

Comisión nº4, “Derecho de Daños: “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Autor: LEONARDO MARCELLINO.

Docente Profesor Titular de la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños).
Universidad Empresarial Siglo 21, Córdoba.

Docente Profesor Ayudante de la asignatura Privado VII (Derecho de Daños).
Universidad Nacional de Córdoba.

EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EL C.C.C.N.

1. El deber de prevención del daño injusto

La incorporación normativa del deber de prevención en el C.C.C.N. en sus artículos 1710 a 1713 incluido, ha importado el reconocimiento legislativo de la función preventiva en el Derecho de Daños, al costado o quizás por encima de su función clásica resarcitoria.

Si bien dicho deber preventivo, conforme al cual los daños deben ser evitados, se materializaba en el principio de prevención y el mismo podía deducirse del régimen legal argentino, ya que el mismo contenía y contiene numerosas disposiciones en leyes sustantivas, procesales e incluso constitucionales que lo contemplan (arts. 43 y 19 C.N.)¹, resulta un avance sustantivo que la nueva legislación civil y comercial expresamente la reconozca y lo plasme en una norma jurídica (art. 1710 C.C.C.N.),² regulando también una

¹ Ver: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, p. 265/267. GALDÓS, Jorge M., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. VIII, Dir. Lorenzetti, Ricardo, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 295/297.

² En los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN se explicita que este artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585). También la Comisión designada por decreto Nro. 468/92 de Reformas al Código Civil había incorporado como segundo párrafo del art. 1549 el siguiente texto: “*Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales*”, como fuentes se destacaba que el nuevo derecho de daños tiene también función preventiva; esta tendencia comienza a aparecer en algunos fallos (ver p. ej., C Fed La Plata, Sala III, 8/8/88, “Giménez, Domingo y otra c/ Estado Nacional”, LL, 1989-C-117. En la doctrina nacional, ver recomendación de la Comisión nº 4, I Congreso Internacional de Derecho de Daños, en homenaje a Mosset Iturraspe, 1989; Comisión nº 5, Jornadas en homenaje a Bustamante Alsina, Bs. As., 1990; Comisión nº 2; IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983); Comisión nº 6, IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989. Se destacaba como nota que: “*La excepción tiene fundamentalmente en cuenta la problemática de la censura previa*”. Ver en “Reformas al Código Civil – Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92”, colaboradores: BELLUSCIO, Augusto C. - BERGEL, Salvador D. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LE PERA, Sergio - RIVERA, Julio C. - VIDELA ESCALADA, Federico N. - ZANNONI, Eduardo A., Ed. Astrea. Bs. As. 1993, p. 371.

herramienta legal específica para asegurar su efectividad en la denominada “*acción preventiva*”(Art. 1711 CCCN).

Se estima que la consagración normativa de dicho deber dirigido a proteger a potenciales damnificados tiene por finalidad visualizar esencialmente dos problemáticas que plantea el resarcimiento de daños.

El primero de ellos es que lamentablemente la realidad nos demuestra cada vez con mayor frecuencia que los daños y padecimientos que experimenta una persona en su faz patrimonial y espiritual en la mayoría de los casos resultan “*irreparable*” al menos desde el punto de vista fáctico.

La restitución del damnificado al estado anterior a la producción del daño (art. 1740 C.C.C.N) se presenta como una mera ilusión irrealizable, aún después que se efectivice la reparación jurídica plena de las consecuencias inmediatas y mediatas (art.1726 C.C.C.N). Sucede que hay una apreciable diferencia entre el daño experimentado-o sufrido- y el daño resarcible o indemnizable³. Por eso la importancia de una exigencia normativa que ordene cumplir con el refrán “*más vale prevenir que curar*”, más cuando se sabe que no va a ser posible una curación real y completa.

La segunda cuestión es que cada vez se evidencia con mayor claridad que el fenómeno resarcitorio ha dejado de ser exclusivamente un cuestión individual y bilateral que involucra y afecta exclusivamente a los dos sujetos de la obligación resarcitoria (víctima y victimario), porque los efectos perjudiciales del siniestro pocas veces quedan únicamente en el ámbito del damnificado, ya que lo trascienden afectando negativamente a una pluralidad de personas, de allí que pueda hablarse de una trascendencia negativa social, cultural y económica del daño⁴.

Es por ello que no se admite que el Derecho deba permanecer pasivo frente a una situación de peligro inminente de daños, sin brindar los mecanismos legales eficaces para

³ JARAMILLO J, Carlos I., “El deber de mitigar el daño ya producido en el Derecho Privado y su estrecha relación con el deber de evitarlo. Aproximación internacional”, en Revista de Derecho de Daños, 2016 n°2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 99.

⁴ Ver: Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LL 2016-F, p.1. OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 197. ALTERINI, Atilio A., “Soluciones del proyecto de Código en materia de Responsabilidad”, LL 2012-D, p.1157. SEMA, José Ignacio, “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal”, DJ 16/09/2015, p.1.

impedir o hacer cesar dicha situación de amenaza y conminándonos a aguardar a que se produzca el daño para recién habilitar la posibilidad de una actuación legal.

El Derecho actual exige que antes del deber de reparación del daño, se debe evitar que ese daño acaezca y que por lo tanto el deber resarcitorio únicamente tenga lugar cuando la prevención ha fracasado.

Por último, debe señalarse que el principio de prevención es una derivación o mejor dicho expresa el sentido literal del principio con jerarquía constitucional de no dañar a otro (*"alterum non laedere"*). *"Nada obliga a traducir el principio "alterum non laedere" en la regla "el que daña repara". Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. "No dañar" supone, obviamente, "reparar el daño causado"; pero sobre todo es eso, "no causar daños" o, lo que es igual, evitar que se produzcan"*⁵.

2. Requisitos para la configuración del deber jurídico de prevención

Señalamos que el art. 1710 C.C.C.N. ha dotado de contenido específico a este deber jurídico de prevención, debiendo por tanto describirse los requisitos que normativamente se han establecido para su configuración:

a) *Situación de amenaza o peligro de daño o de agravamiento del ya producido:*

El deber de prevención presupone para su nacimiento la existencia de una acción u omisión que genera el peligro o la amenaza de producción, continuidad o agravamiento de un daño.

⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio, "La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños)", RCyS 2002, p. 181. En el mismo sentido se expresa: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Actuaciones por daños: prevenir, indemnizar, sancionar", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 240. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños", T. 4, Ed. Hammurabi. Bs. As.. 1999, p. 420. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Función preventiva de daños", LL 2011-E, p.1116. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008, n°2, p.201. BESTANI, Adriana, "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado", Dirs. Garrido Cordobera, Lidia, Borda Alejandro y Alferillo, Pascual E., T. 2, Ed. Astrea, Bs. As., 2015, p.1028. COSSARI, Maximiliano, "Prevención y punición en la responsabilidad civil", Ed. El Derecho, Bs. As., 2017, p. 54. UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2015, p.49. KIPER, Claudio M., "La prevención del daño y el proyectado Código Civil", RCyS, 2012, n° 6, Tapa. PREVOT, Juan Manuel, "¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil", LL 2009-B, p.747. PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis, "La prevención del daño en los proyectos de reforma del Código Civil argentino", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008 n°2, p.436. CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCyS 2015, n°11, p. 12. SEMA, José Ignacio, "La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal", DJ 16/09/2015, p.1.

El obligado principal a prevenir será el autor material de dicha conducta que lo convierte en potencial dañador por causación originaria del menoscabo o de su intensificación, pero también puede serlo un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo o atenuar sus efectos e incluso la propia víctima del daño ya sufrido (en este último supuesto será de aplicación el art. 1729 C.C.C.N.)⁶.

El concepto de daño utilizado en el ámbito preventivo es el de daño en sentido amplio o daño lesión⁷ que es al que hace alusión el art. 1737 C.C.C.N., debiéndose ser diferenciado del daño resarcible o daño en sentido estricto (presupuesto de la responsabilidad civil) que se refiere a las consecuencias o repercusión perjudicial derivado de dicha lesión (arts. 1738 y 1741 C.C.C.N.)⁸

b) *Carácter injustificado del daño:*

*“El precepto alude al deber de prevenir daños no justificados (art. 1710, inc. a), lo cual debe interpretarse en el sentido que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica...sólo hay un deber de evitar daños derivados de actos ilícitos; no en cambio cuando estos son legítimos”.*⁹

La operatividad del art. 1711 presupone la antijuricidad en la conducta de aquel que tiene a su cargo el deber de prevención¹⁰. Ahora bien, en la faz preventiva existe una discusión interpretativa en torno a la concepción de antijuridicidad (formal o material) que debe ser utilizada para calificar como ilícita a la conducta que genera el peligro de daño aún no consumado.

Vázquez Ferreyra, se pronuncia a favor de un alcance restrictivo y formalista de la misma expresando que *“la acción preventiva funciona sólo contra conductas formalmente antijurídicas. La mera amenaza de daño no es por sí misma una conducta antijurídica...”*

⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, T.1, Ed. Alveroni, Cba., p.183

⁷ OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, ob. cit., p. 174.

⁸ Conclusiones de la Comisión: Valoración y cuantificación del daño extrapatrimonial (integrada por Hugo Acciarri, Daniel Pizarro, Carlos Parellada y Sebastián Picasso) de V Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil. Primer Congreso Internacional de Derecho Privado. San Juan, 13 a 15 de mayo de 2015. En el mismo sentido: ORGAZ, Alfredo, “El daño resarcible (Actos ilícitos)”, Ed. Depalma, Bs. As., 1967, n°5 p.17. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños: Daños a las personas (integridad sicoofísica)”, T.2A, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014, n°6, p. 26 y ss., BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, 8ª Ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1994, n°556 y 557, p. 205. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, ob. cit., n°16, p. 85.

⁹ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., p.184.

¹⁰ LORENZETTI, Pablo “Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, RCyS, 2013, N°8, p.12.

Nosotros pensamos que para que pueda hacerse valer la función preventiva ante la mera posibilidad de que se ocasione un daño, la antijuridicidad al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material”¹¹.

En tanto que Ossola explica que para configurarse la antijuridicidad no requiere que el acto potencial de daño vulnere una prohibición de actuar estatuida por el ordenamiento, ya que de ser así se limitaría enormemente la posibilidad de ejercer acciones preventivas. En su lugar, señala que el presupuesto se configuraría con una situación potencial de daño, pero que además dicha potencialidad debe ser tal en función de la previsibilidad causal de ocurrencia de un daño no justificado¹².

Coincidimos con Ossola en que aquí la antijuridicidad no se define por la ilegalidad formal de la conducta, sino por la potencialidad de causación de daños injustificados. Es por ello, que resulta relevante distinguir, aunque en el caso concreto frecuentemente resulte altamente dificultoso, las actividades riesgosas contempladas en el art. 1757 C.C.C.N. del presupuesto fáctico de la norma preventiva (*“actividad que produce una amenaza de daño no justificado”*).

El tamiz que nos permite discriminar ambas situaciones lo constituye las reglas de la causalidad adecuada (art. 1726 C.C.C.N.) a partir de su juicio de previsibilidad objetivo e hipotético-retrospectivo, basado en las máximas de la experiencia.

Es que en las actividades riesgosas, como es el caso de la circulación de un automotor en condiciones regulares, aunque generan la posibilidad mayor de producir un siniestro, de allí la naturaleza riesgosa, comparándolo a si la circulación fuera a pie (actividad no riesgosa), dicha probabilidad o potencialidad no es lo suficientemente alta como para constituir una situación de *“amenaza de daño no justificado”* con el alcance del art. 1710 C.C.C.N., es por eso que dicha actividad es lícita, no existe derecho alguno que justifique su impedimento.

¹¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil ¿Antijuridicidad formal o material?", RCCyC abril 2016 — RCyS, 2016-VIII, 5. Por el contrario a favor de una antijuridicidad material se pronuncia: LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p.999. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Actuaciones por daños: prevenir, indemnizar, sancionar", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 249. LORENZETTI, Pablo "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS, 2013, N°8, p.14. BESTANI, Adriana, "La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial", LL 18/08/2016, p.1

¹² OSSOLA, Federico A., "El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño", en Revista de Derecho de Daños, T.2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 56/57.

El deber de prevención no se configura cuando la situación de riesgo de daños se enmarca en la realización por parte del agente de una conducta justificada conforme al ordenamiento jurídico, como sería si la actividad importara un ejercicio regular de un derecho.

En tanto que para la configuración de este deber de prevención, la posibilidad de concretarse el daño a partir de la realización de la actividad es mucho mayor, excede a la realización de una actividad con riesgos, e importa casi con un carácter de inexorabilidad o de altísima probabilidad la ocurrencia del daño, piénsese en la circulación del automotor con frenos gastados.

Si bien no puede asegurarse que en esas condiciones el vehículo tampoco causará un accidente y está claro que la condición de los frenos (“*viciosos*”) no modifica la naturaleza riesgosa de la actividad, pero se incrementa enormemente en base a un juicio de previsibilidad adecuado la posibilidad que se materialice el siniestro, en palabras de Ossola aumenta su potencialidad dañina y eso determina su antijuridicidad, aun cuando no existiera una prohibición formalmente establecida en la ley que la estipulara como tal.

En definitiva, creemos que es la causalidad adecuada la que define la antijuridicidad en la faz preventiva anterior a la causación del daño, en tanto que si se hubiere ya producido el menoscabo y la finalidad preventiva es mitigarlo o evitar su agravamiento rige plenamente la presunción de antijuridicidad del art. 1717 C.C.C.N.

c) Previsibilidad o nexo causal adecuado

Debe existir conforme a las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (arts. 1727 y 1728 C.C.C.N.), una vinculación causal que determina la previsibilidad objetiva y material de producción de una situación efectiva de amenaza de daño o de agravamiento del ya producido, a partir de la conducta activa u omisiva del sujeto sobre quien pesa originalmente el deber preventivo, aunque el mismo puede extenderse también a un tercero o al propio damnificado.

“La actividad antijurídica debe tornar verosímil la producción, intensificación o continuación de un perjuicio injustificado. Dicha previsibilidad se valora según pautas de causalidad adecuada, en el sentido de que la acción u omisión debe aparecer como idónea,

según la experiencia, para producir el daño temido”¹³.

d) *Posibilidad fáctica o jurídica de evitar o mitigar el daño*

Esta exigencia es la clave para determinar la naturaleza obligatoria y no facultativa a los fines de la prevención del daño. El art.1710 C.C.C.N. define el criterio de evaluación que hay que realizar para saber si el sujeto pasivo tenía o no dicha posibilidad de prevención¹⁴.

La disposición refiere a que *“toda persona tiene el deber”* lo que denota el carácter universal del deber preventivo, y agrega *“en cuanto de ella dependa”* de adoptar *“de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”*, lo que importa un *“juicio de evitabilidad¹⁵ o de mitigación”* en concreto.

Se expresa en los fundamentos del Anteproyecto de 2012 que cuando la posibilidad preventiva desborda la esfera de control o aptitudes del sujeto, imponer un deber en tal sentido se convertiría en una carga excesiva que afecta la libertad.

“No se imponen aquí conductas heroicas o de abnegación, sin perjuicio de que éstas puedan llegar a existir (y con sus propios efectos jurídicos-art.1719 segundo párrafo, CCyC), pero cuya omisión no genera responsabilidad”¹⁶.

Un límite a dicha posibilidad y por lo tanto no se configurará el mencionado deber de prevención en todos aquellos casos en los cuales la conducta requerida a los fines evitar o mitigar el daño, aun siendo posible o factible de realizar por el sujeto, pero cuya realización

¹³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., p.219. *“El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla”* (LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (La otra manifestación del Derecho de daños)”, RCyS2002, p. 181.). *“Esta previsibilidad se juzga en abstracto, teniendo en cuenta lo que es previsible para un hombre medio, sin dejar de lado las particulares circunstancias. Así este artículo debe ser relacionado con el 1725: cuanto mayor sea el conocimiento de las cosas, mayor será el deber de actuar”*(LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., p.999.)

¹⁴ El reconocimiento de un deber de prevención no importa asignarle en modo alguno un alcance absoluto, ya que *“una tutela preventiva excesiva puede avanzar indebidamente sobre otros derechos del potencial dañador, algunos de carácter constitucional (trabajo, libertad) y llevar a una inmovilidad económica y social no deseable”*(PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, ob. cit., p. 263. Igualmente: BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y “omisión precautoria” en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2016, n°3, p.26.)

¹⁵ MONJO, Sebastián y ARGAÑARAZ, Mariangel, “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva”, en “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Dir. Márquez José F., Ed. Zavalia, Bs. As., 2015,p. 51.

¹⁶ OSSOLA, Federico A., “El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño”, en Revista de Derecho de Daños, T.2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 55.

en las circunstancias concretas, lo coloque en una situación de alto peligro de daño potencial para él o terceros¹⁷.

No obstante lo mencionado anteriormente, en todos los casos el requisito de la posibilidad expresado en el “*en cuanto de ella dependa*”¹⁸ deberá ser calibrado en el caso concreto atendiendo a las circunstancias del caso (de la persona, tiempo, modo y lugar), al principio de buena fe¹⁹ con sus deberes emergentes del mismo (art.729 C.C.C.N.) y al principio de razonabilidad²⁰ en relación a las medidas que pudieran ser adoptados.

3. Contenido del deber prevención y consecuencias por su incumplimiento

Reunidos los requisitos que hacen viable el deber de prevención a cargo del sujeto obligado, dicho deber puede en el caso concreto presentar diversos contenidos o facetas y en base a ello emergerán las conductas exigibles.

Se trata del trinomio de deberes de conducta emergentes de la prevención, pudiendo ser: la evitación del daño, la mitigación del daño y el no agravamiento del daño.

a) *La evitación del daño (inc. a y b art. 1710 del C.C.C.N.):* es el deber preventivo exigible cuando temporalmente aún no se ha producido o acaecido el menoscabo, momento “*pre-daño*”, y por tanto la exigencia consiste en la adopción de las medidas razonablemente necesarias a los fines de lograr que el mismo no se materialice²¹.

¹⁷ “Por eso la atribución del deber preventivo de daños que resultarían de un peligro ajeno, presupone a su vez la ausencia de riesgos anormales o excesivos con motivo de afrontarlo, sobre todo para la persona propia o de terceros”(ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., p.186.)

¹⁸ “Claro está que la frase “en cuanto de ella dependa” debiera entenderse como la exigibilidad de acciones que se encuentren al alcance o dentro de la esfera de control de la persona, excluyéndose aquellos comportamientos que resulten de cumplimiento imposible o que impliquen conductas irrazonables o “heroicas”, LORENZETTI, Pablo “Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, RCyS, 2013, N°8, p.12.

¹⁹ “En particular, la mención de este último estándar conecta la cuestión con la teoría del abuso del derecho, pues este último se configura -entre otras cosas- cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe (art. 10, siempre del Proyecto). Conjugando todas esas pautas puede decirse que, en los términos de las normas proyectadas, habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar”, PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, LL 2013-E, p.666.

²⁰ “A mi juicio, la razonabilidad está ligada a la eficacia del resultado y se vincula con la proporcionalidad...Aquél habrá cumplido con ese deber cuando las medidas empleadas, adoptadas de buena fe y teniendo en cuenta las circunstancias, sean adecuadas al fin propuesto, guardando proporción con la naturaleza específica del daño y su magnitud probable”, SEGUÍ, Adela M., “Responsabilidad civil: La función preventiva”, en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”, Dir. Rivera, Julio C., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, p. 871.

²¹ López Herrera señala que para evitar la superposición parcial de los dos incisos, se debe interpretar el inc. a como dirigido al autor de la conducta que genera el peligro, en tanto que el inc. b se refiere a terceros que no causaron el peligro, pero pueden evitarlo (LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Código Civil y Comercial de la

b) *La mitigación del daño (inc. b art. 1710 del C.C.C.N.):* es una conducta preventiva cuya exigencia puede ocurrir antes o con posterioridad a la consumación del daño.

El deber de mitigar el daño puede devenir antes de su producción, momento “*pre-daño*”, si el daño no es susceptible de evitación antes de su acaecimiento, pero sí es factible mediante la adopción de medidas razonables de morigeración lograr que el mismo aparezca disminuido en su intensidad o extensión o en la prolongación de sus efectos temporales y espaciales²² en relación a si nada se hiciera.

También el mismo deber puede devenir luego de concretarse el menoscabo, momento “*post-daño*”, siendo entonces el contenido esencial del deber del sujeto la disminución en su magnitud a lo mínimo posible, sea que se hayan adoptado o no medidas previas de mitigación y la eficacia resultante de las mismas.

a) *El no agravamiento del daño (inc. c art. 1710 del C.C.C.N.):* se configura cuando el mismo ya se ha producido, momento “*post-daño*”, pero el mismo no es susceptible de ser disminuido en cuanto a su magnitud o hacer cesar su continuidad (a diferencia del caso anterior), entonces el deber preventivo se convierte en un deber de no acrecentarlo. Si no es posible su disminución, entonces el deber es que no aumente su magnitud.

La legislación civil además de consagrar con carácter normativo de regla, el deber jurídico de prevención, regula una herramienta legal específica para asegurar su cumplimiento que denomina “*la acción preventiva*” contemplada en los arts. 1711, 1712 y 1713 C.C.C.N., cuyo ejercicio puede efectuarse por los potenciales damnificados y por cualquier persona que acredite un interés razonable.

Por último, si la prevención es un deber jurídico es necesario definir cuál es la consecuencia que se deriva de la inobservancia al mismo por parte del sujeto obligado, es decir la “*sanción*” en términos kelsenianos²³.

Nación comentado”, T. IV, Dir. Rivera Julio C., Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p.996.) En tanto que Ubiría interpreta que el inc. a se refiere a la prevención de un daño en el marco de una relación obligacional entre las partes, en tanto que el inc. b sería al “ámbito de relacionamiento aquiliano” (UBIRÍA, Fernando A., “Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p.54).

²² GALDÓS, Jorge M., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., p. 299.

²³ Carlos Nino explica que para Kelsen no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta y agrega que “*En la Teoría pura del derecho, no es suficiente, ni necesario, para que una conducta sea un deber jurídico, que haya probabilidad empírica de que se aplique una sanción a quien*

*“Decir que un individuo tiene la obligación jurídica de realizar una determinada conducta equivale a decir que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo, que es tanto como decir que una norma jurídica enlaza al comportamiento opuesta con una sanción”*²⁴.

Se señala que en el C.C.C.N. hay un ensanchamiento de la responsabilidad por omisión²⁵, precisamente porque la inobservancia del deber de prevención a cargo del sujeto obligado genera de su parte una responsabilidad civil por omisión (1749 C.C.C.N.) y en consecuencia deberá responder por los daños no evitados o por lo no disminuido o por el agravamiento de los mismos²⁶. Frecuentemente, la responsabilidad por omisión del agente concurrirá como concausa del daño ocurrido con la responsabilidad por el actuar de un tercero²⁷.

Señala Zavala de González que el legislador ha establecido en este supuesto de responsabilidad por omisión un nuevo fundamento indemnizatorio o factor de atribución objetivo llamado *“poder preventivo”*. Cuando el sujeto no ejerció el poder de impedir el daño, el mismo se erige en factor de atribución de una obligación indemnizatoria autónoma que podrá concurrir o no con otros factores de atribución en el caso²⁸.

Por el contrario, si el deber preventivo es cumplido y el sujeto obligado que realizó la conducta preventiva es el mismo que contribuyó causalmente a generar la situación potencial de daños, entonces su obrar habrá impedido una responsabilidad civil de su parte y habrá cumplido su deber jurídico sin derecho a reembolso alguno.

En tanto que si quien realizó la conducta preventiva fue un tercero distinto al causante del peligro de daños, entonces se establece en el inc. b del art. 1710 C.C.C.N. que éste tendrá derecho a que se le reembolse el valor de los gastos en que incurrió a quien

comete su opuesta. Lo que Kelsen exige es que, en una norma válida, esté prevista una sanción para la acción opuesta a la obligatoria. Esto es independiente, por lo menos directamente, de que sea probable o no la aplicación efectiva de la sanción” NINO, Carlos S. “Notas de Introducción al Derecho 2. Los conceptos básicos del Derecho” Ed. Astrea, Bs. As., 1973, p.59 y 60.

²⁴ MORESO, Juan J. y VILAJOSANA, Josep M., MORESO, Juan J. y VILAJOSANA, Josep M., “Introducción a la teoría del derecho”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, p.134.

²⁵ OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, ob. cit., p. 64.

²⁶ *“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”*. TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, t. I, Ed. La Ley, Bs. As., 2011, p. 132.

²⁷ GALDÓS, Jorge M., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., p. 302.

²⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., p.183

generó la amenaza, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. Agrega López Herrera que *“también el tercero tiene acción contra el beneficiado, es decir contra la víctima del daño, cuando realiza gastos que disminuyen el daño. En ese caso las reglas serán las de la gestión de negocios”*²⁹.

La solución de aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, se estima ha sido válidamente criticada ya que *“el derecho de reembolso no debería surgir únicamente con motivo del daños evitados, sino también por los evitables, si las gestiones con tal fin fueron razonables e idóneas, así no lograrán éxito...Con la solución propuesta sobre enriquecimiento sin causa, se desalientan gestiones solidarias de terceros que procuran prevenir daños ajenos, pues sólo serán reembolsados los gastos (no por pérdidas patrimoniales sino se han traducido en desembolsos, ni tampoco lucro cesantes), y únicamente en la medida del éxito alcanzado para evitar o disminuir el daño, no si un emprendimiento razonable se frustra por contingencias aleatorias”*³⁰.

Además nada señala la disposición en relación a si el sujeto que evitó el daño, no fue un tercero, sino la propia víctima amenazada, en tal caso creemos que la compensación económica debe ser plena y no limitada a las reglas del enriquecimiento sin causa a cargo del generador del peligro.

²⁹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., p.996.

³⁰ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., p.195

Conclusiones

El C.C.C.N. ha efectuado el reconocimiento legislativo expreso de la función preventiva del Derecho de Daños, regulando el deber jurídico de prevención en sus arts. 1710 a 1713, acordando una herramienta legal específica para asegurar su efectividad como es la “*acción preventiva*” y recordando (art. 1710 inc. 1 C.C.C.N.) que el principio de prevención proviene del principio “*alterum non laedere*”, teniendo en consecuencia jerarquía constitucional. Procura una solución *ex ante* en vez de una respuesta *ex post* como la que antes se daba indemnizando un perjuicio ya producido.

Asimismo, el C.C.C.N. ha establecido el alcance jurídico que cabe asignar al deber preventivo en base a los requisitos que deben presentarse para su configuración, siendo los mismos: a) Situación de amenaza o peligro de daño o de agravamiento del mismo; b) Carácter injustificado del daño, para lo cual en base a las reglas de la causalidad habrá que determinarse “*la potencialidad dañina*” de la conducta de peligro desarrollada y eso determina su antijuridicidad; c) Previsibilidad o nexo causal adecuado entre la conducta del agente y la situación de peligro que ella crea; d) posibilidad fáctica o jurídica de evitar o mitigar el daño conforme a las circunstancias del caso y a los principios de buena fe y razonabilidad.

Nacido el deber jurídico de prevención según que el daño se haya producido o no y en base a sus características, el mismo puede presentar alguno de los siguientes contenidos: la evitación del daño, la mitigación del daño y el no agravamiento del daño.

A consecuencia de ser la prevención un deber jurídico y no moral, su incumplimiento será antijurídico e importará una consecuencia negativa para el sujeto obligado, siendo la misma una responsabilidad civil por omisión de su parte, debiendo responder por los daños no evitados o por lo no disminuido o por el agravamiento de los mismos, tanto que haya sido el autor de la conducta peligrosa o un tercero distinto que pudo prevenirla. Mientras que si fue la víctima la que con su conducta agravo su menoscabo, dicho agravamiento importará la eximente concurrente del hecho del damnificado (art. 1729 C.C.C.N.).