

## XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión n° 4, Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

### LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

**Autor:** Carlos A. CALVO COSTA<sup>1</sup>

#### **Resumen:**

- 1) *El “alterum non laedere” es el fundamento constitucional de la función preventiva de la responsabilidad civil.*
- 2) *El deber de prevención del daño al que se refiere el art. 1710 CCyC es aplicable tanto al ámbito contractual como al extracontractual de la responsabilidad civil.*
- 3) *El deber impuesto por el art. 1710 CCyC sólo es exigible a quienes están en condiciones de evitar un daño, o a quienes en virtud de las circunstancias fácticas tienen a su cargo tareas de prevención.*
- 4) *La antijuridicidad a la que alude el art. 1711 CCyC, debe ser aprehendida en un sentido formal cuando ella se lleva a cabo en el ámbito contractual, y en un sentido material cuando se da en el ámbito aquiliano y se procura la evitación del daño, o su agravamiento si ya se produjo.*
- 5) *Al momento del dictado de la sentencia de la acción preventiva regulada en el art. 1713 CCyC el juez cuenta con amplias facultades para adoptar la medida más idónea para obtener la finalidad de prevención perseguida, siempre que con ella se ponderen los criterios de menor restricción posible.*
- 6) *Recomendaciones: a) se requiere el dictado urgente de normas procesales que regulen cuál será el proceso que canalice a la acción preventiva; b) deberían precisarse, en torno a la legitimación pasiva que dispone el art. 1710 CCyC los alcances de la frase “en cuanto de ella dependa” para la prevención del daño o disminución de su magnitud; c) debe aplicarse con criterio eminentemente restrictivo la acción preventiva en cuestiones que involucren la libertad de prensa*

---

<sup>1</sup> Doctor de la Universidad de Buenos Aires en Derecho Civil. Profesor Adjunto regular por Concurso de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.

*de los medios de comunicación, a fin de no ingresar en el terreno de la censura previa.*

### **1. Fundamento de la prevención**

- El “*alterum non laedere*” es la piedra basal de la admisión de la función preventiva de la responsabilidad civil, y halla su fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional<sup>2</sup>, puesto que las acciones que son susceptibles de perjudicar a terceros están sujetas a la autoridad de los magistrados.

### **2. Ámbito de aplicación de la función preventiva**

- Cabe preguntarse: ¿resulta de aplicación del mismo modo la prevención del daño cuando se trata del *alterum non laedere* (ámbito aquiliano) que respecto del incumplimiento de obligaciones contractuales? Al haberse unificado los principios aplicables para los ámbitos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, no existe impedimento alguno para que dicha función preventiva sea aplicable indistintamente en cualquiera de las dos órbitas. De hecho, el art. 1710 no efectúa ninguna distinción en torno a ello, por lo cual *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Si bien la prevención de los daños tiene mayor incidencia en el ámbito extracontractual, sobre todo para la protección de los derechos de la personalidad y de bienes de incidencia colectiva, no existe obstáculo alguno para que también resulte de aplicación en la órbita contractual, aunque en este último caso debe tratarse de un supuesto de antijuridicidad formal y no meramente material, ya que en ámbito contractual debe verificarse la existencia de un incumplimiento específico y ser este imputable a una de las partes.

### **3. Legitimación pasiva de la acción preventiva**

- La expresión “*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa*” al que alude el art. 1710 debe interpretarse como que ello resulta exigible a quienes están en

---

<sup>2</sup> Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

condiciones de evitar un daño, o a quienes en virtud de las circunstancias fácticas se encuentran en su esfera de control la problemática de la prevención.

- No obstante, estimamos que en razón de lo dispuesto en los arts. 1764 a 1766 CCyC, la acción preventiva contra organismos del Estado o funcionarios públicos, sólo puede llevarse mediante aplicación analógica del Código Civil y Comercial, o mediante la invocación de normas constitucionales.
- Como excepción, la acción preventiva también puede dirigirse contra una persona que no es autor o coautor de la situación de peligro.

### 3. Antijuridicidad

- La antijuridicidad a la que alude el art. 1711 CCyC<sup>3</sup>, debe ser aprehendida en un sentido *formal* cuando ella se lleva a cabo en el ámbito contractual, y en un sentido *material* cuando se da en el ámbito aquiliano y se procura la evitación del daño, o si el daño ya se produjo y se intenta con la acción preventiva evitar su agravamiento. Aun cuando algunos autores estiman que ante una amenaza de daño solo es posible pregonar una antijuridicidad *formal*<sup>4</sup> (ya que no es admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de daño), creemos que debe tratarse de una antijuridicidad *material*, puesto que estimamos que la prevención del daño sí puede aplicarse a una actividad riesgosa – aún lícita- cuando el interés amenazado prevalezca sobre el interés amenazante; es decir, que la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, puesto que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique la introducción del mismo, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño operaría sin problema alguno. Y allí, la amenaza del daño debería ser analizada a la luz del *alterum non laedere*, ya que la antijuridicidad está en la injusticia de dicha amenaza.

---

<sup>3</sup> Art. 1711 CCyC: 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.

<sup>4</sup> VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La función preventiva de la responsabilidad civil*, LL, 11/5/2015.

#### **4. Sentencia de la acción preventiva**

- La sentencia de una acción preventiva, a la que alude el art. 1713, no obsta a que ésta pueda tratarse de una resolución provisoria (ej. dictado de medidas cautelares típicas) o de una resolución (sentencia definitiva), que pueda adquirir el carácter de resolución principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesoria (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado o promovido sólo a esos efectos, contando el juez con amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.
- Resulta fundamental que toda medida preventiva que se tome en razón de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial debe ser adoptada con carácter eminentemente restrictivo (art. 1713) a fin de no afectar la esfera de libertad de las personas.

#### **4. Recomendaciones**

- Se requiere el dictado urgente de normas procesales que regulen cuál será el proceso que canalice a la acción preventiva.
- Deberían precisarse, en torno a la legitimación pasiva que dispone el art. 1710 Cód. Civil y Comercial, los alcances de la frase “*en cuanto de ella dependa*” para la prevención del daño o disminución de su magnitud.
- Debe aplicarse con criterio eminentemente restrictivo y con suma prudencia la acción preventiva en cuestiones que involucren la libertad de prensa de los medios de comunicación, a fin de no ingresar en el terreno de la censura previa.