

LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

JUAN MARTÍN ALTERINI

En otra ocasión¹ intenté establecer una *aproximación* a la función de la responsabilidad civil planteada en el nuevo ordenamiento² cuya vigencia está dispuesta a partir del 1 de agosto del corriente año³, según los términos del artículo 7 del novedoso cuerpo normativo.

En esta oportunidad, me limitaré a intentar *esclarecer* las mencionadas funciones no sin *componer*, de igual modo, la realidad histórica también de nuestro país.

Dispone el artículo 1708: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

Resulta apropiado aquello que VÁZQUEZ FERREYRA señalara, en el sentido que tal “vez una de las novedades más importantes sea que se reconoce y regula en forma expresa la doble función de la responsabilidad: a) preventiva y b) resarcitoria”⁴.

¹ ALTERINI, Juan Martín, “Aproximación a los lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Suplemento de Derecho de las Obligaciones y de la Responsabilidad Civil*, LÓPEZ MESA, Marcelo –Director– eldial.com, ejemplar electrónico del 10/3/2015.

² Ley 26.994.

³ Ley 27.077.

⁴ “Responsabilidad Civil. Aspectos generales en el nuevo Código Civil y Comercial” en ÁLVAREZ, Julián –Director– “Colección Reformas Legislativas”, ALTERINI, Juan Martín –Director– *Revista Debates doctrinarios: Código Civil y Comercial*, número I, In-fojus, p. 93.

Tradicionalmente, el sistema se basó en el segundo aspecto de la mencionada función, si se quiere, en una visión *clásica*, que se manifestaba imponente para brindar adecuada protección a numerosas situaciones dignas de ella.

Es que, esa forma de tutela que consiste en el resarcimiento, fue diseñada a la luz del pensamiento liberal e individualista que tiñó a toda la Codificación decimonónica, así como el proceso civil clásico⁵.

Tanto civilistas como procesalistas, encontraron, por entonces, las causas de la insuficiencia en esa raíz ideológica.

Allí prevalecía la autonomía de la voluntad, ya que los hombres se consideraban libres e iguales para *autodeterminarse* en el contrato, era un sistema ajeno a la idea de prevención⁶. Si eran iguales y eran libres, nada había que *prevenir*.

Era un sistema apoyado en el principio de división de los poderes y, con la relevancia constitucional otorgada al Poder Legislativo, las funciones del juez se reducían a dar órdenes que estaban previamente contenidas en la ley. “Podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo perspicaz y ciega, fuese en algún caso demasiado severa. Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” señalaba MONTESQUIEU⁷.

En ese marco, en el marco del derecho sustantivo, la sanción que correspondió fue la tutela resarcitoria, que, de manera simplificada, podría definirse como la reacción del sistema frente a la lesión a un derecho o interés (*ex post facto*).

Enmarcados, ahora, dentro del derecho procesal, el diseño coincidió con el proceso civil *clásico*, que, orientado hacia el pasado, con su clasificación trinaría de las sentencias⁸, quedó igualmente insuficiente por cuanto “todas las sentencias son declarativas de algún derecho”⁹.

⁵ RAPISARDA, Cristina, *Profili Della Tutela Civile Inibitoria*, Cedam, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1987; DI MAJO, Adolfo, *La Tutela Civile dei Diritti*, Giuffrè Editore, Milano, 1993; MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela Inibitória, Individual e Coletiva”, *Revista Dos Tribunais*, Brasil, 1998; MATTEI, Ugo, *Tutela Inibitoria e Tutela Risarcitoria*, Giuffrè Editore, Milano, 1987.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela Inibitória, Individual e Coletiva”, *Revista Dos Tribunais*, Brasil, 1998.

⁷ *El espíritu de las leyes*. Vertido al Castellano con notas y observaciones por Siro GARCÍA DEL MAZO, Librería general de Victoriano Suarez, Madrid, 1906, p. 235.

⁸ Sentencias declarativas, constitutivas y condenatorias.

⁹ DEL BLANCO, Gustavo Rubén, “Resoluciones judiciales” en DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (director) - TAMBORRENA, Gabriel (coordinador), *Teoría y práctica del derecho procesal civil, comercial y laboral*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 52.

De tal modo que se estableció un sistema de responsabilidad civil basado, ya no en la exclusividad de la *reparación*, sino mas bien en el del estrecho vínculo que ésta guarda con la *prevención* como veremos.

Es en tal contexto en el que se inscribe el art. 1716 del Código Civil y Comercial: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Aparece aquí como fundamento de la reparación del daño, la violación del deber de no dañar, el *alterum non laedere*¹⁰, al que, la Corte Suprema, asignó jerarquía constitucional¹¹.

Así, expresó que “el principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado”,¹² pues “expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”¹³.

También enfatizó que “el art. 19 de la Constitución Nacional establece el ‘principio general’ que ‘prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero’: *alterum non laedere*, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación”¹⁴, toda vez que es su deber *afianzar la vigencia* del “sentido de *justicia* de la sociedad, en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna”¹⁵. Es que “la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el [citado] principio general”, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto “a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”¹⁶.

¹⁰ D. 1.1.10 pr: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

¹¹ Sentenciando que “el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental)”, *Fallos* 308:1167.

¹² *Fallos* 308:1139.

¹³ LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla *naeminem laedere* en el Derecho Constitucional” en ALTERINI, Atilio Aníbal - LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel (directores), *La responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 89.

¹⁴ *Fallos* 308:1167.

¹⁵ Del voto de los Dres. PETRACCHI y ZAFARONNI en *Fallos* 327:3753.

¹⁶ “Gunther c/ Estado Nacional”, *Fallos* 308:1118, 1144, considerando 14; ver también *Fallos* 308:1109

De lo que puede seguirse que: “La importancia de la prevención radica, pues, en que el sistema actúa *ex ante*, minimizando la producción de daños e incentivando la precaución en los comportamientos sociales”¹⁷.

Ergo, son los principios constitucionales los que dan jerarquía y armonía a las diferentes situaciones jurídicas privadas, crean una verdadera fuente ordenadora superior y ostentan “un carácter normativo propio”¹⁸. Es que la Constitución “se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico, que no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de aquella, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos”¹⁹. De allí que se acuñara la expresión: “constitucionalización del Derecho Privado”²⁰.

Ello así, toda vez que en “un tiempo –y salvo los casos de control constitucional– las sentencias se fundaban en las obligaciones impuestas por las leyes. En las últimas décadas, y en consonancia con el principialismo y el neoconstitucionalismo, se fundan crecientemente en los derechos garantizados por la Constitución o proclamados por las convenciones internacionales incorporadas a ella”²¹.

Es conciencia jurídica, como venimos expresando, el absurdo de proclamar que los hombres son *libres e iguales* en un mundo lleno de *desigualdades y dependencias*²², y también asumimos que la protección fundada en la consideración del hombre en su aspecto patrimonial era insuficiente. A ello arribamos porque los derechos personalísimos y los bienes (especialmente los de incidencia colectiva) no tienen contenido patrimonial.

¹⁷ CALVO COSTA, Carlos Alberto, *La prevención y el actual derecho de daños*, RRCyS t.2014 AR/DOC/1240/2014; CORDECH, Salvador - CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 107 y ss.

¹⁸ RUIZ SANZ, Mario, *Contradicciones entre principios jurídicos*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 210.

¹⁹ ARCE Y FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991, ps. 163 y ss.

²⁰ LORENZETTI, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *LL*, 2012-C-581.

²¹ GUIBOURG, Ricardo A., “*Ius cogens*”, *LL* 3/2/2015, AR/DOC/9/2015.

²² “El derecho se vale de paradigmas socio-económicos para establecer sus regulaciones. Uno de ellos (...) es la tensión entre ‘fuertes y débiles’, constituyendo un panorama agonal propicio para inaugurar la verdadera implosión de los sistemas decimonónicos que presuponían a todos ‘iguales’. Esta, en rigor, es una verdad a medias, en tanto la existencia de los códigos de comercio, al lado de los civiles, marcaba que había algunos ‘distintos’, los comerciantes, que tenían su ley (A. A. ALTERINI)” (SANTARELLI, Fulvio, “De la debilidad, sistema y paradigmas”, *RRCyS, LL*, AR/DOC/164/2014).

Por lo tanto, no es dable sostener la tesis de *restituir* en el patrimonio del individuo, lo que no forma parte de aquél o no pertenece al individuo considerado, valga la redundancia, en su individualidad.

La insuficiencia de la exclusiva tutela resarcitoria para proteger estos derechos, resultó entonces, más que evidente.

Así es que se establece –de manera complementaria e integradora²³ del sistema de responsabilidad civil–, el *Deber de Prevención*.

Artículo 1710. “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”²⁴.

La norma generaliza el deber de *prevenir* y lo pone –lógicamente– en cabeza de *toda persona* obligando a una *abstención* (inc. *a*)²⁵ una *acción* (inc. *b*) y, finalmente, a un doble *patrón de conducta*²⁶ (inc. *c*)²⁷. Cuando

²³ “Tal vez una de las novedades más importantes sea que se reconoce y regula en forma expresa la doble función de la responsabilidad: *a*) preventiva, y *b*) resarcitoria” (el destacado no es original; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *ob. y lug.cit.*).

²⁴ Artículo 1710.

²⁵ “El deber, ahora jurídico, de no causar un daño a otro, tiene implicancias jurídicas, sobre todo en el ámbito de la prevención del daño. Es un refuerzo para todas las acciones preventivas porque supone ahora un deber positivo de actuar para prevenir la ocurrencia del daño”, LÓPEZ HERRERA, Edgardo en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (directores) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 995 y sigtes.

²⁶ Ocurrido el daño, no agravarlo ni por acción ni por omisión.

²⁷ “En el *common law* se conoce como *duty of mitigation*, deber de mitigación del daño. Es el deber que tiene la víctima de no agravar el daño. Si bien no lo ha causado, es contrario a la buena fe que pretenda cobrar los daños que podría haber evitado. Si bien es cierto que quien la pone en esa situación es el victimario, la buena fe le impone actuar para que la situación no se agrave (...)

Así BORDA dice que ‘si el damnificado pudo evitar mayores daños adoptando las medidas adecuadas, el autor del hecho deja de ser responsable de la agravación, así ocurre, por ejemplo, si el propietario dejó su automóvil en el taller más tiempo de lo que era preciso y lo hizo por simple negligencia o incuria, o si lo dejó a la intemperie sin tomar el cuidado de hacerlo llevar a un taller de reparaciones o a un depósito donde estuviera resguardado contra

es un tercero quien cumple con este deber de *prevención*, bajo las normas del enriquecimiento sin causa²⁸, deberá ser reembolsado a excepción de que, por las propias normas generales del enriquecimiento incausado, proceda otra vía para el reclamo²⁹.

Es preciso poner de resalto que cuando el texto establece *toda persona*, va de suyo, se refiere a toda persona con posibilidad de proceder conforme lo establece, con carácter de *deber* jurídico, su propio texto; esto es que, pudiendo optar, escoja otro modo de *proceder* distinto del *preventivo*.

Hay consenso en sostener que el “gran desafío del Derecho de Daños del siglo XXI está en lograr anticiparse al daño, superando el paradigma clásico de que no hay responsabilidad sin daño. Está muy claro que debe existir una responsabilidad preventiva junto a la responsabilidad resarcitoria”³⁰ y, en consonancia con ello, expresamente establece el “artículo 1711³¹: 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”³².

El “art. 1710 del C.C.yC.N.(...) reproduce casi textualmente el art. 1585 del Proyecto de 1998 (y el art. 1711) regula la acción preventiva que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Es requisito para la procedencia

las inclemencias del tiempo y la acción de terceros’. A su vez ZAVALA DE GONZÁLEZ dice que ‘así como no existe un derecho a perjudicar injustamente, el damnificado soporta la carga, como imperativo de su propio interés, de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento del perjuicio’”, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, ob. cit. p. 996.

²⁸ Dice el artículo 1794: “Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”.

²⁹ Dispone el artículo 1795: “Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido”.

³⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Derecho de Daños*, t. I, La Ley, Montevideo, 2012, p. 431; GALDÓS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, *LL ej.* del 11/6/2012.

³¹ Como lo dicen los fundamentos del entonces Proyecto, el artículo 1711 adopta los lineamientos del art. 1585 de su homónimo de 1998.

³² Esta verdadera *herramienta procesal*, se erige como un medio diferenciado de la acción de amparo regulada por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y de la regulada por la ley 16.986. Aún así, tales diferencias, sin duda, será objeto de un posterior trabajo de investigación que habré de realizar.

de esta acción, la antijuridicidad de la acción u omisión que previsiblemente ocasionará un daño o su continuación.

Basta por lo tanto, que la acción u omisión no esté justificada y que previsiblemente ocasione un daño para que proceda esta acción preventiva, que condensa cualquier pretensión de prevenir un daño, su continuación o agravamiento, sin mayores exigencias”; Respecto a la “legitimación para reclamar esta acción, basta que se acredite un ‘interés razonable en la prevención del daño’ (art. 1712 del mismo cuerpo normativo). A su vez, se establece que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, y ponderar los criterios de menor restricción posible (art. 1713 C.C.yC.N.).

La advertencia que impone el art. 1713 al juzgador, respecto de considerar la menor restricción posible, es una inclusión feliz; ya que utilizar esta acción preventiva con criterio amplio puede conducir a resultados irrazonables con la consecuente prohibición o limitación de actividades que son lícitas e incluso necesarias para la sociedad, pero que generalmente ocasionan daños. En tales circunstancias, el juez deberá ponderar los intereses en juego; y en caso de disponer una medida que restrinja o limite dicha actividad, debe hacerlo con la menor restricción posible, y como agrega la misma norma al final: teniendo en cuenta el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”³³. Con ello, y más allá de eventuales disquisiciones teóricas, lo cierto es que el nuevo Código “se pone a la altura de un Código moderno”³⁴.

Tal criterio, también, se adecua a lo resuelto –en términos generales– por distintos eventos académicos³⁵ en los que se concluyó:

“Prevención del daño: El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento. II.- Acción preventiva: En la acción preventiva no es

³³ OTOALA, María Agustina, “El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la ‘sanción pecuniaria disuasiva’”, *RRCyS*, n° 1, 2015, *LL*, AR/DOC/4029/2014.

³⁴ KIPER, Claudio M., “La prevención del daño y el proyectado Código Civil”, *RRCyS*, Año XIV, N° 6.

³⁵ Por todos, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

aplicable la noción de factor de atribución. Están legitimados activamente para obrar todos aquellos que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo”³⁶.

Corresponde recordar aquí, lo que se sostuvo sobre este aspecto de la responsabilidad civil en el –por entonces– llamado Proyecto 2012: “Conforme al principio de prevención ‘los daños deben ser evitados, tanto deriven de actos lícitos como de infracciones contractuales’, a través de medidas tendientes a impedir ‘la realización posible del daño’; puesto que, si la Justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, ‘ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar’; se trata del ‘restablecimiento del adversario a la situación que era suya antes que el golpe de fuerza haya sido perpetrado’. Hoy, en la alternativa de evitar el daño o de resarcirlo una vez producido, se elige evitarlo”³⁷.

Y surgió –ahora legalmente– la *prevención* como una obligación general instituida como *deber*, atendiendo a la necesidad social de obtener un nuevo ordenamiento. Sin dejar de “tener siempre presente la importancia del Derecho como ordenamiento del orden social, necesariamente ligado a los valores permanentes que un determinado sistema político preserva y defiende, en nuestro caso, el Estado Social y Democrático de Derecho.

De manera tal que “surge la necesidad de adaptar las instituciones civiles a los principios de la reforma constitucional de 1994, guardando así coherencia con el principio de supremacía que debe primar en el ordenamiento, conforme al cual es el Código Civil el que debe adaptarse a la Constitución, y no al revés”³⁸.

El sistema próximamente vigente, conjuga, en buena medida, los preceptos y conceptos que tanto la Constitución Nacional como los sucesivos proyectos de reforma, han establecido. La velocidad del cambio normativo, por fortuna, es apabullante; entre la promulgación del nuevo texto y su entrada en vigencia, por ejemplo, nuestra Constitución incorporó³⁹ la

³⁶ Jornadas citadas, cuyas conclusiones se encuentran disponibles en <http://jndc.bahia Blanca2015.com/wp-content/uploads/2014/02/Ed-antiores-27-XXIII-Jornadas-2011.pdf>.

³⁷ ALTERINI, Atilio en LL, 2012-D, 1154 con cita de SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Madrid, 1963, p. 252, DE CUPIS, Adriano, *El daño*, trad. A. MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975, p. 576; AGUIAR, Henocho D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. IV (Actos ilícitos. Daños y acciones), Buenos Aires, 1951, p. 172 y CHARTIER, Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, respectivamente.

³⁸ Ver DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista Jurídica La Ley*, t. 2014, AR/DOC/1098/2014.

³⁹ Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional.

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)⁴⁰ adquiriendo igual jerarquía⁴¹.

Hace unos años ya, señalé que “El derecho de daños ha cambiado sustancialmente debido a la metamorfosis que ha sufrido el mundo moderno. La era tecnológica avanzó de manera tal que seguramente la historia reconocerá, en esta etapa que vivimos, la era post-tecnológica. Muchos cambios son sorprendentes hasta para los más jóvenes; la llegada del hombre a la luna, por caso, no impresiona a una generación que nació con la expectativa de viajar como turista a ella. Esto que parecería ser una verdad de Perogrullo pareciera que para unos pocos no lo es. El arraigo por las instituciones ‘remozadas’ debe, y tiene, que ceder frente a la vertiginosa evolución ya que, de otro modo, so pretexto de enarbolar la bandera del débil, se intenta rebatir la posibilidad de brindarle protección. El debate por cierto que no está cerrado. El ámbito es el Congreso nacional.

(En aquella ocasión también señalaba que) todo ello lleva a que el presente trabajo sea orientado hacia el futuro, es decir, tomando como centro el Proyecto de Código Civil de 1998 y como comparación –casi histórica– el antiguo Código Civil que ya ha cumplido sus ciento treinta años de vigencia”⁴².

Su larga duración obedeció, sin duda, a la incansable labor de los magistrados que con un sistema jurídico tan dinámico y un Código de fondo tan antiguo⁴³, han debido –y podido– acompasar su vigencia.

No obstante ello, es preciso *componer* la realidad histórica de la época; cincuenta años antes de la entrada en vigencia del Código Civil argentino, el General José DE SAN MARTÍN asumió el mando total del Perú entrando en Lima como Libertador y recibiendo el título de “Protector”⁴⁴. En 1878, un año antes de la sanción del Código Civil, el General Julio Argentino ROCA –Ministro de Guerra– presentó un Proyecto ante el Congreso de la

⁴⁰ Ley 26.378.

⁴¹ Mediante ley 27.044.

⁴² Lo agregado entre paréntesis, no es original; “Algunas consideraciones respecto del régimen probatorio de la culpa en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en el libro Homenaje al profesor doctor Roberto M. López Cabana, *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, AMEAL, Oscar J. –director–, TANZI, Silvia Y. –coordinadora–, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

⁴³ Entiendo apropiado diferenciar el carácter de “*antigüedad*” del de “*viejo*” Código de Vélez Sarsfield puesto que la Real Academia Española distingue al primer concepto como “objeto que tiene valor” (6ª acepción) mientras que el segundo, viejo, “existe desde hace mucho tiempo” (3ª acepción).

⁴⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Protectorado_de_San_Mart%C3%ADn

Nación cuyo mensaje de elevación decía textualmente: “Es necesario (...) ir directamente a buscar al indio en su guarida, para someterlo o expulsarlo, oponiendo enseguida, no una zanja abierta en la tierra por la mano del hombre, sino la grande e insuperable barrera del río Negro, profundo y navegable en toda su extensión, desde el océano hasta los Andes”⁴⁵.

“El año en que entró en vigencia el Código de VÉLEZ, “se instituye y se disuelve la Comuna de París. El avance industrial invita a toda clase de aventuras. El hombre quiere saber cómo es el mundo que habita (...) y Darwin publica ‘El origen del hombre’ (...) Se instala la Escuela Normal de Paraná y en Córdoba se inaugura la Primera Exposición Nacional. El levantamiento entrerriano de López Jordán concluye en la batalla de Ñaembé. Chile comienza una campaña de agitación por presuntas reivindicaciones y la oposición parlamentaria trata de aprovechar el tema. Sarmiento replica elevando a gobernaciones toda la zona: la de la Patagonia, hasta el río Santa Cruz, y la de Magallanes, que incluye a Tierra del Fuego. Los chilenos siguen establecidos en Punta Arenas, zona que ocuparon durante el gobierno de Rosas. Es un año dedicado a la educación: se fundan más de 1000 escuelas primarias y nacen las primeras escuelas normales, colegios nacionales y cursos nocturnos. Se crean también Escuelas de Agronomía, Arboricultura y Minería. Se funda la Escuela Naval y se forma la primera Escuadra de Guerra. Aparecen este año los Remington y las ametralladoras.

Declara PELLEGRINI: ‘Es necesario que en la República se trabaje y se produzca algo más que pasto’. Se amplían los servicios de aguas corrientes y en la Plaza Lorea se levanta una torre de hierro con un tanque con capacidad para un millón cien mil litros (...) se calcula que existe una librería por cada cien billares, y una librería entre ciento cincuenta pulperías.

Imprevistamente sobreviene la epidemia de fiebre amarilla. En un principio se piensa que el flagelo castigará sólo a los conventillos, pero en su avance el mal alcanza los barrios aristocráticos. Con un municipio incapaz muy pronto el vecindario pide la creación de una junta de salud pública. La Comisión Popular se integra con figuras como Roque PÉREZ, Adolfo ALSINA, Juan Carlos GÓMEZ, GUIDO Y SPANO, IRIGOYEN, MITRE, QUINTANA y otros (...) El pánico domina a la ciudad y comienza el éxodo. En pocos días la ciudad queda reducida a 60.000 personas y en abril los muertos son más de 8000. Las industrias se paralizan como también las instituciones: no funcionan las escuelas, los bancos, los teatros, los tribunales, la aduana,

⁴⁵ “Guión de la Sala de Conquista del Desierto”, Museo de la Patagonia, Intendencia del Parque Nacional Nahuel Huapi, Asociación Amigos del Museo.

etcétera, durante un mes. Los negocios abren durante escasas horas y los víveres escasean.

Al duro panorama se suma una lluvia ‘diluviana’ (...) hay anegación a montones y mártires por ella: Manuel ARGERICH, Roque PÉREZ, Francisco LÓPEZ TORRES, Florencio BALLESTEROS, Francisco MUÑIZ, Francisco RIVA, Adolfo SEÑORANS y centenares más. El saldo es de 13.614 muertos. Por otra parte, recién transcurridos diez años desde la entrada en vigencia del Código de VÉLEZ –en 1881– se izó por primera vez la bandera argentina frente al lago Nahuel Huapi”⁴⁶.

En este contexto y realidad histórica en el que el mundo no conocía ni los vehículos automotores ni la luz eléctrica, entró en vigencia el Código que, hasta la entrada en vigencia efectiva del nuevo Código, siguió regulando nuestra vida civil.

Pero, lo cierto, es que nuestra doctrina y jurisprudencia trabajaron de manera incansable en hacer posible que el sistema jurídico subsista, sin resentir por ello los textos constitucionales que le sirvieron, las más de las veces, de firme soporte. Así lo entendieron las sucesivas comisiones reformadoras, al proyectar, y, ahora, finalmente, obtener un código edificado sobre la base del derecho constitucional.

“La adecuación del Código Civil y Comercial de la Nación al texto de la Constitución Nacional reformada como uno de los fundamentos del proyecto, constituye un propósito no solamente muy loable, sino también como una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento, resultando ser una lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, conforme con el cual, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado Democrático de Derecho”⁴⁷.

Y tal actualización, en lo que a *prevención* respecta, como vimos, no resulta menor. “Parecería que uno no tiene que ocuparse de la seguridad y bienestar de las personas con las que no tiene una relación especial, o respecto de las cuales no ejerce una función de supervisión. No obstante, la regla no puede ser absoluta; en efecto, la idea de que el derecho civil ha de renunciar siempre a la preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver *cómo* el riesgo se concreta y el daño se produce, está en franca retirada”⁴⁸.

⁴⁶ ALTERINI, Juan Martín, *La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas*, LL, RRCyS, 2001-418.

⁴⁷ DALLA VÍA, Alberto Ricardo, ob. y lug. cit.

⁴⁸ CORDECH, Salvador - CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa, ob. cit., p. 10.

Si bien es cierto que hay quienes, por sus razones, entienden desacertado que sea el Código Civil el que disponga un régimen *preventivo*⁴⁹, lo cierto es que al tratarse de regímenes constitucionales diferentes, y, ahora, de un sistema de responsabilidad unificado⁵⁰, entiendo que tal incorporación en nuestro sistema, resulta adecuada y plausible⁵¹, y muchas de las válidas críticas académicas, ceden a poco que se repare en aquéllos.

Aquí corresponde recordar la *genética* del Instituto que le diera carta legal de ciudadanía el anterior Proyecto puesto que, como se dijo, “Se concibe al derecho de daños más allá de un patrimonio afectado o un mero lucro frustrado, dando amplio cobijo a lo que se denominó ‘la tutela civil inhibitoria’. Exhibiendo un grado de madurez en la faz jurídica, ha puesto el acento en el estadio previo, en el *ex ante* (prevención) que en el común *ex post* (la indemnización). (...) brilla como antecedente importante (...) el Proyecto de Código Civil de 1998 (...) Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido”⁵².

⁴⁹ Por todos ver PANTALÓN, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las Administraciones públicas”, PANTALEÓN, Fernando –director–, *La responsabilidad en el derecho*, ed. Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 172.

⁵⁰ Como sabemos, los dos regímenes de responsabilidad civil que contiene el Código de VÉLEZ, finalmente, se han unificado como lo venía reclamando unánime la doctrina. II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín 1986; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche 1989; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia 1980; II Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1961; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata 1989; Jornadas de Responsabilidad por Daños, en homenaje al Profesor Jorge BUSTAMANTE ALSINA, Buenos Aires 1990; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa, Santa Rosa, La Pampa 1991; I Jornadas Internacionales de Estudiantes de Derecho, Córdoba 1992, BREBBIA, SALAS, GOLDENBERG, TRIGO REPRESAS, RAMELLA, COMPAGNUCCI DE CASO, STIGLITZ, A. ALTERINI, LÓPEZ CABANA, entre muchos otros.

⁵¹ En términos generales, análogas conclusiones a las arribadas por SEGUÍ, Adela M., “La prevención de los daños en el proyecto de código civil y comercial de la Nación”, SJA 2012/12/26-9, JA, 2012-IV. Ver también ACCIARRI, Hugo A., “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LL ej. del 4/2/2013.

⁵² TANZI, Silvia Y. - FOSSACECA, Carlos A., “La responsabilidad médica acorde a los lineamientos de la reforma civil” en GARAY, Óscar Ernesto –director–, *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 554.

Con carácter previo a la vigencia del posteriormente llamado Código de NAPOLEÓN, se ha dicho:

“El derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o deben ser el derecho reducido a reglas positivas.

El derecho es moralmente obligatorio; pero, por sí sólo no lleva consigo coacción ninguna; él dirige, las leyes ordenan; sirve de brújula, y las leyes de compás.

Los distintos pueblos no viven entre sí más que bajo el imperio del derecho; los miembros de cada ciudad son regidos, como hombres, por el derecho, y como ciudadanos, por leyes.

(...) Existe una ciencia para los legisladores, de la misma manera que existe una por los magistrados; y la una no se parece la otra. La ciencia del legislador consiste en encontrar en cada materia, los principios más favorable para el bien común: la ciencia del magistrado consiste en poner esos principios en movimiento, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las particulares hipótesis, estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata; y no exponerse al riesgo de ser alternativamente esclavo y rebelde, y al de desobedecer por espíritu de servidumbre”⁵³.

En aquel país, Francia, en la actualidad, “la *función preventiva* de la responsabilidad civil se desarrolla (...) en el campo judicial (... por) los tribunales (que) están eficazmente armados para impedir la producción de daños inminentes; (...) De igual forma, la legislación tanto interna como comunitaria (de la Unión Europea), tiende a establecer una obligación general de seguridad de productos y de servicios ofrecidos en el mercado. Este papel profiláctico evoluciona bajo influencia del principio denominado ‘de precaución’, venido del derecho comunitario que avanzar progresivamente en el derecho interno”⁵⁴.

⁵³ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Introducción y traducción de I. CREMADES y L. GUTIÉRREZ - MASSON, Civitas, Madrid, 1997.

⁵⁴ LE TORNEAU, Philippe, “Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil”, traducción realizada por el Dr. Marcelo LÓPEZ MESA en TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 903.

Nuestro flamante Código, como vimos, especialmente “enrolado en las huellas trazadas por el Proyecto de Código Civil de 1998”⁵⁵ nos obliga a dejar de *repensar* el sistema, y, sin duda, a *establecerlo* sobre su base.

A modo de conclusión y a propósito del, ahora, promulgado Código Civil y Comercial, con anterioridad a que ello ocurra, nos decía DALLA VÍA algo que no ha perdido ninguna actualidad: “Será interesante el seguimiento de los debates jurídicos que sobrevendrán, teniendo siempre muy presentes los “mandamientos del abogado” que nos legara el jurista uruguayo Eduardo COUTURE, cuando aconsejaba: “ESTUDIA: el Derecho cambia permanentemente y si no sigues sus pasos serás, cada día, un poco menos abogado”⁵⁶.

A ello no convoca nuestra realidad jurídica y, por fortuna, luego muchos muchos años de esfuerzo, esta obra de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –que alguna vez también presidió Atilio ALTERINI– tiene por propósito difundir, profundizar y *estudiar*, nuestro anhelado Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁵ TANZI, Silvia Y. - FOSSACECA, Carlos A., ob. cit., p. 577.

⁵⁶ DALLA VÍA, Alberto Ricardo, ob. cit. y lug. cit.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección

GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER

JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA

JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO

MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO

JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina