

Comisión nº 4, Derecho de Daños: “**Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil**”

## TÍTULO

### “**APLICACIÓN DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL**”

#### **Autores:**

- **Alejandro BORDA:** Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Titular de Contratos de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad de Buenos Aires

- **Carlos Alberto FOSSACECA (h):** Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina en Obligaciones y Daños.

**A.- INTRODUCCIÓN - B.- APLICACIÓN DEL DEBER DE NO DAÑAR EN AMBAS ESFERAS - C.- APLICACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD FORMAL EN LA PREVENCIÓN CONTRACTUAL - D.- SUPUESTO ESPECÍFICA DE PREVENCIÓN - E.- LA PREVENCIÓN CONTRACTUAL CONSISTE EN LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO - F. CONCLUSIONES.-**

#### **A.- INTRODUCCIÓN**

Una de los aspectos más destacados de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que ha suscitado el beneplácito de la doctrina consiste en la incorporación a nivel de derecho común de la función preventiva de la responsabilidad civil, hecho plasmado en el artículo 1710<sup>1</sup>.

No obstante, no resultaba desconocida su aplicación en el ámbito jurisprudencial en atención a la vigencia del principio cardinal de no dañar al otro, conocido, también, bajo la alocución “*alterum non ledere*”.

Merced a la existencia del apuntado principio, se explica que no se haya producido ninguna discrepancia en la aplicación de la faz preventiva en el ámbito de la responsabilidad

---

<sup>1</sup> **Artículo 1710 del Código Civil y Comercial:** “*Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo*”.

extracontractual. Sin embargo, no parece posible predicar tal temperamento directamente en el campo contractual, sin que deban hacerse ciertas precisiones.

## **B.- APLICACIÓN DEL DEBER DE NO DAÑAR EN AMBAS ESFERAS**

Se ha adoptado una tesitura en el Código Civil y Comercial distinta a la que empleara Dalmacio Vélez Sarsfield al elaborar su Código Civil, reformado en el año 1968 por medio de la ley 17.711.

Se dedican preceptos comunes para regular los ámbitos señalados. A pesar de tal aspiración, no se ha desconocido en la elaboración de las normas la diversa naturaleza ontológica que obliga marcar parámetros no siempre coincidentes. Ha ocurrido una aproximación normativa, rechazándose una uniformidad disciplinaria<sup>2</sup>.

Una adecuada técnica legislativa debe reconocer que en la esfera contractual se conjuga una obligación preexistente y en la aquiliana irrumpe de manera difusa el principio de no dañar a otro.

Este orden de ideas permite explicar las soluciones diversas que el Código Civil y Comercial ha seleccionado en materia de edad de discernimiento<sup>3</sup>, extensión del resarcimiento<sup>4</sup>, concepto de culpa<sup>5</sup>, naturaleza mancomunada, solidaria o concurrente de la obligación indemnizatoria<sup>6</sup>, régimen de los intereses<sup>7</sup> y prescripción<sup>8</sup>, entre otras.

---

<sup>2</sup> Se lee en el Anteproyecto cuando vierte las explicaciones acerca de las decisiones adoptadas en la Responsabilidad Civil, Punto 2: *“En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: “Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño...”...La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”*.

<sup>3</sup> El artículo 261 califica al acto involuntario por carecer del elemento de discernimiento al ilícito cometido por una persona menor de edad que ha no cumplido diez años y el lícito realizado por una persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones especiales. El método elegido implica distinguir en los dos ámbitos señalados el comienzo de efectos a partir de edades diversas.

<sup>4</sup> Una de las funciones que cumple el requisito de la relación de causalidad en el Derecho De Daños consiste en indicar la medida del resarcimiento.

El artículo 1726 dispone que son reparables las consecuencias dañosas que tienen un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Se indemnizan, salvo disposición en contrario, las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles.

El artículo 1728 acota el margen de causalidad contractual: se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando el deudor incumpla de manera dolosa, la responsabilidad se fija tomando en cuenta tales consecuencias que pudieron preverse en dicho momento.

<sup>5</sup> Mientras el deudor contractual debe adoptar las diligencias del caso para cumplir, y su actuación tiene siempre que encaminarse a la consecución de la finalidad acordada (lo que no significa que necesariamente se comprometa a alcanzarla), y en el supuesto que no practique dichos cuidados (hace de menos, de más o algo diferente de lo convenido) y cause daños, su conducta merece reproche y debe resarcir, en la esfera aquiliana también existe

Y parece claro que si el legislador hubiese aspirado a excluir la aplicación del artículo 1710 de la esfera de los contratos se habría pronunciado de manera expresa al respecto.

### C.- APLICACIÓN DE LA ANTIJURICIDAD FORMAL EN LA PREVENCIÓN CONTRACTUAL

Ha provocado opiniones no coincidentes interpretar el concepto de antijuricidad que requiere el artículo 1711<sup>9</sup> cuando se encuentra involucrado un contrato.

Recurrir al deber difuso de no dañar que se emplea en la esfera aquiliana resultaría excesivo en un campo que se caracteriza por una obligación preexistente.

La mentada calidad vincula a la prevención de manera específica con el contenido obligacional, con el plan prestacional pactado.

En el ámbito extracontractual, la antijuricidad se configura por el incumplimiento del deber genérico de no dañar; por lo tanto, basta la amenaza de sufrir un daño para activar la acción preventiva que el propio Código prevé (art. 1711). En el ámbito contractual, en cambio, debe darse un incumplimiento específico, imputable a una de las partes. Con otras palabras, no basta la amenaza de sufrir un daño, sino que es necesario el incumplimiento específico de un mandato legal.

Este orden de ideas justifica que sea factible erigir como presupuesto de la prevención contractual a la antijuricidad formal, entendida como aquélla conducta que contraría las obligaciones nacidas a partir y en ocasión de la celebración de un contrato.

---

siempre un deber de conducta, pero se trata del deber genérico y difuso de actuar de manera de no causar perjuicios a terceros, por lo que se lo incumple en caso de omisión de la debida diligencia (arts. 1710, inc. a, y 1716).

<sup>6</sup> En principio, si no se ha estipulado nada al respecto, la obligación contractual es simplemente mancomunada (conforme artículo 828).

El artículo 1751 disciplina la hipótesis de pluralidad de responsables: “*Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes*”.

<sup>7</sup> El artículo 1748 dispone que *el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio*, lo que parece aplicable a la responsabilidad extracontractual, al constituir un caso especial de mora automática. Igual mecanismo rige en materia de incumplimiento obligacional a tenor de lo dispuesto por el artículo 886; sin embargo, se prevén como casos de excepción a las obligaciones que están sujetas a plazo tácito y las que tienen plazo indeterminado propiamente dicho (artículo 887).

Obiter dictum, señalamos la solución que brinda el artículo 887, inciso a, respecto a las obligaciones de plazo tácito, puede ocasionar cierta inseguridad en su interpretación en atención al margen de discrecionalidad que se ha implementado.

<sup>8</sup> Se ha seleccionado como plazo de la prescripción civil un lapso de 3 años. Sin perjuicio de ello, consideramos que se aplican a las acciones resarcitorias del incumplimiento contractual el plazo genérico de 5 años que contempla el artículo 2560.

No obstante, se han establecido prescripciones más cortas para ciertos contratos. Verbigracia, prescribe a los dos años el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas (artículo 2562, inciso d).

<sup>9</sup> **Artículo 1711 del Código Civil y Comercial:** “*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*”.

Por el contrario, la antijuricidad material, es decir, comportamientos que quebrantan el ordenamiento jurídico, se torna muy amplio atendiendo a que la obligación preexistente emergida de acto jurídico hace necesario que todas las herramientas que se apliquen se adopten a ella. Un cabal ejemplo se encuentra en el artículo 1728<sup>10</sup> que prevé el supuesto de previsibilidad contractual. Su ámbito natural se encuentra en la esfera aquiliana.

#### **D.- SUPUESTO ESPECÍFICA DE PREVENCIÓN**

La posibilidad de prevenir el daño en materia contractual tiene un claro ejemplo en el propio plexo del Código Civil y Comercial, cuando prevé la llamada tutela preventiva.

En efecto, dispone el artículo 1032 que: *“Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”*.

#### **E.- LA PREVENCIÓN CONTRACTUAL CONSISTE EN LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

La virtualidad más significativa de aplicar una tesitura que trate de evitar el daño entre los contratantes radica en impedir que se cumpla la prestación pactada o dilatar en el tiempo la conducta prometida en los contratos de duración, ya sean continuos, periódicos o escalonados.

Los parámetros que se empleen en la jurisprudencia para resolver conflictos de prevención en la esfera aquiliana no se transpolan de manera directa en la convencional. En muchas ocasiones, tal uso deberá ameritar la adecuación a las circunstancias que indique la obligación preexistente.

Por otra parte, los institutos propios de la teoría general de los contratos, tales como resolución o rescisión, se tornan en principios ajenos al principio de prevención. Al ser figuras disciplinadas, presentan un ámbito de acción que les compete de forma exclusiva. En cambio, es posible incluir dentro del principio de prevención en materia contractual a figuras de corte procesal, tales como las medidas cautelares, pues con ellas se procura evitar daños. De todos modos, cabe agregar que en estos casos, no parece ser suficiente la mera verosimilitud del derecho justamente, para lo cual resulta conveniente exigir un grado de certeza superior a la verosimilitud del derecho a proteger

#### **F. CONCLUSIONES**

---

<sup>10</sup> Se ha explicado el contenido del artículo 1728 del Código Civil y Comercial en la nota nro. 4.

- Se torna posible aplicar el deber de prevención del artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación al ámbito contractual.
- Debe emplearse el concepto de antijuricidad formal en la procedencia de la acción prevista en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando se vea involucrado un contrato.
- El artículo 1032 del Código Civil y Comercial constituye una hipótesis de prevención contractual.
- La consecuencia principal de la prevención contractual consiste en la suspensión de la prestación debida.