

LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Agustín Hijano

Integrante del "Grupo de Estudios Ambientales Mar del Plata".

1. Introducción

La responsabilidad civil ha sido definida como "el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar el perjuicio ofreciendo a la víctima una compensación¹."

La definición pone énfasis en la víctima del daño injustamente sufrido y en la compensación. Pero ello no siempre fue así, en un principio la responsabilidad civil tenía un fin sancionatorio, se imponía una sanción, en la mayoría de las veces pecuniaria, al autor del daño. Es decir el epicentro, era el autor del daño y la sanción correspondiente.

Posteriormente, la víctima del daño desplazó al autor convirtiéndose en el nuevo eje, y la indemnización que recibía no era más una sanción al autor del hecho dañoso, sino una compensación por el daño sufrido.

Actualmente las funciones de la responsabilidad civil son tres, la preventiva, resarcitoria y punitiva.

¹ Viney, Genevieve, "Les obligatios.- La responsabilité: conditions", en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1982, p. 1 – Citado por Mosset Iturraspe Jorge, "Responsabilidad por Daños - Tº I – Parte General" - Ed. Rubinzal Culzoni .- Pág. 18.

- ▶ La función preventiva, tiene la finalidad de impedir el daño antes de que suceda;
- ▶ La función resarcitoria, es la función clásica, tiene lugar una vez acaecido el hecho, y cuya finalidad no está dirigida a eliminar el evento dañoso, sino de crear una situación idéntica o equivalente a la que existía antes de ocurrido el mismo¹;
- ▶ La función punitiva, es similar al daño punitivo contenido en la ley de defensa del consumidor, y cuya finalidad es la imposición de una pena disuasiva, ejemplificadora, a los fines de evitar que la conducta que provocó el daño sea repetida por su autor o por un tercero.

II. Las funciones en el nuevo Código

El Código Civil y Comercial consolida la tendencia moderna en cuanto dispone que la función de la responsabilidad civil no se agota con la reparación del daño, también tiene una finalidad preventiva, cuya misión es evitar el acaecimiento de un perjuicio innecesario.

Originalmente el nuevo Código preveía las tres funciones de la responsabilidad civil, pero finalmente la función punitiva fue eliminada en el trámite parlamentario, quedando solamente la función bipartita: prevenir y reparar².

Se observa así una diferencia sustancial con el Código Civil derogado, el cual contemplaba la función resarcitoria, mientras que la función preventiva estaba contenida en varias disposiciones legales específicas, pero no era incorporada en forma genérica como lo hace el código vigente.

Actualmente el microsistema de consumo es uno de los pocos que contempla las tres funciones descriptas, prevenir, reparar y sancionar.

¹ Mosset Iturraspe, Op. Cit. pág. 361.

² Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado – Tº VIII – Ed. Rubinzal Culzoni.

III. La función preventiva

El maestro Soler nos enseñaba que *“el derecho no es un sistema de convivencia que se satisfaga con la aplicación de las sanciones, aspira a no tener que aplicarlas; a que se cumplan los preceptos primarios. La sanción no es el precio de la violación.”*

El moderno derecho de daños tiene como mira la prevención, evitar el daño, antes que repararlo. La Constitución Nacional en sus arts. 42 y 43 recepta el derecho de prevención elevando la jerarquía del mismo.

El art. 1710 del Código Civil y Comercial desarrolla el contenido de la función preventiva por medios de estándares sencillos y precisos, el principio de “no hacer daño a otro” consagrado en el derecho de Occidente por Ulpiano en el Digesto hace cientos de daños. Los principios son vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo. En consecuencia, toda persona, en cuanto de ella dependa tiene los siguientes deberes:

- a) Evitar causar un daño;
- 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 produjo³.

La Ley N° 25675 General del Ambiente, en su artículo 4 contiene dos principios que se basan en el deber de preservación establecido por la constitución nacional como obligación de todos los ciudadanos y de las autoridades de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras⁴. Dichos principios son el de prevención y el precautorio.

Nestor Cafferatta nos explica que: *“así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precau-*

³ Código Civil y Comercial – Comentado, Anotado y Concordado – Eduardo Gabriel Cousellas Coordinador – Ed. Astrea – T° 6 – Pág. 151.

⁵ Conclusiones del taller sobre Ley General del Ambiente, Principio Precautorio y Daño Ambiental” organizado por la FARN, en cooperación con el Centro de Derecho Ambiental de la UICN, en el marco de su Programa de Derecho Ambiental 23 de junio de 2003.

ción introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles.- Opera en un ámbito signado por la incertidumbre⁵.”

Ambos principios si bien pretenden un mismo fin, son diferentes entre sí. La función preventiva prevista en el nuevo Código, engloba el principio preventivo del art. 4 de la Ley General del Ambiente, no así el precautorio. Es que a los fines de poder hacer valer la tutela preventiva, el Código Civil y Comercial nos trae la acción preventiva, es decir, que no sólo incluye en forma genérica la función preventiva, sino que nos otorga una herramienta para poder hacerla efectiva.

Pero esta acción preventiva solamente podrá ser interpuesta cuando “una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño” (art. 1711 del Código). Al especificar que el acontecimiento del hecho dañoso debe ser previsible, se hace referencia al principio preventivo, dejándose al margen el principio precautorio.

Concuerda con lo dicho Pablo Lorenzetti cuando expone que: “*por el contrario, y recordando que las normas analizadas forman parte de la teoría general de la responsabilidad civil, no se ha previsto regulación alguna en el Código respecto al principio precautorio en materia ambiental, el que opera frente a daños o riesgos imprevisibles, generados en el campo de la incerteza científica.*”⁶”

La acción preventiva se puede ejercer con el fin de evitar un daño, su continuación o agravamiento. Los requisitos para el ejercicio de la acción son:

- a) Existencia de una acción antijurídica o ilegal que hace previsible la producción de un daño , su continuación o agravamiento;
- b) Existencia de una omisión antijurídica o ilegal que hace previsible la producción de un daño , su continuación o agravamiento;
- c) No se debe acreditar factor de atribución, es decir que no se debe demostrar culpa, dolo o la concurrencia de un factor objetivo.

La acción preventiva no solamente va a proteger los derechos individuales, patrimoniales o no, sino también los derechos de incidencia colectiva, transformándose en una herramienta indispensable para proteger los bienes que pertenecen a la comunidad.

⁵ Aut. Citado – “*El principio precautorio y derecho ambiental*” La Ley. 2004 – A. P. 1208.

⁶ La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación . <http://www.nuevocodigocivil.com/>

En el Derecho Ambiental, si bien lleva años desarrollándose a nivel doctrinal, los antecedentes jurisprudenciales resultan escasos, en comparación con otras ramas del derecho. Como consecuencia de ello, y ante la complejidad técnica que reviste una cuestión ambiental, contar con una acción que permita prevenir un daño o evitar su agravamiento, resulta extremadamente útil.

La regulación en forma genérica, de una acción de neto corte procesal, otorga una herramienta indispensable en temas ambientales donde los jueces en innumerables ocasiones son renuentes a tomar decisiones que conlleven el resguardo de los bienes de la comunidad.

¿Quién puede solicitar esta acción? Cualquiera que acredite un interés razonable. Es decir, quien acredite un interés individual, individual homogéneo o colectivo, sea el mismo patrimonial o extrapatrimonial.

El Dr. Galdos tuvo la oportunidad de explicar en qué consisten las categorías denunciadas de la siguiente forma: *“la Corte Nacional concibió tres clases de derechos: derechos individuales; derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (o derechos colectivos, transindividuales o supra-individuales) y derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos (o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos, o también llamados daños masivos o daños plurales diferenciados). La primera categoría, los derechos individuales, son derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales que se debaten en un proceso bilateral, aun cuando concurren pluralidad de sujetos (actores o demandados) y de litisconsorcio activo o pasivo, en el que la obligación disputada es única, dictándose una sentencia con efectos entre las partes. La segunda categoría se refiere a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (también denominados derechos transindividuales o supra-individuales) y se subdividen en: difusos, colectivos o públicos. Y ésta subclasificación atiende a si los derechos son referidos a un grupo indeterminado o de difícil determinación (difusos), a un grupo determinado (colectivos), o a los ciudadanos (públicos). Lo sobresaliente, destacado por la Corte Suprema en la causa “Halabi” (La Ley, 2009-B, 157), es que son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (art. 43 Const. Nac.). En los derechos colectivos la tutela recae sobre un bien colectivo y en la acción instaurada lo que prevalece es lo atinente a la incidencia colectiva (y no a los aspectos individuales) del derecho. El derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, conforme el mandato constitucional (tanto de la Constitución Nacional como de la Provincia), es uno de los más relevantes bienes colectivos (arts. 41, 42, 43 y concs Const Nacional; arts 20, 38 y concs*

Const Pcia Bs As). La tercera categoría -que es el caso aquí en juzgamiento- corresponde a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Se trata de una pluralidad de derechos subjetivos divisibles, aunque homogéneos porque tienen una causa común, de hecho o de derecho, en los que la cuestión sobre la responsabilidad civil es única por lo que es aconsejable y conveniente el dictado de una sola sentencia con efectos erga omnes, posponiendo para otra etapa la determinación y cuantificación de los daños individuales (patrimoniales y extrapatrimoniales)⁷.”

El nuevo Código también regula el contenido de la sentencia de la acción preventiva. 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.”

Lo que no indica es el trámite que se le debe imprimir a la acción, por lo cual entendemos que debe ser el más abreviado de la jurisdicción, incluyendo, como bien lo señala Alterini en su comentario al art. 1713, a la acción de amparo.

El objeto de la sentencia es impedir la producción o agravamiento del daño por lo que las medidas a disponer serán de lo más variadas de acuerdo a las circunstancias y consistirán en detener o frenar un hecho, hacer cesar la realización de una actividad, asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer, (v.gr., asegurar una pared con riesgo de caída a la vía pública) o de no hacer (v. gr. Paralizar una construcción) o de dar (v.gr. entregar dinero para efectuar una reparación)⁸.

Una solución razonable es la que establece la menor restricción posible a la persona, a los derechos, y a la libertad del condenado -criterio de menor restricción posible- y la que utiliza el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad -criterio del medio más idóneo-. Por ello, la norma le impone al juez la necesidad de ponderar obligatoriamente estos dos criterios⁹.

⁷ Voto del Presidente de la Cámara de Apelaciones de Azul en el marco de la sentencia dictada en la causa “Herrera, María Josefa c/ El Trincante S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios” (Expediente N° 56.869, sentencia del 27/12/12).

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Ricardo Luis Lorenzetti – Director – Rubinzal Culzoni TVIII – Pág 315.

⁹ Código Civil y Comercial –Eduardo Clusellas – T° VI Ed. Astrea – Pág. 155.

IV. Síntesis

El nuevo Código Civil plantea un cambio sustancial en materia de responsabilidad civil, incorporando y generalizando, principios y herramientas pertenecientes a otros microsistemas. En el presente hemos señalados dos principios, el preventivo, y el punitivo, si bien como se expresara éste último fue desechado en el trámite parlamentario.

Ambos principios se encontraban con un desarrollo amplio en sus microsistemas, ambiental y de consumo. La incorporación al nuevo Código tuvo como fin brindar nuevas herramientas para la solución de conflictos que se presentan cada vez con mayores dificultades.

La extrapolación del principio preventivo del Derecho Ambiental al código de fondo, su generalización y el otorgamiento de una herramienta para su ejercicio, como es la acción preventiva, se advierte como algo muy positivo, esperando que su uso no se transforme en algo cotidiano que termine desvirtuándola.

Todas estas herramientas previstas, encuentran su límite en el principio de razonabilidad previsto por el art. 28 de la Constitución Nacional. Es decir que tiene que haber una proporcionalidad de los medios utilizados con el fin perseguido, evitando excesos y medidas arbitrarias.

Por último en las Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca, las conclusiones de *lege ferenda* de la comisión N° 12, que trató los derechos de incidencia colectiva, sostuvieron la conveniencia de una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en casos de daños producidos a derechos de incidencia colectiva en general, trascendiendo o ampliando lo ya previsto en el artículo 52 bis de la Ley N° 24240.

Se advierte de esta forma que la exclusión de la función punitiva en el Código Civil y Comercial no constituyó un cierre de la misma, sino la generación de un debate que recién ha comenzado, y que promete traer importantes novedades en el futuro.