

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Comisión 4 - Derecho de Daños: “Función Preventiva y Sancionatoria de la Responsabilidad Civil”

Autores: Federico Carlos M. Wayar, CeciliaMaría Susana Wayar, Adela María Petra, Horacio Bliss¹.

LA TUTELA PREVENTIVA EN LA ORBITA CONTRACTUAL

1. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. SU APLICACIÓN EN LA ORBITA CONTRACTUAL.

El principio de no causar un daño a otro reconoce su origen en el principio romano: *alterum non laedere*. Si bien en el Código de Vélez Sarsfield no existía una norma explícita que se refiriera al deber de prevención, este sin duda se encontraba diseminado en su articulado e implícito en nuestra legislación².

Por su parte la jurisprudencia encontró el fundamento del deber de evitar el daño en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que dicha norma establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero³.

La jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional que expresamente prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios para la protección de la relación de consumo, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia.

¹ Docentes de la Cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales – Derecho Civil II, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. La presente ponencia cuenta con el aval del titular de cátedra Dr. Ernesto C. Wayar.

² Prueba de ello lo es el art. 43 de la CN; las normas del código de Vélez: art. 1071 bis (derechos personalísimos), art. 2618 (ruidos y molestias en inmuebles vecinos), art. 1696 (facultad del socio); art. 2899/2500 (daño temido); art. 2795/2799 (protección de derechos reales); y de legislaciones especiales: art. 79 de la Ley 11.723 (derecho de propiedad intelectual); art. 21 de la Ley 18.248 (nombre de las personas); Ley 22.262 (competencia desleal); Ley 25.675 (Ley General del Ambiente); Ley 24.557 (Ley de Riesgos de Trabajo); Ley 26.361 (Ley de Defensa del Consumidor); entre otras.

³ En el deber de no dañar está implícito el deber de evitar el daño (Llamas Pombo) “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, Nº 6, junio de 2012).

Como consecuencia del innegable proceso de constitucionalización del derecho privado y sobre la base de la Constitución Nacional, las normas internacionales, el derecho nacional y el valioso aporte de la doctrina y jurisprudencia en la materia⁴, el Código Civil y Comercial consagró el principio de prevención el cual vino a expandir sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, imponiendo a todas las personas, sean físicas o jurídicas, el deber de prevenir y evitar causar un daño no justificado.

Este deber de prevención -que a partir del CCyCN es jurídico por cuanto puede exigirse su cumplimiento judicialmente- supone un deber de conducta tendiente a prevenir la ocurrencia de un daño no justificado, siendo su más clara expresión la regulación de la función preventiva del daño en los arts. 1710 a 1715 CCyC.

Se trata de un deber que rige tanto para el ámbito aquiliano como para el contractual⁵, en línea con la unificación de las orbitas de la responsabilidad civil, adquiriendo en este último especial relevancia dado que su ejercicio puede impactar en la fuerza normativa del contrato.

En lo que respecta a la materia contractual la vigencia de este principio preventivo luce manifiesta.

Así, bajo el Título “Suspensión de los efectos del cumplimiento y fuerza mayor”, mediante los arts. 1031 y 1032, la reforma ha decidido generalizar la categoría de suspensión, dentro de la cual ya no solo caben las tradicionales excepciones de incumplimiento, sino que introduce nuevas variantes tendientes a prevenir o evitar daños previsibles.

Tal es el caso de la regulación prevista en el art. 1032 CCyC al referirse a la “Tutela Preventiva”. La citada norma da cuenta de la vigencia del principio de prevención en materia de contratos, interpretación coherente con el sistema abierto imperante en el Código Unificado, el que propone un dialogo de fuentes (art. 1), siempre claro está, teniendo como norte los valores⁶ y principios tal como mandan los arts. 2 y 3 de su Título Preliminar.

⁴En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán, año 2011, se destacó la conveniencia y necesidad de su regulación.

⁵Pascual E. Alferillo en Código Civil y Comercial Comentado, Jorge H. Alterini Director General, Tomo VIII, pág. 18; Edgardo López Herrera en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Julio César Rivera Graciela Medina Directores, Tomo IV.

⁶Los valores están presentes en todo el Código y en todos los temas, de modo tal que, si uno conoce cuál es el principio valorativo, puede entender más claramente las reglas... Los principios y los valores... tiene una potencialidad enorme en el campo de regulación de las conductas. (Lorenzetti, Ricardo Luis, “Fundamentos de Derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, La ley, Buenos Aires, p.13).

El art. 1032 incorpora una regulación novedosa para nuestro derecho privado, puesto que prevé un supuesto de autoprotección de una de las partes contratantes ante situaciones objetivamente verificables que hacen peligrar la posibilidad de cumplimiento de la parte contraria, siendo pasible quien invoca la tutela de sufrir un perjuicio patrimonial.

2. EL “INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE” COMO PRESUPUESTO DE HECHO PARA SUSPENDER EL PROPIO CUMPLIMIENTO.

Tal como se sostuvo con anterioridad, el art. 1032 reconoce la existencia de otras situaciones de suspensión del contrato, distintas de aquellas referidas a la excepción de incumplimiento contractual y la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso.

La Tutela Preventiva consagrada en el art. 1032 importa el reconocimiento legal de una facultad unilateral para proteger con carácter preventivo los derechos que surgen de los contratos ante una amenaza grave de daño.

Esta facultad debe ser entendida como un acto lícito privado de suspensión del propio cumplimiento ejercido dentro de los límites que marca la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, el principio de buena fe y de conservación del negocio jurídico.

Ahora bien, que debe entenderse por grave amenaza de daño?⁷ Siguiendo la terminología empleada por el Código entendemos que debe existir un pronóstico serio y objetivo de “incumplimiento esencial” de la otra parte, que configure una grave amenaza de daño para el contratante que lo solicita, no bastando un mero temor o sospecha de incumplimiento.

El nuevo Código en su art. 1078 define que debe entenderse por incumplimiento esencial, a cuyos términos deberá estarse a los fines de interpretar los alcances de la norma.

Dado que la verdadera eficacia de la tutela preventiva prevista en el art. 1032 del CCyCN funciona antes de que se produzca la situación incumplimiento, una parte podrá poner en suspenso el cumplimiento de la obligación que le cabe, cuando pueda anticiparse que

⁷Al respecto, cabe resaltar que el nuevo Código, inspirado en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías dispone como regla general en el art. 1084 que el incumplimiento relativo habilita la vía resolutoria cuando es “esencial”. El Código derogado por su parte cuando se ocupaba de la excepción de incumplimiento (art. 1201) y del pacto comisorio (art. 1204) aseguraba que el incumplimiento debía ser grave, para descartar que uno leve o de poca entidad pudiera dar lugar a la resolución.

la otra parte tendrá graves dificultades para cumplir con su obligación o que directamente no podrá hacerlo.

De acuerdo a la ubicación metodológica del art. 1032, y de conformidad con el espíritu de la norma, este instituto preventivo importa una regla general en materia contractual.

De modo contrario a lo dispuesto en el art. 1031 que delimita de manera expresa su ámbito de aplicación, entendemos que el 1032 se aplica a todos los contratos de cumplimiento diferido, sea de ejecución instantánea o de duración. Ello por cuanto se trata de un instituto preventivo de carácter general.

3. REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ART. 1032 PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUSPENSIÓN DEL PROPIO CUMPLIMIENTO.

Son requisitos fundamentales para la suspensión del propio cumplimiento por la vía del art. 1032 del CCyCN los siguientes:

- a) Resulta de aplicación en todo contrato de cumplimiento diferido, sea de ejecución instantánea o de duración;
- b) Debe existir un pronóstico serio y objetivo de “incumplimiento esencial” de la otra parte, que configure una grave amenaza de daño para el contratante que lo solicita, no bastando un mero temor o sospecha de incumplimiento;
- c) El ejercicio de ésta facultad unilateral que importa la suspensión del propio cumplimiento, debe ejercerse con la suficiente antelación, por un medio fehaciente cuidando el conocimiento del otro contratante—, a fin de permitirle dar garantías de cumplimiento;
- d) La suspensión no podrá proseguir ni prosperar si es que la parte contraria otorga categórica garantía de cumplimiento. Para el caso que se haya ejercido o concedido —si se solicitó judicialmente— la suspensión de cumplimiento y el cocontratante otorgara garantías, la suspensión quedará sin efecto *ipso iure*, recobrando plena eficacia el contrato paralizado.

3. CONCLUSIONES

1. El principio de prevención consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación encuentra plena vigencia en materia de contratos, siendo prueba de ello la regulación de la tutela preventiva en el art. 1032.

2. El art. 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación importa el reconocimiento legal de una facultad unilateral para proteger, con carácter preventivo, los derechos que surgen de los contratos ante una amenaza grave de daño.

3. Se trata de un acto lícito de suspensión del propio cumplimiento, siempre dentro de los límites que marcan la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, el principio de buena fe y de conservación del negocio jurídico.

4. Resulta aplicable a todo contrato de cumplimiento diferido, sea de ejecución instantánea o de duración.

5. La potestad de suspensión del propio cumplimiento puede ejercerse extrajudicial o judicialmente.

6. La suspensión queda sin efecto ipso iure cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.