



## **DERECHO DE DAÑOS**

Universidad Nacional del Nordeste – U.N.N.E.

Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas

### **Cátedra B:**

Profesor Titular: Prof. Dr. Ricardo Sebastián, Danuzzo.

Profesores Adscriptos:

- Prof. Héctor Eduardo Escalante.
- Lilian Jaroki
- Verónica Gómez Barrios

### **Comisión 3: DERECHO DE DAÑOS**

#### **Responsabilidad Civil: Función Preventiva y Punicción Excesiva.**

Desde tiempos muy antiguos el hombre experimentó una reacción ante la producción de daños que repercutían sobre su persona o sus bienes. Ese rechazo, como señalan Pizarro y Vallespinos, no siempre asumió caracteres de homogeneidad y fue depurándose con el devenir de los años hasta asumir un contenido netamente patrimonial. Los autores que se han ocupado del tema no logran ponerse de acuerdo en torno a qué debe entenderse por "responsabilidad civil". Es que todo lo atinente a ella ha sido objeto de profundas divergencias: desde la noción de "responsable" hasta el fundamento mismo de la obligación de resarcir.

En nuestra opinión, la responsabilidad civil consiste fundamentalmente en la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro. Este concepto tiene suficiente flexibilidad para brindar una explicación razonable de la forma y modo en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios, sin atadura a preconceptos.

Con la sanción de la norma en estudio se consagra el deber genérico de prevenir la producción del daño, o de evitar su agravamiento, según el caso. Y dicha obligación recae no sólo sobre el agente que ocasionó el mismo, sino sobre todo aquel que, conforme a las pautas sentadas en la disposición, se encuentra facultado para prevenirlo.

#### **Régimen jurídico anterior:**

Con anterioridad a la sanción del nuevo Cód. Civ. y Com., no existía en nuestro ordenamiento un régimen general de prevención del daño, y menos aún un deber de prevenir el daño, como el regulado en el artículo en comentario. Sin embargo, existen normas que regulan esta cuestión en el ámbito procesal, y en las leyes de Defensa del Consumidor y de la Competencia.

### **Análisis de la nueva norma:**

El art. 1710 del Cód. Civ. y Com. Regula el deber genérico de evitar la producción de un daño, como así también el de disminuir sus efectos, si éste ya se produjo. Este deber, a su vez, tiene efectos erga omnes (Seguí). El contenido de esta obligación genérica no alcanza solamente a evitar la producción de un daño no justificado (es decir, ilícito), sino también a la disminución de la magnitud del daño ya ocasionado, como también a evitar su agravamiento cuando éste ya se produjo. A su vez, el artículo en análisis consagra el deber de disminuir la magnitud del daño, que se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio) y su extensión en el tiempo o prolongación. De esta forma la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar la dañosidad, e incluye a la producción de Daños continuados. Por ejemplo, en el supuesto de daños ambientales causados por la contaminación, que continúa generándose aun después de descubrir el daño ambiental, o en los supuestos de daños al honor o a la intimidad, que pueden producirse por la difusión de una imagen correspondiente a la esfera privada de la persona (Tolosa). Finalmente, el deber se completa con la exigencia de no agravar el daño ya producido, que es un supuesto distinto de los anteriormente relatados, pues el sujeto obligado no ha de esperar el reclamo indemnizatorio, ni el dictado de una sentencia para reparar el perjuicio, sino que, estando a su alcance hacerlo, deberá evitar que el daño ya causado se agrave. En cuanto a la legitimación pasiva, el deber consagrado recae sobre todos aquellos que se encuentren en posición de evitar la producción del daño. Para determinar ello, la norma proporciona determinadas pautas, a saber: a) el evitar el daño debe incumbirle a la persona en cuestión; y b) debe tratarse de adoptar "medidas razonables" para evitar que se produzca el daño, en función del principio de buena fe. 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 del Cód. Civ. y Com.). Conjugando todo ello, habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal situación se presentará, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, pueda con su accionar evitar un daño a un tercero (Zavala de González). En tal sentido, los fundamentos del Cód. Civ. y Com. dice que este deber

de prevención pesa sobre toda persona en tanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, pues de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecte la libertad (Picasso). Es preciso aclarar, por otra parte, que las consideraciones que anteceden se aplican a las denominadas "omisiones puras", que implican una total ausencia de acción. Por el contrario, los casos de "comisión por omisión", donde hay una omisión que se inserta en el marco de un curso general de acción positivo, pueden directamente ser descriptos como acciones, y escapan a las reglas especiales que se acaban de mencionar. Así las cosas, mientras que para el autor del perjuicio el deber de actuar en la prevención del daño deviene indudable, en los casos en que quien acciona para evitar o mitigar el perjuicio es un tercero, deberá estar en su esfera de actuación la posibilidad de evitar la producción del menoscabo, pues en caso contrario el deber previsto en el art. 1710 no le incumbirá. Por último, la norma faculta al tercero -o la víctima, en su caso-, siempre que reducir o evitar la magnitud del daño se encuentre dentro de su esfera de actuación, a reclamar el reembolso de las erogaciones que hayan tenido que realizar a dicho efectos.

### **Jerarquía Constitucional:**

La jerarquía constitucional del derecho a la prevención deriva de los art. 42 y 43 de la Constitución Nacional, los 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. La conveniencia y necesidad de su regulación en el derecho positivo fue declarada en importantes eventos jurídicos (caso de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en setiembre de 2011).

### **Fundamentos:**

Los fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de 1998, fuente del actual, señalan con claridad que la "prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva

ética, sino desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia”.

### **Descripción de la norma. Las acciones previstas:**

1. En su acepción lingüística la prevención se ocupa de “preparar las cosas necesarias para evitar daños”. El deber de actuar por acción u por omisión puede consistir en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse.

2. Agravar un daño es un supuesto que puede comprender varias situaciones ya que el agravamiento puede aumentar su magnitud, extensión o prolongar sus efectos temporales o espaciales. Advirtiéndose aquí; que la tutela preventiva comprende todas las etapas y supuestos de evitación de la dañosidad.

3. El módulo de comportamiento se emplaza, primero, en el ámbito de la antijuridicidad y encuentra su fundamento en el mínimo sentido de solidaridad humana y amor al prójimo”, en el deber de cooperación, información y advertencia del daño y esencialmente, en el abuso del derecho, ya que hay obligación jurídica de obrar siempre que la abstención no implique el ejercicio abusivo de la libertad de actuar o no actuar. La pauta de la valoración es la *prudencia* y *razonabilidad*, completadas con la *buena fe* (art. 1710 inc. B ), ya que hay deber de evitar el daño en cuanto depende de la persona art. 1710 , lo que implica que es susceptible de ser interpretado “normativamente” (en cuanto le este impuesto el control jurídico) o tácitamente (en cuanto tenga posibilidad de hacerlo). Una vez comprobada la antijuridicidad de la conducta (la omisión o la acción dañosa) debe procederse al análisis de la relación causal, lo que es más complejo cuando se trata de la omisión simple.



En cuanto al art 1711. **Acción Preventiva**; Es una concreción del principio general del art 1708 que establece que en la Argentina la responsabilidad Civil tiene tres funciones : indemnizatoria, preventiva y sancionatoria ; lo que se hace en este art es reglamentar la forma de plantear la prevención en un caso concreto.

El requisito básico para poder pedir la protección preventiva es que se trate de una acción u omisión antijurídica. Sin embargo surgen algunas dudas, porque este código no exige un momento previo de antijuridicidad en la conducta para indemnizar, sino que basta que la acción haya causado un daño para que sea antijurídica.

¿Cuál es la razón que lleva a que para indemnizar no se exija un momento previo de antijuridicidad en la conducta , que baste con el daño no justificado , y que por otro lado sí se la requiera para la procedencia de la acción preventiva? Dos respuestas, la primera que es imposible prescindir de la antijuridicidad en materia de responsabilidad civil y por otro lado es preferible sostener que si bien la compensación puede ser posible interpretando que todo daño es injusto si no está justificado, en materia de prevención es todo lo contrario. Mientras una persona no cause un daño, la regla es la libertad de actuación , por lo que solo puede restringírsela si se invoca una transgresión normativa. Es por otro lado la única forma de justificar la actuación preventiva frente a un acto omisivo. Solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño

### **Requisitos de peligro de daño:**

No solo debe haber antijuridicidad, sino también debe demostrarse que la acción u omisión hace previsible la producción de un daño. Esta previsibilidad se juzga en abstracto, teniendo en cuenta lo que es previsible para un hombre medio, sin dejar de lado las circunstancias. Este art debe ser relacionado con el art 1725, cuanto mayor sea el conocimiento de las cosas, mayor será el deber de actuar.



La regulación es amplia, no solo para casos de la producción de un daño sino también para aquellos en los cuales se pide el cese de acto dañoso o se trata de impedir su agravación.

### **La acción de cese de continuación del daño:**

La norma permite interponer la acción preventiva para impedir la “continuación” del daño. Es una acción que tendrá lugar en todos aquellos casos en los cuales el daño ya se ha producido, pero la conducta es continuada y se pide su cese, pueden ser ejemplos las siguientes acciones de cesación de daños producidos por: acto abusivo ( art.10 3º párr.. Cód. Civil) acto discriminatorio (art. 1 ley 23.592) acto contaminante (art. 28 ley 25.675) acto que perturba a los vecinos más allá de lo tolerante, art.1973,2º párr. Entre otros.

Estas acciones son imprescriptibles e independientes de las acciones indemnizatorias, porque suponen conductas continuadas .de lo contrario habría de admitir que el paso del tiempo puede purgar la discriminación, la depredación al medio ambiente o la exposición de la vida íntima.

### **La acción de cese de agravamiento:**

El caso previsto en la norma es el del daño ya producido, por un hecho único, pero que incluso puede llegar a ser peor .si no estuviera prevista esta acción bien podría ser que a la víctima le dijeran que debió directamente plantear la acción indemnizatoria . También es útil la acción de cese de agravamiento para aquellos casos en los cuales la acción de daño ha prescrito o ha sido pagada. Esta acción no está alcanzada, en principio, por la prescripción liberatoria.

No se exige al peticionante demostrar que la posibilidad de sufrir un daño es imputable a alguien por culpa o por riesgo. Ningún factor de atribución es exigible. La antijuridicidad es lo único que se requiere ser probado.

Lo que la ley busca es que la prevención sea rápida y eficaz. Exigir la demostración de a culpa de alguien, llevaría en muchos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto.

Por otro lado el juez aplicará el código de rito y exigirá la correspondiente contracautela, con lo que se despeja bastante el riesgo de acciones preventivas aventuradas.

***En cuanto al ART 1712;***La Ley no dice quiénes son los legitimados para no quitar la posibilidad a nadie, el listado debe ser dejado a la obra de los códigos procesales y a la acción de la doctrina y de la jurisprudencia. La única pauta que se exige es “interés razonable en la prevención”. Debido a que la ley no restringe el tipo de daño sobre el cual puede pedirse una acción preventiva, podría ser que lo sea para daños de incidencia colectiva, lo que amplía los legitimados para pedir la acción preventiva.

Los criterios por los cuales se puede juzgar que existe interés en la prevención del daño son varios como: 1- Ser la posible víctima del daño, la legitimación más indiscutible es la del que sufre un daño personal que puede ser un daño directo o indirecto. Así por ejemplo el padre que deberá sufragar gastos por una posible enfermedad de su hijo es un damnificado indirecto que sufre un daño emergente personal.

2- Tener legitimación para defensa de intereses de incidencia colectiva. Caso de asociaciones que tienden a la defensa de ese tipo de intereses como por ejemplo las asociaciones de defensa del medio ambiente o de derechos del consumidor.

3- Estar obligado a actuar. Tiene legitimación para interponer la acción preventiva aquella persona que esté obligada a actuar para prevenir el daño; ejemplo el titula del poder de policía cuando necesite el auxilio de la justicia para actuar, sería el caso de ingresar a un domicilio particular.

## PONENCIA

-El deber jurídico, de no causar un daño a otro, tiene implicancias jurídicas, sobre todo en el ámbito de la prevención de daño. Supone un deber positivo de actuar para prevenir la ocurrencia del daño.



-Este deber (función preventiva) se aplica tanto en la faz contractual como en la extracontractual, en los derechos personalísimos, en los contratos, es decir, se le reconoce un ámbito muy amplio

- El principio de prevención constituye, en cuanto principio, un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus particularidades.

-Para que proceda la tutela preventiva; -debe existir una conducta antijurídica (acción u omisión) por lo que el hecho generador debe ser ilícito. –INTERÉS del peticionante individual, colectivo, patrimonial o extrapatrimonial; ya que estén comprendidos en “el interés razonable” del art. 1712. – la posibilidad de adoptar una conducta positiva o abstención para evitar el daño. – Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable.

- la tutela de prevención está fuertemente vinculada con la protección de la persona humana, de su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supraconstitucional.

## CONCLUSIONES

### **DE LEGE LATA:**

- El deber, de no causar daño a otro, de raigambre constitucional, tiene implicancias jurídicas, sobre todo en el ámbito de la prevención de da daño. Supone un deber positivo de actuar para prevenir la ocurrencia del daño.
- Este deber (función preventiva) se aplica tanto en la faz contractual como en la extracontractual, en los derechos personalísimos, en los contratos, es decir, se le reconoce un ámbito muy amplio.
- El principio de prevención constituye, en cuanto principio, un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus particularidades.
- Para que proceda la tutela preventiva; - debe existir una conducta antijurídica ( acción u omisión) por lo que el hecho generador debe ser ilícito. –INTERÉS del peticionante

individual, colectivo, patrimonial o extrapatrimonial; ya que estén contenidos en "el interés razonable" del Art. 1712.- La posibilidad de adoptar una conducta positiva o abstención para evitar el daño.- Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable.

- La tutela de prevención está fuertemente vinculada con la protección de la persona humana, de su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supra constitucional.
- Existe en la doctrina consenso respecto de que la función que cumplen los daños punitivos es además de disuasiva, claramente preventiva. Lo que se va a buscar con su imposición es motivar a los proveedores a que adopten las medidas de seguridad y prevención que razonablemente amerite cada situación o para evitar la reiteración de una determinada conducta reprochada por el derecho

#### **DE LEGE FERENDA:**

- Se recomienda para una futura reforma la incorporación expresa al derecho común de las soluciones pecuniarias disuasivas, como recurso adicional para la prevención del daño en las situaciones regidas por el derecho común.