

## XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

### 3. Comisión de Daños: Principios de prevención y precaución.

**Título: Potestades de los jueces para la prevención de daños.**

**Autores: Dr. Marcos M. Córdoba** (Director del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L.Gioja" UBA y Profesor Titular de la Facultad de Derecho de UBA);

**Dra. Esther H. Silvia Ferrer de Fernández** (Coordinadora del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L.Gioja", UBA; Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho UBA,)

**Dr. Alejandro Laje** (Integrante del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L.Gioja" UBA; Profesor UAI,);

**Dra. Adriana Morón** (Integrante del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L.Gioja", UBA).

Resumen:

En circunstancias excepcionales es deber del juez actuar de oficio y disponer las medidas de protección necesarias para evitar futuros accidentes en los casos en que exista potencialidad cierta de daños colectivos, aunque rebase las pretensiones de las partes.

La actuación de oficio en esas circunstancias no exige de una norma expresa que la faculte, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra receptado el derecho a la prevención como garantía individual y social, en la Constitución Nacional (Preámbulo, arts. 14 y siguientes, 28, 33 y 2499 del Código Civil).

Índice:

I. Ponencia de lege lata. II. Ponencia de lege ferenda. III. Fundamento:

## I. Ponencia de lege lata

- I. Liminarmente, cabe señalar que el principio dispositivo impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el *thema decidendum*, debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a lo que ha sido solicitado por aquellas en los actos de constitución del proceso. Así lo establece el art. 163, inc. 6 del Código Procesal al disponer que la sentencia definitiva deberá contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte”.
- II. No obstante ello, en ciertas ocasiones, la actuación del juez resultaría insuficiente si solo se limitase a resolver el caso traído a estudio, ello ante la eventualidad de ocurrencia de nuevos daños.
- III. Cuando se encuentran en juego intereses colectivos o difusos de la comunidad, la faz preventiva adquiere importancia por cuanto se trata de impedir que subsista la actividad ilegal y potencialmente dañosa.
- IV. En caso de accidentes, el Poder Judicial no puede limitarse a condenar la indemnización de los daños, debiendo prever su evitación para el futuro<sup>1</sup>. El art. 2499 del Código Civil, concede amplia potestad a los magistrados para actuar en cualquier situación de daño potencial, sin que su interpretación pueda entenderse acotada por la frase “posible daño a los bienes”<sup>2</sup>.
- V. El fundamento jurídico de la prevención del daño lo encontramos directamente en el art. 43 de la Constitución Nacional en cuanto prevé la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al

---

<sup>1</sup>Vid. Morello y Stiglitz, “Función preventiva del Derecho de Daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia”, pub. en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1988-III, págs. 116 y ss.

<sup>2</sup>Vid. Ghersi, *Idem*.

usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva<sup>3l</sup>

- VI. Asimismo, cuando los jueces ordenan medidas preventivas a fin de evitar que se multipliquen los daños, actúan, en virtud de los “poderes o facultades inherentes” del Poder Judicial, se trata de facultades o potestades propias de la naturaleza de un órgano o institución determinada. Es una condición sustancial, inseparable de la esencia misma del órgano.

## II. Ponencia de lege ferenda

Se adecúe la normativa a fin de que resulte expresa y claramente la tutela jurisdiccional de los intereses difusos con sustento en el rol preventivo que el derecho de daños debe desempeñar induciendo a la evitación del hecho lesivo o, en su caso, a la cesación del mismo.

## III. Fundamento

i.- Las indemnizaciones en ciertas ocasiones no son por sí solas suficientes para suplantar la falencia de controles administrativos directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. De modo que la justicia civil no puede soslayar la función de prevención que le corresponde asumir. Es que el moderno derecho de daños no se agota únicamente en su faz reparatoria, sino que desempeña, entre otros, un rol tanto preventivo -la teoría de prevención del daño ha sido señalada como protagonista principal del pensamiento moderno en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998-, como sancionatorio.

Ya en la década de 1970 ilustres juristas, tales como Calabresi, alegaron que la responsabilidad civil debería persuadir al eventual autor de un daño a desistir de su conducta o a tomar los mayores recaudos posibles para evitar hechos lesivos.

Por lo que respecta al análisis económico del derecho, el aspecto de la prevención es primordial. El derecho de daños tiene como principal función la de prevenir accidentes y evitarlos al menor costo para la sociedad.

La reducción absoluta del coste secundario de los accidentes no puede ser la única función de la responsabilidad civil. Es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los

---

3 BRUN, C., *¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”)*, DJ 2004-3, 1228.

afectados en los accidentes una vez que se hayan producido y, en cambio, no haga nada para evitarlos<sup>4</sup>l.

De igual modo, en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998 se hizo hincapié en esta faz preventiva. Se sostuvo que “la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, económicamente eficiente. Porque la evitación de los daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico”.

ii.- Concordamos con Rivera(h) quien sostiene que un sistema de responsabilidad civil es eficiente, entre otras cosas, cuando induce a la prevención antes que a la reparación<sup>5</sup>l En este sentido afirma Lorenzetti que la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se basó en el cambio de una serie de paradigmas, a saber, entre otros: “de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización” y de la reparación a la prevención<sup>6</sup>l.

iii. – En circunstancias excepcionales cuando exista un peligro potencial, los magistrados se encuentran facultados para actuar de oficio en función de sus potestades de tutela jurisdiccional otorgadas por la Constitución Nacional (Preámbulo, arts. 14 y siguientes, 28, 33 y 2499 del Código Civil y Código de Minería). Se trata, en palabras de Bofi Boggero de una de las más trascendentes funciones de la justicia: la del control jurisdiccional, que debe activarse frente a un peligro inminente<sup>7</sup>.

iv.- En los autos caratulados “*Giménez, Domingo y otra c/ Estado Nacional (Ejército Argentino)*”<sup>8</sup> en el cual se trató la responsabilidad de la demandada en relación a la muerte por asfixia de una menor de 13 años en un depósito artificial de agua producto de excavaciones de la empresa Tosquera del Sur S.A., la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, sala III, el 8 de agosto de 1988 hizo lugar parcialmente a la demanda. Asimismo, se intimó al

---

4 CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Madrid, Ariel, 1984, p. 79, citado por REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, 3ra. edición, p. 77.

5 RIVERA (h), J. C., op. cit.

6 LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamento constitucional de la reparación de daños*, LA LEY, 2003-C, 1184.

7 MORELLO, A.; STIGLITZ, G., *Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia*, LLP 1987, 593-Sup.Esp. LLParaguay 2003 (noviembre), 166-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 549.

8 LA LEY 1989-C, 117.

Estado Nacional a que dentro del plazo de 30 días, colocara en torno a las excavaciones inundadas una cerca que las aisle completamente, bajo apercibimiento de ordenar a la Municipalidad de Quilmes que realizara la obra con cargo al Estado Nacional (arg. art. 13, última par. ley 48).... “deberá la demandada colocar carteles bien visibles que indiquen peligro, y mantener un servicio permanente de vigilancia durante las horas diurnas y la Municipalidad de Quilmes por su parte habrá de informar a esta Cámara cada 30 días sobre el estado del cercamiento y la permanencia de guardia en el lugar, lo que también se le hará saber por oficio”. –

v.- En otro caso similar, caratulado “*Altamirano, Elsa, R. c. Cerámica Martín, S.A. y otros*”<sup>9</sup>[9], en el fallo de primera instancia se sostuvo que la tutela de los intereses difusos puede ser ejercida aún actuando de oficio el órgano judicial, y aún por el Ministerio Público. Sin embargo, en grado de apelación se afirmó que si el accidente se produjo por el incumplimiento de una ordenanza municipal, la legitimación administrativa corresponde al municipio, y no puede el juez, adoptar medidas al respecto, sin legitimación. Lo contrario implicaría vulnerar el principio de congruencia y la garantía de la defensa en juicio. Llegados a este punto, concordamos con Morello en cuanto a que “mientras no se reconozca una especial e idónea actitud representativa aquellas entidades de bien o interés público, a crearse para tutela de estos intereses los mismos pueden ser amparados, aun actuando de oficio el órgano judicial, e inclusive el Ministerio Público”<sup>10</sup>.

No obstante ello, la Cámara dispuso que una vez que estuviera ejecutoriado el pronunciamiento referenciado debía notificarse a la municipalidad correspondiente la sentencia o a los fines que estime menester para el ejercicio adecuado de su indelegable Poder de Policía y acabado cumplimiento de las ordenanzas dictadas a ese efecto con sustento en que se advirtieron presumibles infracciones que pudieron tornar indispensable la actividad administrativa y la prevención de futuros accidentes con la tutela que el municipio debe realizar en cuanto a quienes habitan en el mismo y son afectados por la negligencia en las medidas relacionadas con los inmuebles.

---

9 LA LEY 1987-D , 373, Cita Online: AR/JUR/1701/1987.

10 "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", J. A., 1978-III, p. 321

#### IV.- Conclusión:

Derivación lógica de los argumentos esgrimidos es que el derecho de daños tiene como función primordial la de prevenir accidentes y evitarlos al menor costo para la sociedad, lo cual implica en ciertos casos que los magistrados arbitren las medidas que el caso requiera a fin de impedir que se produzcan nuevos daños. Resulta necesario prevenir la producción de perjuicios antes que acordar una tardía indemnización a la víctima.