

## XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL- LA PLATA 2017

### COMISIÓN 4: Derecho de Daños:

#### “Función Preventiva de la Responsabilidad Civil”

Beatriz María Junyent Bas de Sandoval\*<sup>1</sup>

Esteban Sandoval Luque\*<sup>2</sup>

#### PONENCIA

1) Las funciones de la responsabilidad civil son tres: la prevención, la reparación y la sanción.

2) El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al utilizar la denominación “Responsabilidad civil” en lugar de “Responsabilidad por Daños”, acotó las funciones, regulando una funcionalidad bipartita: prevención y reparación.

3) La función preventiva tiene anclaje constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional y cobra especial importancia en la lesión a los derechos y actos personalísimos, tales como la inviolabilidad de la persona, afectaciones a la dignidad, intimidad personal o familiar, imagen o identidad, etc.; en el Derecho a la Salud y en los daños causados al medio ambiente, y a grupos vulnerables.

4) En una sociedad moderna, la función preventiva debería ser la más importante, recordando el dicho popular “*siempre es preferible prevenir que curar*”. Indudablemente cobra vital importancia y requiere un cambio conductual o un cambio cultural, evitar la producción de los daños.

5) Existe un deber general, *erga omnes* de toda la sociedad de prevenir un daño o evitar su agravamiento si está a su alcance o bajo su órbita de control. Este deber, según el art. 1710, lo es particularmente “**en cuanto a ella dependa**” evitar causar un daño no justificado. No se refiere a “cualquier persona”. Está dirigido a aquella que puede - mediante controles, medidas de seguridad, etc. conductas positivas o abstenciones-, evitar un daño, o disminuir su magnitud, o no agravar un daño si ya se produjo. Esto marca un límite respecto de quien o quienes deben cumplir con este deber. El peligro de

---

<sup>1</sup> Profesora Adjunta Derecho Privado I -Parte General- y Derecho Privado VII -Daños- en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> Magister en Gerencia y Administración de Servicios de Salud, Esc. de Salud Pública, Universidad Nacional de Córdoba.

daño, debe estar en la órbita de control de esa persona y el daño ser pasible de ser prevenido, debe poder evitarse.

6) La resistencia en general a realizar medidas de control, vigilancia, para evitar daños está relacionado a veces con la generación de gastos que no se están dispuestos a efectuar. Las conductas omisivas son las más comunes a la hora de no cumplir con este deber de evitación de daños.

7) Se observa en forma generalizada falta de control estatal preventivo en las diversas actividades en las que está comprometido el orden público. Incluso una vez producido el daño, continúan reiterándose dichas faltas de control. Esto lo hace responsable solidario a la hora de producirse el daño frente a tal conducta omisiva.

8) La herramienta para hacer efectiva la prevención es la acción preventiva. Esta acción sustancial, no se encuentra regulada como tal en los códigos de rito. Las vías procesales para hacerla efectiva, conducen a interpretaciones diversas por Tribunales que suelen expedirse de distinta manera ante situaciones similares. Resulta urgente su implementación en los Códigos Procesales de las distintas Provincias.

9) Acción preventiva – Legitimados: Entendemos que tienen un “Interés Razonable” aquellas personas físicas o jurídicas que tengan un interés individual o de incidencia colectiva no prohibido por el ordenamiento jurídico.

10) La acción preventiva y resarcitoria pueden incluirse en la misma demanda.

## FUNDAMENTACIÓN.

### I.- Función Preventiva.

La determinación de las funciones de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico ha transitado un largo camino doctrinario y jurisprudencial.

A partir del borramiento de las fronteras entre derecho público y privado, la Constitucionalización del derecho privado, la recepción de los Tratados Humanos Internacionales y la reforma constitucional de 1994, estas funciones pueden verse hoy, con meridiana claridad.

La Carta Magna receptó en el artículo 41, el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado. A su vez, establece el deber de toda persona, de preservarlo. Agrega, además, que las autoridades deben proteger este derecho.

Por su parte, el artículo 42 eleva el derecho de los consumidores en cuanto a sus relaciones de consumo, salud, seguridad, e intereses económicos, otorgándole jerarquía constitucional. En su último párrafo, este artículo dice que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Esto nos lleva a afirmar que la función preventiva de la responsabilidad civil tiene anclaje constitucional, de la misma manera que la función resarcitoria y en especial consideración al medioambiente, a la salud, a la educación, a los derechos personalísimos, a los discapacitados (a través de la Ley 25.689 y la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, actual Ley 26378 con jerarquía constitucional en virtud de la ley 27.044), la protección de niños, niñas y adolescentes, las víctimas de violencia familiar, etc. Al respecto se ha manifestado que “la recepción constitucional y normativa de tales principios (v.gr. Leyes 26.061, 26.485), posibilita la reacción del sistema general de responsabilidad civil, frente a la situación de vulnerabilidad de las víctimas, lo que permite mayor celeridad en la movilización de las decisiones de los operadores jurídicos a fin de evitar el daño o su agravamiento”<sup>3</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Santa Coloma contra Ferrocarriles Argentinos hace lugar a la queja determinando que la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional.<sup>4</sup> Consideramos que esta resolución de nuestro máximo tribunal, debe aplicarse a la función preventiva. Es lo que establece el art. 1.710 del CCC Nación.

Si bien el Código de Vélez no tenía una norma como la actual, que expresamente consagrara la función preventiva de la responsabilidad civil, sabemos que a través de distintas leyes - en especial la 17.711 - esta función preventiva se incorporó -aunque a través de artículos aislados y acotada a algunas situaciones- regulando la tutela sustancial inhibitoria en distintos supuestos como el exceso a la normal tolerancia de los vecinos (ex art 2618), la acción de daño temido (ex art 1132), entre otros.

---

<sup>3</sup> Sebastián Monjo y Mariangel Argañaraz, “Funciones de la responsabilidad civil. Función Preventiva” en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial, José Fernando Márquez -Director- Edit. Zavalía, Buenos Aires, 2015, pág.43.

3CSJN Santa Coloma contra Ferrocarriles Argentinos, 5.VIII-86

No obstante, nos parece plausible que el Nuevo CCyC haya regulado la función preventiva en forma expresa, delimitando que deben evitar los daños “aquellas personas en cuanto de ellas dependa”. En este sentido se ha señalado que “las cargas preventivas no son ilimitadas, ni siquiera en emprendimientos peligrosos donde surge obligación de seguridad hacia terceros, pues cada actividad presenta sus propios riesgos. Por eso, el empresario no debe prevenir cualquier tipo de daño, ni responder objetivamente por cualquier tipo de perjuicio, sino únicamente por los “típicos”, como el accionar de ladrones en las entidades bancarias”<sup>5</sup>

La resistencia a realizar medidas de control, vigilancia, para evitar daños está relacionado a veces con la generación de gastos que no se están dispuestos a hacer, o con un cambio conductual que no se está dispuesto a asumir. Algunos ejemplos prácticos:

En el terreno de la salud, corresponde a las Clínicas y Sanatorios ejercer medidas máximas de seguridad en cumplimiento de las normas de prevención de riesgos de todo tipo: quirúrgicos; esterilización, cumplimiento de protocolos conforme cada especialidad, de infecciones intrahospitalarias; capacitación y adiestramiento del personal que está bajo su dependencia, control permanente en todas las áreas, etc. Cumplir las medidas previstas en el Programa Nacional de Garantía de Calidad en la atención médica Resolución Secretaria N°432/92, 1494797 refrendado por el Resolución Ministerial 2006 y 2007, etc.). Este Programa es de aplicación obligatoria en todo el país.

En el ámbito de las Obras Sociales, advertimos que muchas de ellas evitan causar gastos y niegan cobertura a pacientes en peligro de daño. Entre los muchos casos que encontramos en este sentido, mencionamos uno reciente en el cual se otorgó una medida cautelar a favor de un paciente oncológico por provisión de medicamentos y cobertura de tratamiento.<sup>6</sup>

Pero también debe existir control estatal porque la Salud es una cuestión de orden público. Y están vigentes normas jurídicas que son las herramientas jurídicas para lograr dicho control que en muy pocos casos se ejecuta. De allí que exista dicha

---

<sup>5</sup> Zavala de González, Matilde, *La Responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo I, Edit. Alveroni, Córdoba, 2015, pág.94.

<sup>6</sup> Expte A 5432/2017 Autos “G.J.c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSA) sobre amparo de salud medicamentos y tratamientos. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad autónoma de Buenos Aires N°20- 07/07/2017 (sentencia no firme)

responsabilidad por parte de quien ejerce el control – la autoridad de aplicación – en el caso los Ministerios de Salud para que dichas normas se ejecuten.

En materia de seguridad del funcionamiento de ascensores, corresponde a los propietarios de los edificios tomar todas las medidas máximas de seguridad en cumplimiento de las normas locales, lo que no sucede en un porcentaje plausible. De ello se deduce que es también el Estado, quien deberá controlar, auditar, y exigir que las medidas de seguridad se cumplan en su totalidad. No es suficiente contratar un seguro por responsabilidad. Está en juego el orden público.

En materia educativa, corresponde a los propietarios de los establecimientos educacionales, especialmente primarios y secundarios, tomar todas las medidas de seguridad en el cumplimiento de las normas, pero también el Estado debe controlar y exigir que se cumplan dichas medidas.

En materia de circulación de vehículos por las distintas vías públicas: calles, avenidas, autopistas, el Estado debe arbitrar los medios idóneos para evitar preventivamente la producción de accidentes.

En materia ambiental ocurre lo mismo. El Estado debe arbitrar los medios preventivos para evitar accidentes. Y si las estadísticas demuestran que en tal o cual lugar geográfico existen fallas que producen accidentes, debe actuar *motu proprio*. Es importante señalar este concepto, pues no todo debe lograrse mediante la acción preventiva de quien tenga un interés razonable, como lo señala el art. 1.712 del CCC de la Nación.

En la práctica, muchos daños podrían evitarse, pero “la omisión conductual” hace que no se adopte buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar la producción de un daño o disminuir su magnitud.

El legislador exige la ejecución de actos, sea de control, de vigilancia, de seguridad, de higiene, que implican la posibilidad de prevenir la producción de un daño. Y en este sentido, le cabe al Estado una enorme responsabilidad en la información, educación y toma de medidas tendientes a evitar daños de toda índole. Daños a la salud, daños al medioambiente, daños a nivel escolar, daños edilicios, daños por accidentes aéreos, ferroviarios, por poner sólo ejemplos.

Se reflexiona con acierto que la imposición de deberes preventivos no entraña peligro injustificado ni excesivo para el principio de libertad (artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, pues “es preciso que las circunstancias concretas impongan al

sujeto un deber de actuar efectivo; de lo contrario, se desnaturaliza la esencia misma de la antijuridicidad por omisión, con grave riesgo para la libertad”<sup>7</sup>

## II. La acción Preventiva.

El artículo 1711 determina 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.

Si bien la norma legitima la tutela sustancial inhibitoria, ésta sólo puede hacerse efectiva a través de vías procesales como las medidas cautelares, el amparo, habeas data, medidas autosatisfactivas, tutelas anticipadas, etc.. que no están reguladas de la misma forma en las diferentes provincias, lo que puede generar dificultades prácticas.

Las medidas cautelares son “actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesado o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes”.

Es un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18, Const. Nac.), para hacer eficaces las sentencias de jueces”<sup>8</sup>.

La medida autosatisfactiva es el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota – de ahí lo de autosatisfactiva - con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento<sup>9</sup>.

La tutela anticipada es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda

---

<sup>7</sup> Tobía- Pizarro, *Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral*, JA,2.000-II-294 citado por Zavala de González, Matilde, *La Responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo I, Edit. Alveroni, Córdoba, 2015, pág.186.

<sup>8</sup>PODETTI, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 33, citado por GALLEGOS FREDIANI, Pablo O. en su obra “Las medidas cautelares contra la Administración Pública”, Editorial Abaco, pag. 23

<sup>9</sup> PEYRANO, Jorge W., “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, *La Ley*, 1998-A-968

derivar un perjuicio irreparable <sup>10</sup>. Este tipo de tutela ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Camacho Acosta<sup>11</sup> donde el actor en un proceso de indemnización de daños y perjuicios reclamó que se dictara una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquellos.

En algunos ordenamientos procesales provinciales este instituto preventivo ha tenido expresa acogida y regulación en las leyes. Así, el Código Procesal Civil de La Pampa como el de San Juan, regulan la Tutela Anticipada.

En el Derecho Comparado, el Código Procesal de Brasil, establece en el artículo 273 que: *“El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo **prueba inequívoca**, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: 1) Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, 2). Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado”*.<sup>12</sup> En sentido similar, el ordenamiento procesal de la República del Perú, en su artículo 618 dispone: *“Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”*.<sup>13</sup>

En este sentido se ha resuelto que “Las medidas preventivas urgentes devienen imprescindibles en los procesos que requieren urgencia. Ello es así, no sólo por la habitual dilatación del resultado final, sino en esencia por la necesidad casi siempre imperiosa, de anticipar, siquiera a título interino y provisional, el bien de la vida tutelado por un derecho fundamental, que se exhibe flagrantemente vulnerado cuando de aquella situación de insatisfacción del derecho se deriva inevitablemente un daño

---

<sup>10</sup> GOMEZ ALSINA, Martha, PALACIOS, Carmen Elisa y NORO VILLAGRA, Jorge, “Medidas cautelares: tutela anticipada. Su aplicación en el ámbito del derecho administrativo”. ([http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/medidas\\_cautelares.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medidas_cautelares.htm))

<sup>11</sup> CSJN, “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros”, Fallos: 320:1633,).

<sup>12</sup> <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-brasil.pdf>. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Código Procesal civil de Brasil.

<sup>13</sup> <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civil-per.pdf>

irreparable para su titular, por el peligro inminente de que la providencia de mérito llegue tardíamente, y con ello se torne inútil el resultado de la jurisdicción”<sup>14</sup>.

Pensamos que el proceso debe ser sumarísimo en caso de ser autónomo. Pero también pueden pedir (las partes) o dictar (los jueces) medidas que aseguren la prevención de riesgos específicos en un juicio de daños y perjuicios. En este sentido, la Cámara 8va. de Córdoba, en un reciente fallo hizo lugar a la indemnización por daño moral y patrimonial contra la empresa Arcos Dorados -en este caso McDonald’s- a favor de una niña de 5 años que, al caer del pelotero, se quebró ambas piernas.<sup>15</sup>Nos interesa destacar que el fallo trae, además, una condena preventiva. Así, el Tribunal señaló que “el proveedor está obligado a que su conducta esté orientada a la protección de los menores que hacen uso de esos juegos sin que representen riesgos para su salud. Por ello, la Cámara afirmó que el emplazamiento efectuado por el a quo a fin de que la demandada tomara las medidas y recaudos necesarios de seguridad para acondicionar el pelotero y el salón de juegos, era una medida razonable y prudente.

---

<sup>14</sup>Berizonce, Roberto O., Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo, Publicado en: UNLP 2009-2010, 417, citado en el voto del Dr. Ignacio Velez Funes, en autos: ”Bello Fernando Sebastian y otra contra Osecac y otros- Amparo, Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, 21 de octubre 2011.

<sup>15</sup> Autos Dehener, Paula Martin contra Arcos Dorados Sa-Ordinario Daños y Perjuicios- otras formas de responsabilidad extracontractual. Comercio y Justicia, viernes 4 de agosto de 2017.