fines. Sabido es que, cuando una palabra significa muchas cosas -en realidad- no significa nada. Al obrar así, el legislador produce una forma de sinsentido.

Así las cosas, la reciente puesta en marcha del nuevo Código Civil y Comercial, trajo a mi parecer una serie de originales sinsentidos. A continuación algunos pocos ejemplos de ellos.

-Remuneración: se utiliza 28 (veintiocho) veces la palabra "Remuneración" en el nuevo código. La remuneración es la contraprestación propia del trabajador por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador. El nuevo Código establece que en el contrato de locación de obra y de servicios, mandato, depósito, agencia y concesión, la prestación que recibe el prestador del servicio, el mandatario, el depositario, el agente y el concesionario respectivamente, se denomina "remuneración". Por lo tanto, ese término deja de hacer referencia a la prestación propia del trabajador para comenzar a ser utilizado en otro tipo de contratos no laborales.

- Contratos por adhesión, de consumo o con cláusulas predispuestas: asentimiento y consentimiento: el nuevo Código utiliza en forma indistinta los términos asentimiento y consentimiento. De esta manera, habla de consentimiento en contratos por adhesión, de consumo o con cláusulas predispuestas. Sabido es que, la diferencia que en este tipo de contratos no aplica el término CONSENTIMIENTO sino el ASENTIMIENTO, dado que en estos contratos el contratante debe aceptar las cláusulas contractuales impuestas u optar por no contratar. Es menester señalar, que lo regulado en la mencionada sección, no es un tipo general de los

contratos, sino la modalidad de exteriorización de la voluntad diferente de la que tiene lugar en los contratos negociados individualmente, por mediar en aquellos un grado significativamente menor en cuanto a la autonomía de la voluntad y libertad de contratación respecto de la parte adherente. Esto implica reconocer que en el campo de los negocios, existen partes que cuentan con poderes de negociación desiguales y que nos encontramos en un hábitat apto para que una de ellas pueda inducir —en mayor o menor grado- a la otra a asentir, no ya consentir, cláusulas que no fueron producto de una negociación entre partes.

- Razonablemente o razonable: término utilizado por el nuevo código apenas unas 66 (sesenta y seis) veces. ¿Qué significa razonablemente?, ¿Que significa, por ejemplo, El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (3)?; cual es el sentido de la siguiente manda: "La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo" (4). ¿Cuáles son esos motivos razonables?. Es el mismo criterio por ejemplo que en el caso de la nueva tutela dativa cuando el reluciente Código reza: "Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad." (5) como Recordemos, no hay notas en este nuevo código ni aclaraciones del castigado Dalmacio Vélez Sarsfield.

- Acción preventiva: las eximentes de responsabilidad. La idea implícita en la norma nos parece justa; incluso loable pero, sin embargo, esa adhesión no nos inhibe de señalar la peligrosa fragilidad constitucional del texto. Por el contrario, esta norma de alto impacto social está tan mal redactada que corre serio peligro de ser declarada inconstitucional. Veamos qué es lo que tanto nos preocupa.- El art. 1711 CCC apartado final establece curiosamente que "...no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución...".

La primera y única fuente de estudio que tenemos para analizar semejante declaración -ante la carencia de notas aclaratorias- es la exposición de motivos que precedió a la vigencia completa del código civil y comercial. En tal sentido, la Comisión redactora señala: "... no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir..." (6). Es decir, los creadores del texto nos explican que como se trata de una acción sin contenido patrimonial no es necesario invocar un factor de atribución. Esto significa que no habiendo una disputa material o económica, la parte acusada no tendrá ninguna defensa que oponer a la demanda que cualquiera que tenga un interés razonable decida emprender.

Según esta inusual concepción, se dictará la sentencia que prevé el artículo 1713 CCC, sin que la parte demandada pueda alegar, como eximente de responsabilidad, la ruptura del nexo causal. Nos apena decir algo que, sin embargo, no podemos omitir: la redacción de este texto es un dislate jurídico pocas veces visto. Pensar que pueda haber una demanda, y que pueda haber un reproche de antijuridicidad, y que pueda haber una conducta antijurídica, y que pueda haber sentencia condenatoria, y que NO pueda haber una defensa es un pensamiento casi irracional que viola elementales principios; el texto legal nos causa asombro.

Finalmente en base a lo reseñado precedentemente, el legislador ha producido una forma de sinsentido que se caracteriza por ese especial tipo de resultado. Estos sinsentidos esbozados de la reluciente de nuestro nuevo cuerpo normativo traerán dolores de cabeza que los juristas, los doctrinarios y los orfebres del derecho seguramente con dedicación podrán curar.

(1) Carrió, Genaro Sobre los límites del lenguaje normativo, Ed. Astrea, 2008.

(2) Sinsentido m. Cosa absurda, ilógica e irracional: eso que propones es un sinsentido. Real Academia Española, Asociación de Academias de

la Lengua Española. Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., Edición del Tricentenario, Madrid: Espasa, 2014.

(3) Artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(4) ARTICULO 67 del Código Civil y Comercial.- Cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella. La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo. El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

(5) ARTICULO 107 Código Civil y Comercial.

(6) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, pg. 461.

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA ~ UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL ~ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Título: Deber de prevención del daño y acción preventiva

Autor: Mpolás Andreadis, Alejandra

Publicado en: DJ30/12/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/3251/2015

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. Análisis.- IV. La acción preventiva.- V. Conclusión.- VI. Bibliografía

I. Introducción

El 1° de agosto, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, un instrumento del siglo XXI que se inserta en el paradigma basado en la constitucionalización del derecho privado, suavizando la

línea divisoria entre lo público y lo privado, en aras a una mayor protección al vulnerable, procurando una real igualdad.

Así, se incluyeron en la normativa civil de fondo, los derechos de incidencia colectiva, el concepto de reparación plena, un amplio reconocimiento de los derechos personalísimos, la integración en las normas de orden público que supone el derecho de familia a las diferentes opciones de constituir una familia que conviven en nuestra sociedad, la tutela especial al consumidor, etc. (1)

En materia de responsabilidad civil, también llamada por la doctrina "derecho de daños"(2), este nuevo instrumento incorpora, además de las normas referidas a la función resarcitoria, reglas sobre la función preventiva, basada en el deber de toda persona de evitar causar un daño no justificado -deber general de no dañar- (art. 1710, inc. a) y, además, los deberes de actuar para evitar que se produzca un daño y de no agravar un daño ya producido.

En este marco, regula la "acción preventiva", tema del presente trabajo.

II. Antecedentes

Si bien el principio de no causar un daño a otro es de antigua raigambre (*alterum non laedere*), el antiguo Código Civil no preveía medidas destinadas a evitar el daño, sino que partía de la concepción de la responsabilidad civil como una reacción frente a un perjuicio ya producido.

No obstante, la jurisprudencia halló normas para suplir esta carencia, invocando en primer lugar el art. 19 de la Constitución Nacional (acciones que no perjudiquen a un tercero), el principio de buena fe, y algunas normas especiales como la ley 22.765, que aprueba la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías, cuyo art. 77 establece: "La parte que invoque el incumplimiento del contrato, deberá adoptar las medidas que sean razonables atendidas las circunstancias para reducir las pérdidas, incluido el lucro cesante resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir

que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida". (3)

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, que incorporó su capítulo de "Nuevos derechos y garantías", en el artículo 41 referido al derecho al ambiente, establece que todos los habitantes "tienen el deber de preservarlo". En su siguiente párrafo, destinado a las autoridades, ordena que "proveerán...a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica...".

Este deber de preservación del ambiente, tomó fuerza a nivel internacional en 1987, cuando en el informe Brundtland se formuló la propuesta de "un desarrollo sustentable que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas", la que puede leerse como evitar causar daños en las personas —ya sea presentes o futuras— a raíz de una falta de preservación del ambiente.

En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, dictada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, y de la cual la Argentina formó parte, el Principio 15 proclamó que: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente".

Este principio (si bien es parte de una Declaración y no de una norma vinculante), consagra de manera expresa este deber de precaución que tienen los Estados, quienes deberán adoptar medidas cuando exista "peligro de daño", es decir, daño aun no producido.

En la misma Conferencia de la ONU, además, se dictó el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por nuestro país y aprobado mediante ley 24.375, en la que en su art. 14.1.d) establece que cada Parte

Contratante "Notificará inmediatamente, en caso de que se originen bajo su jurisdicción o control peligros inminentes o graves para la diversidad biológica o daños a esa diversidad en la zona bajo la jurisdicción de otros Estados o en zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional, a los Estados que puedan verse afectados por esos peligros o esos daños, además de iniciar medidas para prevenir o reducir al mínimo esos peligros o daños".

Siguiendo con el orden cronológico y cumpliendo el Poder Legislativo Nacional con la obligación que le impuso la Constitución Nacional en el art. 41, en cuanto a dictar las normas de presupuestos mínimos de protección en materia ambiental, se sancionó en 2002 la Ley General de Ambiente (N° 25.675). Esta norma se encuentra, a mi entender, en la cima de la pirámide en cuanto a normalización de la prevención del daño.

Es así que entre los objetivos que encomienda a la política ambiental nacional (art. 2), se encuentra el de "Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo" (inc. g); y entre sus principios (art. 4), el "Principio de Prevención: Las causas y fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir", y el "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave e 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".

En materia de daño ambiental, establece, en su art. 29, que "La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

Es decir que no sólo se deberán demostrar los eximentes clásicos de responsabilidad, sino también que el daño se produjo a pesar de haberse tomado todas las medidas destinadas a evitarlo (función preventiva).

En el ámbito del derecho privado, la reforma constitucional de 1994, hizo replantear la concepción clásica de que no existe responsabilidad sin daño.

Esto ha sido tema de numerosas jornadas y líneas de doctrina, y plasmado en el art. 1585 del Proyecto de Código Civil de 1998 (4), el que fue casi textualmente reproducido por el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial, que analizaré a continuación.

III. Análisis

En el caso de los derechos de incidencia colectiva —como es el caso del derecho ambiental- donde la verdadera reparación del daño radica en su recomposición —o volver las cosas a su estado anterior- y que tal extremo es muchos casos excesivamente costoso y, en la mayoría, imposible, la función preventiva es primordial.

Es así que el Código Civil y Comercial, que en su art. 14 especialmente declara que reconoce los derechos de incidencia colectiva (inc. b), se ocupa, por un lado de ampliar el espectro de responsabilidad objetiva, definiendo el factor objetivo (art. 1722) e incluyendo expresamente a las actividades riesgosas (art. 1757); y por otro lado, de establecer la reparación plena, definida en el art. 1740 como la consistente en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso.

En relación a las funciones de la responsabilidad, el art. 1708 prescribe que las disposiciones del Título V (Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I: Responsabilidad Civil), son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

Finalmente, el art. 1710, regula el 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 el 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".

Al deber, ahora jurídico, de no causar un daño a otro, se le agrega un deber positivo de actuar para prevenir la ocurrencia del daño. Y este deber abarca también a los terceros —es decir, los que no serían responsables de la ocurrencia del daño si éste efectivamente se produjera—, que podrán luego reclamar el reembolso al responsable.

El tercer inciso, conocido en el common law como duty of mitigation — deber de mitigación del daño- es el deber de la víctima de no agravar el daño que, si bien no ha causado, es contrario a la buena fe que pretenda cobrar los daños que podría haber evitado.

IV. La acción preventiva

El art. 1711 del Código Civil y Comercial, prescribe 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".

Vélez Sarsfield se había pronunciado en contra de las acciones preventivas, por medio del art. 1132 del Código Civil: "El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". Sin embargo, a partir la reforma por la ley 17.711, este artículo, si bien no fue eliminado, quedó tácitamente derogado, debido a la incorporación en el art. 2499, de un nuevo párrafo: "Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares".

Requisitos de la acción preventiva:

- Acción u omisión antijurídica: se requiere que exista un deber de actuación impuesto por una norma.

- Peligro de daño: esta acción u omisión antijurídica debe hacer previsible la producción de un daño, relacionando este precepto con el art. 1725: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias".

Puede ser previsible la producción misma del daño, su continuación o agravamiento, para interponer esta acción preventiva. Así, la acción para impedir la continuación de un daño será en casos en que el daño efectivamente se ha producido, pero la conducta es continuada y se pide su cese.

El artículo citado, a su vez, prescinde de la exigencia de demostrar factores de atribución, justamente porque la prevención, para que sea efectiva y evite la efectivización del daño, debe ser rápida. El medio más idóneo, conforme el art. 43 de la Constitución Nacional, sería la acción de amparo, con una medida cautelar en caso de inmediatez en la posible producción del daño, de otra manera, la existencia de esta acción carecería de sentido.

Legitimación:

El art. 1712 establece que están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Toda vez que Código no limita a ningún tipo de caso el ejercicio de la acción preventiva, mal podría cercenar a los legitimados activos.

De ser daños de incidencia colectiva, los legitimados estarían enunciados en primer lugar por el art. 43 de la Constitución Nacional y, específicamente para los daños ambientales, se amplían con los mencionados en el art. 30 de la ley 25.675.

Sentencia:

El art. 1713 establece: "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".

No hay antecedentes en el Código Civil sobre la sentencia preventiva. El art. 2499, ya citado, mencionaba que los jueces podrían dictar las medidas cautelares correspondientes.

Lo primero a resaltar es que la norma le da amplias facultades al juez civil, ya que puede disponer incluso de oficio, la medida que considere más adecuada en pos de la prevención del daño, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Si bien imaginamos a esta disposición del juez como una medida cautelar, el Código no se limita a ello, de la letra del artículo podría entenderse la acción preventiva como acción autónoma. Nótese que se refiere a "sentencia" y no a medida precautoria.

Para mayor comprensión del instituto encontramos un antecedente cercano, nuevamente en la Ley General del Ambiente (25.675), la cual en su art. 32 faculta ampliamente al juez para "disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso...Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes". Agrega que "En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria...El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte".

V. Conclusión

Si bien desde la reforma del Código Civil de 1968 fue incorporada la noción de recurrir al juez en caso de temor a la producción de un daño -como vimos en el art. 2499 de la antigua norma de fondo-, se figuraba este recurso en casos de bienes corpóreos, generalmente inmuebles —

es decir, se procuraba la protección del derecho de propiedad-, mediante el dictado de una medida cautelar para evitar el posible perjuicio.

Este artículo tiene su aplicación procesal en el art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece: "Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediare anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo.

Recibida la denuncia el juez se constituirá en el lugar y si comprobare la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro. Si la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido...".

Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 1994, se torna operativa la protección de derechos personalísimos tales como la vida, la salud, la dignidad humana.

Adquieren jerarquía constitucional los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la constitución federal) y se ordena al Poder Legislativo dictar medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de esos derechos (inc. 23). Además de las directivas impuestas al Congreso en materia de derecho al ambiente y derecho del consumidor (arts. 41 y 42).

El art. 43, por su parte, es claro al establecer que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, restrinja, altere o amenace, derechos y garantías. Estos vocablos utilizados, inminente y amenace, se refieren claramente a un daño aun no producido.

Mediante el nuevo Código Civil y Comercial, el Poder Legislativo cumple con el mandato constitucional de legislar, no sólo para que el daño sea reparado, sino para evitar o prevenir su producción.

Así, la tutela inhibitoria creada por los doctrinarios del derecho (5), se transforma en una realidad en el derecho positivo privado, que prescinde de la efectiva verificación del daño y de la relevancia de los factores de atribución.

Se confiere al instituto un carácter definitivo, no sólo cautelar, ya que no es necesario probar el periculum in mora sino la amenaza de daño —por ejemplo en el daño ambiental, donde puede existir amenaza de daño grave e irreversible, pero recién efectivizarse el daño en las generaciones futuras-.

La medida cautelar se caracteriza por prevenir el peligro a fin de no desnaturalizar la base de discusión en el proceso ordinario, por definición en provisoria y, por lo tanto, modificable. Mediante la incorporación de esta acción preventiva en la normativa civil de fondo, existe la posibilidad de ser solicitada la prevención de un daño en un proceso a culminar con una sentencia con efecto de cosa juzgada, que evitará la consolidación de una situación muchas veces irreparable.

VI. Bibliografía

- RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela —Directores-; Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, La Ley, 2015.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, LA LEY, 30/07/2012, 1.
- ITURBIDE, Gabriela A., Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, T° 2014-VI, p. 34.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Presentación", en Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. LA LEY, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, La tutela civil inhibitoria, LA LEY 1995-C, 1217.

(1) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Presentación", en Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. LA LEY, 2014.

(2) V. opinión en contra de ALTERINI, Atilio Aníbal; Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, La Ley, 30/07/2012, 1.

(3) RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela —Directores-; Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, LA LEY, 2015, pp. 1440/1441.

(4) ITURBIDE, Gabriela A., Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, T° 2014-VI, p. 34.

(5) LORENZETTI, Ricardo Luis, La tutela civil inhibitoria, LA LEY 1995-C, 1217.

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA ~ UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL ~ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Título: Más sobre la acción preventiva

Autor: Peyrano, Jorge W.

Publicado en: LA LEY 28/12/2015, 28/12/2015, 1 - LA LEY 2016-A, 1221

Cita Online: AR/DOC/4163/2015

Las líneas que siguen sirven de complemento a otras que ya diéramos a conocer en estas páginas. Sucede que la temática de la acción preventiva no sólo es rica, sino que es novedosa en nuestro medio. Todo ello explica y se nos ocurra necesario decir algo más sobre el particular; abordando ahora asuntos no examinados, pero importantes, en ocasión de proporcionar nuestras primeras impresiones sobre el instituto.

En rigor de verdad, la acción preventiva ya había concitado nuestra atención años atrás (1), pero ella resultó renovada y estimulada por la sanción del Código Civil y Comercial que en sus artículo 1711/13 —y en otros conexos (2)— reguló la materia con bastante detalle.

Comenzaremos por ensayar otra definición (sin por ello abjurar de la primigenia) que dice así "La acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o a morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible (3)".

Llegados aquí, corresponde que nos ocupemos de algunas cuestiones taxonómicas olvidadas en otras oportunidades.

Así la existencia de la clasificación que distingue entre las acciones preventivas urgentes de las acciones preventivas sin peligro en la demora. Sobre el particular, hemos dicho lo siguiente: "Las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza. Esta categoría, claro está, es la que por lo común admite en su seno medidas cautelares y también tutelas anticipadas. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente, sino una donde, conforme al orden normal y corriente de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse"(4).

Asimismo se deben diferenciar las finalidades de las acciones preventivas (rectius, función preventiva de daños) en: a) inmediatas, pueden generar obligaciones de hacer, de no hacer y también de dar (inclusive sumas de dinero). Esto último se registró, por ejemplo, en "Camacho Acosta"(5) donde cautelarmente se obligó a la actora a entregar provisoriamente una suma de dinero suficiente para adquirir de inmediato una prótesis bioeléctrica de un antebrazo porque de lo contrario su instalación ya no sería posible, sin perjuicio de la prosecución del trámite del principal. De tal modo se vino a consagrar la doctrina de la tutela anticipada de urgencia en Argentina y b) mediatas, que son las que vienen a hacer realidad a las finalidades inmediatas (6).

Finalmente, aportaremos una suerte de nómina de apostillas operativas correspondientes a la acción preventiva que pueden ser de utilidad para los operadores jurídicos que se sirvan de esta novedad jurídica.

1. La acción preventiva no es una tutela excepcional ni es de interpretación restringida.
2. No exige que exista el riesgo de daños graves o irreparables.
3. No cabe emprender una acción preventiva contra una víctima potencial (7).
4. No reclama que no exista una vía judicial más idónea.
5. La tutela preventiva es autónoma de la resarcitoria, pero pueden acumularse.
6. Puede promoverse, claro está, una tutela preventiva aunque ya existieran daños causados.
7. El fracaso en la prevención del daño puede legitimar una acción resarcitoria.
8. El "interés razonable" previsto en el artículo 1712 del C.C.C. puede ser en la preservación de las personas (por ejemplo, su honra) o del patrimonio (por ejemplo, casa lindera que amenaza ruina).
9. El "interés razonable" del artículo 1712 C.C.C. puede consistir en un interés simple y no necesariamente ser un derecho subjetivo con aprobación legislativa (8).
10. La configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de "razonabilidad" entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello puede acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso (9).
11. La resolución que corona una acción preventiva puede incluir una obligación de dar una suma de dinero.

12. Excepcionalmente procede la acción preventiva contra un tercero que no ha generado el riesgo. Como regla se dirige contra el obligado a adoptar medidas impeditivas.

13. El artículo 1713 del C.C.C. consagra el criterio de la menor restricción posible; debiendo, entonces, procurar evitar la cesación de actividades y de reencauzar la actividad riesgosa de que se trate. Como pauta decisoria, se debe intentar compatibilizar la eficacia en la prevención del daño amenazante con la conveniencia de no coartar la actividad riesgosa. Vaya un ejemplo. Se promueve una acción preventiva para clausurar un local nocturno que genera ruidos molestos. El Tribunal interviniente no hace lugar a la clausura y la reemplaza por la obligación de la demandada de insonorizar el local. Es plausible tal solución porque posibilita la continuidad de la explotación comercial y al unísono atiende las fundadas quejas de los vecinos. Bien enseña la inolvidable Matilde Zavala de González "Los medios más idóneos no equivalen a los más gravosos. Aunque casi todos generan alguna cuota de sacrificio para el sujeto pasivo, suele haber un elenco de técnicas, dentro de las cuales es factible elegir las que compatibilizan eficacia en la prevención de daños con eficacia de la actividad donde se originan los peligros, que no debe ser coartada sino encauzada"(10).

14. Constituye también un recaudo de la acción preventiva la posibilidad de su destinatario de impedir el daño que amenaza.

15. La acción preventiva puede determinar que el destinatario deba operar sobre bienes que pertenecen a un tercero. Repárese en el caso de una línea de ómnibus de gran porte que al doblar invariablemente invadía una acera con riesgo para los transeúntes. Frente a tal situación se accionó contra la empresa de ómnibus obligándola a colocar, de su peculio, pilotes en la ochava respectiva. Obviamente para tal instalación la demandada debió operar sobre bienes que no eran de su pertenencia sino del dominio público.

16. La resolución judicial preventiva puede ser oficiosa según se colige del tenor del artículo 1713 C.C.C. Así se dispuso de oficio la atención psiquiátrica de una asociada a una obra social, con varios intentos de

suicidio, por más que la paciente sólo había pedido la provisión de un fármaco (11).

En el mundo terrible que describe Orwell en "1984" estaba prohibido imaginar. Afortunadamente, y al menos por ahora, todavía podemos imaginar mecanismos procesales mejores y más humanos. Uno de ellos es la acción preventiva, la herramienta más potente de la jurisdicción preventiva, que viene a consolidar la figura del juez "activo" que prohija, ostensiblemente, el Código Civil y Comercial, y que refuerza la convicción de los magistrados que todos los días asumen como propio el mandato bíblico "Justicia justa, perseguirás" y no cualquier remedo de Justicia.

(1) PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs.As. 2004, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot.

(2) Artículos del Código Civil y Comercial 52, 1031, 1032, 1102, 1711/13, 1770, 1973, 2069, 2238, 2242.

(3) RIVERA, Julio y Graciela MEDINA, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado". Obra colectiva, Bs. As. 2015, Ed. La Ley, T. IV, p. 998/9.

(4) PEYRANO, Jorge W., Ob. cit, p. 61.

(5) Conf. su comentario por Roland ARAZI, en el número 1 de la Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni.

(6) PEYRANO, Jorge W., Ob. cit., p. 63: "Es preciso distinguir las finalidades inmediatas de las acciones preventivas (órdenes judiciales de hacer o de no hacer en sentido lato), de las finalidades mediatas que pueden tener, que son muy variadas (cesar, paralizar, impedir su continuación, evitar la repetición de daños ya ocurridos, etc.). Así, por ejemplo, la finalidad inmediata "hacer" puede reconocer finalidades mediatas de ribetes singulares".

(7) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, con la colaboración de Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Córdoba 2015, Ed. Alveroni, p. 213.

(8) Ibidem, p. 257.

(9) Ibidem, p. 259.

(10) Ibidem, p. 298.

(11) PEYRANO, Jorge W., "El mandato preventivo y sus variantes", en La Ley, Boletín del 20.10.2015, p. 8: "Así aconteció, recientemente, en un juicio de amparo tendiente a obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoidea deformante que padece la accionante. Sin perjuicio de hacer lugar a la pretensión, la juez asume, con significativa certeza, el papel social al que está llamado a desempeñar el Poder Judicial, al advertir el peligro que corre la vida de la accionante —suicidio— y dispone, preventivamente y de oficio, que la obra social arbitre los medios para la atención psiquiátrica de aquélla, debiendo presentar a la jurisdicción un informe con las acciones llevadas a cabo en procura de la preservación de la vida de la amparista, bajo apercebimiento de que se realice a su costa".

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA ~ UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL ~ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Título: Noticia sobre la acción preventiva

Autor: Peyrano, Jorge W.

Publicado en: LA LEY 09/12/2015, 09/12/2015, 1 - LA LEY2015-F, 1230

Cita Online: AR/DOC/4310/2015

Denostada por la nota al artículo 1132 del Código velezano (1), hoy ha sido reivindicada por su completa y orgánica regulación en los artículos 1711/3 del Código Civil y Comercial. Vaya como curiosidad señalar que con mucha anterioridad a éste, el artículo 1º del último proyecto de reformas del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, que

obtuviera media sanción en Senadores, incluía también la posibilidad de promover acciones preventivas, en los siguientes términos: "El Poder jurisdiccional en lo Civil y Comercial será ejercido por los jueces... cuando concurra una situación fáctica jurídica actual que pueda suponer un daño futuro". Ciertamente es que ya los artículos 52 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario la preveía para el sector del mundo jurídico que le preocupa, pero la vastedad del nuevo ámbito donde ahora se le reconoce vigencia asegura que será motivo de aplicaciones frecuentes.

En verdad, esta forma de anticiparse al curso de los hechos generará, muy probablemente, un incremento en el índice de litigiosidad, aunque para que ello suceda deberá transcurrir algún tiempo hasta que la generalidad se familiarice con el nuevo instituto.

No se trata de una absoluta novedad en el universo jurídico. El tema ha sido intensamente examinado tanto por la doctrina autoral extranjera (2) como por la nacional (3), y los primeros planteos que se registran en la materia son antiguos y se remontan a la época en que las locomotoras de los ferrocarriles se impulsaban a leña o a carbón y su funcionamiento provocaba chispas que suscitaban incendios en los campos linderos por los cuales circulaban los trenes. Ello determinó que los propietarios de dichas fincas promovieran acciones tendientes a conjurar dichos riesgos de incendios; ello sin perjuicio, claro está, de señalar también como precedente venerable a los interdictos romanos que se ocupaban también de la prevención de daños.

Cómo describir la acción preventiva? Pues diciendo que es la que puede tener por destinatarios a particulares o entidades públicas y que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación antijurídica existente. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busca revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción.

Seguidamente, analizaremos por separado las partes más relevantes de la susodicha descripción, comenzando por el destaque de que el riesgo de producción, persistencia, repetición o agravamiento de un daño debe estar relacionado causalmente con una situación dada. Vale decir que la amenaza de daño de que se trata debe relacionarse, conforme al orden normal y corriente de las cosas, con una situación existente (4).

La acción (rectius pretensión) que nos ocupa puede perseguir no sólo aventar el riesgo en ciernes (vgr. que se apuntale una construcción en ruinas lindera a otro edificio), sino que también puede apuntar a conjurar la continuación del daño o su agravamiento (5).

Además, debe subrayarse que la acción bajo la lupa sólo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación actual, -generada por una acción u omisión antijurídica- idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el afectado un interés para obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir el dictado de una sentencia de mérito sobre el particular. A la mencionada legitimación procesal activa alude el artículo 1712 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño". La fórmula "interés razonable" para convalidar la legitimación activa para promover la acción preventiva ha suscitado controversias. De un lado militan quienes interpretan que se ha consagrado una legitimación bastante amplia (6) en tanto, otras voces se inclinan por sostener que se ha diseñado en el caso una legitimación activa más acotada (7).

En cuanto a la legitimación pasiva en materia de acción preventiva, creemos que sólo merece destaque que la tutela preventiva puede tener como destinatarios tanto a particulares como a entidades públicas. Excepcionalmente, puede enderezarse contra sujetos que no han generado el riesgo de daño que el accionante procura alejar (8).

No terminan ahí las particularidades que presenta la normativa dedicada por el Código Civil y Comercial a disciplinar la tutela preventiva. Así, ¿a qué se alude cuando se remite a la existencia de una "acción u omisión

antijurídicas"? Por lo pronto, cabe consignar que hablar de antijuridicidad es equivalente a decir que existe una desaprobación consagrada por el ordenamiento jurídico total por resultar vulnerado merced a la perpetración de una conducta activa u omisiva (9). Se trata de un juicio objetivo de desaprobación siempre emitido respecto de conductas humanas.

Adviértase que mencionamos que el análisis de antijuridicidad debe tener por referencia al orden jurídico respectivo en su totalidad incluyendo así a los valores y principios privilegiados por aquél. Tal es el criterio de la antijuridicidad sustancial que es ampliamente mayoritario (10); registrándose, sin embargo, alguna voz prestigiosa que entiende que la aplicable en la especie es la llamada antijuridicidad formal y no la sustancial (11).

Igualmente se impone resaltar que hoy media consenso acerca de que resulta acertado el tenor del artículo 1711 del Código Civil y Comercial (12) en cuanto dispone que no es requerible para el progreso de una acción preventiva "la concurrencia de ningún factor de atribución" (13). Bien apunta Marinoni lo que sigue: "Con todo, comprendido el ilícito como acto contrario al Derecho, no hay razón para exigir el elemento subjetivo para su configuración. Tratándose de la tutela inhibitoria, forma de tutela jurisdiccional que nada tiene que ver con el daño sin apenas con la probabilidad de la práctica de un ilícito, no hay razón para pensar en la culpa. La culpa es un criterio para la imputación de la sanción por el daño, siendo totalmente descartable cuando se piensa en impedir la práctica, la continuación o repetición de un acto contrario a Derecho" (14).

Finalmente, precisamos que existe acuerdo acerca de que la acción preventiva debe generar un proceso de conocimiento, encontrándose en pleno debate cuál es el formato por el cual debe optarse. Cierto es que algunos propician el juicio sumarísimo. Por nuestra parte, creemos que la doctrina debe esforzarse y bosquejar un nuevo tipo de procedimiento cognitivo más ajustado a las singularidades de la acción preventiva (15).

Con facilidad, ya habrá notado el lector que está frente a una acción con ribetes atípicos, pero gracias a la cual estará en condiciones de impedir un perjuicio evitable y así ahorrarse el rol de víctima. El ordenamiento jurídico actual no sólo debe dar a cada justiciable lo suyo sino impedir que pierda lo propio.

(1) Nota al artículo 1132 del Código Civil: "...La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina".

(2) MARINONI, Luiz, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito" en *El Derecho* t. 186 p. 1127 y de Cristina RAPISARDA, "Profili della tutela civile inhibitoria", Cedam, passim.

(3) LORENZETTI, Ricardo, "La tutela civil inhibitoria", en *La Ley* 1995-C, p. 1218. Vide, asimismo, de Noemí Nicolau "La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional", en *La Ley* 1996-A, p. 1245 y siguientes.

(4) SEGUÍ, Adela, "Responsabilidad civil: la función preventiva", en "Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012" obra colectiva dirigida por Julio Rivera, Editorial Abeledo Perrot, p. 873: "que la actividad antijurídica haga previsible según las reglas de la causalidad adecuada la existencia de un perjuicio o su continuación".

(5) Vide comentario al art. 1711 del Código Civil y Comercial, por LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado", obra colectiva dirigida por RIVERA, Julio y MEDINA, Graciela, Editorial La Ley: "La acción de cesación del daño normalmente estará comprendida en las acciones de cese de continuación o de agravamiento. Pero pueden existir casos en los cuales el daño ya se haya producido y sea irreversible, o bien que no se trate de una conducta continuada que se mantiene con el tiempo. El caso previsto en la norma es el daño ya producido, por un hecho único, pero que incluso

puede llegar a ser peor. Si no estuviera prevista la posibilidad de iniciar la acción de cese de agravamiento bien podría ser que a la víctima le dijeran que debió directamente plantear la acción indemnizatoria. También puede ser útil la acción de cese de agravamiento para aquellos casos en los cuales la acción de daños ha prescrito o ha sido pagado. La acción de cese del agravamiento, que tiene un objeto distinto, no está alcanzada, en principio, por la prescripción liberatoria"

(6) Conf. Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado", obra colectiva dirigida por Alberto Bueres, Buenos Aires 2014, Editorial Hammurabi, t. II, p. 158. Inclusive se sostiene que "tiene legitimación para interponer la actuación preventiva aquella persona que esté obligada a actuar para prevenir el daño, como por ejemplo el titular del poder de policía, cuando necesite del auxilio de la justicia para poder actuar. Sería el caso de que fuera necesario ingresar a un domicilio particular. Otro caso podría ser el del consorcio de propiedad horizontal que necesitara ingresar al departamento de un consorcista que está dañando a los demás miembros, pero que se niega a dejar realizar reparaciones urgentes", (Rivera ob.cit. p. 1002).

(7) GALDÓS, Jorge, "Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre).

(8) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Editorial Hammurabi, t. 4, p. 420.

(9) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Actuaciones por daños", Editorial Hammurabi, p. 181.

(10) PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 66. Por supuesto que "la ilegitimidad (ilicitud) requiere una valoración sustancial y no meramente formal. Por ejemplo, no es suficiente que exista autorización administrativa para una actividad empresaria si genera molestias que exceden una normal tolerancia (art.2618 Código Civil). También es factible que una actividad

aparentemente desplegada acorde con la ley sea, sin embargo, arbitraria o sea carente de fundamentos de razonabilidad y justicia (art. 43 C.N.) Igualmente, existe antijuridicidad cuando se ejerce un derecho respetando la letra de la ley, pero en contra de los fines que ésta tuvo en vista al reconocerlo o de manera adversa a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres"

(11) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo código de Derecho Privado" en R.C y S 2015-II, 5: "Pero creemos que para que pueda hacerse valer la función preventiva, la antijuridicidad al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material. No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño. Ejemplifiquemos. Todo automotor en circulación puede generar daños, es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Siguiendo con la ejemplificación no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme las leyes regulatorias (vgs. Ley de Tránsito). De lo contrario, podríamos llegar a propiciar una avalancha de acciones preventivas injustificadas"

(12) Artículo 1711 del Código Civil y Comercial. "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"

(13) LORENZETTI, Ricardo, ob.cit. p. 1223.

(14) MARINONI, Luiz, ob. cit., p. 1130.

(15) PEYRANO, Jorge W., ob.cit., página 70.

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA

Título: La pretensión preventiva de daños

Autor: Camps, Carlos E.

Publicado en: RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 3 - RCyS2015-XI, 12

Cita Online: AR/DOC/2482/2015

Sumario: I. El Código Civil y Comercial y el ejercicio del derecho.— II. Lo procesal en el código unificado.— III. El mandato de la eficacia.— IV. La función preventiva del daño y la pretensión correspondiente

Abstract: "Ahora los ciudadanos cuentan con una acción —rectius: pretensión— preventiva de daños. Los letrados, correlativamente, poseen esta nueva herramienta a través de la cual canalizar las inquietudes de sus clientes, por lo que será imprescindible familiarizarse con ella tanto para plantear la estrategia procesal de inicio como para oponerse a la misma. Los jueces también, por supuesto, habrán de tener un rol destacado en los primeros tiempos de esta nueva pretensión procesal, al ir perfilando sus contornos con el trabajo jurisprudencial que necesariamente irá generando este nuevo iter procesal que habilita el digesto unificado".

I. El Código Civil y Comercial y el ejercicio del derecho

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial enfrenta a todos los operadores jurídicos a un nuevo escenario legal: el derecho privado argentino se reorganiza cambiando muchas de las pautas basilares sobre las que este edificio normativo se asienta, evidenciando el nuevo perfil positivo de varios institutos clásicos —recogiendo enseñanzas jurisprudenciales— así como generando otros, innovadores.

Ante ello, el abogado litigante deberá adaptar su forma de actuar ajustándose a los nuevos lineamientos y, en particular, aprovechando las nuevas posibilidades en pos de la mejor defensa de los derechos de sus asistidos.

Correlativamente, la justicia deberá estar atenta a los nuevos requerimientos a los fines de encauzarlos del mejor modo, teniendo en cuenta que en muchos de estos supuestos no existirá —ni siquiera recurriendo a la adaptación de viejos criterios— un contexto de doctrina jurisprudencial que sirva para colmar las lagunas legales o bien a los fines de brindar claridad a expresiones o conceptos que no evidencien la nitidez conceptual necesaria.

En esta ocasión, habremos de detenernos en el análisis de una de estas figuras novedosas: la pretensión preventiva de daños.

A su respecto, habremos de dar una primera mirada (1) sobre este instituto que entendemos de mucha utilidad y que exhibe en el digesto unificado tanto su contorno fondal como el costado relativo al proceso al que habrán de dar lugar las controversias en él basadas.

II. Lo procesal en el código unificado

No es éste el único caso en que se regula un instituto de fondo junto con pautas procesales relacionadas.

Como ya es conocido, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora una serie de regulaciones de neto corte procesal en relación a varias de las figuras de derecho de fondo allí plasmados.

Antigua es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite la validez de la legislación en esta materia por parte del Congreso nacional a pesar de tratarse de una competencia que resulta ajena a la legislatura nacional teniendo en cuenta la expresa regla de reparto que contienen los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución nacional, en textos que no fueran alterados por la Convención Constituyente reformadora del año 1994.

Así, en el caso "Bernabé Correa" del año 1926 (2) expresó el Alto Tribunal "...si bien las provincias tienen facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar".

Y agregó, analizando las reglas rituales de la ley de prenda agraria 9644 —en tramo que entendemos esencial— que tales garantías están "destinadas a asegurar su inmediata efectividad y sin las cuales se comprometería la existencia misma del derecho que se ejercita. De donde se infiere que los procedimientos que la ley establece para hacer valer ese derecho son su complemento substancial pues sin dicho privilegio (...) consignado en la ley para garantizar en lo posible el cobro de la suma prestada con prenda agraria, no podría hacerse efectivo en la medida prevista si se admitiese que por cualquiera otra causa que no fuesen las expresadas en la ley, los juicios fueran sometidos a dilaciones o procedimientos extraños a los señalados en la misma" (todo el destacado es agregado).

Como puede observarse del tenor de los argumentos de la Corte, el fundamento de validez de estas normas procesales situadas en la ley nacional está dado por la finalidad de asegurar la eficacia o efectividad ("la existencia misma de los derechos" dirá en el caso "Bernabé Correa") de los institutos de fondo, a lo largo de toda la extensión territorial argentina.

Pues bien, en esta oportunidad, la incorporación de pautas procesales en el código unificado encuentra esa misma finalidad -la eficacia de los institutos de derecho común- potenciada: tal es la consecuencia de la constitucionalización del derecho procesal civil y comercial, efecto que deriva necesariamente de la constitucionalización del derecho civil y comercial (3) al que se encuentra vinculado.

Ello así en tanto con esta unificación del derecho privado se completa un ciclo iniciado con la aludida reforma constitucional del año 1994: allí

ingresaron con expreso rango supralegal los derechos y garantías provenientes de una nutrida nómina de tratados de derechos humanos. Ahora, con la sanción del Código Civil y Comercial, esa misma materia constitucional enriquecida con los derechos de los tratados aludidos se vuelca in totum en el derecho privado argentino.

Ya no serán necesarias construcciones pretorianas para acudir, cuando sea necesario, a la aplicación de las reglas plasmadas en tales cuerpos internacionales. Ahora ese derecho es parámetro expreso de validez del derecho legal positivo interno (4) y constituye, asimismo, pauta esencial de interpretación de todo el sistema. (5)

III. El mandato de la eficacia

Decíamos, entonces, que la finalidad de la eficacia —argumento para aceptar la validez de normas procesales en leyes nacionales— se veía hoy potenciada atento a la incorporación de los derechos y de las pautas de interpretación de los tratados de derechos humanos. Entre ellos, los incluidos en los arts. 8º y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y de las enseñanzas doctrinarias que surgen de los casos "Furlán y familiares"(6) y "Mémoli"(7), sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la Argentina, condenándola en dos casos donde se constató la existencia de procesos judiciales que causaron (luego de una inadecuada y poco -o nada- efectiva tramitación) daños a los ciudadanos involucrados.

La efectividad de los procesos judiciales es hoy uno de los aspectos centrales del derecho humano a la protección judicial que deben brindar los Estados.

De tal modo, la efectividad a la que se refería la Corte Suprema de Justicia nacional en el año 1926 hoy se refuerza con los mandatos constitucionales expresos provenientes de la letra de los tratados y de la jurisprudencia internacional referida.

Partiendo de tal premisa, no debe causar asombro el hecho de que se establezcan figuras del derecho común que busquen la efectividad en la protección de derechos y que ellas, asimismo, vengán acompañadas de

su regulación procesal a los fines de que tal efectividad no se vea frustrada en el plano del concreto proceso al que la violación de tal pauta pueda dar lugar.

IV. La función preventiva del daño y la pretensión correspondiente

En tal contexto, observamos —como una novedad a destacar— que el Código Civil y Comercial de la Nación habla de tres funciones de la responsabilidad civil: una reparatoria —la tradicional— y dos novedosas: la preventiva y la sancionatoria.

De estas dos últimas nos detendremos en la primera: la función preventiva del daño.

Tradicionalmente, el daño resarcible era solo el ya ocurrido. El real. Existente. Consumado. Cuando se hablaba de "daño futuro" se hacía referencia a un detrimento que necesariamente iba a tener lugar, existiendo ya el germen del mismo. Esto es, habiéndose ya configurado los presupuestos fácticos para su acaecimiento, solo quedaba aguardar que el proceso concluyera dando lugar al perjuicio en su entidad total.

Vélez Sarsfield se expidió de manera expresa al respecto en la nota al art. 1132 del Código Civil de su autoría, donde dejó claro que las medidas preventivas de los daños no eran de incumbencia del poder judicial: "La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina".

De acuerdo con esta posición no se podía accionar judicialmente, entonces, frente a una simple amenaza de daño. (8)

Hoy ello cambió.

Encontramos como concreto antecedente de la función preventiva del daño —en un sentido moderno (9)— los desarrollos relativos a los derechos colectivos. En particular, los del derecho ambiental, donde la

prevención del daño juega un rol preponderante en atención a los intereses en debate. (10) El art. 52 de la ley 24.240 —de Defensa del Consumidor— también se inscribe en esta línea. Asimismo —desde el campo del derecho procesal constitucional— encontramos que la pretensión de amparo permite iniciar un juicio a los fines de evitar que se consume la amenaza de un derecho que en un principio debía ser de base constitucional y, luego del año 1994, también puede ser legal, a tenor del texto del art. 43.

Sin embargo, creemos que la regulación incluida en el Código unificado es superadora de estas tres figuras, ya que en los dos primeros casos la limitación estaba dada por el campo temático de aplicación (solo daños relativos al ambiente o derivados del consumo) y en el segundo, por el continente procesal utilizado (juicio de conocimiento muy abreviado, que impedía incluir mayor debate probatorio, aspectos reparatorios, etc.).

Como un adelanto de los mecanismos que se establecen para ejercitar esta función preventiva del daño, leemos que los autores del Anteproyecto explican, en los Fundamentos del mismo, lo siguiente:

"a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria;

b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos;

c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten;

d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio".

He aquí el texto —novedoso— del Código Civil y Comercial que contempla la figura de marras:

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

A lo cual se agrega, en términos que entendemos preponderantemente procesales, lo siguiente:

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.

Observamos que ahora los ciudadanos cuentan con una acción (rectius: pretensión) preventiva de daños. Los letrados, correlativamente, poseen esta nueva herramienta a través de la cual canalizar las inquietudes de sus clientes, por lo que será imprescindible familiarizarse con ella tanto para plantear la estrategia procesal de inicio como para oponerse a la misma. Los jueces también, por supuesto, habrán de tener un rol destacado en los primeros tiempos de esta nueva pretensión procesal, al ir perfilando sus contornos con el trabajo jurisprudencial que

necesariamente irá generando este nuevo iter procesal que habilita el digesto unificado.

A partir del 1° de agosto del corriente año no es necesario aguardar a que el daño ocurra. Ni siquiera las fases iniciales del mismo, aquellas que darán lugar fatalmente a un detrimento constatable en un tiempo más o menos prolongado. Basta ahora con acreditar la existencia de una amenaza que, de permanecer, hacen esperable que un daño ocurra. O bien, de circunstancias que permiten avizorar la continuación o agravamiento de un daño ocurrido.

Es clara la norma cuando erige en recaudo de procedencia de la pretensión de marras a "una acción u omisión antijurídica [que] hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento".

Observamos que la enorme utilidad de esta nueva pretensión se da en dos planos: el de la prevención propiamente dicha (cuando el daño aún no acaeció) y el del cese (11) (cuando el daño ya ocurrió pero se busca detener sus consecuencias lesivas, evitando que aumente su magnitud).

Siempre estuvo presente en nuestro ordenamiento de derecho privado la regla del alterum non laedere. Hoy también.

Lo que ha variado es la forma de respuesta del sistema normativo a la transgresión a esa pauta de oro para la convivencia organizada. Antes, se requería un daño producido a los fines de su reparación. Ahora, con esta nueva figura, pueden adoptarse medidas con la acreditación de amenaza de daño o frente a un daño en curso a los simples fines de detener el avance o aumento de sus consecuencias.

Se observa un cambio de paradigma: la respuesta jurisdiccional eficaz — para esta nueva concepción, que aplaudimos— es la que permite que el daño no ocurra —o bien, una vez ocurrido, que se detenga cuanto antes — en lugar de la respuesta tradicional, que se dirigía a establecer quién debía pagar el daño ya producido. Posición que se encuentra en clara sintonía con las tendencias que dan valor preeminente a la reparación en especie, por ser la forma de que de mejor modo logra volver las

cosas al lugar que tenían antes de la conducta que fuera considerada lesiva de intereses de otro integrante de la sociedad.

Vemos —desde la mira procesal— un redimensionamiento del objeto mediato de la pretensión: el bien de la vida luce ahora de modo diverso, permitiendo que se intente recrear el panorama fáctico previo al acto o hecho dañoso —total o parcialmente— en lugar de tenderse derechamente a la búsqueda de una suma de dinero que repare -por equivalente- el patrimonio afectado.

Es de toda evidencia que si ya no se considera a la indemnización de un patrimonio mediante el pago de un monto dinerario que reemplaza el valor (normalmente venal) de un bien destruido como la que abastece de mejor modo el mandato de la eficacia en la protección de derechos, las figuras que tiendan a evitar la destrucción de los bienes (o detener cuanto antes el proceso degradante) serán las más adecuadas en esta nueva época del derecho de la responsabilidad.

Evitar que el daño ocurra es, en suma, la forma más perfecta de respetar el alterum non laedere.

Sin embargo, no podemos dejar de poner de relieve la segunda forma de actuación de la pretensión preventiva: la que busca que la entidad del daño no aumente.

Aumento que, como lo señala la letra del artículo ya transcripto, puede darse por la simple permanencia en el tiempo de un proceso dañoso (continuación) donde sus consecuencias se tornan más importantes por la sola acumulación de las mismas con el paso de los días. O bien, por la mutación intrínseca de las consecuencias nocivas (agravamiento). (12)

La ley ahora contempla vías autónomas para evitar el daño o reclamar su cese, las que podrán coexistir con las pretensiones basadas en la otra función del derecho de daños: la resarcitoria. Por supuesto, con íntima conexión: el objeto reclamado en un proceso de daños y perjuicios habrá de ser —normalmente— de menor entidad cuantitativa si previamente tramitó una pretensión que tuvo por objeto mediato evitar un perjuicio o reducir su entidad.

Como lo señala el art. 1711, para que proceda la pretensión preventiva no se exige la concurrencia de ningún factor de atribución. (13) Entendemos que debió haber dicho que no es necesaria la demostración de un factor subjetivo de atribución (dolo o culpa). (14)

Basta, entonces, con evidenciar el supuesto de hecho que aprehende la norma (una acción u omisión antijurídica (15) que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento) para que pueda plantearse en justicia el pedido de adopción de medidas preventivas o bien que se limiten las consecuencias del daño en curso. "Por otro lado —dice López Herrera— lo que la ley busca es que la prevención sea rápida y eficaz. Exigir la demostración de la culpa de alguien, llevaría en muchos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto. Si el peticionante es arriesgado responderá, como en todos los casos, por el abuso de la medida cautelar solicitada. Por otro lado, el Juez aplicará el código de rito y exigirá la correspondiente contracautela, con lo que se despeja bastante el riesgo de acciones preventivas aventuradas". (16)

La ley también es muy amplia respecto del legitimado activo para esta nueva pretensión. En la norma respectiva —art. 1712— dirá que pueden plantear el pedido "quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño". El juez será quien tenga la última palabra respecto del concepto de "interés razonable" en la prevención -o limitación, agregamos- del daño a partir de una adecuada exposición de los hechos llevada en la demanda y la condigna respuesta del demandado al oponerse a esa pretensión.

En lo que hace a la legitimación pasiva, la cuestión se observa un tanto más indefinida. "El nuevo Código en su art. 1710 —dice Vázquez Ferreyra— dispone de manera genérica que toda persona tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a lo que de dicha persona dependa. Es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control, para evitar que el deber sea tan amplio que alcance a todos. Reconocemos que el concepto no es todo lo preciso que hubiera sido recomendable, lo que seguramente generará cuestiones de legitimación pasiva que deberán ser resueltas en tribunales; aunque

justo es reconocer, todavía falta escuchar la voz de la doctrina sobre el particular que seguramente echará luz sobre la cuestión". (17)

El art. 1713 alude a "la sentencia" que habrá de dictarse en un proceso en el que se ventile esta nueva pretensión. Consideramos que debe entenderse referido a la resolución judicial que brinde adecuada respuesta a la pretensión preventiva de daños. Y entendemos adecuado flexibilizar el concepto de sentencia a partir de las posibilidades que el legislador nacional ha contemplado en este campo, como veremos a continuación.

En primer lugar, se establece que en el marco de este tipo de pretensiones, el juez podrá disponer -como contenido de esa "sentencia"- obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Así como la determinación de la legitimación activa dependerá de una adecuada exposición de los hechos y, recién en ese concreto contexto, se habrá de justificar el interés razonable en la protección, también deberán solicitarse medidas de este tenor —dar, hacer o no hacer— de acuerdo con las peculiaridades de la situación que busca prevenirse o del daño que se intenta contener o limitar en su desenvolvimiento. La discusión acerca del tipo de prestaciones más efectivas a los fines de proteger derechos es antigua y la podemos encontrar en los debates procesales vinculados con las medidas cautelares materiales clásicas: la medida innovativa y la prohibición de innovar.

Allí también, al discutirse qué medida era la más adecuada se analizaba si la situación nociva aún no ocurrió —pero ello es inminente— o bien ya tuvo lugar. En el primer caso, lo apropiado —normalmente— es "congelar" la situación para que no cambie y así no ocurra el daño. En la discusión cautelar, se recurre a una prohibición de innovar. Aquí, a una obligación de no hacer. En el segundo supuesto, lo pertinente —cuando el daño ya está en curso— es, por regla, adoptar medidas positivas para que se detenga o reduzca. En lo cautelar, se adoptarían medidas innovativas. En el plano de la presente pretensión, se dispondrán obligaciones de hacer.

La ley prevé, como vimos, medidas dispuestas a pedido de parte o de oficio. Asimismo, en forma definitiva o provisoria. Es pertinente detenernos en estas posibilidades, ubicándolas en el contexto mayor de procedencia de la figura.

Recordemos que esta pretensión puede plantearse tanto para evitar que un daño se produzca como para detener la continuidad o agravamiento de las consecuencias de un hecho dañoso ya ocurrido.

IV.1. Pretensión preventiva propiamente dicha

Si el daño aún no ocurrió y hay indicios de que puede llegar a producirse, la pretensión preventiva solamente tendrá por objeto impedir que el riesgo de daño pase a la fase de daño concreto. Aquí las medidas pertinentes —dar, hacer o no hacer— integrarán una sentencia de condena (18), con carácter de definitiva, dictada necesariamente —entendemos— a pedido de parte y previa bilateralización.

La sentencia en este proceso de conocimiento —insistimos— autónomo no podrá ser dictada por impulso de oficio por el juez y, atento a que la emisión del fallo se efectuó previa bilateralización, en ningún caso éste podrá ser provisorio.

Ahora bien, en el marco de este proceso preventivo de daños —entendido como juicio de conocimiento— puede darse la necesidad de la adopción de medidas urgentes. Ello así, ya que de lo contrario se podría frustrar la finalidad protectoria del instituto. Aquí, en este juicio autónomo, pueden ser dictadas medidas provisionales —cautelares— que aseguren la eficacia del proceso. Las obligaciones que en este marco interino se adopten podrán ser las mencionadas (dar, hacer o no hacer, según el caso) y aquí sí, las mismas —provisorias, ya que serán dictadas sin traslado a la otra parte— pueden ser dispuestas tanto a pedido de parte como por iniciativa oficiosa de los jueces. Una figura similar —medida cautelar de oficio— encontramos en la ley general del ambiente. (19)

Vemos, entonces, como en el caso de la pretensión preventiva de daños la sentencia a dictarse será siempre a pedido de parte y contendrá —en

su sentencia final— obligaciones dispuestas de modo definitivo. En ese continente procesal marco, indispensable para dar ocasión al pleno ejercicio del derecho de defensa de las dos partes, podrán dictarse medidas cautelares. Éstas podrán contener las obligaciones que coincidan en lo fáctico con las arriba señaladas, pero ahora dictadas en forma provisoria. Y ello podrá ocurrir a pedido de la parte interesada o por iniciativa del juzgador, como mejor modo de asegurar la eficacia de lo que en definitiva se habrá de resolver.

IV.2. Pretensión preventiva de cese

La otra posibilidad de ejercicio de esta pretensión es la que se abre frente a un daño ya ocurrido, cuando lo que se busca es que las consecuencias lesivas se detengan o no se agraven.

IV.2.1. Pretensión preventiva de cese autónoma

Si bien tendemos a pensar que esta posibilidad habrá de desplegarse dentro de un proceso de daños tradicional —con objetivo resarcitorio— lo cierto es que puede darse como figura también autónoma: esto es, ante la ocurrencia de un hecho dañoso la primera pretensión planteada quizás ahora sea la de cese (variante de la pretensión preventiva) con el objeto de detener el avance o aumento de las consecuencias lesivas.

Una vez más, creemos que si ello es así, si la pretensión de cese se articula de modo autónomo, dará lugar a un proceso independiente como el ya analizado de prevención propiamente dicho. Como allí se señalara, solo podrá iniciarse a pedido de parte legitimada y la sentencia fijará las obligaciones pertinentes previo traslado y con fuerza de definitiva. También aquí podrán jugar las medidas cautelares específicas, tanto requeridas por la parte como dispuestas de oficio.

IV.2.2. Pretensión preventiva de cese dependiente (incidental o cautelar)

Si esta pretensión de cese se introduce luego del inicio del juicio indemnizatorio, la misma o bien tendrá la forma de un incidente —incidente de cese o minimización de daños— en cuyo contexto se

dispondrán las obligaciones ya aludidas (ahora no tendientes a evitar un daño sino a detener o reducir las consecuencias del ya ocurrido) previo traslado a las partes, con fuerza definitiva o bien revestirán el ropaje de una medida cautelar, donde se ordenarán las mismas prestaciones, inaudita altera pars y, por lo mismo, en forma provisoria.

Este incidente de cese, minimización o de no agravamiento de las consecuencias lesivas que tramita en el contexto de una pretensión reparadora del daño, a la luz del texto del art. 1713 transcripto, entendemos que podrá sustanciarse a pedido de parte o bien por impulso de oficio. Lo mismo ocurre respecto de las aludidas medidas cautelares de cese, minimización o no agravamiento del daño: ellas pueden ser dispuestas a pedido de parte o de modo oficioso. En ambos casos, la actividad oficiosa se justifica —creemos— por la existencia de un proceso principal o marco (el indemnizatorio) al que la parte dio lugar con su concreto pedido y, en tal contexto procesal ya en curso, el juez puede —con base en el mandato de la eficacia— echar a andar de modo oficioso o un incidente o una batería de medidas cautelares.

En todos los casos, las medidas que se adopten (autónomas o dependientes, definitivas o provisorias) deberán tener en cuenta los "criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad". Esto es, por un lado se debe proteger al demandado de una excesiva limitación a sus derechos, tal lo que causa cualquier orden que imponga dar, hacer o hacer algo judicialmente. Vemos como la ley atiende al derecho del demandado en este terreno. Y, por el otro, se destaca la nota de la eficacia en la obtención de la finalidad de las medidas implementadas.

Este aspecto es capital, ya que nos ubica en la tendencia actual del derecho procesal -la eficacia- senda impuesta como imperativo desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Eficacia que no puede llevar a que se desconozcan los basilares derechos de defensa y al debido proceso del resto de los sujetos involucrados en este tipo de procesos.

De allí que cuando nos referimos a las medidas que pueden tener lugar en el marco de esta nueva pretensión hayamos aludido solamente a dos tipos de providencias: las sentencias de mérito en los procesos de conocimiento autónomo -principales o incidentales, dictadas con bilateralidad previa y, por ello, definitivas- y las resoluciones judiciales que hacen lugar a medidas cautelares tradicionales —dispuestas sin traslado y, por ello, provisorias—.

Al hacer referencia a medidas cautelares que buscan disipar la amenaza de un daño o persiguen el cese o minimización de las consecuencias del ya ocurrido, hablamos de medidas cautelares materiales —normalmente, prohibición de innovar o medida innovativa—, vía a través de la que hasta ahora hemos considerado que se podía anticipar la tutela judicial de manera provisoria. (20)

De hecho, en este terreno, la llegada de la pretensión preventiva al derecho privado nacional (en sus dos variantes: de prevención y de cese) incide profundamente en el funcionamiento de las figuras de anticipación de la tutela señaladas. Ello así por cuanto a partir de ahora, lo relativo a la evitación del daño o a su no agravamiento encuentra en esta figura novedosa un carril propio —proceso de conocimiento autónomo o incidental— en el cual discutirse los aspectos específicos de tal objetivo. Y en tal campo, si es necesario una respuesta más inmediata, se adoptarán las medidas cautelares materiales mencionadas.

Ya no serán necesarias medidas cautelares de ese tenor en el contexto del juicio donde tramita la pretensión resarcitoria: en este caso —relativo al juicio de daños tradicional— recobrarán toda su fuerza las medidas cautelares instrumentales (de entre las cuales, el embargo es la paradigmática) que simplemente se dirijan a asegurar la solvencia patrimonial del demandado.

En síntesis, con la pretensión preventiva se busca evitar o minimizar el daño. Cautelarmente se puede lograr el mismo objetivo de modo inmediato y provisorio. Con la pretensión resarcitoria, se busca —en

general— la reparación patrimonial. Cautelarmente se habrá de intentar conservar la solvencia del deudor.

Hasta ahora, frente a la inexistencia de la pretensión preventiva, esa función era buscada —con mayor o menor dificultad— mediante el dictado de medidas cautelares materiales en contextos variados. Son múltiples los ejemplos: en el marco de un amparo ambiental o de salud, cuando existía un derecho amenazado se requería una medida de no innovar que impidiera que el efecto lesivo tuviera lugar; o en el contexto de un juicio por indemnización laboral por incapacidad, se solicitaba como medida innovativa cierta prestación médica que minimizara el impacto en la salud del actor de la pérdida de un brazo (21); o dentro de un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito se buscaba —medida cautelar material mediante— que la demandada entregara periódicamente una suma de dinero a los fines de sostener los gastos médicos requeridos por la víctima actora durante el proceso y de ese modo poder hacer frente a tratamientos que reduzcan las consecuencias lesivas del evento dañoso (22), etc.

Hoy todas estas situaciones encuentran adecuado carril en la pretensión preventiva, en cualquiera de las dos versiones referidas: mediante una pretensión preventiva propiamente dicha se podrá obtener una sentencia que condene a desplegar conductas que impidan que el daño ambiental o el perjuicio a la salud ocurran; a través de pretensiones de cese o minimización se podrán reclamar prestaciones que permitan reducir las consecuencias del daño ya ocurrido, como la provisión de una prótesis o la entrega de una suma dineraria para gastos de tratamiento de salud. Contexto en el cual, como se dijo, se podrán disponer de oficio o a pedido de parte medidas cautelares para conseguir antes —de manera provisoria— los efectos de hecho de esas mismas obligaciones.

Todo ello independientemente de la pretensión reparatoria o resarcitoria que corresponda en cada caso.

Hasta aquí nuestras primeras reflexiones sobre el tema. Creemos -como se adelantara- que volveremos sobre el tópico en el futuro.

(1) Consideramos a esta figura muy rica, previendo que habremos de volver sobre el tema más adelante.

(2) Fallos 138:157.

(3) Los autores del Anteproyecto señalaban, en los Fundamentos y respecto de este fenómeno, que "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

(4) CCiv.yCom. Nac., Art. 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

(5) CCiv.yCom. Nac., Art. 2º.— Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

(6) CIDH, sent. del 31 de agosto de 2012.

(7) CIDH, sent. del 22 de agosto de 2013.

(8) Ello como regla. Salvedad hecha del caso del art. 2499 del Código Civil, en especial su segundo párrafo aportado por la reforma de la ley 17.711 al señalar que "quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares". "El código de Vélez —dice López Herrera— no estaba pensado para evitar el daño, sino que partía de la base de la concepción decimonónica de la responsabilidad civil como una sanción o reacción frente al daño. Por eso no se encuentra en el Código Civil ningún artículo que explícitamente hable sobre el deber de evitar el daño o de mitigar el ya producido. Sin embargo el principio de no causar un daño a otro es de antigua raigambre y es incluso uno de los tres grandes principios romanos: el *alterum non laedere*. Debido a que no había en el Código Civil ningún precepto que impusiera el deber de evitar el daño, la jurisprudencia lo había encontrado en el art. 19 CN, en cuanto habla de acciones que no `perjudiquen´ a terceros". LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado —RIVERA-MEDINA, directores—, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 994 a 995.

(9) Casos "clásicos" de figuras emparentadas con esta función preventiva dentro del Código Civil son los conocidos supuestos contenidos en el art. 1071 bis que tutela la esfera íntima, la conocida como acción de daño temido (regulada en los arts. 2499 y 2500), el caso del "exceso en la normal tolerancia entre vecinos" del art. 2618 y las figuras relativas a la protección de derechos reales (arts. 2795 a 2799).

(10) En el derecho ambiental se erigen como pautas basilares principios precautorios y de prevención. "A los fines de un adecuado deslinde —y para aventar confusiones terminológicas—, son útiles las palabras del destacado profesor Peyrano —siempre atento a todo aquello que signifique un avance o innovación en el campo del proceso— cuando señala que se debe distinguir el principio precautorio del principio preventivo, también caro éste al Derecho Ambiental. Buen distingo

formula Roberto Andorno al respecto: "el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún comprobado científicamente de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la prevención y la precaución. En el caso de la prevención la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto [...]. En cambio, en el caso de la precaución la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa porque los conocimientos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto". Su partida de nacimiento es germana y data de los años setenta. Surgió como respuesta a la llamada "lluvia ácida" que amenazaba la forestación de toda Alemania; careciéndose, por entonces, de certeza acerca de si era causada por emanaciones de sulfuro de ciertas fábricas, aunque se sospechaba de ellas". CAMPS, Carlos E., "Teoría cautelar ambiental y principio precautorio", Revista de Derecho Ambiental n. 39, Abeledo Perrot, 2014.

(11) "Es una acción de cesación que tendrá lugar en todos aquellos casos en los cuales el daño ya se ha producido, pero la conducta es continuada y se pide su cese. En una enumeración enunciativa, pueden citarse ejemplos las siguientes acciones de cesación de daños producidos por: a) acto abusivo (art. 10, párr. 3º, Cód. Civil), b) acto discriminatorio (art. 1º, ley 23.592), c) acto contaminante (art. 28, ley 25.675), d) acto que perturba a los vecinos más allá de lo tolerable, art. 1973, 2º parr., e) actos violatorios al régimen de propiedad horizontal (art. 2069, Cód. Civil), f) acto violatorio de la intimidad (art. 1770). Estas acciones son imprescriptibles e independientes de las acciones indemnizatorias, porque suponen conductas continuadas. De lo contrario habría que admitir que el paso del tiempo puede purgar la discriminación, la depredación al medio ambiente o la exposición de la vida íntima". LÓPEZ HERRERA, op. cit., ps. 999 a 1000.

(12) "¿ puede ser útil la acción de cese de agravamiento para aquellos casos en los cuales la acción de daños ha prescrito o ha sido pagado. La acción de cese del agravamiento, que tiene un objeto distinto, no

está alcanzada, en principio, por la prescripción liberatoria". LÓPEZ HERRERA, Edgardo, op. cit., p. 1000.

(13) "Conforme art. 1711, esta función preventiva procede siempre que exista la posibilidad de que se ocasione un daño por medio de una acción u omisión antijurídica, no siendo necesaria la presencia de ningún factor de atribución que califique esa conducta activa u omisiva. No es un problema de responsabilidad y por ende no interesa el factor de atribución. Lo que acá interesa es que estamos ante una conducta antijurídica que puede generar un daño". VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LL, ejemplar del 11 de mayo de 2015.

(14) "Interpretamos que para que opere la jurisdicción preventiva, se requiere como presupuesto un comportamiento "antijurídico" (verbigracia la utilización de elementos de limpieza de alto grado de toxicidad, el suministro de energía eléctrica de bajísimo voltaje, etc.). Empero, forman amplia mayoría las opiniones que interpretan que no resulta menester la existencia de dolo o culpa en el destinatario de una acción preventiva para que ésta pueda prosperar. Junto con otros motivos, se hace valer "que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura". BARACAT, Edgar J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código", LL, ejemplar del 13 de julio de 2015.

(15) Vázquez Ferreyra nos ayuda a ubicar la cuestión en su justo cauce. "Ejemplifiquemos. Todo automotor en circulación puede generar daños; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que la conducta debe ser ilícita en sí misma considerada. Por ejemplo demostrar previamente que estamos frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Siguiendo con la ejemplificación podría iniciarse acción de prevención contra determinados vehículos que no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme a las leyes

regulatorias (vgr. Ley de Tránsito). De lo contrario, podríamos llegar a propiciar una avalancha de acciones preventivas injustificadas. Vamos a otro ejemplo. Podremos parar la construcción de determinada obra, pero en la medida que se acredite la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico y que además exista una conducta contraria a derecho por parte del constructor (no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad)". VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., op. cit.

(16) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, op. cit., p. 1000. Obviamente lo que afirma el autor se refiere al caso en que la pretensión preventiva porte el ropaje cautelar. En los demás casos —proceso autónomo o incidental de conocimiento— el daño causado por el eventual abuso en su utilización dará lugar a la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad.

(17) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., op. cit.

(18) Dejaremos para un momento posterior profundizar en la naturaleza jurídica de la sentencia que recae en un proceso donde se ventila la pretensión preventiva. Por ahora, consideramos que si la sentencia establece obligaciones de dar, hacer o no hacer, es de condena. Sin embargo, observamos que hay otras miradas. Baracat, en el trabajo ya referido señala "Congruente con este nuevo fenómeno, Marinoni (Luiz Guilherme MARINONI, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", ED 186-1127) asevera que a la trilogía clásica respecto de la clasificación de la sentencia en declarativas, constitutivas y de condena, hay que añadir una nueva categoría de sentencias que serían preventivas".

(19) Art. 32 de la ley 25.675.

(20) En el artículo aludido, Baracat hace referencia -entre los variados formatos procesales que menciona a los efectos de canalizar la pretensión preventiva de daños- a la medida autosatisfactiva. Otro autor que alude a esta posibilidad es Vázquez Ferreyra en el trabajo que venimos citando. Lo propio hace López Herrera —ver op. cit., p. 1003—. No compartimos tal postura, partiendo de nuestro criterio —ya expuesto en muchas ocasiones— contrario a la validez constitucional de los

institutos que, como la citada medida, permite que un juez disponga medidas condenatorias sin traslado previo a la contraparte y fuera de un proceso principal donde se resguarde debidamente el derecho al debido proceso. En "La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada", JA —Lexis Nexis—1999-III-1091, hace ya muchos años planteábamos nuestra posición al respecto, criterio que no hemos variado hasta ahora. Y que no variaremos mientras siga vigente el art. 18 de la Constitución Nacional —y toda la doctrina edificada en derredor— atinente a la garantía del debido proceso y su componente básico: la necesidad de que exista posibilidad de alegación y prueba para todas las partes antes de toda resolución judicial definitiva.

(21) El supuesto de hecho del leading case de la CS in re "Camacho Acosta", Fallos 320:1633.

(22) El supuesto de hecho de otro precedente señero en la materia. CS in re "Pardo", sentencia del 6 de diciembre de 2011.

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PREVENCIÓN DEL DAÑO ~ ACCIÓN PREVENTIVA ~ MEDIDAS CAUTELARES ~ TUTELA PREVENTIVA ~ TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Título: Tutela jurisdiccional, ¿preventiva pero no razonable y efectiva?

Autor: Sosa, Toribio E.

Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (octubre), 07/10/2015, 7

Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2015-06-25 ~ Duhalde, Eduardo Alberto c. D'Elia, Luis Ángel s/ medidas precautorias.

Cita Online: AR/DOC/2682/2015

1. Exagerando la nota, supongamos que alguien asesina a una persona y es condenada a prisión por varios años. Luego de cumplida la condena,

recupera su libertad. Otras personas temen por su vida y piden a la justicia civil que se le ordene que se abstenga de asesinarlas... Una medida cautelar así, ¿prevendría el o los temidos homicidios? Solo prohibir cautelarmente hacer algo, que jurídicamente no se puede no saber que no debe ser hecho, ¿efectivamente previene que se lo haga?

Si alguien ya hubiera sido condenado a resarcir a otro los daños causados por haberlo vinculado directa o indirectamente a organizaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes a través de los medios de comunicación, ¿necesitaría que se le ordene abstenerse de volverlo a hacer para que sepa que no debe volver a hacerlo?, ¿tendría alguna eficacia preventiva la sola orden de no hacer lo que su destinatario ya sabe que no debe hacer?

No debe confundirse la efectividad y la razonabilidad de una resolución judicial con su abundante fundamentación.

Si se quiere prevenir disuadiendo, la sola orden de no hacer lo que no puede ignorarse que según la ley no se debe hacer —incluso sin necesidad de previa condena judicial, por la nuda operatividad del obvio *alterum non laedere*—, es meramente decorativa y no será efectiva si v.gr. no va acompañada de alguna clase de expreso apercibimiento de sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento.

Es cierto que, pese a la falta de expreso apercibimiento, en caso de incumplimiento deberían sobrevenir consecuencias jurídicas (v.gr. penales, art. 239 CP), pero, si se quiere prevenir disuadiendo, esas consecuencias jurídicas deben ser advertidas para que el destinatario de la orden judicial de no hacer pueda calibrar por qué es conveniente para él no hacer en vez de seguir haciendo.

Se dirá que no es necesario advertir al destinatario de una orden judicial las consecuencias jurídicas de su incumplimiento porque no puede ignorarlas, pero con ese mismo criterio entonces debería admitirse que tampoco sería necesario que se le ordenara no hacer lo que no puede ignorar que no debe hacer.

En fin, aquí no se dice nada sobre la procedencia o no procedencia de la tutela jurisdiccional preventiva del honor —sin duda, el aspecto más relevante a considerar—. Lo que más pedestremente se quiere decir es que, si se decide tutelar preventivamente cualquier bien jurídico, se lo debe hacer a través de medidas idóneas, necesarias y proporcionadas para cumplir esa finalidad, si es que se aspira a una tutela jurisdiccional que pueda ser considerada también razonable y efectiva.

2. El Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994 contiene normas relativas a la tutela jurisdiccional preventiva de la responsabilidad civil, con características que procuran dotarla de efectividad y razonabilidad, sintéticamente:

- a. toda persona debe evitar causar y agravar daños (art. 1710);
- b. cuando sea previsible la futura causación, continuación o agravación de daños, se otorga acción preventiva a quien tenga razonable interés en evitarlos (arts. 1711 y 1712);
- c. la sentencia debe ordenar medidas consistentes en hacer, no hacer o dar, que sean idóneas y necesarias para evitar los daños (art. 1713); es idónea aquella medida que sea útil para evitar los daños y es necesaria aquella medida que lo logra con la menor restricción posible para la libertad del obligado; para redondear la razonabilidad de la medida judicial (art. 3) debe ser proporcionada, es decir, una grave afectación de la libertad del obligado no justificaría una leve satisfacción del derecho del accionante (1);
- d. la advertencia de prudenciales condenaciones pecuniarias punitivas para el caso de que el obligado cause, continúe o agrave los daños, es una medida preventiva posible (arts. 1714 y 1715).

(1) La intensidad en la afectación de un derecho depende de la importancia de la satisfacción del otro derecho. No se justifica la afectación grave de un principio para dar una satisfacción leve a otro principio; la afectación grave de un principio sólo se justifica por una satisfacción grave de otro principio. Ver Alexy, Robert "Epílogo a la teoría

de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios, Madrid, 2004, pág. 51/52.

Voces: PUBLICIDAD ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ LEALTAD COMERCIAL ~ EMPRESA ~ MULTA ~ ENFERMEDADES ~ OBESIDAD ~ CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ PUBLICIDAD ENGAÑOSA ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ ACCION PREVENTIVA ~ ENGAÑO ~ ERROR ~ LEY DE LEALTAD COMERCIAL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Título: La publicidad engañosa

Autores: Brun, Carlos A. Brun, Juan M.

Publicado en: LA LEY 15/09/2015, 15/09/2015, 5 - LA LEY2015-E, 184

Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I ~ 2015-06-09 ~ Sprayette S.A. c. DNCI s/ lealtad comercial Ley 22.802 - Art. 22

Cita Online: AR/DOC/2866/2015

Sumario: I. Introducción. — II. El fallo. — III. Jurisprudencia. — IV. La publicidad comercial. — V. Evolución. — VI. Protección constitucional de la publicidad comercial. — VII. Publicidad Prohibida. — VIII. Publicidad engañosa. — IX. Acción preventiva. — X. Conclusión.

I. Introducción

El fenómeno de la publicidad comercial, con su constante ofrecimiento de bienes y servicios a desprevenidos consumidores, puede llegar a causar a estos, daños, al consumir o utilizar los productos ofrecidos, o incluso, como en el caso dirimido en el fallo que anotamos, simplemente por la expectativa y luego la frustración que puede generar en el público, la lectura del aviso publicitario.

Es por todo ello, que el Derecho ha debido reglamentar legalmente, lo relativo a la publicidad comercial, para tutelar los derechos de los consumidores, y la jurisprudencia de nuestros tribunales realizar una hermenéutica integradora de los distintos regímenes normativos.

II. El fallo

La Dirección Nacional de Comercio Interior aplicó una multa a Sprayette SA, por considerarla incurso en infracción al art. 9 de la ley 22.802 (publicidad engañosa), por la publicación de un aviso en la revista Pronto, con fecha 7/09/2011, en el que se decía que mediante el procedimiento de acupuntura y auriculoterapia "Es posible perder 30 kilos en sólo 30 días", "Todas las personas que han usado este anillo han empezado a adelgazar en las primeras 24 horas", "la acupuntura y la auriculoterapia son dos técnicas comprobadas", "miles de personas han logrado adelgazar, y mantenerse delgados con esta técnica milenaria", "se ha comprobado que estimular ciertos puntos de la oreja (auriculoterapia) ayuda a mejorar el metabolismo e inhibir el apetito", "...estas dos técnicas son usadas en América por médicos y nutricionistas con excelentes resultados. La acción de estas dos técnicas está ampliamente comprobada", "...este sistema cuenta con resultados comprobados".

La empresa no acompañó (a pesar de que fue intimada), ninguna prueba certificada por profesionales, que avalasen la pérdida de 30 kilos en solo 30 días por medio del tratamiento de auriculoterapia.

La Cámara Contencioso administrativa Federal, que revisó la resolución de la Dirección Nacional de Comercio Interior, como consecuencia del recurso interpuesto por Sprayette SA., confirmó la disposición recurrida, considerando que la publicidad cuestionada era inexacta, pudiendo inducir a error, engaño y confusión a los consumidores, por prometer resultados con sustento en estudios que no se acompañaron, generando una expectativa infundada acerca de la posible cura de la obesidad, circunstancia que convertía a la conducta reprochada en grave, debiendo ser severamente sancionada pues el afán de beneficio

comercial no puede poner en riesgo la salud y la vida de los consumidores.

El tribunal claramente tuvo en cuenta, para confirmar la disposición administrativa atacada, que el aviso publicitario cuestionado afirmaba de manera categórica que los tratamientos en cuestión producían la pérdida de peso en forma rápida, no indicándose que ellos son solo un complemento de la dieta tradicional. De esta manera, se generó en el consumidor desprevenido, la idea de que el tratamiento realmente hacía perder kilos de manera rápida, haciéndosele creer (erróneamente) que existían estudios científicos que avalaban los resultados prometidos.

Palmariamente hubo, en el caso en análisis, una incorrección publicitaria, violatoria del principio de veracidad y buena fe, objetivamente idónea para producir, con falsas afirmaciones, creencias equivocadas (engaño) en los consumidores, que, sin mucho análisis, se aferran a creer en la existencia de soluciones "mágicas" para su grave problema de obesidad.

III. Jurisprudencia

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha resuelto otros casos de manera similar; así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V resolvió que "Es procedente la multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior a quien publicó en una página web información relativa a un producto que comercializa y al cual le atribuyó facultades curativas de ciertas dolencias, ya que las abundantes inexactitudes presentes en la publicidad pueden conducir al engaño o error haciéndole creer al lector que efectivamente las enfermedades allí mencionadas pueden curarse con el dispositivo en cuestión" (1).

En el mismo sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala II ha dicho que "la publicidad de un producto que incluye expresiones que se refieren a mejoras en el campo de la salud física provocadas por su uso sin la debida corroboración de esos resultados —en el caso, un electro estimulador

que produciría alivio del stress y de dolores musculares— resulta engañosa, ello debido a su aptitud para confundir al potencial consumidor, que es una conducta vedada por el ordenamiento vigente en la materia —art. 9°, ley 22.802—.” (2).

También en otra causa similar, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III confirmó la multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior por infracción al art. 9 de la ley 22.802. Remarcó que "resulta necesario recordar que el fin que persigue la ley 22.802 de Lealtad Comercial es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios, protegiéndose de este modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art. 42 de la C.N.) (3).

Con respecto a la publicidad que resulta engañosa por informar en forma errónea sobre las cualidades y el contenido de un producto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico Sala A, ha dicho que "el derecho a una información veraz, es uno de los pilares fundamentales en los que descansa toda relación de consumo saludable, pues tanto la falta total de información, como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa son todas variantes idóneas para inducir a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar un cierto servicio". Y es por ello que en el caso en cuestión ha resuelto que "la publicidad de un nuevo producto realizada por una cadena de comidas rápidas, resulta engañosa por la contradicción de su mensaje, pues el nombre Lomo de Luxe , hace pensar que su contenido es uno, mientras que en la descripción de sus componentes se declara que un ingrediente es de otra especie del mismo género, y justamente esta disimilitud recae sobre el ingrediente principal, es decir, sobre la clase de carne que se sirve en el sándwich." (4).

IV. La publicidad comercial

No caben dudas de que el consumidor es una persona desprevenida, queriéndose indicar con esto, que no se encuentra en condiciones, al

adquirir, consumir o utilizar bienes y servicios, de advertir la peligrosidad que ellos puedan contener, que puedan dar como consecuencia la causación de daños en su persona, en su salud o en sus bienes (5).

Tal como indica la autora citada en el párrafo anterior, el fenómeno publicitario potencia los deseos de los consumidores para consumir determinado producto o utilizar determinado servicio.

La publicidad es la herramienta comercial de marketing por excelencia a la hora de conseguir la persuasión y el convencimiento de los potenciales clientes.

Constituye publicidad todo medio de información destinado a permitir a un cliente potencial formarse una opinión sobre los resultados que pueden ser esperados del bien o del servicio que le es propuesto, así como sobre las características de los bienes o servicios ofertados. Así entendida la publicidad, de modo amplio, se extiende al mensaje escrito en la prensa, oral en la radio o aún visual en la televisión. Puede resultar igualmente de información contenida en los documentos comerciales o inscripciones sobre el embalaje de un producto (6).

La publicidad ha logrado un grado de profesionalización tal que, para cumplir con su principal función (7), que es la de "cómo hacer para que mas personas adquieran/utilicen/consuman un determinado producto/servicio", utilizan estudios integrados por profesionales de distintas materias, además de publicistas, como comunicadores, expertos en medios de comunicación, en marketing, sociólogos, psicólogos, etc., los que en el camino para llevar el producto/servicio al consumidor/usuario pueden cometer, en algunos casos en forma deliberada, incorrecciones o ilicitudes que llevan a la causación de daños (con consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales) y que el Estado no debe permitir.

V. Evolución

La publicidad comercial adquiere relevancia, junto con la revolución industrial, cuando se abren los mercados, y la producción en serie y automatizada en líneas de montaje, logra la fabricación de mayor

cantidad de productos en menor tiempo, necesitando el empresario colocar los excedentes en otros mercados. Mediante el mensaje publicitario, el producto sería conocido en lugares distantes, todo esto, luego potenciado gracias a la fuerza expansiva de los medios de comunicación masiva.

Como toda actividad, la publicidad ha evolucionado (8). Con un criterio arbitrario podemos identificar diversas etapas en dicha evolución, ciñéndonos exclusivamente a la publicidad comercial tal como hoy la conocemos:

Primera etapa: En esta etapa la publicidad era necesaria para que el consumidor conociera (y luego adquiriera) el nuevo producto que había aparecido en el mercado (9), resaltando las bondades del mismo; por ello, simplemente mediante el mensaje publicitario (obviamente solo escrito) el producto llegaba a conocimiento de una mayor cantidad de personas.-

Segunda etapa: Cuando comienza la competencia de marcas que fabrican productos similares, la publicidad fue utilizada para resaltar, no solo las bondades del producto, sino, tratar que el consumidor crea que determinado producto es mejor, más rico, dura mas, etc. que el de la marca competidora.-

Tercera etapa: En esta etapa, las bondades del producto, en muchos casos ha pasado a segundo plano; la publicidad también se preocupa por marcar diferencias (estéticas, de nivel social, etc.) entre quienes consumen determinado producto y quienes no lo consumen.

Cuarta etapa: Hoy, sobre todo en nuestro país, con crisis económicas recurrentes, donde las políticas económicas, los errores o mas aún la corrupción de los sucesivos gobernantes, que han ido produciendo un notable deterioro en los ingresos en la mayoría de los habitantes, la publicidad, que conoce dicha circunstancia, incita al consumo, con el solo mecanismo de que, por ejemplo, el consumidor recorte una parte de la envoltura del producto, lo envíe por determinado correo a

determinado programa de televisión y así ingresar en un sorteo para ganarse el auto, el viaje y el millón.....

El consumidor desprevenido, fue prácticamente compelido a adquirir y consumir ese producto, con la sola finalidad de "salvarse a toda costa", sin poder advertir que, si hubo en el mensaje publicitario, incorrecciones, defectos en la información, exageraciones, etc., el producto consumido podría dañarlo.

VI. Protección constitucional de la publicidad comercial

Desde hace años se viene discutiendo si la publicidad comercial goza de la protección del art. 14 de nuestra Carta Magna, con lo cuál forma parte de la libertad de expresión, estando prohibida su censura previa, o por el contrario, su protección constitucional se encuadra solo en la libertad de comerciar (10).

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha considerado que la publicidad comercial está solo limitada por el principio constitucional de libre expresión y la prohibición de la censura previa (11).

De todos modos, la publicidad de determinados productos se encuentra reglamentada, limitada o restringida, por medio de normas generales como la ley de lealtad comercial 22.802, o por regulaciones específicas, como el caso de las bebidas alcohólicas, el tabaco, los alimentos, los medicamentos etc.

Citamos como ejemplos, los siguientes:

La ley 23.344, trae una serie de prohibiciones concretas, no solo para la publicidad de los cigarrillos, sino también exigencias para los envoltorios (como la obligatoriedad de insertar la leyenda "fumar es perjudicial para la salud").

En materia de alimentos, el Código Alimentario Nacional (ley 18.284) prohíbe que la publicidad de productos alimenticios contenga inexactitudes, exageraciones u ocultamientos que pudieren generar error, engaño o confusión.

El art. 9 de la ley de Lealtad Comercial (22.802) prohíbe la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor dispone en su art. 8 que: "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

Por fin, el art. 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del título III (contratos de consumo), del libro III, prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas o que puedan inducir a error al consumidor, que sea abusiva, discriminatoria o peligrosa para su salud o seguridad.

Vemos, pues que estas normas que reglamentan la publicidad comercial, de ninguna manera transgreden la garantía de la libertad de expresión de la que goza, sino que tienden a que el mensaje contenga términos honestos, claros y veraces, velando por los intereses de los consumidores, protegiéndose la libertad, la debida información y la transparencia de esas actividades y relaciones (12).

VII. Publicidad prohibida

En materia publicitaria la regla es, tal como lo adelantamos en el capítulo anterior, la libertad, salvo que se produzca alguna de las prácticas o modalidades que la legislación considera ilícitas o prohibidas por determinadas razones.

Podemos mencionar como publicidades prohibidas o ilícitas, a modo enunciativo a las siguientes:

a) La que atente contra la dignidad de la persona o vulnere valores o derechos reconocidos por la ley, tal como lo dispone el Código Civil y Comercial de la Nación en los artículos 51 y siguientes.

b) La que resulte discriminatoria (art. 1101 inc. c) Código Civil y Comercial.

c) La engañosa, a la que nos referiremos en el capítulo siguiente.

d) La desleal, que denigra al competidor o de cualquier modo induce a confundir con marcas o productos de la competencia o se aprovecha de la buena fe o inexperiencia del consumidor, generando "efectos sugestivos, falsas convicciones, impresiones erradas" en el potencial comprador. La ley de Lealtad Comercial prohíbe este tipo de publicidades, imponiendo las sanciones correspondientes contra aquellos que incumplen con la normativa.

e) La subliminal, que es definida como aquella "que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida". Se recibe el mensaje "pero por debajo del umbral de la conciencia por efecto subliminal (del latin sub limen, por debajo del límite)". (13)

f) La publicidad comparativa, que algunos autores consideran una especie de la publicidad desleal, puede caracterizarse como aquella en la que el oferente "recurra o tome como punto de vista los productos rivales", es que "cada uno puede llevar al público el conocimiento de los artículos que fabrica, sin necesidad de aprovecharse de las virtudes o cualidades del producto similar". Si bien se trata, en principio, de una cuestión entre proveedores en la que el consumidor podría verse beneficiado de comparaciones útiles para realizar su elección, en especial en materia de precios, un análisis más profundo, permite concluir que el exterminio de la competencia por cualquier medio, operará a la larga en desmedro del consumidor, quien tendrá menos opciones para elegir o peor aún, solo tendrá una, que podrá manejar el mercado a su antojo (14). Destacamos que el Código Civil y Comercial dispone que la publicidad comparativa solo está prohibida cuando "conduzca a error al consumidor" (art. 1101 inc. b).

g) La publicidad abusiva, figura que es receptada por el Código del Consumidor de Brasil, al prohibir la que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento o experiencia de los niños, infrinja valores ambientales, o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de modo peligroso para su propia salud o seguridad (15). Nuestro Código Civil y Comercial también prohíbe este tipo de publicidad (art. 1101 inc.c).

VIII. Publicidad engañosa

Podemos definir a la publicidad engañosa como aquella que, violando el deber de buena fe-lealtad, y el principio de veracidad, en virtud del cual el mensaje publicitario no deber inducir a error a las personas, dado su alto poder de inducción al consumo masivo (16), afirma calidades incorrectas o especificaciones no acordes con el objeto o el servicio promocionado, incluyendo exageraciones, inexactitudes, falsas afirmaciones o comparaciones.

Para Santarelli, la publicidad es engañosa, más allá de la intención del emisor, cuando es objetivamente idónea para producir en el consumidor una falsa creencia, inducirlo a un dato equivocado (error), e inclinarlo a una elección económicamente perjudicial para él (17).

Según la directiva 84/450 de la Unión Europea, la publicidad engañosa es toda publicidad que de manera cualquiera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y, que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica, o es capaz de perjudicar a un competidor.

Por lo tanto, el elemento que caracteriza a este tipo de publicidad es la aptitud objetiva que tiene, para producir en el consumidor una idea equivocada del producto o del servicio que se le ofrece.

La ley de Lealtad Comercial en su artículo 9 dispone que "queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o

propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

El Nuevo Código en el artículo 1101 inciso a) prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio. Incluso el art. 1102, otorga a los consumidores una acción de cese de la publicidad ilícita, pudiendo, solicitar también la publicación de anuncios rectificatorios y de la sentencia condenatoria.

En el derecho comparado, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, establece que "es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, lo que incluye la omisión, capaz de inducir en error al consumidor respecto de la naturaleza, características, cualidades, cantidades, propiedades, origen, precio o cualquier otros datos sobre productos o servicios" (artículo 37 ap. 1°) (18).

El sistema del inciso a) del art. 1101 del Código Civil y Comercial, entiende a la publicidad engañosa, como aquella que tiene la capacidad de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir, que puede direccionarse en creencias equivocadas sobre las bondades del producto, su calidad, prestaciones distintas a las ofrecidas o en general cualquier dato que de ser conocido hubiera motivado la no adquisición del bien o servicio (19).

La publicidad engañosa o falsa constituye una deformación de la publicidad comercial que presenta el producto a vender o el servicio a prestar y que tiene por objeto obtener la adhesión de la clientela mediante un mensaje inexacto o tramposo.

En el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores se ha dicho que "la publicidad engañosa frustra las legítimas expectativas generadas en el consumidor haciendo responsable al emisor no solo por el incumplimiento, sino también existe

una responsabilidad autónoma por el quebrantamiento de la confianza depositada en la conducta a seguir" (20).

IX. Acción preventiva

Advertimos que para los hechos como el resuelto en el fallo comentado, devienen muy útiles, los arts. 1711/13 del Cód. Civil y Comercial que recientemente (1/08/15) ha entrado en vigencia, que prevén (dentro de la función preventiva del derecho de daños) la acción preventiva, cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711).

Discrepamos con la terminología de la norma citada en cuanto exige que la acción (u omisión) que eventualmente pueda causar un daño sea "antijurídica". Entendemos que la palabra antijurídica está demás, puesto que el mismo Código define antijuridicidad en el art. 1717, disponiendo que "cualquier acción u omisión que causa un daño es antijurídica si no está justificada". De tal manera, una acción (u omisión) solo es antijurídica si causa un daño; lo que califica de antijurídica a una acción es la causación de un daño; por lo tanto la acción que no causa (o aún no causa) un daño nunca puede ser calificada como antijurídica.-

La sentencia que hace lugar a la acción preventiva, debe disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer (art. 1713), lo que guarda perfecta armonía con lo dispuesto por el art. 1102 (dentro del título de contratos de consumo) que prevé que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez, la cesación de la publicidad ilícita (tal como lo anticipamos en el capítulo VIII del presente).

Por lo tanto, no solo la Dirección Nacional de Comercio Interior, dentro de un procedimiento administrativo, sino también los legitimados mencionados en los arts. 1711 y 1102 ambos del Código Civil y Comercial, ante la sola aparición en un medio de comunicación masivo, de un mensaje publicitario que tenga las características que mas arriba hemos detallado, pueden iniciar una acción judicial preventiva, la que

deberá tramitarse por el proceso de conocimiento mas abreviado que prevea la ley local (art. 53 de la ley de Defensa del Consumidor).

X. Conclusión

Por todo lo expresado más arriba, el fallo en análisis es acertado, pues se encuentra en línea con las normas que rigen la publicidad comercial, fundamentalmente las leyes de Lealtad Comercial, y de Defensa del Consumidor y recientemente el nuevo Código Civil y Comercial, esencialmente en lo que hace al deber de información veraz, tutelando los intereses del consumidor, y corrigiendo los efectos nocivos de la desprevención natural que este tiene, ante el incesante bombardeo publicitario de bienes y servicios, con mensajes tendenciosos que lo conducen al error, lo que le impide la posibilidad de reflexionar acerca de aquella nocividad, y tomar las debidas precauciones

(1) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V D'angelo Daniel Osvaldo c. Dnci - Disp 779/08 (expte S01: 431169/06) - 25/08/2009 Cita online: AR/JUR/36089/2009.

(2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II Amerilab S.A. c/. D.N.C.I. - Disp. 75/13 (Ex. S01:14.202/11).

(3) Expte. N° 22.592/10 - "Falabella S.A. c/DNCI-Disp. 408/10 (Expte. SOI: 86904/08)" - CNACAF - Sala III - 14/02/2011. "Servicios y Productos para Bebidas Refrescantes SRL c/DNCI-DISP. 194/10)" del 28/9/10.

(4) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico Sala A "Arcos Dorados S.A s/ ley 22.802.". 9-ago-2004. MJ-JU-E-12380-AR | EDJ12380 | EDJ12380.

(5) Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora "La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica" Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1989, pág. 73 quien destaca "El consumidor final del producto no interviene para nada en la etapa de fabricación y en la cadena de comercialización, limitándose a aceptar o no el producto final, para cuya difusión y venta ha coadyuvado la publicidad, que incita a consumir sin darle oportunidad

al destinatario de poder reparar sobre las verdaderas bondades del bien que se ofrece".

(6) STIGLITZ, Rubén S. "Prácticas comerciales abusivas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: RCyS 2012-XII, 5.

(7) Tal como expresa LORENZETTI, Ricardo Luis "Consumidores", Ed. Rubinal Culzoni, Bs. As. 2009 pág. 179, existen otras finalidades, como la persuasiva o la informativa.

(8) Para un mejor detalle de la evolución de la publicidad ver Muguillo, Roberto Alfredo, Publicidad Ed. Astrea Bs. As. 2005 págs. 3 y sgts.

(9) JPAZE, María Belén "La publicidad comercial y las prácticas comerciales" en "manual de Derecho del Consumidor "Dante D. Rusconi Director, Ed. Abeledo Perrot Bs.As. 2015 pág. 307 y sgts., nos dice que "La producción de bienes en serie y en forma masiva llevó al sector empresario a desarrollar técnicas de comercialización adecuadas para la colocación de los productos en el mercado. Las nuevas industrias se vieron obligadas a generar una demanda proporcional a su capacidad productiva, a idear nuevos mecanismos de instalación de sus productos".

(10) Para un estudio de la evolución del tema en el derecho comparado, ver Bianchi , Enrique Tomás y Gullco, Hernán Víctor "El Derecho a la libre expresión", Librería Editora Platense SRL La Plata 1997 págs. 277 y sgts.

(11) Japan Tobacco Inc. c/Massalin Particulares SA." CNCivCom Fed, Sala I, 14/6/2011, LL. 2001-E-596.

(12) MUGUILLO, Roberto Alfredo "ob. cit." p. 240.

(13) SCHVARTZ, Liliana. "Publicidad y Consumidor". eDial.com DC32D.

(14) Idem 9.

(15) Art. 37 Código del Consumidor de Brasil.

(16) MUGUILLO, Roberto Alfredo "ob. cit." p. 220.

(17) SANTARELLI, Fulvio en Picasso-Vázquez Ferreira. "Ley de Defensa del Consumidor" T° 1. Ed. La Ley, año 2009, p. 107).

(18) STIGLITZ, Rubén S. "Prácticas comerciales abusivas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: RCyS 2012-XII , 5. BENJAMÍN, Antonio, "Código Brasileiro de defesa do consumidor", Forense Universitaria, 1991, p. 147.

(19) TAMBUSI, Carlos E. "La publicidad prohibida en el nuevo Código". LA LEY 28/07/2015, 1.

(20) III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, en el año 2010 y en homenaje al profesor Dr. Roberto M. López Cabana.

Voces: SOCIEDAD COMERCIAL ~ ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD ~ RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL ~ RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ~ PREVENCION DEL DAÑO ~ INDEMNIZACION ~ ACCION PREVENTIVA ~ ACCION DE RESPONSABILIDAD ~ INSOLVENCIA ~ CONCURSOS Y QUIEBRAS ~ QUIEBRA ~ CONCURSO PREVENTIVO

Título: La acciones de responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia y la normativa del Código Civil y Comercial

Autor: Boquin, Gabriela Fernanda

Publicado en: RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 185

Cita Online: AR/DOC/2480/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Cambios que produjo la sanción del Código Civil en el régimen de responsabilidad de administradores.— III. Conclusiones

Abstract: La nueva legislación nos propone una mirada integradora a la hora de merituar la responsabilidad de los administradores sociales respecto de terceros, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando la misma a través de normas del derecho común que priman o superan a las existentes en la ley de sociedades y aun concursales que regulan la cuestión. Esta visión integradora permite un análisis adecuado de los presupuestos propios de la teoría de la responsabilidad civil que nunca fueron ajenos a la materia comercial.

I. Introducción

El código civil y comercial tiene una incidencia fundamental en el ejercicio de las acciones de responsabilidad. Los cambios en materia de daños introducidos influyen en forma directa en este tipo de demandas de recomposición de activos ya sea que la vía procesal utilizada sea la acción societaria (art. 175 LC) o la típicamente concursal, lo que producirá cambios inminentes en la Jurisprudencia comercial que trata esta temática.

A modo simplemente introductorio considero que las modificaciones tienen influencia respecto:

- 1) La desaparición de diferencias por la equiparación de las consecuencias en acciones de naturaleza diversa como lo son las de responsabilidad de los administradores frente a terceros (art. 1716).
- 2) Las conductas reprochables que puedan quedar comprendidas no sólo en la etapa falencial sino en la concursal, y aún antes de instalado el estado de cesación de pagos, atento la especial apreciación de la función preventiva de la responsabilidad civil.
- 3) La nueva concepción del factor de atribución "dolo" (art. 1724) y la posibilidad de que exista el deber de responder con un factor de adjudicación objetivo (por ejemplo en el caso de las obligaciones de resultado, art. 1723).

- 4) Se facilitaría la prevención de la insolvencia de los deudores por parte de los mismos acreedores por medio de la acción preventiva (art. 1711).
- 5) El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad que pasó de dos años a tres para el caso de la societaria ejercida en la quiebra (art. 2561).
- 6) Existencia de una causal de suspensión especial del plazo prescriptivo de las acciones de responsabilidad contra administradores (art. 2543 inc. d) y otras generales de interrupción (art. 2546).
- 7) En relación al nexo causal, la imposición de la teoría de la "causalidad adecuada" (art. 1726).
- 8) La identificación de la antijuricidad con la producción de un daño no justificado (art. 1717).
- 9) Los alcances de indemnización que debe ser comprensivo de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726 y art. 1727).
- 10) La posibilidad de extender el alcance de las consecuencias reparables por el mayor deber de previsibilidad de las mismas que pueden recaer sobre el administrador (art. 1725).
- 11) La posibilidad de considerar las consecuencias dañosas del obrar de un administrador de una sociedad infracapitalizada en las previsiones de los arts. 1757 y 1758.
- 12) En la acción de responsabilidad individual prevista en el art. 279 LS ejercida por el socio de la sociedad fallida contra los administradores de ésta, podrá reclamarse el daño indirecto producido en el patrimonio de aquel por la merma o desaparición del valor de la acción o participación social.
- 13) La influencia del valor dado al silencio (art. 263) a los fines del cumplimiento del recaudo impuesto por el art. 119 LCQ en las acciones típicamente concursales.

Así, con esta enumeración (que de ninguna manera considero completa) comprobamos que a pesar de que los autores del Código Civil y Comercial han aclarado que la ley de concursos no sería modificada por la unificación, lo cierto es que ello es una verdad a medias pues la reforma del derecho de daños es profunda e influye en forma directa en las acciones de responsabilidad que se pueden ejercer frente a la insolvencia del deudor.

II. Cambios que produjo la sanción del Código Civil en el régimen de responsabilidad de administradores

Trataré en forma sintética algunas de las cuestiones enunciadas en el epígrafe para una mejor comprensión de la temática que se intenta abordar:

1) Derogación del sistema dual de responsabilidad

Resultó, a mi criterio, siempre erróneo encuadrar las acciones de responsabilidad de los administradores dentro de la concepción dual clásica que dividía en contractual o extracontractual el régimen de reparación de daños.

La cuestión no es menor pues el equivocado posicionamiento llevaba a conclusiones también erradas tales como las referidas a la extensión del quantum indemnizatorio, los plazos de prescripción de las acciones, la apreciación del factor de atribución de imputabilidad y aún respecto de quienes son los sujetos activos y pasivos legitimados.

La tesis tradicional expuesta por la doctrina declaraba que cuando a terceros reclamantes se refiere, los administradores responden frente a ellos en el marco normativo previsto por el Código Civil para la responsabilidad extracontractual ya que entre los sujetos involucrados no existiría contrato que permita extraer una conclusión en contrario.

Con la reforma sancionada ya no existen dudas respecto a este tópico pues el Código rige para las relaciones civiles y aún comerciales. La responsabilidad de los administradores será normada por las leyes de sociedades y concursos en lo que atañe a la cuestión pero las

concepciones de fondo están específicamente contempladas en el nuevo cuerpo legal.

El abandono al sistema dual de clasificación de culpas ya se encontraba instalado en el derecho francés. Autores de la talla de Denis Mazeud ⁽¹⁾ así lo hacen saber: "...podemos afirmar que el principio de distinción entre los dos órdenes de responsabilidad descansa esencialmente sobre dos consideraciones de técnica jurídica; fundamentalmente, es un principio de derecho sabio que, como lo hemos constatado, se plasma en el derecho positivo y se rompe en el derecho prospectivo, por razones de política jurídica, precisamente en nombre del imperativo de indemnizar a las víctimas. En suma, este principio se doblega progresivamente de cara a las exigencias del derecho viviente el que tiene finalmente, y por suerte, siempre la última palabra...".

Ahora bien, el art. 1716 del CCC considera que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado. La reforma amplía el sistema del Código de Vélez en cuanto consideración del presupuesto básico de la responsabilidad impuesto por el art. 1109 CC, que determinaba el deber de reparar cuando se causa un daño.

Es así que quedaría equiparado el art. 506 del CC con el 1109 del mismo cuerpo legal, no existiendo ya más diferencias entre ambos tipos de responsabilidad.

2) Factores de atribución de responsabilidad. Simplificación de la definición dolo

La nueva concepción del factor de atribución de responsabilidad subjetivo "dolo" implicará concebir como dolosas muchas actuaciones que hasta la sanción de la ley 26.994 eran aplicadas como culposas y que por ende escapaban a la posibilidad de apreciarlas en las acciones de responsabilidad concursal

Sabido es que la jurisprudencia comercial debate equívocamente sobre las definiciones e interpretaciones del factor de atribución de responsabilidad "dolo" existiendo en la actualidad una posición aislada

pero contundente de la sala E que lo define como "cualquier acto o complejo de actos que impliquen una disposición patrimonial, cumplidos por las personas designadas para la administración de la sociedad, con abuso de poderes o violación de los deberes inherentes a su calidad, con la intención de conseguir para sí o para otro un injusto provecho, con daño a la sociedad y a los acreedores". (2)

En realidad esta definición sólo describe una conducta tipificada en el código penal en el art. 173 inc. 7º, pero de ninguna manera podemos considerarla una dilucidación del factor de atribución dolo que se encuentra perfectamente definido en los arts. 506, 931 y 1072 del Código Civil. Sucede que a poco que nos adentremos en el porqué de esta concepción forzada del elemento "dolo", veremos que fue sustraída de una obra penal. Así los camaristas intervinientes citan a NUVOLONE, V., en el "Il diritto penale del fallimento" citado por Bergel María Salvador en "Responsabilidad de terceros en la quiebra", JA 1981-I-742.

Ingresando ya entonces a las concepciones penales del dolo aprecian como factor de imputabilidad al dolo eventual, concepto privativo del derecho penal pero no del comercial o civil, calificando estas administraciones como aquellas que se obran con tal desaprensión y ligereza que omitiendo los recaudos más elementales de cuidado y prevención, por lo cual el autor de esa conducta no puede dejar de representarse las consecuencias derivadas de sus actos.

Quizás esta extraña elaboración se deba a la dicotomía existente entre los diversos fallos en los cuales conductas encuadrables claramente en el delito tipificado en el art. 301 de Código Penal, quedan sin reproche comercial vayan como ejemplo: CNCom. Sala D en el caso "Corrugadora Latina" del 26/04/2010 ante la inexistencia de activos, la desaparición de los administradores y ausencia de toda contabilidad se aprecia que no existe conducta dolosa de los administradores que permita el ejercicio de la acción de responsabilidad (3), o en el caso "GPCom SRL" la Sala B de la Cámara Nacional Comercial el 29/03/2010 con casi los mismos presupuestos fácticos considera que no hay daño ni relación de causalidad entre los hechos reprochables y los pasivos insatisfechos. Gran diferencia con el derecho español, donde la existencia de pasivos

insatisfechos ya son de por sí el presupuesto de demostración cabal de la existencia de daños.

La única norma similar existente en nuestra legislación es el art. 99 LS que prevé la responsabilización de los administradores por todos los pasivos sociales en caso de que acaecida una causal de disolución y siendo que sus actos no se encaminen hacia la liquidación excediendo esta actividad.

El Código Civil de Vélez contenía tres acepciones del dolo diferentes:

- a) Dolo delictual: entendiéndolo como el acto ejecutado a sabiendas con la intención de dañar la persona o intereses del otro (art. 1072 del CC).
- b) Dolo como vicio de la voluntad definiéndolo como todo aseveración de lo que es falso y disimulación de lo que es verdadero (art. 931 CC).
- c) Dolo obligacional, que resulta del incumplimiento deliberado de una obligación que tengo a mi cargo (art. 506 CC).

El debate se instalaba cuando se pretendía aplicar el dolo obligacional respecto de la responsabilidad generada por los administradores por daños ocasionados a terceros.

El Código Unificado ha vuelto estéril la discusión pues en el art. 1722 lo define con claridad: "el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", acercándose de esa manera al concepto de dolo eventual del Código Penal, quedando por ende comprendidas varias conductas que serán claramente dolosas de acuerdo a esta reinterpretación o definición del dolo civil.

¿Quién podría dudar ahora con esta nueva concepción que es un obrar doloso del administrador no poseer documentación respaldatoria de la actividad empresarial, haber perdido los libros sin intentar reconstruirlos, haber generado números pasivos con una sociedad infrapatrimonializada sabiendo que esas obligaciones serían insatisfechas al momento del cobro? Tómese ello como ejemplo para no

enunciarse otras conductas típicas reprochables que se repiten de continuo en los expedientes que reclaman la responsabilidad de estos sujetos.

Ahora bien, son pocas las diferencias entre el obrar con dolo o culpa para el agente pues en contraste de lo que se determinaba en el Código de Vélez cuya normativa preveía en el art. 521 una responsabilidad mayor en el caso de que existiera dolo estableciendo "Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas", en el Código Civil y Comercial unificado ante la presencia de cualquiera de los factores de atribución subjetivos de responsabilidad se responden por consecuencias, inmediatas (4) y mediatas previsibles.

Las únicas dos diferencias relevantes cuando existe dolo es que el Juez no podrá atenuar o morigerar la indemnización resultante cuando resulte equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias de hecho (art. 1742). Además el art. 1728 extiende la responsabilidad en cuanto la previsibilidad contractual: así cuando hay culpa se responde por las consecuencias mediatas previsibles al momento de la celebración y en caso de dolo la previsibilidad se extiende tomando en cuenta también el momento del incumplimiento.

Esta nueva acepción del dolo civil semejante al dolo eventual penal determinará que ciertas conductas reprochables a los administradores, representantes, mandatarios o gestores de negocios antes sólo calificadas como culposas sean consideradas dolosas y por ello susceptibles de ser cuestionadas a través de una acción de responsabilidad concursal en la medida que se encuentren vinculadas con la producción, facilitación, permisión o agravamiento de la situación patrimonial del deudor y su insolvencia conforme lo dispone el art. 173 LC.

3) Nuevas acciones que instalaría el proyecto

El Código prevé la acción preventiva en su art. 1711. Tengamos presente que el nuevo sistema que se ha instalado contempla dos funciones básicas de el derecho de daños.

1) Prevención del daño.

2) Su reparación.

El deber de prevención se encuentra descripto en el art. 1710 al determinar que el mismo abarca la obligación de evitar un daño no justificado, la adopción de buena fe de las medidas razonables para evitar que se produzca, no agravándolo si ya se produjo.

De esta forma la acción preventiva adquiere una importancia vital para anticiparse al estado de cesación de pagos o a los daños que este pudiera producir, encontrándose legitimado para interponerla todo aquel que acredite un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé. Ello ocurrirá cuando una acción u omisión antijurídica (ejemplo no elaboración de balances, no presentación de declaraciones juradas fiscales, incumplimiento en el pago de aportes previsionales, la infrapatrimonialización societaria) hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Debemos reconocer que esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la insolvencia de la sociedad (aunque no sea un presupuesto exigible para su existencia) pues en la práctica el acreedor procurará accionar contra un administrador en la medida que su acreencia no se vea satisfecha en debido tiempo y forma.

No caben dudas que en el ámbito mercantil, por el estándar de conducta que le impone el art. 59 de la ley 19.550, el administrador es un verdadero profesional que custodia bienes e intereses ajenos y por ende su deber de obrar con la mayor prudencia y diligencia permitirá analizar su culpa como grave cuando en casos que al hombre común solo se le reprocharía una simple omisión o una culpa más que leve. A ello se le suma lo dispuesto por el art. 1725, CCC que determina en concordancia con el art. 902 de Código de Vélez que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la

diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Agrega que cuando existe una "confianza especial" (sabemos que la base de la designación de un administrador es la "fiducia") se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes, agregándose en el párrafo siguiente que cuando hay una confianza especial se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

En definitiva el nuevo Código busca reparar el daño y más que nada prevenir los efectos de eventuales hechos dañosos y del agravamiento de las consecuencias una vez producido el mismo. Es que la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades y ya no sólo es resarcitoria sino también preventiva, ha avanzado por sobre el requisito de la antijuridicidad formal siendo suficiente la antijuridicidad material y los actos ilícitos atípicos. (5)

En cambio la jurisprudencia mercantil, pareciera que en muchos fallos se sigue afirmando en la idea de que más que un resarcimiento, la responsabilidad por daños es sancionatoria y en este criterio es entendible, aunque primitivo, apreciar restrictivamente la prosperidad de las acciones de responsabilidad contra administradores y socios. Bueno, en este sentido la reforma operada obligará a los Tribunales a adaptarse a este nuevo sistema y especiales paradigmas reparatorios.

4) Otras reformas a tener en cuenta

En este breve análisis sólo describiré algunas otras reformas que influirán en las acciones de responsabilidad societarias y concursales a saber:

1) Identificación genérica de daño con antijuridicidad: el art. 1715 establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sino está justificada.

2) Equiparación de la responsabilidad objetiva con las obligaciones de resultado: el art. 1720 establece que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. Y el art. 1721 establece que cuando por las

circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado su responsabilidad es objetiva.

Varios son los trabajos doctrinarios, en el punto cito especialmente al Dr. Emilio Moro (6) que aprecia a la obligación de elaborar balances como obligación de resultado y no de medios.

3) Posibilidad de la consideración de la responsabilidad objetiva de los socios y administradores ante la infrapatrimonialización societaria, pudiendo considerar la actuación de la misma como actividad riesgosa, atento la injusta traslación de riesgosa terceros, conforme las previsiones del art. 1757.

4) El plazo de prescripción para la acción de responsabilidad societaria, ya derogado el art. 848, es de tres años (art. 2561) pero previéndose en el art. 2543 una particular causal de suspensión del plazo: mientras los administradores o integrantes del órgano de administración continúen en el ejercicio del cargo este no comienza a correr.

Además y con relación a este tema y las acciones de responsabilidad debemos apreciar el cambio en la redacción del artículo que considera la interrupción del plazo de prescripción pues el art. 2546 determina que cualquier petición judicial ante autoridad judicial formulada por el titular del derecho que traduce la intención de no abandonarlo (aunque se defectuosa) sirve a los efectos interruptivos. Es decir el pedido de la fijación de fecha de inicio del estado de cesación de pagos, la consideración del inicio de las acciones de responsabilidad expresado en el informe general, la búsqueda de las autorizaciones de los acreedores, el incidente de investigación iniciado a esos fines sirven para interrumpir el plazo prescriptivo de las acciones que en el derecho concursal será de dos años para las típicamente falenciales y de tres para las societarias.

5) Finalmente no debemos considerar un tema que no es menor el abandono de la teoría de la causa eficiente por el más razonable de la causa adecuada a los fines de establecer el nexo causal entre la conducta reprochada y el daño no justificado.

6) La acción individual de responsabilidad del socio contra los administradores sociales en la quiebra de la sociedad y la posibilidad del reclamo del daño indirecto producido en el patrimonio del socio por la mala administración del ente.

Es unánime la jurisprudencia comercial y la tesis mayoritaria de la doctrina (7) que rechaza la acción de responsabilidad individual iniciada por el socio si no existe un perjuicio directo en el patrimonio del accionante perderá vigencia en virtud de art. 1739, nueva norma del Código Civil y Comercial.

La doctrina judicial mercantilista ha consagrado injustamente la desaparición fáctica del reclamo por vía de la acción individual del socio perjudicado por el mal desempeño de los administradores sociales bajo la consideración que el art. 279 de la ley de sociedades sólo le reconoce legitimación, aún en caso de quiebra, cuando existe un perjuicio directo sobre su patrimonio. Así fueron rechazadas todas las acciones que iniciadas por un socio reclamaban el perjuicio sufrido por la quiebra de la sociedad, que había sido llevada a esa situación falencial por el mal desempeño de los administradores que por culpa o dolo habían violado la ley, el estatuto o el reglamento.

Considerando que el daño producido en el patrimonio del socio por la quiebra de la sociedad era indirecto se exoneraba de responsabilidad a los administradores infieles por la ausencia de reconocimiento de legitimación activa.

Este requerimiento jurisprudencial de la demostración de un daño directo al patrimonio, presumía y alegaba que el daño ocasionado a la sociedad que deriva en un menor valor en el mercado de la porción accionaria no es suficiente para acreditar el extremo exigido.

En este sentido se ha dicho que "La acción individual de responsabilidad prevista en el art. 279 de la ley de sociedades (Adla, XLIV-B, 1310) sólo puede referirse a los daños personales sufridos por el accionista, pero éste carece de legitimación cuando se trata de un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de

la misma naturaleza que el de todos los demás accionistas. ...La acción individual de responsabilidad está condicionada a que el accionista sufra un perjuicio directo en su patrimonio, y no uno indirecto o mediato a través de la afectación del patrimonio social... La acción individual de responsabilidad prevista en el art. 279 de la ley de sociedades (Adla, XLIV-B, 1310)...Todos los terceros conservan siempre su acción individual, incluso en caso de quiebra de la sociedad, por los derechos propios que hubieren sido lesionados por actos de comisión u omisión del directorio. Pero dicha acción individual está condicionada a que el accionista sufra un perjuicio directo en su patrimonio, y no en forma indirecta o mediata a través de la afectación del patrimonio social...". (8)

Ahora bien esta injusticia notoria se vería subsanada por el imperio de los nuevos artículos del Código Civil y Comercial que prevén que se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles exista dolo o culpa por parte el dañador, considerando como indemnizable el daño el directo y el indirecto.

Es más en el punto el art. 1739 CCC expresamente dice: "para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable, y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador".

Por otro lado deja en manos de los jueces la previsibilidad del daño quienes valorarán la conducta conforme una norma muy parecida al 902 del Código actual. La diferencia existente entre la vieja y nueva norma (art. 1725) radica en que la mayor exigibilidad en el deber de obrar se ve traducida en las dimensiones de la previsibilidad del daño mediato ocasionado.

Ya no habrá diferencias como en la actualidad respecto de las consecuencias reparables según haya dolo o culpa. La diferencia entre el obrar doloso o culposo solo genera como consecuencia que el juez de equidad no podrá morigerar la indemnización teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y patrimoniales de la víctima y el dañador.

Obsérvese que el sistema que hasta ahora nos regía sólo preveía la responsabilidad por las consecuencias mediatas (art. 521 Código Civil) cuando se ha obrado dolosamente (art. 506 Código Civil). Ahora bien conforme las disposiciones del art. 1726 CCC son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado con el hecho productor del daño indemnizándose las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles

Por otro lado el art. 1737 del Código Civil y Comercial se diferencia del art. 1068 Código Civil, al conceptualizar el daño, considerando que este existe 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, agregando el art. 1738 en su parte pertinente, que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención, y la pérdida de chance...".

En base a estos presupuestos normativos enunciados por la reforma y las circunstancias fácticas que generalmente son consideradas como conductas reprochables observamos lo equivocada de la jurisprudencia, que actualmente en forma mayoritaria, afirma como verdad revelada que el accionista no puede reclamar vía una acción de responsabilidad contra el administrador el daño que ocurrido a la sociedad erosiona su propio patrimonio al no apreciarlo como daño directo o inmediato.

Y si bien es cierto que el daño no es directo es clara la existencia de uno indirecto acaecido en el propio patrimonio del socio si existe conductas desaprensivas en la custodia de los bienes sociales o respecto de la ausencia de contabilidad que permita desentrañar la realidad patrimonial del ente que ha quebrado pues ello conlleva a la merma en el valor de la acción que influye indirectamente sobre los activos del socio víctima de la incompetencia, del incumplimiento o de la negligencia del administrador de la sociedad.

El reconocimiento de este daño y su carácter de indemnizable esta previsto en la legislación pasada, no sólo en el art. 521 que determinaba

su reproche al sujeto incumplidor deliberado, sino en la letra de la misma definición de concepto "daño" prevista en el art. 1068 del Código Civil que preveía como daño resarcible no sólo al ocasionado directamente a las cosas que están bajo el dominio de la víctima sino también al producido indirectamente sobre los derechos y facultades de la misma. Pero a pesar de que la letra de la norma era clara la jurisprudencia fue adversa al progreso de estas acciones conforme he descripto más arriba.

Consagrada ya la reforma sobre el tópico sólo queda decir no más debate, no más injusticias: la acción individual del accionista prospera en caso de quiebra cuando el daño producido a la sociedad produce aún un daño directo en el patrimonio del accionante debiendo el administrador responder por los actos y omisiones que lo hayan generando por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de su obrar.

7) El requisito de la autorización de los acreedores requerida por el art. 119 LCQ y el valor dado al silencio conforme art. 263 CCC.

He sostenido en reiteradas publicaciones que el silencio de los acreedores frente al requerimiento de expedirse sobre si conceden, o no, la autorización a la sindicatura a fin de que promueva acciones de recomposición patrimonial, no constituye una manifestación de voluntad positiva.

Ello teniendo en cuenta que los fines de la modificación impetrada por la ley 24.522 al régimen de la revocatoria y responsabilidad concursal han sido, sin lugar a dudas, lograr una mayor participación de los acreedores, que con su autorización permiten la persecución de tales actos y evitar el inicio indiscriminado de acciones que luego traerían aparejado la carga de las costas al concurso en desmedro del activo falencial. (9) Así fue que consideré que en la práctica presenciamos la destrucción del instituto que nos ocupa ante el desinterés individual de los acreedores en este tipo de acciones, trayendo aparejado la impunidad del fallido y de los terceros que hubiesen participado en los

actos perjudiciales y la ausencia de ingresos de activos por estas vías a la masa falencial.

Muchas han sido las críticas sobre el punto en cuestión y denodados han sido los esfuerzos de los doctrinarios y magistrados para salvar de una desaparición segura a la acción revocatoria concursal.

Sostuve en esa publicación que si bien la finalidad de la jurisprudencia mayoritaria es mirada con agrado por los litigantes en la materia, advertí como un peligro para las instituciones hacerle decir a la ley aquello que en realidad no dice.

Y ante la pregunta de si el juez puede fijar los alcances del silencio de los acreedores cuando de la norma concursal ello no surge, la respuesta aparece del texto legal. Pues tal como está redactado el art. 119 de la ley 24.522 parece claro que sólo admite una manifestación positiva expresa y no tácita para considerar que existe verdadera autorización.

Pues el silencio en nuestro derecho no significa sólo permanecer callado sino también adoptar una conducta que implique una exteriorización de voluntad. Por ello mismo, opuesto el requerimiento de autorización para iniciar una acción de responsabilidad o ineficacia falencial, sólo podía significar la negativa por parte del acreedor a tales fines. Para que el silencio pudiese valer como declaración de la voluntad era necesario que la persona que silencia, haya estado en el deber de explicarse en determinado sentido ya sea por imposición de la ley, ya sea por las relaciones de familia o a causa de una relación entre el silencio actual y declaraciones precedentes. Todas estas son situaciones excepcionales que no podían extenderse analógicamente, por lo que fuera de ellas el silencio carecía de valor jurídico.

La norma del Código Civil, art. 919, indicaba en qué casos el silencio (especie de declaración indirecta) debe ser considerado como manifestación de voluntad declarada. De tal modo, la obligación de expedirse por la ley no podía ser genérica, abstracta o indeterminada, debía referirse a una ley particular, a una concreta relación de familia o a definidas declaraciones efectuadas.

La autorización de los acreedores es la condición sine quo non para el ejercicio de la acción por parte de la sindicatura. La falta de autorización es un impedimento para demandar. La misma sólo podía provenir de una manifestación expresa de la voluntad en tal sentido.

El silencio guardado por el acreedor respecto de una intimación cursada judicialmente para que otorgue la autorización, no permitía a mi criterio afirmar que aceptaba la tramitación de dicha acción, puesto que no se trata de ninguno de los supuestos previstos en el art. 919 Cód. Civil en los cuales existía obligación legal de expedirse.

Interpretar que el silencio sustituye a la autorización implicaba darle una vuelta absoluta a la letra de la ley, haciéndole decir lo que en realidad no decía, ya que legitimaríamos al síndico a promover la acción siempre, a menos que una mayoría de acreedores verificados y declarados admisibles se opusieran expresamente.

Sostuve que tampoco puede aplicarse el art. 118 del Código Civil a la figura en cuestión considerando al silencio como una manifestación tácita de la voluntad. Ello es así por cuanto dicha expresión sólo podrá ser considerada positivamente cuando no se exija una expresión de voluntad manifiesta en tal sentido como lo hace la ley concursal al requerir una autorización. El art. 119 de esa ley exige una declaración de la voluntad positiva.

Concluí siempre que el silencio no puede tenerse como manifestación positiva de la voluntad del acreedor para habilitar al funcionario sindical al inicio de la acción de ineficacia concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos, aun cuando hubiese sido intimado a manifestarse bajo apercibimiento de tener su silencio por autorización.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, hecha esta aclaración, debo señalar que el nuevo Código Civil y Comercial han cambiado mi posición al respecto por la nueva redacción de la norma.

En tal sentido, el art. 263 del citado ordenamiento dispone que "El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación,

excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que pueda resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

La jurisprudencia mayoritaria del fuero comercial capitalino considera que el silencio del acreedor debe ser apreciado como conformidad al inicio de las acciones de ineficacia o de responsabilidad concursal cuando éste fue notificado por un medio tal que garantice que ha tomado real y efectivo conocimiento de la intención del funcionario concursal al respecto.

Para ello, podría utilizarse la notificación por cédula o mediante audiencia convocada a tales efectos. Al respecto sostienen las salas de esa Cámara que la exigencia de una voluntad inequívoca por parte de los acreedores, habida cuenta de la falta de especificación en la ley no es incompatible con un sistema de autorización tácito cuando la cédula respectiva contiene la previsión de que el silencio será interpretado como autorización. (10) Por ende, esa jurisprudencia mayoritaria, a la luz de las pautas fijadas por el nuevo art. 263 del CCC, me llevan a reconsiderar la cuestión y a interpretar que la admisión del silencio como manifestación de voluntad positiva por parte de los acreedores al inicio de las acciones de recomposición patrimonial, configuran un uso y práctica del fuero que habilitan la expectativa por parte de los legitimados activos que han obtenido las mayorías necesarias para demandar.

Ello en la medida en que la intimación contenga la advertencia de que se cursa bajo apercibimiento de considerar el silencio como manifestación de voluntad positiva, lo que en el caso ocurre.

III. Conclusiones

En definitiva esta nueva legislación nos propone una mirada integradora a la hora de merituar la responsabilidad de los administradores sociales respecto de terceros, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando la misma a través de normas del derecho común que priman o superan a las existentes en la ley de sociedades y aun concursales que

regulan la cuestión. Esta visión integradora permite un análisis adecuado de los presupuestos propios de la teoría de la responsabilidad civil que nunca fueron ajenos a la materia comercial.

Probablemente se debata que la apreciación de estas normas del código de fondo a los efectos mercantiles parecieran fuera de la especialidad que nos convoca pero al respecto solo manifestaré que la jurisprudencia mercantil ha quedado rezagada por la civil u aún por laboral en materia de daños y extensión de la responsabilidad a socios y administradores ante conductas como las que justifican a una acción de responsabilidad individual en el presente.

Habrà voces que consideren que en caso de responsabilidad de una administrador sólo se aplica la ley de sociedades, pero estas argumentaciones poca vida tendrán desde el momento que es el código de fondo que determina el concepto del daño, cual es el indemnizables y las consecuencias que deben repararse, careciendo la ley 19.550 de previsiones semejantes.

Lamentablemente esta actitud y tendencia sólo lleva al descrédito de las instituciones comerciales y a la violación permanente de la buena fe comercial lo que se verá subsanado gracias al nuevo articulado que ya no distingue para su aplicación en materia mercantil o civil.

(1) "Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: el provenir de la distinción del derecho francés" traducción de Rodolphe Julien Alain TERABACI. El Dial.com_DC 1707, publicado el 14/10/2011.

(2) CNCom., Sala E "Aeroposta S.A. c. General Electric Capital Corporation s/ Acción de responsabilidad" (04/04/2011) considerando la responsabilidad de terceros. CNCom., Sala E, "Rotográfica Argentina S.A. s/ quiebra c. Llenas y Cía. S.A. s/ ordinario", 13/04/2011 tratando la Responsabilidad de un gestor de negocios.

(3) Idéntico sentido la Sala A en "Editorial River SA o en Cobex c. Pisana" donde la Sala C exige prueba "positiva" del dolo.

(4) El art. 1727 refiere a el tipo de consecuencias explicitando que las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas son las consecuencias inmediatas,. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto se llaman en este Código consecuencias mediatas: las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias causales.

(5) Ricardo LORENZETTI en la misma op. cit. invocando a ORGAZ, Alfredo, El acto ilícito, t. 140, p. 1104.

(6) Las obligaciones de resultado 'fragmentarias', el legado de Demogue y una realidad que se impone en materia de administración societaria, en "XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial. Responsabilidad Empresarial", Santa Fe, 2009, p. 179 y ss.

(7) MASCHERONI-MUGUILLO, Régimen jurídico del socio, Astrea, p. 123; VERÓN, Sociedades comerciales, t. 4, p. 334, ARECHA-GARCÍA CUERVA, Sociedades Comerciales, ps. 403 y 404, MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Los directores de las sociedades anónimas" ps. 424/5, GAGLIARDO, Mariano, "Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas" ps. 267/270, ZALDIVAR, MANÓVIL, ROVIRA, SAN MILLÁN, Cuadernos de derecho societario, t. 1, ps. 307 y 308 entre otros.

(8) CNCom., Sala A, 10/06/1997, "Saunier Gastón c. Peña de Prendes Marta y otros", LL 1998- A-189. En el mismo sentido CNCom. Sala D 22/09/2010 "Pérez, Héctor Pedro c. Scharer S.A.I.C. s/ ordinario", CNCom. Sala C 30/06/2011 "Goldadler, Sebastián c. Blacher, Ángel S/ ordinario", CNCom., Sala E, 16/05/1995, "Peacan, Nazar R. c. Torres Astigueta SA", LL 16/05/1995 entre muchos otros.

(9) BOQUIN, Gabriela, "Acciones de responsabilidad de los administradores en la quiebra (Cuestiones conflictivas que las limitan hasta hacerlas desaparecer)" en La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos, 1ª ed., Instituto Argentino de Derecho Comercial, Legis, Buenos Aires, p. 268 y ss.

(10) CNCom., Sala D, in re "Elevar SA s/ quiebra s/ incidente de responsabilidad" del 03/07/1997; "La Martona Vicente Casares SA c. Pallas, Horacio y otros s/ ordinario" del 21/04/2003; Sala B, in re "Belli Ricardo Norberto c. Amondaray, Enrique Oscar s/ ordinario" del 13/03/2006; "Papelera Fir SA s/ quiebra" 31/03/2004; Sala E in re "Pino Camby SA s/ quiebra s/ incidente de ineficacia concursal de venta de acciones de Ourives Florestal Ltda." del 02/10/2007; Sala A, in re "Didonaz SA s/ quiebra" del 11/05/2011; in re "Darico SA s/ quiebra" del 18/03/2010; "Neumann, Eduardo c. Cooperativa de Cred. San Jorge Ltda. s/ ordinario" del 11/03/2008; "Del Piave SRL s/ quiebra s/ Fontebasso, Luis Alberto y otros s/ ordinario" del 30/08/2007; "Nuetec SA s/ quiebra c. Blanco, Rubén Luis s/ ordinario" del 04/09/2007; Sala C, in re "Aps c. Gómez Galizia, Guillermo s/ ordinario" del 03/03/2006; "Renka SA s/ quiebra c. Volvo Do Brazil Vehículos Ltda. s/ ordinario" del 31/03/2009, entre muchos otros.

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHO DEL TRABAJO ~ TRABAJADOR ~ DERECHOS DEL TRABAJADOR ~ ACCION PREVENTIVA ~ CONTRATO ~ CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ~ REMUNERACION

Título: Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo. Comentario de Corradetti, Susana

Autor: Rodríguez Mancini, Jorge

Publicado en: DT2015 (julio), 1531

Cita Online: AR/DOC/2135/2015

Me honra presentar este libro que viene a cubrir, para los ius laboristas, una necesidad inminente, como es la que ocurrirá respecto de varias ramas del derecho, cuando entre en vigencia, a partir del 1ro de agosto del corriente año, el nuevo CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La dirección y pluma de Jorge Rodríguez Mancini (su aporte en el tema de fuentes es insoslayable), aseguran calidad técnica y rigor intelectual,

para también destacan su buen criterio para la selección de quienes participan en este emprendimiento editorial de Thomson Reuters - LA LEY.

Ello hace al libro que comentamos oportuno, y no oportunista, ya que todos los especialistas que participan han mostrado su versación sobre los temas a su cargo en anteriores publicaciones, agregando, en este caso, ideas remozadas por la necesidad comparatista.

En anteriores oportunidades se han analizado cláusulas del Código Civil (en ese caso, no unificado con el Derecho Comercial) con relación al Derecho del Trabajo, estableciéndose relaciones de complementariedad, incompatibilidad o supletoriedad. Y esas relaciones —que nos reenvían a textos como los escritos por Justo López o Martín Valverde—, siempre han tenido en cuenta la preeminencia de la especialidad del derecho del trabajo en razón de sus principios propios derivados del principio protectorio de base constitucional.

La pregunta que aparece necesaria al abordar la lectura de esta obra fundamental es: ¿en qué enriquece el Código Civil y Comercial al Derecho del Trabajo? Y lo más importante es que esa pregunta puede responderla el libro dirigido por Jorge Rodríguez Mancini.

En el espacio precontractual aparece una necesaria remisión a los actuales artículos 990 a 993 del CCyC. Allí se detectan (Pirolo, pág. 572) cuatro principios que en realidad exceden al mundo precontractual, el de libertad de elegir del empleador, la buena fe, la intimidación del trabajador y no discriminación. En ese espacio, según cuál sea la doctrina elegida, aparece con mayor intensidad el primero que el último, aunque éste haya sido incorporado por la reforma de 1994, con rango constitucional.

Pensemos, también en la incorporación de la "acción preventiva" del art. 1711 (Etala, pág. 640) para la aplicación al deber de seguridad del art. 75, acotado a partir de la reforma impuesta por la ley 24.557, con miras al bloqueo de la acción autónoma, como una clara relación de complementariedad.

Por el contrario, hay situaciones que la reforma y unificación objeto de este libro, con relación al Derecho del Trabajo, genera relaciones de confrontación. Y estos temas también son tratados por Jorge Rodríguez Mancini y el conjunto de valiosos especialistas que él dirige.

Se puede mencionar entre otros, la incorporación de la palabra "simultáneamente" en el art. 1031 del nuevo CCyC de la Nación, (Etala, pág. 641) que parece dificultar, al menos, la necesaria remisión anterior a los artículos 510 y 1201 del anterior Código Civil en materia de excepción de incumplimiento, una de las necesarias relaciones de complementariedad a las que recurrimos los ius laboristas para la preservación de la integridad psicofísica del trabajador o para retener la prestación en caso de incumplimiento del pago de la remuneración entre otros supuestos.

También encontramos (como sostiene De la Fuente, pág. 25) casos en que la aplicación inalterada del Derecho Civil conduce a la injusticia y esto será un freno para su aplicación en pos del principio de justicia y de los principios fundamentales de ambas ramas: la equidad y buena fe.

Este tipo de desfasajes con lo preexistente, implican un nuevo reto que el libro que comentamos pone en evidencia con intensa justeza técnica.

Ha llegado el momento en que el derecho del trabajo esté alerta para reforzar su autonomía en aquellos casos en los que el derecho "madre", ha "abandonado" a su hijo... porque ya está convencido de que su grado de adultez permite que siga su camino, sin su tutelaje, con sus propias herramientas.