



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

**LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR EL DAÑO EN EL DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL ARGENTINO**

AUTOR : Francisco Javier GARCIA ELORRIO

CARRERA : Abogacía

AÑO DE ENTREGA: 2015

RESUMEN

El presente Trabajo Final de Grado tiene como objeto abordar uno de los aspectos del derecho de daños que ha sido objeto de reforma tras la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1710 inc. C incorpora expresamente en nuestra legislación de fondo la obligación de mitigar el daño, la que se ha introducido en forma conjunta con el reconocimiento expreso del deber de no dañar y con el deber de prevenir el daño.

Esta reforma implica un posicionamiento del derecho argentino respecto del debate de las funciones del atribuidas al derecho de daños; al tiempo que también acarrea consecuencias prácticas, al introducir nuevas variantes que deberán ser tenidas en cuenta por el magistrado al momento del cálculo de la indemnización.

Es por todo lo anterior que resulta pertinente la realización del presente Trabajo Final de Grado para analizar con mayor detenimiento la cuestión.

ABSTRACT

The following document intends to develop one of the aspects in torts law recently modified by the approval of the New Civil & Commercial Code.

Indeed, art. 1710 C of the New Civil & Commercial Code introduces in Argentinian legislation the duty to mitigate damages; as well as recognises in the same provision the rule “*neminem laedere*” and incorporates the duty to prevent damages.

This reform not only determines the adoption by the Argentinian legislation of a clear position on the discussion about the functions of torts law; but also establishes important consequences in practice since, from now on, judges shall consider this aspect when deciding on the amount of damages.

For all these reasons, it is very important to analyse the different aspects of this matter.

ÍNDICE PROYECTO FINAL DE GRADUACIÓN

1. INTRODUCCIÓN	7
2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	11
3. OBJETIVOS.....	11
A] General.....	11
B] Específicos	11
4. DESARROLLO	13
CAPÍTULO I : INTRODUCCIÓN AL TEMA.....	13
A] Introducción	13
B] Derecho de daños y responsabilidad civil	14
C] Las funciones del derecho de daños	16
D] El supuesto de los daños punitivos.....	20
E] Las funciones en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	27
CAPÍTULO II : LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS.....	35
A] Introducción	35
B] La inclusión del deber de no dañar.....	36
C] El deber general de prevenir el daño	40
D] La tutela preventiva del daño en el Código de Velez.....	48
E] La tutela preventiva del daño en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	55
CAPÍTULO III : LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR EL DAÑO	61
A] Introducción	61
B] Génesis Histórica de la obligación de mitigar el daño	62
C] Conceptualización Doctrinaria	64
D] Fundamento jurídico	70
E] El supuesto Argentino	73

CAPÍTULO IV : LA OBLIACIÓN DE MITIGAR EL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO Y CONVENCIONAL	79
A] Introducción	79
B] Derecho Comparado	80
C] Derecho Convencional	83
5. CONCLUSIONES	91
10. BIBLIOGRAFÍA	95
A] Doctrina	95
B] Legislación.....	102
C] Jurisprudencia	102

1. INTRODUCCIÓN

La obligación de mitigar el daño se explica coloquialmente diciendo que la víctima de un daño no debe quedarse sentada y no hacer nada para reducir las pérdidas que fluyen de un mal, sino por el contrario, debe hacer todo lo necesario para colocarse en la misma situación que estaría si el ilícito no se hubiese producido o el contrato se hubiese ejecutado (Benítez Caorsi, 2009).

El presente trabajo defiende la tesis recopilada por el antes citado autor, que considera que la obligación de mitigar el daño pertenece a un paradigma “moralizador del derecho de daños”, al igual que la tutela preventiva del daño. No obstante, a diferencia de esta última (de naturaleza puramente ex ante), la obligación de mitigar el daño no existe sino una vez ocurrido el daño, siendo el mismo un presupuesto necesario para su exigibilidad y no pesa sobre los mismos destinatarios.

Con la incorporación simultánea de ambas figuras en el art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el ordenamiento jurídico Argentino no solo se posiciona respecto del arduo debate en torno de las funciones atribuidas al derecho de daños; sino que otorga plena validez a una institución del derecho anglosajón que cuenta desde hace tiempo con la opinión favorable de buena parte de la doctrina nacional.

En cuanto a su génesis, como recuerda Ortscheidt (2001), la obligación de mitigar el daño constituye uno de los pilares básicos del derecho de daños en el “*Common Law*” y cuenta con antecedentes jurisprudenciales en este sistema que se remontan al año 1677. En lo que a la tradición de derecho continental respecta, el autor francés recalca que su florecimiento no ha gozado de una trascendencia equivalente.

En efecto, a pesar de que junto a la Argentina, otros Estados herederos de la tradición latina, como el caso de Italia, han incorporado expresamente en sus respectivos ordenamientos el deber de mitigar el daño, esta institución es aún objeto de controversia en la mayoría de las jurisdicciones pertenecientes a este modelo. Un claro ejemplo de esto es la reticencia hoy existente en Francia a su reconocimiento (André, 2002). Podría encontrarse, como señalan buena parte de los doctrinarios, en la estricta tradición decimonónica de nuestros codificadores una de las principales causas de esta circunstancia (López Herrera, 2014).

Como se verá seguidamente, esta figura cuenta además con una amplia recepción convencional, ya se encuentra inserta en buena parte de los Tratados Internacionales llamados a regir el tráfico y el intercambio entre las naciones, como lo es la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías (Ortscheidt, 2001).

Respecto de sus efectos, explica Kemelmajer de Carlucci (2007) que la obligación de mitigar el daño repercute directamente en la apreciación del daño reparable por parte del juzgador, y su valoración en el caso concreto puede afectar considerablemente las expectativas de resarcimiento de aquellos que, aún siendo víctimas del daño, no ajustan su conducta a los estándares de la buena fe contractual. De allí la importancia de analizar las repercusiones que su reconocimiento en el derecho civil y comercial argentino tendrá de ahora en más.

Es por ese motivo, que el presente trabajo pretende abordar en forma sistematizada la cuestión planteada, conceptualizando y distinguiendo los rasgos distintivos de esta obligación en un primer momento, para luego determinar la implicancia que esta obligación tendrá en el ordenamiento jurídico argentino integralmente considerado. Para alcanzar tales objetivos, deberá efectuarse un análisis detallado de los antecedentes jurisprudenciales y dogmáticos existentes, tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado. Esto último permitirá extraer los caracteres definitorios destacados por estos últimos, así como entender los supuestos materiales de su aplicabilidad. También contribuirá a tales objetivos el estudio del contencioso arbitral internacional, dónde esta obligación es de aplicación periódica por los árbitros, al ser considerada un “uso del comercio internacional”.

El desarrollo del TFG comprenderá tres partes fundamentales: La primera de ella, que abarcará los capítulos I y II, tendrá una orientación netamente introductoria y se analizará de esta manera las funciones que se le atribuyen al derecho de daños y los principios rectores llamados a regir las mismas, para adentrarnos luego en la descripción específica de la función preventiva del daño, que constituye un antecedente lógico del mismo paradigma al que pertenece la obligación de mitigar el daño. Se pretenderá de esta manera otorgar un marco conceptual apropiado que permita luego comprender la razón de ser de una obligación, ahora de fuerte normativa en el art.1710 pero fuertemente arraigada en una visión moralizadora del derecho de daños.

La segunda parte del TFG comprenderá los capítulos III y IV, y en los mismos se procederá a efectuar un estudio pormenorizado del instituto de la obligación de mitigar el daño, aportando una conceptualización del mismo, identificando sus caracteres necesarios y sus rasgos distintivos, sus antecedentes jurisprudenciales en el derecho Argentino previo a su recepción normativa en el art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; su tratamiento en el derecho comparado, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial; para finalmente analizar el tratamiento que se ha hecho de esta obligación en otras fuentes de carácter internacional, tanto en materia de “*soft law*” como los principios UNIDROIT, como en lo que a Convenciones Internacionales propiamente dichas respecta, como es el caso de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías. El estudio de estos capítulos permitirá dilucidar con claridad los márgenes conceptuales del instituto en cuestión, paso previo y necesario para el análisis de su impacto en el ordenamiento jurídico.

Por último, se pretenderá también en esta última parte, efectuar algunas consideraciones finales acerca de cual será para el derecho argentino el alcance y el contenido de la obligación de mitigar el daño incorporada en el art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y de los correlativos desafíos razonablemente atendibles que tal reforma acarreará para los operadores jurídicos.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el contenido y el alcance de la obligación de mitigar el daño en el derecho civil y comercial argentino?

3. OBJETIVOS

A) General

- Describir la forma en que el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula la obligación de mitigar el daño y evaluar las implicancias jurídicas de esta incorporación.

B) Específicos

- Sistematizar los antecedentes jurisprudenciales de la obligación de mitigar el daño en la jurisprudencia argentina;
- Identificar y determinar sus componentes esenciales de la obligación de mitigar el daño conforme la jurisprudencia argentina;
- Hacer un análisis comparativo de los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales que subyacen en el derecho comparado;
- Analizar el uso de la obligación de mitigar el daño en el marco del contencioso internacional arbitral;

- Identificar el impacto de la incorporación de la obligación de mitigar el daño en el derecho de fondo argentino;

4. DESARROLLO

CAPÍTULO I : INTRODUCCIÓN AL TEMA

A) Introducción

La tesis sostenida a lo largo del presente trabajo pretende demostrar que la obligación de mitigar el daño recientemente introducida en el art. 1710 inc. “C” del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, responde a una corriente moralizadora del derecho de daños (Benítez Caorsi, 2009).

En efecto, la introducción de el “duty to mitigate” en nuestro derecho se produce en el contexto de un debate conceptual respecto de las funciones que debe atribuirse al derecho de daños, produciéndose una reforma también en este sentido, al introducirse en el art. 1710 inc. a) y b) la denominada “función preventiva” o “deber de prevención de daño”.

Si bien, y adelantando en el desarrollo del presente trabajo, corresponde precisar que existen importantes diferencias entre una y otra figura, principalmente en lo que respecta a la titularidad del deber y al momento de su exigibilidad respecto del hecho dañoso (Benítez Caorsi, 2009); ambas comparten una misma finalidad: poner fin a una concepción del daño fundada exclusivamente en el resarcimiento del daño sufrido e imponer un límite al principio de reparación integral (Lamanna Guiñazu, 2012).

Es por ese motivo que, previo al análisis de la obligación de mitigar el daño como especificidad, corresponde analizar en un Capítulo 1 introductorio el debate el torno a las llamadas funciones atribuibles al derecho de daños; y como se hará luego en el Capítulo 2, la llamada función preventiva propiamente dicha.

B] Derecho de daños y responsabilidad civil

En análisis de la temática requiere como paso previo preguntarse acerca de la utilización de los vocablos “derecho de daños” y “responsabilidad civil”.

En efecto, entiende Picasso (2015) que ésta cuestión terminológica es crucial para el estudio de las funciones atribuibles al derecho de daños.

Según el citado autor, la expresión “derecho de daños”, que ha sido y será utilizada en numerosas oportunidades en el presente trabajo, provendría de la alusión inglesa “*tort law*”, aunque señala este que el uso de esta por la doctrina no sería homogéneo:

- Algunos autores la emplearían como sinónimo de “responsabilidad civil” o bien de “responsabilidad civil extracontractual”, se cita en este sentido a Díez-Picazo (2011) y Alterini (2008) ;
- Otros le atribuirían a éster termino un sentido más extenso, que abarcaría otras funciones como la preventiva o la punitiva, se menciona en esta tendencia a Papayannis (2007), Acciarri (2013), Zavala de González (1996);
- Finalmente, están aquellos como López Herrera (2006), Ghestin (2007), Thibierge (1999), Sica (2010), que prefieren mantener la utilización del término “responsabilidad civil” aunque adicionan nuevas finalidades a su tradicional función resarcitoria;

Picasso (2015) se posiciona en el debate sosteniendo que no parece adecuado identificar la expresión de “derecho de daños” con la de “responsabilidad civil”. Argumenta que en la teoría general del derecho, y como legado del pensamiento de Kelsen, la voz “responsabilidad” se asocia principalmente con la consecuencia resultante de una transgresión o comisión de un acto prohibido. Por lo tanto sería recomendable seguir llamando a la obligación de reparar las consecuencias de un ilícito “responsabilidad civil” sin introducir un nuevas acepciones.

Respecto de aquellos que pretenden mantener la alusión de “responsabilidad civil” otorgándole una nueva extensión a su tradicional finalidad reparadora (como la preventiva, por ejemplo), Picasso objeta que cuando el derecho prohíbe actividades potencialmente dañosas no está aplicando una sanción por la realización de un ilícito. En efecto, está solo previniendo, y por lo tanto el empleo del término “responsabilidad” para este supuesto no parece acertado a la luz de la teoría general del derecho.

Concluye entonces el autor:

Razones de tradición, claridad y coherencia aconsejan, entonces, mantener la categoría de "responsabilidad civil" en su sentido clásico, como referida exclusivamente a la obligación de reparar un perjuicio, y acudir a otros conceptos para englobar otras posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente a la producción o la inminencia de daños derivados de hechos antijurídicos (Picasso, 2015, p. 2) .

Es en este contexto que el término “derecho de daños” cobra relevancia, entendido como se verá a continuación, como un genero que comprende a la responsabilidad civil como una de sus especies.

Para efectuar tal conceptualización, Picasso se vale de la tesis de Mariño López (2005) quien sostiene que la prevención y el resarcimiento se encuentran regulados por un conjunto de normas que forman un subsistema llamado derecho de daños, y que dentro de tal subsistema coexisten a su vez otros dos subsistemas: uno que despliega la función preventiva; y otro la resarcitoria. Así dentro del sistema que rige el daño, conviven otros dos subsistemas de normas diferenciados por su función, uno de prevención y otro responsabilidad civil (reparación) respectivamente.

El citado autor concluye en una definición de “derecho de daños” a la que adhiere el presente trabajo y que se adopta para su redacción, que consiste en *“el sector de la dogmática jurídica que se ocupa del estudio de las normas que regulan la prevención de los daños que aún no han sido ocasionados - o del cese de los que ya se están produciendo- y la reparación de los ya causados como consecuencia de un hecho (en principio) ilícito”* (Picasso, 2015, p. 2).

No obstante lo anterior, y como cierre de este apartado, conviene precisar que al momento de proponer la adopción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los autores del proyecto optaron por mantener la expresión “responsabilidad civil” por sobre “derecho de daños”.

Así Kemelmajer de Carlucci (2013) explica que, sin desconocer la importancia que el termino “derecho de daños” tiene para la doctrina local, el proyecto prefiere mantener la terminología tradicional (responsabilidad civil) manejada por todos los operadores del derecho, con más o menos experiencia, e incluso por las personas legas.

Habiendo abordado esta cuestión terminológica, corresponde entonces ingresar en el análisis de las llamadas “funciones del derecho de daños”.

C] Las funciones del derecho de daños

A lo largo de este apartado, se pretenderá en un primer momento, exponer la mutación histórica operada en el contenido de derecho de daños (en lo que a sus funciones respecta) conforme evolución seguida por la sociedad (a); para en un segundo momento analizar las diversas finalidades que han sido atribuidas al derecho de daños por la doctrina, y la eventual conveniencia o no de su recepción (b).

a- Las funciones del derecho de daños en un contexto histórico-evolutivo

El debate en torno a las funciones que cumple o debe cumplir el derecho de daños es una discusión que se remonta al antaño, y prueba de ello es la evolución que se seguido a lo largo del tiempo, partiendo como sostiene Selvarolo Arcuri (2015), desde corrientes que se centraban en el sujeto dañador y su castigo, pasando luego por un sistema basado principalmente en la reparación o compensación de la víctima; y finalmente llegando a un último estadio, recientemente retenido por nuestra legislación : la institución de la prevención como una de las finalidades primordiales del derecho de daños.

Entiende el citado autor que desde sus orígenes, el derecho de daños se asoció a un régimen punitivo que perseguía principalmente la sanción del dañador, para solo en una segunda

instancia, intentar enmendar el perjuicio sufrido por la víctima. Se cita como ejemplo más representativo de esta posición, la bien conocida “Ley del Talión” en el Código Hammurabi, y su celebre frase dispositiva “ojo por ojo, diente por diente”. Se trataría esta de la primera norma de responsabilidad civil.

Bien interpreta el autor el objeto de esta regla: hacer caer sobre el sujeto dañador una pena de igual gravedad y extensión que el daño por el causado, para luego, en una segunda instancia, otorgar una retribución pecuniaria destinada a subsanar el daño.

Con justo criterio critica Selvarolo la eventual eficacia de este sistema en lo que al costo social concierne, pues al daño inicial, solo parcialmente enmendando, se le agrega un nuevo daño instando por el justiciable. Al finalizar la implementación del sistema, el daño resultante es aún mayor que el existente al momento de su puesta en marcha.

Explica el autor que la codificación que tuvo lugar en el siglo XIX introdujo un cambio de perspectiva respecto de la responsabilidad civil, diferenciándola definitivamente de la responsabilidad penal y acercándola cada vez más a fines retributivos, aunque conservando en menor medida, su carácter punitivo. Se trataría de una segunda instancia dentro del proceso evolutivo seguido.

Siguiendo con la pretendida evolución planteada por Selvarolo, el siglo XX y el auge del respecto hacia la persona de los seres humanos impondría nuevos desafíos a la concepción de la responsabilidad civil, introduciendo una tercera instancia. En efecto, el ser humano constituye un límite infranqueable del sistema hasta entonces aplicable en cuanto que no es posible reparar todos los daños que se producen, y que cuando los perjuicios son tales que no pueden ser reparados patrimonialmente, la indemnización no hace más que cumplir un rol de paliativo que en ninguna circunstancia puede mitigar el padecimiento de la víctima.

Aparece así, de la mano de los autores que abordaron el Análisis Económico del Derecho, la propuesta preventiva de daño por sobre la reparación ulterior del mismo, siendo este el último estadio en el proceso evolutivo que corresponde a nuestros tiempos. Bien recuerda Selvarolo (2015) en su artículo las palabras de uno de estos autores:

Desde el AED el sistema de responsabilidad cumple dos funciones principales. La primera es de disuasión o prevención; controla el nivel óptimo de daños tolerables en una sociedad, a partir del nivel de actividad y prevención adoptada por parte de los individuos. La segunda es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas. Se puede afirmar que la primera función se logra mediante la segunda, y cuando ésta es insuficiente o inadecuada para crear los incentivos óptimos, se complementa con la función sancionatoria (Irigoyen Testa, 2006, p. 5).

b- Las funciones atribuidas al derecho de daños

En su artículo de 2015 publicado en la Revista de responsabilidad civil y seguros, antes citado en esta obra, Picasso sostiene que *“se le asigna al derecho de daños un exceso de funciones, una esquizofrenia de fines y objetivos que impide reconstruir la explosión de ese sector del derecho hacia un fundamento unitario y tener en cuenta principios operativos unitarios”* (Picasso, 2015, p. 3).

Explica el autor que además de la tradicional función resarcitoria, se le reconocería al derecho de daños : una función demarcatoria (1); una función punitiva (2); una función preventiva (3); una función de minimización de los costos sociales (4); y una función admonitoria (5).

Ahora bien, conviene precisar que Picasso, sostiene que el derecho de daños tiene únicamente dos funciones: la preventiva y la resarcitoria, rechazando el resto de las antes citadas y apartándose en este aspecto de lo que gran parte de la doctrina defiende como la función punitiva o sancionadora del derecho de daños, que posteriormente analizaremos.

Respecto de los motivos invocados por el citado autor para tal veto a las pretendidas funciones, conviene destacar los siguientes aspectos :

En lo que a la función de demarcación respecta (1), la delimitación entre el ámbito de lo lícito y lo ilícito es connatural al derecho y a la estructura propia de las normas jurídicas; de manera que es atendible que el derecho de daños participe también a esta función. En este sentido resulta carente de sentido presentarlo como algo típico de esta rama del derecho.

Respecto de la función punitiva (2), como ya hemos adelantado, Picasso se diferencia de la mayoría de la doctrina que acepta armoniosamente esta función. En efecto, explica que los

principales argumentos invocados para defender la pretendida función sancionadora serían la aumentación de las consecuencias resarcibles cuando el deudor obra con dolo (art. 521 del Código Civil de Vélez); la cláusula penal; y las astreintes.

Respecto los intereses punitivos, al igual que la cláusula penal, es sabido que poseen una doble finalidad: a saber, la determinación anticipada del daño, y la sanción sobre el excedente de este. Ahora bien, en el marco legal propio a estos institutos, la víctima no puede modificar el quantum indemnizatorio prefijado, sea el daño superior o inferior a este (aún pudiendo probar tal extremo conforme los art. 655 y 656 el Código de Vélez).

En este sentido, esgrime el Picasso que, nada obsta que el daño sufrido por la víctima sea superior al monto de la cláusula dispuesta; o bien que los intereses punitivos previstos sean ulteriormente reducidos por decisión del juez en caso de abuso, por lo que el carácter de pena o sanción quedaría virtualmente desdibujado o privado de eficacia.

En lo que a las astreintes respecta, el escepticismo respecto a su eventual función sancionadora radica en que la finalidad de las misma no es la de punir o sancionar a los responsables de hechos gravemente lesivos, sino la de garantizar el respeto de los deberes impuestos por una resolución judicial (art. 666 bis del Código de Vélez).

Así, y aunque es correcto que una vez liquidadas y firmes, las astreintes pueden ser ejecutadas contra el obligado y entran en el patrimonio del acreedor, ello no hace desaparecer su naturaleza eminentemente procesal, dirigida a sancionar principalmente el incumplimiento de un mandato judicial.

En este sentido y retomando las palabras del maestro Díez-Picazo, Picasso concluye:

Si bien la punición estuvo en los orígenes de las normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, hay que entender que en la actualidad es por completo ajeno a ellas, y añade que toda la evolución del derecho europeo continental consistió, a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de las primitiva función punitiva que pudieran haber tenido (Diez-Picazo, 2011, p. 23).

Dicho esto, conviene finalmente precisar que la figura de “daños punitivos” incorporada en la Ley de Defensa del Consumidor por la ley 26.361 sí persigue una verdadera finalidad sancionatoria. La discusión se traslada entonces a saber si dicha disposición forma parte o no del derecho de daños, cuestión que debido a sus características se abordará en otro apartado del presente Capítulo.

Respecto de la función de minimización de costos sociales (4), Picasso rechaza la idea de que el derecho de daños deba perseguir necesariamente la maximización de la eficiencia económica. Y esto, argumenta el autor, debido fundamentalmente a la tendencia actual en derecho de daños que pone en el centro la tutela de la persona. Prueba de ello son la constitucionalización del derecho privado y la operativización de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Más aún, continua el autor, el principio rector por el que la reparación debe ser integral con el límite de el enriquecimiento de la víctima, le otorga al derecho de daños un matiz conservador y lo vuelve ineficaz para tales objetivos distributivos.

Finalmente, cuanto a la función admonitoria (5), está podría identificarse, según Picasso, con el efecto psicológico que para el responsable tiene la imposición de la obligación de reparar.

Recurre para sostener esta tesis al análisis efectuado por Díez-Picazo en el derecho español, quien sostiene que esa cuestión estaría subsumida en la llamada función preventiva. Más aún, si la función admonitoria se invocara respecto de los “daños punitivos”, estaríamos entonces, y por los mismos argumentos, en el terreno de la función punitiva. No existiría entonces una tal función admonitoria dotada de autonomía existencial.

D] El supuesto de los daños punitivos

La complejidad que presenta la cuestión relativa a los daños punitivos presupone un tratamiento diferenciado.

En este, se pretenderá analizar en un primer momento su génesis y recepción normativa (a); para luego introducir la cuestión relativa a las objeciones existentes a nuestra normativa en la cuestión (b).

a- Génesis y recepción normativa

En su artículo “Reforma a la ley del consumidor” publicado en La Ley en 2009, Pizarro y Stiglitz abundan en la caracterización de los daños punitivos, ya se verá más adelante en el trabajo el porqué de tal circunstancia.

En consonancia con otros sectores de la doctrina, definen a los daños punitivos como una pena privada que se ordena pagar por encima de los valores que se atribuyan en carácter de daños y perjuicios, y destinada en principio al propio damnificado. Estos autores retoman una definición de Tunc de pena privada :

Existe pena privada cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (Tunc, 1985, p. 350).

La naturaleza de pena privada, estaría según los antes citados autores, fuertemente ligada a la prevención, punición y al desmantelamiento de ciertos efectos de ilícitos que, dada su gravedad o sus consecuencias, requieren algo más que la sola indemnización de los daños provocados.

También, y sin ahondar más en el desarrollo de esta concepto, Pizarro (1993) las define en una obra dedicada a la cuestión como *“sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* (Pizarro R. D., 1993, p. 291)

Ahora bien, de las tres funciones generalmente atribuibles al derecho de daños, esta ha sido la más controvertida en la doctrina argentina. Entiende a este respecto Otaola (2015), que tal controversia radica en que buena parte de la doctrina¹ considera que se trata de una función inherente al derecho penal y por lo tanto el incorporar los daños punitivos al derecho privado implica *“mezclar ridículamente lo civil, con lo penal y lo administrativo”*.

¹ Se cita en esta corriente a Bustamante Alsina, Mayo, Bueres y Picasso.

Explica Otaola que el instituto de los daños punitivos es propio del sistema del “*Common Law*”, y que su origen se remonta a Inglaterra en el precedente “*Wilkes v. Wood*” (1763) dónde por primera vez se otorgó una suma superior al daño efectivamente sufrido².

Respecto de la evolución de esta figura, precisa Picasso (2015), que reviste particular importancia el leading case “*Rookes v. Barnard*” (1964) . En este, se restringió su aplicación a los supuestos que *“haya una disposición legal que los autorice; o se tratare de sancionar una conducta vejatoria o arbitraria de un funcionario público; o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado”*.

Cabe señalar, como lo hace Otaola (2015), que no obstante sus orígenes, es en los Estados Unidos³ dónde esta figura logró su mayor desarrollo, citando entre otros ejemplos de recepción normativa de los “punitive damages” en Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Irlanda del Norte y Escocia.

Fuera del sistema anglosajón, en la Unión Europea, explica Otaola, la reticencia de la tradición continental hacia esta figura llevo a que en el año 2003 se intentara a través del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) introducir en el art. 24 que: *“la aplicación de una disposición legal que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios es contraria al orden público comunitario”*. Dicho artículo fue, no obstante, eliminado posteriormente.

Quizás la manifestación más ilustrativa de este rechazo a esta figura, explica Picasso (2015), proviene del Senado Francés, el que a la ocasión del tratamiento del proyecto de reforma “Catala” (presentado el 22 de septiembre de 2005) elaboró un informe donde dejaba asentado que convenía rehusar la aplicación generalizada de los daños punitivos. Esta, concluyen los

² En este caso, se había emitido una orden de allanamiento contra el periódico “*Nort Briton*” a raíz de una publicación considerada difamatoria de la persona del rey Jorge II. Dicha orden no especificaba el nombre de la persona destinataria de la medida, sino que contenía un carácter general. El allanamiento tuvo entonces lugar en la casa del editor Wilkes, quien acto seguido inició un reclamo judicial argumentando que una suma de dinero ínfima no podía poner fin a la invasión de sus derechos civiles.

³ Conforme a su organización federal, existen Estados dónde se encuentran expresamente prohibidos, tales como Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire y Washington

parlamentarios, conduciría a la desaparición de la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad penal. En su lugar, sugieren el desarrollo de la acción colectiva, la que aparece como un instrumento más adecuado para la finalidad perseguida.

Al principio del apartado se adelantó que la figura de los daños punitivos en nuestro derecho esta asociada al derecho del consumo, y esto se debe principalmente, a la particular ubicación de esta figura en nuestro marco legal.

En efecto, cabe recordar que si bien el Código de Vélez contiene algunas figuras de naturaleza sancionatoria, como las astreintes y los intereses punitivos; ya hemos analizado previamente en esta obra las observaciones de Picasso respecto de su pretendida naturaleza punitiva.

Haciendo un análisis retrospectivo, precisa Otaola (2015) que fue en el Proyecto de Código Civil de 1998 dónde los daños punitivos se discuten por primera vez en nuestro marco legal, sin que por lo tanto sean efectivamente incorporados al no habersele dado tratamiento parlamentario al proyecto⁴.

No es sino hasta la sanción en el año 2008 Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y su modificatoria 26.631) que la figura de daños punitivos se incorpora de pleno derecho al marco al ordenamiento argentino.

El campo del derecho del consumo es en efecto, para Pizarro y Stiglitz (2009), un terreno de particular importancia para este instituto, y esto fundamentalmente por los dos supuestos siguientes : ante los enriquecimientos injustos provenientes del ilícito (a) ; y en los casos en los que la repercusión socialmente disvaliosa del ilícito es mayor al perjuicio individual sufrido por la víctima (b).

Un ejemplo de este último extremo, ilustran los autores, es la responsabilidad del productor de bienes y servicios, cuando a causa de un proceder antijurídico se producen microlesiones

⁴ Artículo 1587.- Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada [...] » Proyecto de Código Civil Argentino en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Departamento de biblioteca y centro de documentación" (en línea, <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf>).

múltiples de carácter difuso, pero idóneas para afectar a un gran número de personas en distintos lugares y tiempos, aunque siempre ligadas a una misma causa.

En efecto, cuando el daño es muy difuso, la responsabilidad tiende a diluirse ante el costo de tiempo y de dinero desproporcionado que implican las acciones judiciales. Esta circunstancia, concluyen los autores, es aprovechada por los proveedores “poco escrupulosos”. Estas observaciones desarrolladas por Pizarro y Stiglitz permitirían comprender el porqué de la incorporación de la figura de los daños punitivos en el ámbito del derecho del consumo.

No obstante su notable contribución al sistema, como veremos a continuación, la redacción del art. 52 bis introducido por la ley de reforma 26.631 ha sido objeto de numerosas críticas y objeciones, al punto que en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se propuso la reforma integral de este.

b- Las objeciones al art. 52 bis

Como se verá a continuación, una de las reformas más polémicas introducida por la ley de reforma de la ley de Defensa del Consumidor, será la incorporación del los daños punitivos en el art. 52 bis.

Dispone el art. 52 bis de la ley 24.240:

Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

En su artículo de 2009 “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, ya citado en este trabajo, Pizarro y Stiglitz encuentran las siguientes observaciones al antes expuesto artículo:

- Carácter impropio de la terminología: el termino “daño punitivo” resulta desacertado a los ojos de los dos juristas. Lo que se pune o sanciona no es daño sino la conducta del sujeto activo, que debe estar calificada por su particular gravedad. De allí, estos sugieren le termino “indemnización punitiva”.

- Laxitud del presupuesto de hecho: En efecto, la ley dispone su procedencia con respecto a un proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales y/o contractuales respecto del consumidor, sin por tanto exigir ningún otro requisito o calificación de tal incumplimiento; lo que resulta totalmente abusivo. Entienden los autores que no cualquier incumplimiento debería ser capaz para engendrar una sanción tan grave. Así, en el derecho comparado, existe consenso en este aspecto, sosteniendo que los daños punitivos solo proceden ante supuestos de particularidad gravedad, calificados por el dolo o culpa grave del actor; o por la consecuente obtención de enriquecimientos indebidos fruto del ilícito; o en casos excepcionales, como el de abuso de posición de poder, sobretodo cuando este implica un *“menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva”*.

Replican a su vez que respecto de la posibilidad de graduar la indemnización en función de la gravedad del hecho contenida por la norma, esto de ninguna forma suple la deficiente técnica legislativa analizada, en cuanto una cosa es la determinación cualitativa del presupuesto de hecho para la aplicación de la figura ; y otra, totalmente distinta, es la cuantificación de la indemnización resultante.

- Rigidez en cuanto al destinatario de las sumas: sostienen los autores, que quizás, hubiera correspondido contemplar la posibilidad de que, en algunos supuestos, las sumas atribuidas fueran destinadas al Estado o en organismos de defensa del consumidor.

- Régimen de solidaridad pasiva: En efecto, el art. 52 bis instituye un supuesto de solidaridad para el pago de la indemnización cuando se tratare de más de un proveedor responsable. Sostienen Pizarro y Stiglitz, que deberían proceder respecto de los co-deudores las exigencias básicas de la punición y no solo la co-responsabilidad originada en el incumplimiento.

- Limitación al monto de la multa: la ley dispone que la pena civil no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. b) de la misma norma (a valores de 2009, 5 millones de pesos). Lo cierto es que, con buen criterio, sostienen los autores que en muchos casos dicha limitación puede ser irrisoria respecto de los intereses económicos en juego, con lo que se priva a la norma de su finalidad preventiva y sancionatoria.
- Tratamiento de riesgos: reprochan los maestros que la ley no efectúa consideración alguna respecto de la difícil cuestión de la asegurabilidad contra las indemnizaciones por daños punitivos.

Por su parte, Picasso (2015) en su artículo “ Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, también ya previamente citado en el presente trabajo, considera que la norma en cuestión está viciada de inconstitucionalidad.

En efecto, sostiene que esta disposición: lesiona el principio de culpabilidad que rige la aplicación de las sanciones penales, al contentarse con el solo incumplimiento para su aplicación (a); no tipifica adecuadamente la conducta perseguida ni los parámetros de graduación de la pena (b); viola nuevamente el principio de culpabilidad al consagrar la responsabilidad pasiva de todos los proveedores incumplidores (c); viola el principio de igualdad ante la ley, porque una vez indemnizada la víctima no dispone de ningún título que justifique que sea ella y no cualquier otro el beneficiario de la multa (d); y su aplicación se produce en el marco de un proceso civil, que no resguarda adecuadamente las garantías procesales indispensables del derecho penal, como la presunción de inocencia.

Picasso relativiza entonces la pretendida función sancionadora del derecho de daños, al sostener que los daños punitivos tienen el carácter de una sanción eminentemente penal, y por lo tanto son extraños al derecho de daños; y que además, cualquiera sea su carácter, la disposición del art. 52 bis de la ley de Defensa al Consumidor está viciada de inconstitucionalidad al desconocer principios básicos como el de la legalidad, la igualdad ante la ley y la culpabilidad.

Sin embargo, no desconoce el maestro el hecho de que el camino transitado por la mayoría de la doctrina haya sido el de intentar “salvar” la norma, acudiendo para ello a una “reinterpretación” de la misma, lo que implica finalmente, concluye el autor, en una completa reescritura de la misma.

En este contexto, concluye que la tenor de la norma queda, de facto, remplazada por otra de creación doctrinal, que pretende salvar la figura asemejándola a los institutos equivalentes del derecho comparado.

Finalmente, en lo que a la aplicación pretoriana de esta norma respecta, Picasso (2015) aporta algunas observaciones al sostener que se aprecia una tendencia mayoritaria a prescindir de la constatación de un factor de atribución calificado en el sujeto activo para imponer la sanción; y que paralelamente, los montos fijados suelen ser irrisorios y nada disuasivos.

Ahora bien, habiendo efectuado un análisis conceptual de la cuestión de las funciones del derecho de daños, así como de su génesis y evolución durante la vigencia del Código de Velez, conviene abordar la cuestión de las funciones en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

E] Las funciones en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

La sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación revolucionó el panorama en la cuestión, introduciendo en su art. 1708 nuevas “funciones” al derecho de daños.

En este sentido corresponde analizar en un primer momento la extensión de tal reforma (a); para luego evaluar el supuesto de la llamada “Sanción pecuniaria disuasiva” (b) y, finalmente, la incorporación de la función preventiva (c).

a- El contenido del propuesto art. 1708 del Código Civil y Comercial de la Nación

En el desarrollo de los fundamentos del ante proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su apartado correspondiente a la Responsabilidad Civil, los codificadores efectúan las siguientes valoraciones:

[...]

Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva.

Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Esta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva.

Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz.

En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes” ya que, los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego [...]

Siguiendo el análisis efectuado por Picasso (2015) en “ Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, numerosas observaciones pueden hacerse respecto de este extracto de los fundamentos de la reforma, las que se desarrollarán a continuación y en los puntos a) y b) siguientes.

A título preliminar conviene hacer alusión a la discusión doctrinal presentada en el apartado **B]** del presente capítulo, respecto de la conveniencia de hablar de “funciones del derecho de daños” en vez de “funciones de la responsabilidad civil”. No obstante los notables argumentos a favor de esta primera opción, los codificadores parecen apartarse de esta posición al hablar de “Funciones de la responsabilidad”.

Sin embargo Picasso precisa que lo que a primera vista parece la ampliación del concepto de “responsabilidad civil” al incluirse la función preventiva, no lo es tal cosa, ya que la lectura de los artículos siguientes permite advertir que la palabra “responsabilidad” sigue siendo empleada como sinónimo de obligación de reparar, y no de la de prevenir.

Esto refuerza la tesis de Picasso de que para hablar de “función preventiva” conviene referirse al “derecho de daños” como genero, al que pertenecen respectivamente dos categorías : la reparación (responsabilidad civil) y la prevención del daño.

En el art. 1708 se posicionaba claramente respecto de las funciones, que consistían en la prevención del daño (a), su reparación (b); y la aplicación que lo que se llamaba la “sanción pecuniaria disuasiva” (c). La reforma transformaba nuestra legislación en una de las más completas y modernas respecto del derecho comparado.

Ahora bien corresponde anticipar que el propuesto art. 1708 no fue retenido en su integralidad, sino que la comisión bicameral efectuó modificaciones parciales al mismo que terminaron por alterar substancialmente su extensión respecto de las funciones del derecho de daño allí contenidas.

Con una finalidad metodológica, se analizarán por separado.

b- La llamada “Sanción Pecuniaria Disuasiva”

Picasso argumenta en su ya citado artículo de 2015 que si bien el anteproyecto insinuaba efectivamente una faceta punitiva, ella aparecía luego bastante restringida con la aplicación de la herramienta provista a tales efectos. Esta circunstancia, es según el autor, una suerte de recepción virtual, en cuanto la efectividad de una norma depende en gran medida de los mecanismos previstos por derecho para hacer cumplir la misma en justicia.

Por otro lado, y como se verá luego, la comisión también proponía una reforma del art. 52 bis de la ley 24.240 que debía de una vez por todas erradicar buena parte de las críticas y objeciones que desde su entrada en vigor en 2008 suscita su redacción actual.

Así, el art. 1714 del anteproyecto establecía:

Sanción pecuniaria disuasiva: El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Esta disposición se encontraba complementada con la posibilidad de graduación de la pena por el juez cuando esta fuera excesiva, prevista subsiguiente art. 1715 y que se ha mantenido en Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aunque lógicamente aplicable a otras figuras que la de los daños punitivos.

Artículo 1715: Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida

Como señala Picasso (2015) , contrariamente a lo que propugnaba Pizarro (2011), quién propiciaba que la daños punitivos siguieran emplazados dentro de ámbitos circunscriptos y estatutarios (derecho del consumo o del medio ambiente), el anteproyecto que proponía su incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación, lo hacía con un alcance que, en la práctica, limitaba su aplicación casi exclusivamente a los supuestos del derecho ambiental.

Indica Picasso (2015) que la figura descartada del art. 1715 del anteproyecto contenía considerables ventajas respecto del ya referido art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Entre ellas:

- Factor de atribución de la responsabilidad: Se agregaba el agravante que exigía que el responsable actuase con “grave menoscabo hacia los derechos de incidencia colectiva”.
- Bien jurídico protegido: se trataba de la lesión a los “derechos de incidencia colectiva”. Se descarta entonces la tutela de bienes individuales, con lo cuál, como se adelantó, en la práctica su aplicación quedaba limitada a los supuestos de daño ambiental colectivo.
- Necesidad de previa tipificación de la conducta: lo previsto en el apartado anterior, más la enunciación de reglas para graduar la sanción impuesta cumplían con tal exigencia propia del derecho penal.
- Legitimación activa: Restringida a “los legitimados para defender dichos derechos⁵”.
- Destino de la multa: a este respecto el anteproyecto contemplaba que correspondía al magistrado interviniente por resolución fundada fijar el destino⁶.

Como se adelantó al inicio del apartado, el anteproyecto no solo proponía la incorporación de los daños punitivos al derecho común, con las precisiones a este respecto antes señaladas, sino también proponía numerosas enmiendas al art. 52 bis de la ley 24.240. Esta es, en la opinión de Picasso, la propuesta de reforma más acertada en la materia.

Indica el maestro que la propuesta de remplazo presentaba un enunciado muy similar al de la “sanción pecuniaria disuasiva” del 1714, con la salvedad que mientras en este último el bien

⁵ Los fundamentos mencionaban a los "defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto"

⁶ Nuevamente los fundamentos aportaban claridad en el asunto al precisar que "no es admisible que el peticionante cobre", sino que "el dinero va a un patrimonio de afectación (...) ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo".

jurídico protegido era “los daños a bienes colectivos”; en el propuesto 52 bis se sancionaba a “quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”. También en este supuesto el destino de los fondos debía ser determinado por el juez en “resolución fundada” y los fundamentos del art. dejaban entender que el destino no podría ser el patrimonio del consumidor.

Como sabemos, la Comisión Bicameral que estudió el proyecto de código suprimió estos dos aspectos de la reforma, por lo que el texto final aprobado por los parlamentarios no retuvo ni la “sanción pecuniaria disuasiva” ni la propuesta de reforma al art. 52 bis de la 24.240.

Bajo estas circunstancias, la llamada “función punitiva del derecho de daños” sigue estando en el centro de la tormenta por la doctrina argentina.

Respecto de motivación de la Comisión para tal desenlace, se lee en el dictamen:

[...]

Se elimina el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva del Proyecto, con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el art. 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el art. 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el art. 52 bis en la Ley 24.240 y su modificatoria [...]

Se estima conveniente mantener la redacción del actual art. 52 bis, 24 de la Ley 24.240 que limita las facultades de imponer multa civil a los jueces a favor del consumidor [...]

Picasso (2015), en un esfuerzo por desentrañar los móviles de la Comisión Bicameral, interpreta que esta considero no conveniente introducir a los “daños punitivos” en el Código Civil y Comercial de la Nación, porque ello conllevaría otorgar al poder judicial la facultad de aplicar multas, lo que corresponde en principio a la Administración (autoridad de aplicación) .

Esta justificación, aunque acertada a los ojos del autor, se contradice con los fundamentos otorgados para rechazar la reforma propuesta al 52 bis de la 24.240. En efecto si lo que la Comisión se proponía era limitar el poder de los jueces de imponer multas civiles, esa finalidad era lo que justamente perseguía el anteproyecto con la reforma del 52 bis, cuya redacción actual mantiene exorbitantemente .

Cualquiera sea su justificación, y como conclusión de este apartado, corresponde entonces precisar que la Comisión Bicameral amputó la función punitiva del derecho común, quedando esta restringida exclusivamente al derecho del consumo, y con las observaciones y desaciertos ya previamente enunciados.

c- La función preventiva del derecho de daños

Como se ha visto, tras la supresión de la figura daños punitivos de contenido del Código Civil y Comercial de la Nación, se debió readaptar el texto del art. 1708 relativo a las funciones a la responsabilidad civil.

Esta circunstancia limitó considerablemente la extensión de la reforma en la materia, ya que a la existente función reparadora solo, y sin minimizar la importancia de tal reforma, se incorporó la función preventiva.

Explica Picasso (2015) que la prevención del daño se encuentra regulada en los art. 1710 a 1713 y se asienta en tres pilares fundamentales: la consagración expresa del deber de no dañar a otro (a), del correlativo deber de adoptar , de buena fe y atento a las circunstancias, las medidas razonables para evitar el daño y/o minimizar su magnitud (b); y finalmente, la creación de una vía procesal para que el juez pueda ordenar la prevención, continuación o agravamiento de un daño.

Conforme la importancia de la incorporación de la función preventiva para el derecho de daños, y su relación con la también moralizadora “obligación de minimizar el daño”, se ha consagrado el capítulo siguiente al estudio de esta.

CAPÍTULO II : LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS

A] Introducción

Como se mencionó en el Capítulo anterior, la cuestión de la obligación de mitigar el daño pertenece a un paradigma “moralizador” del derecho de daños (Benítez Caorsi, 2009). Este pretende reformular sus bases, atribuyendo nuevas exigencias sobre los actores, fundadas principalmente en la buena fe (Lamanna Guiñazu, 2012), e incorporando nuevas funciones a la típicamente resarcitoria: el derecho de daños debe propender también a la evitación o prevención del daño (Picasso, 2015).

Esta finalidad preventiva se resume en el proverbio ancestral “Il vaut mieux prevenir que guerir” o en su redacción castellana “Más vale prevenir que curar”. Aunque novedosa su incorporación en el cuerpo legal argentino, pocos se encontrarían en posición de negar que su tenor, además de responder a las exigencias más fundamentales de la lógica jurídica, constituye el recurso más eficaz para la tutela de los bienes jurídicos cuya afectación protege el sistema (Camps, 2015).

Es por ello que, si bien la tutela preventiva y la obligación de mitigar el daño operan en momentos distintos: la primera siempre *ex ante* y la segunda siempre *ex post* respecto del hecho dañoso (Kemelmajer de Carlucci, 2007); y los destinatarios de las mismas son también distintos: la primera siempre sobre el potencial dañador y la otra sobre la víctima; ambas comparten una misma esencia fundamental: imponen un deber genérico de obrar de buena fe y diligentemente ya sea para la evitación del evento dañoso, la paralización de sus efectos; o bien para disminuir su impacto una vez ocurrido el mismo (Lamanna Guiñazu, 2012).

Esta reforma implica un verdadero cambio de paradigma, en la medida que se pasa de un sistema meramente reparador a otro en donde, los objetivos siendo más ambiciosos, la conducta de los diferentes intervinientes de un hecho dañoso será juzgada conforme a nuevas exigencias vinculadas a la evitación y moderación del daño (Camps, 2015).

Como veremos también, estos nuevos parámetros y exigencias de conducta, no son simples abstracciones reprochables solo moralmente, sino repercuten directamente sobre la

determinación de la extensión del daño, pudiendo así modificar la cuantía indemnizable (Benítez Caorsi, 2009).

Es por este motivo que nos parece pertinente iniciar el estudio de la obligación de mitigar el daño partiendo del análisis de la función preventiva y del deber de prevención del daño propiamente dicho, introducido también por en nuevo Código Civil y Comercial en su art. 1710 inc. 2.

Como se verá a continuación, la incorporación del deber de prevención del daño vino acompañada del reconocimiento explícito del deber de no dañar (Otaola, 2015). Es por ello corresponde, a los fines metodológicos partir del estudio de este deber.

B] La inclusión del deber de no dañar

Como es sabido, previo a la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, un sector importante de nuestra doctrina sostenía que no existía en nuestro derecho de fondo norma alguna que impusiera expresamente el deber de no dañar a otros; de adoptar las medidas para prevenir el daño; o bien de, una vez producido el mismo, de evitar el agravamiento de sus consecuencias (Otaola, 2015).

Indagando acerca de las causas de esta circunstancia, concluye Zavala de González (1999), que es quizás el enfoque individualista de la obligación de reparar que ha hecho olvidarse de la dimensión solidaridarista: preocuparse no solo por el daño propio, sino también de evitar daños posibles en los demás.

Como se verá a lo largo de este punto, el análisis de la función preventiva o del deber de prevenir el daño requiere necesariamente y como paso previo el análisis del deber genérico de no dañar a otro. En efecto, solo existiendo expresamente tal imperativo de no dañar es que correlativamente puede exigirse que se adopten medidas para evitar la realización del evento dañoso (Otaola, 2015).

A los efectos de analizar la recepción expresa del principio "*alterum non laedere*", resulta pertinente partir en un primer momento del análisis de los motivos avanzados para rechazar

su existencia (a), para luego constatar el carácter fundamental del principio de no dañar a otro para garantizar la coherencia y lógica del sistema (b).

a- El rechazo teórico al deber de no dañar

Como se desarrollará a continuación, el reconocimiento categórico del principio de no dañar a otro encontraba cierta resistencia por determinados sectores reticentes a su recepción normativa.

Siguiendo a Otaola (2015) en su artículo “El régimen de la Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la sanción pecuniaria disuasiva” ya antes mencionado en este trabajo, conviene reiterar que, entre los argumentos de aquellos que niegan la existencia del deber de no dañar, se destaca el hecho de que el previo a la reforma del Código, el legislador no imponía en ninguna disposición tal exigencia. Más aún, explica la autora, el art. 1109 del Código Civil de Velez preveía solo que todo aquel que por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro, está obligado a “reparar”.

En igual sentido, sostiene que la idea de un deber de no dañar absoluto haría que la vida social fuese imposible. En efecto, el normal ejercicio de nuestras libertades individuales conlleva de por sí una contraposición de intereses, y el respeto de tal deber implicaría entonces la necesidad de restringir muchas de nuestras acciones para evitar tal conflicto.

Un tercer argumento en contra del deber de no dañar invocado por Otaola (2015), es que la práctica judicial propia al Código de Vélez no se ocupa de la protección de las víctimas mediante la evitación de riesgos de daño. Para tener impacto, este principio debería poder fundar una pretensión de “no sufrir daños”, en cuyo caso los jueces deberían poder hacer lugar a las demandas que soliciten la paralización de todo riesgo capaz de originarlos.

A modo de conclusión sobre este punto, no es de sorprender que atento a la tradición romanista receptada en los códigos civiles decimonónicos del derecho continental (al cual pertenece la República Argentina) se haya abordado la cuestión de la responsabilidad exclusivamente desde una perspectiva resarcitoria.

Entendida como un dar cuenta a otro o como un hacerse cargo del daño que se ha causado a otro, concluye en igual sentido Calvo Costa (2014) en que la responsabilidad civil siempre a

sido abordada como un posterior, como un mecanismo ex post necesario para poder reparar las consecuencias dañosas que sufría una persona.

Sin embargo, como veremos a continuación, el deber de no dañar, forma parte de la lógica de nuestro régimen de daños, y garantiza de cierta forma la coherencia y la correcta persecución de sus fines.

b- El principio de no dañar: garante de la coherencia y lógica del sistema

Explica Otaola (2015) en su ya citado artículo, que si existe un deber de no dañar en determinadas circunstancias, como en los supuestos dónde se actúa con culpa o negligencia; podemos lógicamente deducir que causar un daño en esos casos es incorrecto y por lo tanto existen motivos más que suficientes para no dañar.

Recordando al maestro Papayannis (2014), la autora concluye con justa razón que, al efectuar aquello que teníamos motivos para omitir nos exponemos naturalmente a la crítica de los demás, y es legítimo entonces que se nos requiera una explicación de nuestra conducta y/o que realicemos alguna contraprestación.

Más aún, continua la autora, si el deber de no dañar no existe, la situación en la que el daño no ocurre y aquella en la que este sí ocurre y es compensado, son normativamente equivalentes. En efecto, si el art. 1109 del Código de Velez no consagra un deber de no dañar sino únicamente la obligación de reparar (y a la víctima solo le interesa esta compensación), el potencial dañador tendría entonces una doble opción: no dañar; o bien dañar e indemnizar luego. Bajo esta lógica de razonamiento, la única conducta reprochable por el derecho sería la negativa a indemnizar, y esto no es aceptable a los ojos del autora.

Papayannis, fuente de la autora en este punto, resume con una claridad destacable su posición respecto de este punto, afirmando que: si bien es cierto que el pago de la indemnización obsta una segunda incorrección; no tiene sin embargo el efecto de hacer desaparecer la incorrección de la conducta dañosa inicial que antecede este deber de reparar.

Por último, en su artículo Otaola destaca otro aspecto que hace pensar la necesaria existencia del deber de no dañar para la coherencia del sistema. Este aspecto remite a la relación que existe entre el deber de prevenir y el derecho penal.

Entiende Otaola que negar la existencia del deber de no dañar implica necesariamente privar de sentido al derecho penal en su función sancionatoria. En efecto, si la injusticia solo radica en la falta de compensación, no se entiende cuál sería el fundamento de castigar penalmente numerosas infracciones que están abarcadas por la responsabilidad extracontractual, si el daño ya ha sido indemnizado por el actor.

Esta circunstancia lleva a la autora a poner en relevancia el pretendido por muchos, y ya antes discutido en este trabajo, rol sancionatorio del derecho de daños: resulta menester evitar que los agentes consideren más ventajoso dañar y luego resarcir, que no dañar.

Finalmente, y apartando la mirada del debate teórico de la cuestión, resulta pertinente recordar, como lo hacen Alterini (2014) y Pizarro & Vallespinos (2014), que en una jurisprudencia constante, la misma C.S.J.N. a dotado al deber de no dañar de jerarquía constitucional. En su artículo sostiene el primero que el máximo tribunal de la Nación:

[...]

Enfatizó que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el 'principio general' que 'prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero'⁷: alterum non laedere, que se encuentra 'entrañablemente vinculado a la idea de reparación', 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"⁸. 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"⁹.

⁷ C.S.J.N. "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos", Fallos 308:1160 (1986)

⁸ Del voto de los Dres. Petracchi y Zafaronni en C.S.J.N. "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", Fallos 327:3753 (2004)

⁹ C.S.J.N. "Gunther c/ Estado Nacional" Fallo 308:1118 (1986)

Como cierre de este punto, resulta entonces pertinente subrayar el carácter intrínseco al derecho de daños del deber de no dañar, que además de aparecer como una garantía del mantenimiento de la lógica y coherencia del sistema, ha sido dotado por nuestra Suprema Corte de Justicia de rango constitucional.

Una vez comprobada la pertinencia de este deber genérico de no dañar, y su correlativo derecho a no ser injustamente dañado, conviene entonces analizar el deber de prevención del daño.

C] El deber general de prevenir el daño

Como se ha visto, la reafirmación del principio “*alterum non laedere*” (no dañar a otro) desarrollada en el apartado anterior, vino acompañada del expreso reconocimiento del deber de prevención del daño.

Explica Vázquez Ferreyra (2015) en su artículo “La función preventiva de la responsabilidad civil” que el instinto de prevenirse contra un mal es propio a la naturaleza del ser humano, y desde el hombre de las cavernas hasta nuestros días, se han ido perfeccionando los sistemas de prevención, los que alcanzaron quizás su salto más representativo con la revolución industrial.

El autor describe que, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, la palabra prevención, entre otras definiciones significa “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo”. En la materia que nos avoca, se trataría del riesgo de que ocurra un daño.

Profundizando en la cuestión, desde una perspectiva más técnica al derecho de daños Vázquez Ferreyra (2015) retoma la conceptualización esbozada por Ernesto Caballero¹⁰, quien describe la prevención como “el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de

¹⁰ Ernesto Caballero en su ponencia general internacional sobre "Prevención y seguro" V Congreso Mundial del Derecho de Seguros".

actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes”.

Esta caracterización amplia de la prevención descrita por el autor, engloba como fenómeno todo tipo de actividad o actuación política, psicológica, económica o jurídica. Sin embargo, se vera a continuación que hasta no hace mucho tiempo, la tarea preventiva estaba reducida a un determinado sector del Estado.

En efecto, recuerda Baracat (2015) que, originariamente fue el Estado la través de su función administrativa y de su poder de policía quien que se encargó de ejercer la tutela preventiva, evitando, o procurando evitar, toda lesión del ordenamiento jurídico. Bajo este paradigma, la tutela jurisdiccional se habilitaba al justiciable solo en un momento ulterior, es decir una vez consumada la lesión del bien jurídico protegido, afín de garantizar su recomposición.

A este respecto, trae a colación el citado autor la nota al art. 1132 inserta por Velez:

La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pelitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amanece ruina están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Sin embargo, como bien se deduce del pensamiento de Baracat (2015), hace ya algún tiempo aquella rigurosa diferenciación entre la prevención adjudicada en exclusividad a la administración, y la reparación a los tribunales, se encuentra desechada.

En efecto, se constata con facilidad que el debate en torno a la tutela preventiva por parte de la jurisdicción, bien que no se trate de una cuestión novedosa, ha conocido una importante profundización en los últimos tiempos.

El estudio de la recepción normativa de la función preventiva del daño requiere en un primer momento el análisis de ventajas atribuidas a su favor (a); para luego pasar por los riesgos asociados a la figura (b).

a- Importancia del desarrollo de la prevención del daño

Con buen criterio recuerda Selvarolo Arcuri (2015), en su artículo “ La función preventiva en la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos”, lo que ya decía en 1994 Zavala de González :

Dentro del más elemental sentido común y como instinto natural del ser humano, resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su menoscabo. Es inexplicable que en el Derecho de Daños se haya conferido tanta atención a la reparación y tan poco a la prevención de los perjuicios injustos. El individualismo y la exageración del principio de libertad no han permitido el cabal respeto hacia las posibles víctimas de daños inmerecidos, cuya cautela es imperativa por el principio de solidaridad (Zavala de González, 1994, p. 420).

En efecto, son numerosos los autores que además de señalar las virtudes de la prevención del daño sostienen, como veremos en los puntos siguientes, que si bien el Código de Velez estaba desprovisto de una disposición expresa en este sentido, existían vestigios de una función preventiva repartida en distintas figuras del mismo.

Respecto de la importancia de erigir el sistema de daños en torno a la prevención, Calvo Costa (2014) entiende que bajo el imperio de este imperativo, el sistema en su totalidad actúa *ex ante*, minimizando la producción de daños e incentivando la precaución en los comportamientos sociales. Esta función preventiva, sostiene el autor, lejos de ser incompatible con las normas del derecho penal y administrativo (que poseen también finalidades preventivas) contribuye en definitiva a la solidaridad y a la paz social.

En definitiva, a los ojos de Calvo Costa (2014), el propio principio rector en materia de daños “*alterum non laedere*” desarrollado en el apartado anterior y, ahora expresamente reconocido, es intrínseco a la función preventiva del daño, ya que la evitación del perjuicio es la mejor forma de hacer justicia, no siendo siempre posible la restitución de las cosas a su estado anterior en un posterior.

Con justa lógica y en igual sentido Ordoqui Castilla (2010) nos dice que el principio de no dañar a otro no se reduce sólo a sostener que el que causa un daño debe resarcirlo sino que

también abarca la situación del que teme un daño inminente, naturalmente legitimado para requerir medidas que lo eviten. No tendría mucho sentido decir que la prevención se busca con la sanción indemnizatoria (prevención indirecta), cuando el camino más acertado sería prevenir en forma directa, para no tener que indemnizar después .

Parecería ser entonces, en palabras de Ordoqui Castilla (2010) que el concepto mismo del daño es en realidad abarcativo no solo del perjuicio o menoscabo injustamente causado , sino también de la amenaza de daño injusto como perjuicio en sí mismo considerado.

Para concluir con la idea principal de este apartado, entienden Nicolau (1996) y Vázquez Ferreyra (2015), que esta nueva forma de tutela vendría a extender la aplicación del principio de “no dañar a otros” a aquellos supuestos en los que una conducta ilícita está llamada a producir, con cierto grado de certidumbre, un perjuicio o daño, aunque no haya comenzado a hacerlo aún.

b- Las razones justificativas de la prevención del daño

En cuanto a los principales argumentos a favor de la función preventiva, según Prevot (2008) encontramos:

- No se trata de menoscabar las exigencias compensatorias en aras de la prevención, puesto que una y otra no deben ser consideradas como excluyentes. La prevención precisa y enriquece la noción de compensación;
- La prevención del daño no constituye una tarea extraña al derecho en general ni al derecho civil en particular. Que otras ramas del derecho, como el derecho administrativo o penal, tenga por función la prevención del daño no quiere decir que el derecho de la responsabilidad civil no sirva como instrumento preventivo o que no deba aspirar a serlo;
- Mantiene la paz social, la armonía y la solidaridad;
- El principio “*alterum non laedere*” no obliga al insinuado responsable solo a indemnizar el menoscabo ya irrogado, sino que también insta a la sociedad en su conjunto a evitar el daño;

- La reparación, aunque sea su intención, nunca es tan justa y equitativa que vuelve las cosas a su estado anterior;
- Libera a la justicia institucionalizada de la carga de una causa judicial más;

También ahondando en las razones justificativas de la prevención, conviene citar los motivos de naturaleza éticos, económicos y sociológicos avanzados por Vázquez Ferreyra (2015) en su ya citado artículo.

Respecto de los primeros, el autor remite a la preservación de la vida y de la integridad física como una prioridad de toda actividad humana. Alterini (2014) recuerda que los derechos personalísimos y algunos bienes, como los de invidencia colectiva, no tienen contenido patrimonial. Así, según este, no es posible restituir en el patrimonio del individuo lo que no forma parte de este o bien no pertenece al individuo considerado en su “individualidad”. También hace alusión Vázquez Ferreyra (2015) en esta sección a la necesidad de conservar el patrimonio que la humanidad ha ido construyendo a lo largo de la historia y del cual son herederas nuestras generaciones venideras.

En cuanto a los económicos, el autor resalta la pérdida que representa tanto para la micro como para la macro economía la destrucción de vidas humanas, del potencial de trabajo, de los bienes, siendo irrelevante la importancia cualitativa y cuantitativa.

Finalmente, cuanto a los sociológicos, Vázquez Ferreyra entiende que la prevención contribuye a una mentalización individual y colectiva tendiente a hacer respetar los bienes y los derechos de los demás. Se trata de hacer abandonar un paradigma meramente pasivo (no dañar a otro) para pasar a uno cooperativista fundado en la solidaridad.

Luego de haber repasado brevemente los principales elementos avanzados por la doctrina para justificar la utilidad de la función preventiva, conviene analizar los riesgos intrínsecos a la misma, los que han obstado durante mucho tiempo su tratamiento legislativo.

c- Los riesgos inherentes a la función preventiva

No obstante las notables ventajas del obrar *ex ante* desarrolladas en el apartado anterior, debe sin embargo precisarse que el deber de prevención del daño no puede ser entendido de forma tal que implique una desproporcionada injerencia en legítimo ejercicio de los derechos de las personas.

En su artículo “La función preventiva de la responsabilidad civil” Vazquéz Ferreira (2015) se refiere esta resistencia de determinados sectores a la recepción pacífica de esta función preventiva.

Retiene el autor la idea de Bueres (2011) quien considera que la compensación es la única función de la responsabilidad civil. Y la prevención sólo debería resultar un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la reparación.

La prevención a la que se refieren estos autores es bien la adopción de mecanismos jurídicos que en un caso particular eviten o paraliquen una actividad lesiva o potencialmente lesiva.

De Cupis (1975), también citado por Vazquez Ferreira advierte respecto de esta función :

[...]

Es la más enérgica , pero es también la más problemática; un ordenamiento jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás (De Cupis, 1975, p. 575) [...]

Y continúa maestro:

[...]

Desde el punto de vista de la víctima del daño no puede negarse que su prevención sea preferible a su represión. Pero actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un mero peligro, dirigirse contra un individuo para prevenir la realización de un daño temido, exige una delicada valoración

comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro (De Cupis, 1975, p. 575) [...]

En igual sentido, en su compendio de derechos de daños publicado en 2014, los autores Pizarro y Vallespinos insisten también en la idea de que no debe descartarse que una tutela preventiva excesiva puede afectar indebidamente otros derechos del potencial dañador, muchos de ellos de carácter constitucional como el derecho al trabajo o la libertad; y conducir así a una inmovilidad económica y social.

Entienden los antes citados autores que, lejos de una aplicación automatizada, solo debería instrumentarse ante la indiscutible presencia de determinados supuestos, de cuyo análisis y valoración dependerá la procedencia o no de la tutela preventiva:

- 1) En primer lugar es menester que la amenaza de causación del daño se origine en una actividad antijurídica; ya que en palabras de Zavala de González (1999) (Lorenzetti, 1999) “solo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir la libertad, confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima”.
- 2) Retomando el pensamiento de Lorenzetti (1995) , debe existir una relación razonable entre la acción u omisión de carácter antijurídico a prevenir y el perjuicio previsible, conforme a una perspectiva causal.
- 3) La amenaza del daño debe proyectarse sobre un interés no ilegítimo del actor, patrimonial o espiritual, de goce individual o supraindividual conforme a la interpretación efectuada por la CSJN 11.
- 4) Las medidas de prevención deben orientarse equilibradamente a sacrificar, dentro de los límites de lo posible, los derechos y libertades de los terceros alcanzados por ella.
- 5) No deben existir obstáculos normativos que aplicables al caso en cuestión obstenen la medida preventiva. Un ejemplo de ello es la prevención de los daños causados por los

¹¹ C.S.J.N. “Halabi, Ernesto c/ PEN – 25.873”, Fallos, 322:111 y LL 2009-B-157.

medios de prensa, cuando se trata de expresar ideas y opiniones, ya que los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional prohíben la censura previa.

- 6) La sentencia que admita la acción preventiva deberá, ya sea a pedido de parte o de oficio, igualmente contener obligaciones de dar, hacer o no hacer a fin de prevenir el daño. Se deberá en todos los casos ponderar en todos los casos la menor restricción a los derechos de terceros y los medios más idóneos para perseguir la finalidad propuesta.

Resumiendo lo anterior, los presupuestos para la tutela preventiva serían:



Sin la concurrencia de estos supuestos, una eventual tutela preventiva del daño no sería legítima y constituiría una restricción injustificada de la libertad de acción tutelada en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

Habiendo analizado los aspectos positivos de la tutela preventiva, así como también los límites pertinentes a los que debe someterse la figura para evitar la desnaturalización de la figura, conviene entonces preguntarse por las herramientas de prevención del daño.

D] La tutela preventiva del daño en el Código de Velez

El análisis de las herramientas de prevención requiere la diferenciación del contexto legal existentes durante la vigencia del Código de Velez, que se tratará en el presente apartado; para luego abordar el marco legal inaugurado tras la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial.

El estudio de las herramientas de prevención implica necesariamente remitirse al arduo y ya abordado debate sobre la naturaleza atribuida a la indemnización resarcitoria, la que para algunos sectores de la doctrina encubriría también una función disuasiva o preventiva.

Es sin embargo, como hemos desarrollado en el Capítulo 1, la posición defendida en este trabajo, que no es precisamente a la responsabilidad civil propiamente dicha (entendida como la reacción del ordenamiento jurídico ante el daño y constitutiva de la obligación de repararlo) a quién correspondería el cometido preventivo. Esta habría sido diseñada teniendo en vista el pensamiento liberal e individualista propio de la codificación decimonónica, hoy insuficiente al no poder anticiparse al daño.

En efecto, esta función sería atribuida a la tutela civil inhibitoria, esta última explica Prevot (2008) junto al resarcimiento representarían dos remedios, sanciones o mecanismos de tutela distintos y autónomos. Y ello porque prever la realización de conductas irrazonablemente peligrosas o riesgosas no es una función normativa de la responsabilidad civil. Concluye el antes citado autor precisando que este instituto, lejos de ser un instrumento de ingeniería social no debe ser apartado de su finalidad: “realizar la justicia conmutativa entre dañadores y dañados”.

De esta forma, y retomando a Prevot (2008), el denominado derecho de daños sería comprensivo de la prevención tanto del daño como *prius*, y la responsabilidad civil como *posterius*, coexistiendo así una doble manifestación: la tutela civil inhibitoria (a) y la tutela civil resarcitoria (b).

a- La tutela inhibitoria

La tutela inhibitoria es, para autores como Pizarro y Vallespinos (2014), uno de los aspectos claves a abordar en la temática de la función preventiva del daño. Estos definen a la misma

en su compendio como un mecanismo de tutela de los derechos que se anticipa a su lesión y que conforme a su naturaleza ,es absolutamente independiente de la tutela resarcitoria.

Entienden los citados maestros que, la cuestión de las herramientas de prevención del daño o de la tutela inhibitoria propiamente dicha, remite necesariamente al debate acerca del rol del magistrado en la prevención del daño.

Esta cuestión ha sido objeto de disidencia doctrinaria y jurisprudencial, no existiendo un concierto acerca de la posibilidad de que el juez que, habiendo tomado conocimiento de una situación de riesgo o peligro, adopte de oficio medidas para evitar o prevenir daños futuros.

Entiende Prevot (2008) que el derecho debe permitir la posibilidad de que exista una justa solución *ex ante*, en lugar *de ex post*, habida cuenta que de no ser así, existiría la posibilidad de que algún sujeto efectuando un análisis de costo oportunidad considere preferible dañar y posteriormente reparar. Además, agrega, la solución preventiva cobra más fuerza aún en materia de protección derechos personalismos o de incidencia colectiva, dónde la tutela resarcitoria puede resultar insuficiente ante las consecuencias del evento dañoso.

Esta situación, como veremos en el apartado siguiente, ha sido substancialmente alterada tras la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto que su art. 1713 dispone que el magistrado al momento de dictar sentencia deberá ordenar las medidas necesarias para evitar la realización del hecho dañoso futuro.

A fines de abordar los mecanismos de tutela inhibitoria previstos en el Código de Velez, conviene seguir la distinción efectuada por Pizarro y Vallespinos (2014) entre las provisiones de derecho sustantivo (1) y aquellas de derecho procesal (2) :

1) Derecho sustantivo

Existen en el marco jurídico argentino distintas normas cuya finalidad está dirigida a prevenir un evento dañoso.

En términos generales encontramos el art. 1071 del Código Civil de Velez que prohíbe el uso abusivo del derecho. Dentro de este articulado la doctrina , como es el caso de Pizarro y

Vallespinos, y la jurisprudencia entienden que el magistrado puede preventivamente impedir o hacer cesar ciertas conductas abusivas con potencialidad dañosas en curso.

Encontramos además otras disposiciones de naturaleza sustancial dotadas de una potencial finalidad preventiva, retomando la clasificación efectuada por ante citados autores encontramos:

- En **materia patrimonial** encontramos la acción de daño temido del art. 2499 del Código Civil; las molestias derivadas de la relación de vecindad del art. 2618 del Código Civil; los interdictos y las acciones negatorias y confesorios de los arts. 2795 a 2799 y 2800, 2804 del Código Civil; y los derechos del acreedor hipotecario de los arts. 3157 y 3158 Código Civil entre tantos;
- En lo que respecta al **derecho de familia** encontramos la proscripción de la violencia familiar y a la exclusión del hogar conyugal de las leyes 24.270 y 24.417; el derecho al nombre de los arts. 20 y 21 de la ley 18.248; el derecho a la intimidad del 1071 bis del Código Civil
- En **el derecho ambiental** los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional; y la prevención del daño al medio ambiente del art. 4º de la del 25.67512. En materia ambiental el principio de prevención se recepta no solo como objetivo de política ambiental sino también como criterio de interpretación y aplicación de las normas ambientales.
- En el **derecho mercantil** la cesación de las infracciones a la tutela del mercado (art. 53 y 55, inc. 4º de la ley 23.551, la protección de la obra autoral (art. 79 ley 11.723);

Estos supuestos, más otros como el de la prohibición del trato discriminatorio del art. 1º ley 23.592 o el de la cesación de infracciones al régimen de la propiedad horizontal de los arts. 6º y 15 de la ley 13.512, constituyen para los maestros, ilustraciones de disposiciones sustanciales con una finalidad preventiva.

¹² Art. 4 ley 25.675 “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.

2) Derecho formal

Como se verá, la cuestión de dotar de una finalidad preventiva a las herramientas procesales existentes previo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, no encontró unanimidad en la doctrina

A este respecto, recuerda Bacarat (2015) en su ya antes citado artículo que, la por él llamada doctrina procesal “ortodoxa”, si bien presenta un cuadro de tutelas jurisdiccionales de las que puede valerse el justiciable, no consta sin embargo inserta, la “jurisdicción preventiva” en cuestión.

Siguiendo el autor, dentro del esquema “clásico” el Estado podía prestar las siguientes prestaciones jurisdiccionales:

- En primer lugar, la garantía contra la afectación de un bien jurídico protegido, distinguiendo los dos momentos de la jurisdicción, a saber, el proceso de “conocimiento” y la “ejecución” de la decisión condenatoria;
- En segundo lugar, la garantía constitutiva propia del *imperium* de orden público que cuenta el magistrado, que a través de su veredicto produce un cambio de estado en una relación sustantiva, creando, modificando o extinguiendo efectos jurídicos.
- Tercero, la garantía declarativa, dónde el órgano jurisdiccional no actúa frente a un quebrantamiento o afectación del marco jurídico, sino ante la incertidumbre respecto de la existencia, extensión y modalidades de una relación jurídica, haciendo cesar la falta de certeza.
- Finalmente, la garantía cautelar, de naturaleza eminentemente accesoria, está destinada a evitar que las otras garantías jurisdiccionales no se vuelvan ilusorias por el transcurso del tiempo.

No aparece así, para el autor, una tal garantía preventiva propiamente dicha.

Ahora bien, reconoce Bacarat que el hecho de que el debate se centrara en diferenciar la tutela preventiva de los otros tipos de tutelas vigentes, no implicaba por tanto negar potencialidad de esta función y su campo de aplicación. En efecto, recuerda que hace ya hace décadas decía Piero Calamandrei :

Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos , aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie.

En ciertos casos también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión que se anuncie como próxima o posible; en estos casos, la tutela jurisdiccional en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada.

Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico. (Calamandrei, 1945, p. 40)

Conviene precisar, como se adelantara al inicio del apartado, que la doctrina no ha sido uniforme en la cuestión y existen aquellos que encuentran en algunos dispositivos procesales del régimen de Velez algunas herramientas al servicio de la tutela preventiva.

En este sentido, cabe destacar a Pizarro y Vallespinos (2014) quienes conceptualizan a los siguientes institutos como mecanismos destinados a dotar de eficacia a las normas sustanciales de prevención, sin los cuales las mismas estarían privadas de operatividad:

- Las **medidas cautelares**, entre las que se destacan las medidas de no innovar y las de carácter innovativo. Pueden darse tanto en forma autónoma como dentro de un proceso de conocimiento, siendo el fin específico de las mismas impedir que por la duración del proceso se altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes. La propia Corte Suprema ha destacado que la finalidad del instituto consiste en asegurar

la eficacia práctica de la sentencia que deba recaer en un proceso¹³, así como asegurar la inalterabilidad de la situación de hecho existente mientras se sustancia, garantizando la eficacia práctica del pronunciamiento a dictarse¹⁴.

- Las **medidas autosatisfactivas**: Según Peyrano (1995) se trata de procesos urgentes, no cautelares, no accesorios de otra pretensión principal y que no se agotan en sí mismos. A diferencia de las medidas cautelares, no están dirigidas a resguardar la efectividad de una sentencia futura, sino más bien el proceso se agota con el dictado de la misma resolución judicial.

No hay intención del peticionante que exceda el propio dictado de la medida (Prevot, 2008). Si bien no son objeto de regulación en el ámbito nacional, la doctrina que sostiene su procedencia se fundamenta en el poder cautelar general que le asiste al juez conforme al art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

- **Acción de amparo** del art. 43 de la Constitución Nacional contiene una solución cuando se vulnera un derecho de constitucional. Se trata de un proceso excepcional, solo utilizable en las situaciones en las que peligra la salvaguarda de los derechos fundamentales de cualquier persona, requiriendo como presupuestos arbitrariedad, irracionalidad e ilegalidad manifiesta, que sometidos al procedimiento ordinario configuren la existencia de un daño concreto y grave, sólo reparable por esa acción urgente y expeditiva. La propia Corte Suprema de la Nación ha señalado que la institución del amparo tiene por finalidad otorgar a la justicia un método para promover un remedio rápido y eficaz contra las arbitrariedades de los actos emanados de la autoridad pública o de particulares¹⁵.

Habiendo analizado el marco de la tutela inhibitoria bajo el régimen legal de Velez Sarfield, conviene hacer una breve mención a la tutela por excelencia del derecho de daños, la tutela resarcitoria.

¹³ C.S.J.N., “Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/su solicitud de medidas cautelares”, Fallos 314:711 (1991)

¹⁴ C.S.J.N. “Rizzo Romano, Alfredo Héctor y otros c/ Estado Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación), Fallos:320:300 (1997)

¹⁵ C.S.J.N., “Fernández, Encarnación c/ Secretaría de Seguridad Social”, Fallos: 316:797 (1993)

b- La tutela resarcitoria

Este aspecto del derecho de daños, que concierne, según la tesis que defiende el presente trabajo, a la responsabilidad civil propiamente dicha, no forma parte de los contenidos principales a desarrollar.

No obstante, y a los fines de distinguirlo de la tutela preventiva, se efectuarán las siguientes apreciaciones:

Como señala Gagliardo (2015), en su artículo “Enfoques legales de la responsabilidad civil”, la tutela reparativa comprende tanto el supuesto de justicia conmutativa: reparación del daño causado por el propio responsable; como el de la justicia distributiva : reparar un daño no provocado, distribuyendo el mismo entre los demás y atribuyéndoselo a la persona o personas que se considera más equitativo que lo satisfagan.

Respecto al contenido de la responsabilidad, explica el antes citado autor que, esta se concreta en dos aspectos :

- La reparación *in natura* , que implica la ejecución en forma específica, dar lo debido, deshacer lo mal hecho, reponer lo sustraído, hacer lo no hecho, deshacer lo mal hecho y hacerlo bien, ect.
- La indemnización sustitutiva, que es la derivación general para todos los supuestos en los que no sea factible la reparación específica. Se trata de la reparación del *id quod interest* , de la indemnización en dinero de los daños e intereses causados.

Habiendo efectuado estas breves consideraciones respecto de la tutela resarcitoria, conviene ahora abordar la cuestión de la tutela preventiva en el régimen inaugurado tras la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

E] La tutela preventiva del daño en el Nuevo Código Civil y Comercial

Como ya se ha adelantado en los apartados anteriores, la aprobación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación trajo consigo la recepción expresa del deber de prevención del daño, al que el legislador acompañó de la pretensión preventiva de daño.

En este contexto, el sistema se ha visto dotado tanto de un marco propio de protección sustancial de la tutela preventiva, como de una vía procesal específica para su realización efectiva.

Respecto de las virtudes de la recepción sustancial de este deber, conviene tan solo precisar que ahora se ha facilitado la tarea de los juristas, al ser innecesario recurrir a interpretaciones forzadas del derecho, y tan solo invocar el art. 1710 inc. b) para garantizar su respeto.

Es entonces, respecto de la figura procesal incorporada en el art. 1711 que conviene efectuar mayores observaciones.

El análisis de esta figura requiere en un primer momento abordar la posibilidad de introducir una vía procesal a través de la sanción de un código de fondo (a); para luego efectuar un estudio descriptivo de las particularidades de la acción instituida (b).

a- Una figura procesal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Previo al análisis de la figura en cuestión, resulta necesario cuestionarse acerca de la operatividad de una regla de forma contenida en un Código de fondo Nacional, lo que sería a toda evidencia repugnante al régimen de repartición de competencias de nuestro Estado Federal.

Según entiende Camps (2015) en su artículo “ La pretensión preventiva de daños”, no se trataría de la primera vez que se regula un instituto de fondo junto con pautas procesales relacionadas.

En este sentido, recuerda el autor, que es antigua la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación que admite la validez de la legislación en esta materia por el Congreso de la Nación

aún si, conforme a la regla de reparto que contienen los art. 121 y 75 inc. 12 de la Constitución nacional, se trataría de competencia no delegada de las provincias.

Camps ilustra este punto trayendo a colación el precedente del máximo tribunal en el caso Bernabé Correa¹⁶ de 1923, donde se sostuvo que :

[...]

Si bien las provincias tienen facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar. [...]

Y continúa el tribunal :

[...]

Tales garantías están destinadas a asegurar su inmediata efectividad y sin las cuales se comprometería la existencia misma del derecho que se ejercita. De donde se infiere que los procedimientos que la ley establece para hacer valer ese derecho son su complemento substancial pues sin dicho privilegio [...]

Entiende el autor que de la decisión de la Corte se desprende con claridad que la validez de estas normas procesales contenidas en la ley nacional de fondo radica en su finalidad: asegurar la eficacia y/o efectividad de los institutos de fondo a lo largo y ancho del territorio nacional.

Finalmente agrega el autor que la efectividad de los procesos judiciales se ha incrementado a razón de las obligaciones contraídas por el Estado argentino tras la reforma constitucional de 1994 y subsiguiente constitucionalización de los tratados internacionales de DD HH. Estos textos imponen a la administración de justicia el deber de garantizar con cierto grado de prioridad el derecho a la “protección judicial” que normalmente deben brindar los Estados.

¹⁶ C.S.J.N “Bernabé Correa”. Fallos 138:157 (1923)

Superado este aspecto institucional, corresponde entonces analizar en detalle la figura introducida en el art. 1711 y 1712 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

b- La Acción Preventiva: una regulación superadora

Conviene precisar que, incluso para aquellos autores que hallaban en régimen de Velez la potencialidad de ejercer una tutela preventiva (principalmente a través del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 52 de la 24.240), el nuevo art. 1711 instituye una regulación ampliamente superadora. Esto principalmente por la ausencia de limitaciones sectoriales y al descarte de procedimientos con restricciones probatorias (Camps, 2015).

Respecto de esta acción, los autores del Anteproyecto explican en sus fundamentos:

- a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria;
- b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos;
- c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten;
- d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio.

Destaca Camps (2015) que la utilidad de esta nueva pretensión se da en dos planos distintos : el de la prevención propiamente dicha cuando el daño aún no se ha consumado (1) y el de cese (2) cuando la acción dañosa ya ha comenzado pero se busca su paralización para evitar su agravamiento.

1) Pretensión preventiva propiamente dicha

Explica Camps (2015) que cuando el daño no se ha producido aún y hay indicios de que pueda llegar a producirse la pretensión preventiva tendrá por objeto impedir que el riesgo de daño se concrete. Aquí las medidas pertinentes de dar, hacer o no hacer se canalizarán en una sentencia de condena, con carácter definitiva, dictada entiendo el autor a pedido de parte y previa bilateralización.

La decisión que se dicte en este proceso de conocimiento, continua el autor, no podrá ser dictada por impulso de oficio por el magistrado, y atento al carácter bilateral del proceso, en ningún caso podrá ser provisorio.

Precisa Camps (2015) que no existe obstáculo a que en el marco del proceso preventivo de daños, entendido como juicio de conocimiento, se requiera además la adopción de medidas urgentes o medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia del proceso. En este caso sí serán de carácter provisorio y pueden ser ordenadas de oficio por el juez.

Corresponde ahora analizar la segunda modalidad de esta pretensión.

2) Pretensión preventiva de cese

Como se anticipó, esta segunda posibilidad remite al supuesto de una conducta dañosa ya iniciada, y lo que se busca es que las consecuencias lesivas se detengan o no se agraven.

Esta pretensión de cese, podrá, sostiene Camps (2015) desplegarse en forma autónoma (dando origen a un proceso cuyo objeto estará limitado a detener los efectos de la acción lesiva); o bien plantearse en forma dependiente en el marco de un proceso de reparación tradicional.

Tratándose del segundo supuesto, precisa el autor que la pretensión se encausará en forma de incidente (de cese o minimización de daños) y en su contexto se decidirán las obligaciones correspondientes para detener o reducir el daño, previo traslado de partes, y con carácter definitivo; o bien revestirá la forma y efectos de una medida cautelar (inaudita altera pars y provisorio).

De allí que destaque Camps (2015) que cuando se habla de medidas que pueden tener lugar en el marco de esta nueva pretensión, solo se haga referencia a estos dos tipos de providencias : las sentencias de merito en los procesos de conocimiento autónomos por un lado (sean principales o incidentales pero bilaterales y definitivas) y las medidas cautelares tradicionales por el otro (sin traslado y provisionales).

Respecto de la relación entre estas dos providencias, indica el autor que llegada la figura del art. 1711 se modifica substancialmente el funcionamiento de los mecanismos de anticipación: ahora para evitar el daño o su agravamiento existe este carril propio en el cual pueden discutirse los aspectos específicos de tal objetivo. Solo si es necesario una respuesta más inmediata se recurrirá a las medidas cautelares materiales, logrando muchas veces igual objetivo aunque provisoriamente.

Finalmente, Camps (2015) aporta algunas generalidades del contexto legal tras la incorporación de la acción preventiva:

- Respecto de su coexistencia con otras pretensiones, como la resarcitoria, se indica que el objeto reclamado en este proceso deberá ser de menor entidad cuantitativa, si previamente se tramito una pretensión que tuvo por finalidad evitar o mitigar la entidad del daño;
- Para su procedencia no se exige la procedencia de ningún factor de atribución (que entiende el autor se refiere a un factor subjetivo de atribución);
- Respecto de la legitimación activa, esta compete a “quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”, correspondiendo al juez efectuar tal valoración;
- En lo que hace a la legitimación pasiva, la redacción “que toda persona tiene el deber de prevenir el daño, aunque limitándolo a lo que de dicha persona dependa”, se explica a la luz del pensamiento de Vazquez Ferreyra (2015), en cuando considera que la posibilidad de prevenir debe encontrarse limitada a la espera de control de la persona, para evitar que alcance a todos.;

- Finalmente, la decisión del magistrado podrá contener obligaciones de dar, hacer o no hacer, en definitiva la que sea más apropiada conforme la naturaleza de la circunstancia.

CAPÍTULO III : LA OBLIGACIÓN DE MITIGAR EL DAÑO

A) Introducción

Recuerda Alterini que hace ya algunos años señalaba “ 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” (Alterini J. M., 2015, p. 5)

Tras haber abordado en el Capítulo 1 la cuestión inherente a las funciones del derecho de daños; y particularmente la función preventiva del daño en el Capítulo 2, corresponde entonces adentrarse en el análisis de la figura de la obligación de mitigar el daño .

En efecto, ya hemos adelantado en los Capítulos anteriores la idea de que existe entre la tutela preventiva del daño y la obligación de mitigar el daño una relación de conexidad que justifica tal estructura metodológica: ambos pertenecen a un paradigma moralizador del derecho de daños, que pretende dotar a los éste de una lógica un poco más compleja que la simple reparación automática del daño, incorporando deberes y obligaciones antes inexistentes (Benítez Caorsi, 2009).

Conviene recalcar también que, la reforma introducida en nuestro marco legal a través de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ha procedido a la incorporación simultanea y conjunta de ambas figuras en un mismo artículo (art. 1710 inc. b y c). Esto sustenta aún más la tesis de proximidad entre ambos institutos, salvedad hecha claro está, de las particularidades ya enunciadas respecto de los destinatarios y la oportunidad de exigibilidad (Kemelmajer de Carlucci, 2007).

Respecto del deber de mitigar el daño, este constituye un criterio delimitador del resarcimiento y puede adoptar distintas denominaciones en el mundo jurídico, tales como “el deber de mitigar el daño por el acreedor” , “daño agravado por el acreedor”, o su designación en inglés “duty to mitigate” (Lamanna Guiñazu, 2012).

A los fines de abordar el presente capítulo, conviene preguntarse en un primer momento acerca de la génesis historia del mismo B], para luego abordar la conceptualización que la doctrina ha efectuado sobre este C], y finalmente concluir con el supuesto del caso argentino D].

B] Génesis Histórica de la obligación de mitigar el daño

El desarrollo de la génesis histórica de el deber de mitigar el daño, requiere remitirse a la tradicional distinción entre la tradición de derecho continental, a la cual pertenece nuestro sistema; de aquella propia a los sistemas de “*Common Law*”.

En efecto, como se verá a continuación, la aparición de este instituto está fuertemente asociada al derecho anglosajón, y su evolución en ambos sistemas no ha sido equivalente.

a- El derecho continental

Conviene precisar que la obligación de mitigar el daño no tenido un tratamiento uniforme en los Estados pertenecientes a la tradición continental, no siendo en la mayoría de los casos objeto de codificación (Ortscheidt, 2001).

En efecto, precisa el autor que actualmente goza de recepción legislativa en Italia, Alemania, los Países Bajos y Suiza, siendo su situación controvertida en el resto de los Estados que adhieren a este sistema, como es el caso de Francia y España, dónde si bien la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada vez más a su incorporación, esta no ha tenido lugar aún.

Es por este motivo que conviene preguntarse acerca de la existencia de este instituto en el derecho romano, base genética sobre la que se construye la tradición continental.

Advierte en este sentido Lamanna Guizazú (2012), que aunque no de manera contundente, se podría decir que este instituto descansa sobre un precedente tímidamente enunciado en el Derecho Romano; como en el llamado “Pasaje de las Tinajas” DIGESTO Libro XVIII – Título VI “ Del Riesgo y del Beneficio de la Cosa Vendida” en cuyo pasaje 3 señala que:

Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si se hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador mediante testigos que se lleven el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga por el mínimo detrimento por el comprador (Ulpiano, Comentarios de Sabino, Libro XXVIII)

Cualquiera sea la lectura que puede hacerse de este precedente y de otros que pudieran existir en el derecho del antiguo imperio romano, resulta indiscutible que es en el sistema del “*Common Law*” donde la obligación de mitigar el daño encuentra su génesis existencial y su mayor desarrollo.

b- El Common Law

Explica Benítez Caorsi (2009) que el origen del “*duty to mitigate*” se remonta a un caso inglés de 1677, en cual el actor había sido contratado para transportar unas mercaderías a la ciudad de Ipswich, donde las mismas debían ser repartidas en un lugar indicado por el demandado. Cuando el actor arribó a Ipswich, el demandado retardó por el lapso de seis horas la indicación del lugar de la entrega, y a consecuencia de esta demora los caballos que estaban “chorreando de sudor” por el viaje permanecieron “aperto área” y murieron poco después.

El actor demandó los daños y perjuicios, pero la corte denegó la reparación en el entendido lo que determinó el perjuicio fue la sin razón del actor que frente al incumplimiento del demandado en señalar el lugar de entrega de las mercaderías, debió haber sacado los caballos de la carreta y no dejarlos parados, ponerlos a resguardo o dejar la mercadería en cualquier lugar de Ipswich.

Este precedente, fue según Lamanna Guiñazu (2012), el punto de partida a partir del cual el derecho inglés desarrollo lo que es hoy un criterio básico de delimitación del resarcimiento,

avanzado cada vez más en el distingo entre “*Contributory negligence*” (Culpa concurrente o culpa concausal de la víctima) y el “*duty to mitigate*” (deber de mitigar el daño del acreedor).

No es casualidad por lo tanto, explica el autor, que en otros países representativos de misma tradición, la recepción del “*duty to mitigate*” haya sido también relativamente temprana, como revela el caso de los Estados Unidos en “*Aaner vs. Mc Clintic – Marshall Construction Co.*” de la Corte Suprema de Michigan (1914) y “*Rockingham County vs Luton Bridge Co*” de la Corte de apelaciones de Estados Unidos (1929); o de Canadá en “*Janiak vs Ippolito*” (1985), 16 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.), y “*Cowie vs Mullin*” (1992), 111 N.S.R. (2D) (S.D.).

Habiendo hecho una breve reseña de la aparición histórica del deber de mitigar el daño, corresponde ahora analizar la conceptualización que de ésta ha efectuado la doctrina.

C] Conceptualización Doctrinaria

El reconocimiento de la obligación de mitigar el daño, lejos de haber sido pacífico en la doctrina nacional y comparada, ha suscitado arduos debates acerca de su compatibilidad con otros principios del derecho de daños, tales como el de la reparación integral (Benítez Caorsi, 2009).

A título preliminar, y siguiendo al maestro Ortscheidt (2001), corresponde aportar algunas precisiones terminológicas acerca de la preferencia hacia la utilización del termino “obligación” por sobre “deber”. En este sentido, explica el autor que el termino “deber” comporta una cierta connotación moral que no se corresponde con el concepto de mitigación del daño: el autor comparte la idea de que la obligación de mitigar el daño no se funda en un “deber de buena fe”, sino que defiende el fundamento económico ligado a la reducción del costo del comercio en general.

Ortscheidt (2001) precisa además, que el hecho que la víctima no pueda ser perseguida por haber incumplido esta obligación (la única sanción ante la inejecución es la reducción de los daños y perjuicios evitables), no priva por cierto a la misma de su naturaleza.

Entiende entonces Ortscheidt que se trata de un lazo de derecho que obliga a la damnificada a ejecutar una determinada prestación (debe poner en marcha las medidas razonables para moderar su perjuicio) frente a la totalidad de los operadores del comercio.

En este contexto, y habiendo aportado las precisiones terminológicas, conviene en un primer momento abordar el tratamiento de este concepto efectuado por la doctrina favorable a su incorporación, ampliamente mayoritaria en nuestro país; para luego analizar los móviles invocados para su rechazo, principalmente localizados en la doctrina francesa.

a- La doctrina favorable

Este principio es tan reconocido, que la cita de los casos sería superflua” recuerda Kemelmajer de Carlucci (2007), tomando las palabras pronunciadas hace ya más de 50 años respecto de la obligación de mitigar el daño por un autor de distinguida trayectoria en el derecho anglosajón.

Lo que constituye entonces un deber implícito de la lógica del derecho de daños para muchos, era sin embargo ajeno hasta hace muy poco a nuestro derecho civil y comercial. En efecto, el código de Vélez se fundaba en una concepción decimonónica de la responsabilidad civil como una sanción o reacción ante el daño, razón por la cual no existe en el mismo artículo alguno que explícitamente contenga el deber de evitar el daño o de mitigar el ya producido (López Herrera E. , 2006).

Haciendo una síntesis de las conceptualizaciones efectuadas por la doctrina, se podría decir que la obligación de mitigar el daño debe es la obligación existente sobre la víctima de un evento ruinoso de desplegar las medidas necesarias para evitar la extensión indebida del daño ya sufrido. Es decir, que si bien no ha causado el daño, es contrario a la buena fe (para aquellos autores que fundan en esta su razón de ser) que pretenda la reparación de los daños que podría haber evitado.

El ejemplo más ilustrativo de esta circunstancia sería por ejemplo el de la persona lesionada por otra no puede esta reclamar los daños su se niega a efectuar el tratamiento médico indicado o a tomar los medicamentos recetados.

En este sentido retoma, Edgardo López Herrera (2014) en la edición comentada del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las palabras de Borda que insiste:

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 las inclemencias del tiempo y la acción de terceros.

Zavala de González (1999) dice a este respecto “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”.

Schäfer (2000) citado por Benítez Caorsi (2009), entiende que la obligación de mitigar el daño cumple una función optima de prevención en cuanto es un estímulo eficiente para evitar la inactividad del perjudicado y reducir la indemnización de los costos primarios de la reparación debida. Se reclama entonces a la víctima una actividad de paralización para disminuir el daño evidenciado.

En otras palabras, nos encontramos dentro de la prevención del daño, con la salvedad que lo que se pretende en el caso no es la evitación del hecho ruinoso en sí, sino mas bien que una vez ocurrido el mismo, no pesen sobre el insinuado responsable consecuencias del mismo que podrían haber sido razonablemente evitadas por la conducta de la víctima. En otras palabras la obligación de mitigar el daño nace ex post a la aparición del evento dañoso (Prevot, 2008).

De manera que a diferencia de los inc. A) y B) del art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que tienen una finalidad disuasiva ante el riesgo o la inminencia de un comportamiento negligente, el deber de mitigar el daño presupone la existencia de un daño actual.

La oportunidad de nacimiento de la obligación de mitigar el daño no es una cuestión menor, en cuanto según explica Kemelmajer de Carlucci (2007) permite distinguir esta obligación de

la figura de la culpa de la víctima. En efecto la culpa de la víctima tiene influencia causal, debe intervenir como un hecho que concurre a causar el daño o una con-causa del daño, y por lo tanto necesariamente anterior a que éste se produzca. Por su parte el deber de mitigar el daño solo puede nacer una vez que el daño ya se ha causado, ya que como explica Benítez Caorsi (2009), previo a la existencia del daño inicial solo entra en juego el principio de prevención como forma de disuasión de un comportamiento negligente. Lo que se pretende por parte de la víctima con esta obligación es que despliegue su diligencia para aminorar las consecuencias de un daño ya existente.

Explica no desacertadamente la magistrada mendocina que la conexión entre la culpa de la víctima y la obligación de mitigar el daño se produce indefectiblemente al momento del cálculo del monto de la indemnización, ya que tanto una como la otra tendrán por efecto reducir la indemnización a cargo del sindicado responsable. Ahora bien, conviene precisar que esta circunstancia se funda en motivos de distinta entidad: el hecho que la víctima es parte de la causa de su propio daño para la primera figura (a); y el comportamiento de la víctima que una vez iniciado el curso causal, no ha intervenido para detenerlo en sus efectos o para aminorarlos, en el caso de la segunda (b).

Según Kemelmajer (2007) se trataría de un *novus actus interveniens*, que deberá existir entre el hecho imputado al autor del daño que inicialmente causa todo el daño y el daño final y que al no producirse dirime en parte el nexo causal.

Este deber resulta exigible tanto en el campo de la responsabilidad civil contractual, como en el de la responsabilidad civil extracontractual. Distinción que actualmente conserva solo relevancia doctrinaria en cuanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha eliminado esta distinción, haciendo un tratamiento unificado de la responsabilidad civil.

En palabras de Macgregor (1997) reproducidas en su artículo por Benítez Caorsi (2009), el objetivo pretendido por esta figura no sería otro que el que las personas que han sufrido incumplimiento contractuales o las consecuencias del actuar dañoso de otra, carecen del derecho a cruzarse de brazos y soportar la pérdida que podrían haber evitado mediante esfuerzos razonables, o de continuar una acción no razonable que incremente las pérdidas.

Una participación activa de la víctima sería entonces exigida : la no evitación del daño puede delimitar el daño a resarcir por quien causó el perjuicio, si aquella no adopta las medidas razonables y posibles para aminorar la entidad del perjuicio, como cuando una persona accidentada no respeta el tratamiento médico aconsejado entiende Zavala de González (1999).

De manera que, como sintetiza Condamin-Meunier (2000) reproducido por Benitez Caorsi en su artículo del 2009, la obligación de mitigar el daño tendría una doble faceta: por un lado un aspecto negativo (a) que impide que la víctima que ha asumido un rol pasivo, reclame las pérdidas que habría podido evitar si hubiere actuado diligentemente; y por otro lado el aspecto positivo (b) que permite recuperar todos los gastos razonables en que ha incurrido la parte buscando evitar el daño.

Por su lado, Gamarra (2007) entiende que la cuestión del daño evitable incide sobre la entidad y la extensión del resarcimiento a través de tres reglas (1) el actor no es resarcido en los daños evitables; (2) tampoco debe serlo de los daños que evité; (3) en cambio sí tiene derecho a recuperar las pérdidas en que incurrió como consecuencia del intento (razonable) para evitar el daño, aún cuando no haya tenido éxito y el daño se haya agravado.

Conviene entonces, precisar el vínculo que existe entre la obligación de mitigar el daño y el principio fundamental sobre el que se asienta el derecho de daños, que es aquel de la reparación integral del daño.

En este sentido, la obligación de mitigar el daño no obsta el principio de la responsabilidad plena o integral, lo que no debe interpretarse como que el deber de reparar se extiende ilimitadamente a todo daño materialmente ocasionado, sino que el insinuado responsable solamente debe responder dentro de los límites fijados por la ley y solo por aquellos daños que guarden un nexo de causalidad adecuada respecto del acto de la inejecución contractual. No es de extrañar entonces, que pueda ser reclamada la reducción de los daños y perjuicios en proporción al monto de la pérdida que pudo ser evitada por la víctima conforme a los estándares fijados por el principio de la buena fe.

Es por todos estos motivos que Benítez Caorsi (2009) entiende que estamos frente a una especie de cláusula penal implícita en la medida que el incumplimiento de la obligación que

existe sobre la víctima, importa una reducción del quantum de la indemnización, en otros términos, se penaliza la pasividad.

b- La doctrina opositora

El caso Francés es quizás uno de los más representativos en cuanto al rechazo a la doctrina de la obligación de mitigar el daño (Ortscheidt, 2001).

En efecto, el máximo tribunal con competencia en materia de derecho privado, la Corte de Casación, ha sostenido en dos casos emblemáticos la no procedencia de esta carga en el derecho de fondo Francés (Benítez Caorsi, 2009):

- En el primer caso se trataba de un accidente de tráfico sobrevenido en el año 1984 cuyas víctimas fueron la propietaria de una panadería y su hija, quienes sufrieron una incapacidad total hasta el año 1987 y posteriormente una incapacidad parcial. Durante este periodo ninguna de las dos fue capaz de continuar con la explotación del comercio, de forma que se mantuvo cerrado hasta marzo de 1990. A causa de esto el comercio perdió todo su valor, diluyéndose la clientela. Interpuesta la demanda por daños, la demanda y su aseguradora sostuvieron que no correspondía la indemnización en tanto las víctimas habían tenido la posibilidad de explotar el comercio por un tercero, reduciendo así el daño creado. Invocando el principio de reparación integral, la Corte entendió que el autor del accidente debe reparar todas las consecuencias dañosas, a lo que agregó que la víctima no tiene obligación de limitar su perjuicio en interés del responsable;
- El segundo caso, también en el supuesto de un accidente de tránsito que produjo secuelas físicas a la víctima, esta fue invitada por su neurólogo a hacer una reeducación ortopédica y psicológica, a la que esta se negó. El tribunal de apelaciones entendió que la negativa de la víctima constituyó un supuesto de hecho de la víctima, desestimando la demanda por daños y perjuicios. Sin embargo, nuevamente la Corte de Casación entendió que la víctima no tiene la obligación de someterse a los actos médicos recomendados por los profesionales, ni tiene la obligación de limitar el perjuicio sufrido.

Las principales objeciones efectuadas al reconocimiento de la obligación de mitigar el daño son entonces: **(a)** se considera que la obligación de mitigar el daño no presenta ninguna autonomía respecto al instituto de la culpa de la víctima; **(b)** se sostener que su adopción

puede implicar un atentado contra la integridad física en caso de necesidad de una intervención terapéutica, habría entonces un quebrantamiento al principio de inviolabilidad del cuerpo humano; (c) se produciría una afectación al principio de reparación integral (Benítez Caorsi, 2009).

En efecto, según el autor, la doctrina continental sostiene que frente a un daño la víctima debe asumir una conducta meramente negativa, consistente principalmente en no agravarlo con comportamiento propio.

La conducta de la víctima estaría entonces reducida a un simple “no hacer”, a lo que se le reprocha de ser insuficiente porque la simple inacción de la víctima importa un agravamiento o continuación del evento ruinoso que repercute en la indemnización debida (Benítez Caorsi, 2009).

Tras haber analizado brevemente el debate doctrinal en torno a la conveniencia o no de la recepción de esta obligación, conviene ahora proceder al estudio en detalle del caso argentino.

D] Fundamento jurídico

Recuerda Benítez Caorsi (2009) que numerosos son los ejemplos de fundamentos que se han invocado a lo largo de los años para justificar la existencia de la obligación de minimizar el daño.

En primer lugar, explica el autor retomando la tesis de Visintini (1999) que, no puede obviarse que el criterio que restringe la reparación del daño evitable puede encontrar apoyo en el **análisis económico del derecho**. En efecto, poner a cargo del deudor el costo de las consecuencias dañosas que habrían podido ser evitadas por el acreedor, configura una solución antieconómica, repugnante a los principios de racionalidad económica que sugieren valorar comparativamente los intereses en conflicto y colocar correctamente los recursos y los costos de los daños.

En efecto, y como primer aspecto del fundamento de esta obligación, Benitez Caorsi (2009) entiende que razones de economía general determinan que convenga acentuar el ahorro de recursos, lo cual también puede alcanzarse si se impide a la parte perjudicada un eventual uso abusivo de víctima con derecho al resarcimiento, que podría conducirlo a despreciar los medios que tiene a mano para moderar la pérdida de su contraparte.

Esta misma postura orientada al comercio internacional es sostenida por Ortscheidt (2001).

En la doctrina alemana, explica Benítez-Caorsi (2009), se funda la obligación de minimizar el daño en la **teoría del acto propio**. En este sentido, se trae a colación la opinión de autores como Schlechtriem (2003), quienes sostienen que la indemnización no puede quedar intacta, ya que hay una inaceptable contradicción en la propia conducta de la víctima.

En igual sentido Fikentscher (1997), también citado por Benítez Caorsi, sostiene que la obligación de minimizar el daño encuentra su fundamento en la prohibición de *venire contra factum proprium* derivado de la buena fe, en cuyo caso la víctima no puede pretender que la deudora le compense aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta al no adoptar las medidas necesarias.

Es importante destacar, como hace Benitez Caorsi, que existe un sector de la doctrina germana que se aparta de esta posición, representada por Esser & Schmidt (2000), quienes considera que la interdicción del *venire contra factum proprium* es inconsistente en cuanto que la reclamación responde a un auto-perjuicio y no a un comportamiento contradictorio con una actuación anterior, agregando además que no hay violación de los principios de confianza y coherencia , sino que existe una culpa concurrente.

En tercer lugar y desde otra perspectiva, Benítez Caorsi (2009) recuerda a aquellos autores como Viney (2005) que consideran que la obligación de moderar el daño encuentra su fundamento en **la responsabilidad de la propia víctima** cuya función principal reside en guiar al juez en la evaluación de los daños e intereses. La misma autora, sostiene Benítez Caorsi, afirmó que esta regla no es fundamentalmente distinta a los criterios que la jurisprudencia utiliza para la evaluación de los daños consistente en el hecho de la víctima o de un tercero por que no debe responder (Viney, 2001).

En igual sentido, continua Benítez Caorsi, el Francés Demorgue sostiene que la víctima incurre en culpa si tras ocurrido hecho dañoso, deja inútilmente las cosas en el mismo estado por un tiempo prolongado.

Finalmente, respecto a esta tendencia, concluye Benítez Caorsi precisando que en la región es Gamarra quien se adhiere a esta postura, al sostener que el aumento del daño tiene aquí por autor responsable a la propia víctima, y en consecuencia el autor (que no lo ha provocado) no debe hacerse cargo de estas consecuencias, se trata del mismo principio que fundamenta la eximente de la culpa de la víctima (Gamarra, 1991).

En cuarto lugar, siguiendo el esquema propuesto por Benítez Caorsi (2009), conviene analizar la posición de aquellos como Clermont (2003) que consideran que la obligación de minimizar el daño corresponde a una visión solidarista del contrato la que encuentra su fundamento en el **deber de colaboración de las partes**. En igual sentido, se recuerda a Fried (1996), quien sostiene que si se considera que la víctima se puede proteger a sí misma de las consecuencias dañosas, esta debe hacerlo, y esto en virtud de un deber altruista hacia su compañero contractual.

En este paradigma, y retomando ahora la postura de Fontaine (2001) la obligación de mitigar el daño se inscribiría en la esfera del principio de ejecución de buena fe de las convenciones. Parece, en términos de Benítez Caorsi que existe una especie de deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños, adoptando para ellos las debidas precauciones que la diligencia razonable exige.

En quinto y último lugar, corresponde referirse al último fundamento recopilado por Benítez Caorsi (2009), que es aquel de la **ruptura del nexo causal**, defendida por maestros como Díez-Picazo (1996). La idea sería entonces que el aumento de los daños, no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino que encuentra su origen en la inacción, en la pasividad reprochable del acreedor.

En la misma corriente, Benítez Caorsi ubica a Alpa (2001), quién considera que dentro de los límites generales al resarcimiento no solo se encuentra el deber de mitigar el daño, sino también la intervención de una causa extraña, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero.

Es por esto, sostiene el autor citado, que se perturba el nexo de causalidad adecuada o previsión razonable cuando se incumple con el deber de moderar el daño.

Habiendo analizado los fundamentos invocados para dotar de sentido a la obligación de mitigar el daño, corresponde analizar su situación en el caso argentino.

E] El supuesto Argentino

Como se verá a continuación, previo a la reforma del derecho civil argentino inaugurada con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya existían en la jurisprudencia de algunos tribunales locales, algunos pronunciamientos favorables al deber de mitigar el daño (Lamanna Guiñazu, 2012).

Corresponderá en este apartado entonces, describir en un primer momento la situación del deber de mitigar el daño previo la reforma, para luego analizar el marco legal vigente a partir del mes de agosto de 2015.

a- Una tímida recepción pretoriana

Conviene precisar que la obligación de mitigar el daño no es completamente ajena a nuestro derecho actual. En efecto en materia de derecho ambiental, por ejemplo, los tribunales han continuamente impuesto severas cargas sobre los actores en lo que respecta las consecuencias de su impacto en el medio ambiente, existiendo así en este ámbito un deber reforzado de prevención del daño, que abarca también el deber de mitigar el daño ocurrido.

Sin embargo, no conviene desviar la mirada hacia el tratamiento del daño en el derecho ambiental, ya que conforme a su naturaleza resultan aplicables a este campo del derecho presupuestos y principios que no son necesariamente extensibles a otras ramas del derecho.

En lo que a la materia civil y comercial respecta, aunque ausente en nuestro derecho de fondo, existen supuestos dónde la jurisprudencia local ha tímidamente introducido esta carga al momento de dilucidar la extensión del daño resarcible.

Cabe destacar en este sentido el fallo a cargo de los magistrados Kemelmajer de Carlucci – Romano – Moyano de la Suprema Corte de Mendoza en los autos “Nadal Nicolau, Carlos Alberto Departamento General de Irrigación Daños y Perjuicios”¹⁷ donde se entendió que:

Si la actora no adoptó todas las medidas razonables que podrían haber reducido el daño, no corresponde atribuir jurídicamente al demandado todas las consecuencias dañosas contenidas en la sentencia de condena. [...]

Aún tratándose de un daño causado exclusivamente por el demandado, no puede imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante; en otros términos, se niega el resarcimiento de la pérdida que sea una consecuencia agravada del daño-base cuya producción puede ser atribuida a la intervención de la víctima. Obviamente, en el análisis de esa conducta ulterior es menester tener en consideración las circunstancias objetivas y subjetivas del caso, y sobre esa base fáctica determinar qué medidas podía haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base podían derivarse en el futuro. [...]

En la órbita aquilina, como sucede en la contractual, el damnificado debe proceder de buena fe, es decir, no debe provocar un agravamiento cualitativo o cuantitativo del daño, se trata de una derivación lógica del principio según el cual el responsable sólo debe resarcir el daño por él causado; no uno menor, pero tampoco uno mayor. [...]

En el derecho de daños subyace un "deber" de la víctima de "mitigar o atenuar el daño sufrido". Este "deber" exige al acreedor del resarcimiento la adopción de "todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado. No se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente al causante del daño, sino una carga (onere) cuyo incumplimiento precluye o restringe el resarcimiento. [...]

Este fallo de la Corte de Mendoza es sin duda el precedente más importante y representativo del tratamiento por parte de nuestros tribunales de esta obligación, en cuanto no solo

¹⁷ SC Mendoza, sala I, Civ. y Com., 18/09/2001, “Nadal Nicolau Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”, LLGran Cuyo, 2001-930.

reconoce su existencia “como un deber subyacente a nuestra legislación”, sino también porque aporta tres aspectos fundamentales para dilucidar y conceptualizar la misma:

En primer lugar, el presupuesto necesario de la obligación de mitigar el daño radicaría en la ruptura del nexo causal operado entre la acción dañosa y el menoscabo sufrido debido a la conducta reprochable de la víctima. La ruptura del nexo causal liberaría al insinuado responsable de soportar el daño que podría haber sido razonablemente evitado.

En segundo lugar, invoca como fundamento de la obligación de minimizar el daño, el principio de la buena fe, que según el tribunal debe existir tanto en materia contractual como extra-contractual.

Finalmente, conviene hacer hincapié en la conceptualización que elabora el tribunal en cuanto la obligación de mitigar el daño. Este se posiciona en el debate acerca de si se trata de una obligación propiamente dicha, una carga o un deber. El tribunal precisa que se trataría de una carga y no de una obligación, en cuanto no existe un derecho a favor del causante del daño de exigir una conducta determinada, sino se trata más bien de una carga cuyo incumplimiento restringe el resarcimiento de la víctima.

Además del precedente previamente enunciado del máximo tribunal mendocino, existe jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Comercial sobre el particular, aunque nuevamente, no tan explícita como la antes citada. Conviene citar por ejemplo los autos “Romano, Isaac Alejandro c/ CITIBANK N.A. S/ORDINARIO”¹⁸ en el que el tribunal entendió que consideró negligente la conducta de la entidad financiera la que, conocedora de la mala calificación financiera del deudor se embarcó en dos oportunidades en operaciones inmobiliaria con este para las que se requería el otorgamiento financiación.

Así, conforme entendió el tribunal, con su conducta negligente la entidad cooperó directamente la producción del hecho dañoso, interviniendo en el agravamiento del daño y por lo tanto existe concurrencia de culpa en la que el deudor responde por los daños atribuibles a su responsabilidad pero no de los generados por el hecho del acreedor.

¹⁸ Cámara Nacional en lo Comercial , Sala E, 2/03/2009, “Romano Isaac Alejandro c/ Citibank N.A ”

En este supuesto el tribunal ha calificado la conducta negligente de la entidad financiera actora como un supuesto de agravamiento de daño por parte de la víctima, que trae indefectiblemente como consecuencia la ruptura del nexo causal y la consecuente liberación del sindicado responsable por el menoscabo agravado.

Siguiendo el mismo criterio, en “Traglia, Rafael c. Banco Provincia de Buenos Aires”¹⁹ la Cámara Nacional en lo Comercial extendió la solución para el supuesto en el que, ante la pérdida de la tarjeta de débito o crédito, la víctima debió efectuar la inmediata denuncia por extravío, hurto y/o retención, conforme las pautas contractuales acordadas, lo que permitiría el “bloqueo” de la tarjeta impidiéndose así su uso por parte de terceros.

Otros supuestos de la jurisprudencia local en igual sentido son “Galiard, Guillermo Federico c/ Expreso de Transporte Reconquista S.R.L.” y “Tapia, Augusto c/ Itzcovich, Jacobo”.

En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país se mantendría alineada con la del resto de los países de tradición continental, siendo estas reticentes a la introducción de esta carga sobre la víctima, situación que se vera profundamente alterada tras la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

b- Reforma del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:

Resulta fácil constatar que la prevención del daño y el deber de mitigar el daño ya había sido tratada indirectamente en los proyectos de reforma del Código Civil y comercial de los años 1987 y 1993, y fue consagrada expresamente en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, cuyo artículo 1585 contiene una redacción casi idéntica a la retomada en el proyecto de 2012.

El panorama legislativo de la Argentina ha dado un salto en esta cuestión con la adopción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el que en cierta forma ha acompañado la llamada “moralización del derecho de reparación de daños” (Benítez Caorsi, 2009). En definitiva mantener una indemnización total sin contar la fracción del perjuicio que la víctima

¹⁹ CNCom., Sala A, “Traglia, Rafael c. Banco Provincia de Buenos Aires” RCyS, 2008-916.

podría haber evitado, aparece sumamente rígido, procurándose entonces penalizar a la misma por su infracción (Jourdain, 2002) .

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación instituye de esta forma en su art. 1710 inc. “C” bajo el título de “ Deber de prevención del daño” una triple exigencia. Por un lado **(a)** el deber genérico de evitar causar un daño no justificado (recepción expresa del principio de prevención del daño) ; **(b)** explica el proceder del sujeto, precisando a través de palabras claves el deber de adoptar medidas para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, teniendo derecho a recuperar el valor de los gastos incurridos conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y por último **(c)** el deber de no agravar el daño si ya se produjo, que como ya hemos precisado remite a un criterio de delimitación del resarcimiento.

La reforma del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce entonces una modificación sustancial del derecho de fondo en este ámbito, de manera que lo que antes era una jurisprudencia minoritaria y excepcional se transformará en un principio cardinal y necesario para la determinación del resarcimiento.

CAPÍTULO IV : LA OBLIACIÓN DE MITIGAR EL DAÑO EN EL DERECHO COMPARADO Y CONVENCIONAL

A] Introducción

Como se ha adelantado en lo capítulos anteriores, la recepción normativa de la obligación de mitigar el daño no ha sido uniforme en el derecho comparado, y ha dado en muchos casos, lugar a arduos debates (Benítez Caorsi, 2009).

En efecto, autores como Ortscheidt (2001) sostienen que si bien goza de una amplia aceptación en los países que se inscriben en la tradición del “*common law*”, su tratamiento en los países de derecho continental ha sido más controvertida, y ha dado lugar a soluciones no del todo homogéneas.

Corresponde también tener en cuenta como destaca el autor que, además de la normativa de las Naciones vecinas, existe en numerosas fuentes del Derecho Internacional, algunas ciertamente más relevantes para derecho argentino que otras, disposiciones que retienen la obligación de mitigar el daño.

Tanto unas como otras, constituyen fuentes de interpretación de nuestros magistrados y permiten además anticipar, a través de su experiencia, las virtudes, posibles dificultades y demás efectos atendibles de la entrada en vigor de esta nueva disposición en el art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es por este motivo que en el presente capítulo se efectuará un análisis comparativo tendiente a exponer en un primer momento la situación de la obligación de mitigar el daño en el derecho comparado **A]** para luego analizar su inclusión en distintas fuentes convencionales vigentes en el derecho internacional **B]**.

B] Derecho Comparado

Explica el maestro Frúgoli (2011) que el estudio del derecho comparado es de suma utilidad para observar los aportes que nuestro derecho puede efectuar a otros países y viceversa.

No obstante, señala el autor, que hay que tener en cuenta dos cuestiones: que nos encontramos frente a una cultura diferente y debemos intentar conocer al máximo para comprender la interacción del derecho en tal sociedad (1); y que los idiomas y las traducciones muchas veces terminan en errores de interpretación con relevancia práctica (2).

Dicho esto, concluye Frúgoli (2011) en que debe incentivarse su utilización en la búsqueda de un beneficio jurídico-social, o para el apoyo de ideas, pero no puede bajo ningún concepto ser utilizado con fines de lo que el autor cataloga como “falsa erudición”.

Para el estudio del “*duty to mitigate*” en el derecho comparado, utilizaremos la división clasificación propuesta por Ortscheidt (2001) respecto de las dos grandes familias de derecho: así en un primer momento se verá la situación en el sistema de “*common law*” a); para luego avanzar sobre la tradición romanista b).

a- La obligación en el sistema de Common Law

Recuerda Ortscheidt (2001) que la obligación de la parte afectada de minimizar su daño es conocida en el derecho inglés desde hace tiempo, ya que su origen se remontaría al siglo 17.

De la misma se desprenden, a la vista del citado autor, una catarata de reglas específicas : primero, el peticionario de daños no puede ser indemnizado del daño que podía evitar (a) ; en segundo lugar, tiene derecho a una indemnización por el perjuicio que tuvo que soportar para moderar su daño (b); y finalmente, no puede ser indemnizado por los daños e intereses que ha evitado, y es tenido en cuenta al momento de fijar la indemnización, las ganancias realizadas en consecuencia directa con el hecho dañoso (c).

Respecto de la interacción de estas reglas, Ortscheidt (2001) entiende que es la opinión de la doctrina inglesa que, con el devenir del tiempo, la primera de estas ha avanzado sobre la

última, de manera que el perjuicio “evitable” aparece como principal, mientras que el daño “evitado” sería solo secundario.

Respecto de su recepción en la normativa inglesa, escasa en el modelo anglosajón, destaca el autor que el “*duty to mitigate*” se encuentra expresamente previsto por la Sale of Goods Act de 1979 y se aplica tanto en materia de responsabilidad contractual como delictual.

Por otro lado, conviene siguiendo a Ortscheidt (2001), analizar el supuesto de otro de los Estados más representativos de este modelo y preguntarse sobre la situación de la obligación en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este sentido, el Código de Comercio Uniforme contiene numerosas disposiciones que tratan la obligación de mitigar el daño. Enumera el autor principalmente las secciones 2-708, 2-712 y 2-713 correspondientes a la compraventa, las que incorporan la obligación de mitigar el daño en la evaluación del daño sufrida por el comprador o vendedor en el supuesto de inejecución atribuida a la otra parte. En igual sentido, la sección 2-715 (2) prevé que los llamados “*Consequential Damages*” sufridos por el comprador no pueden ser indemnizados si no han sido moderados. Finalmente, el *Second Restatement on Contracts* enuncia en su párrafo n°350 que, la víctima no puede obtener reparación de los perjuicios que esta podría haber evitado sin riesgo injustificado o humillación.

Destaca asimismo el autor que la doctrina originaria de los sistemas de *Common Law* se ha preguntado en varias oportunidades respecto de los lazos existentes entre el deber de mitigar el daño y las otras nociones vecinas de causalidad (“*Causation*”); de hecho de la víctima (“*Contributory Negligence*”); y de previsibilidad del daño (“*Remoteness*”).

A este respecto, recalca Ortscheidt que, si bien existen puntos de contactos evidentes entre estos conceptos, conviene remitirse a los aspectos que han sido señalado por la doctrina local, los que permiten diferenciar a la obligación de mitigar el daño y dotarla de autonomía teórica.

Respecto del vínculo de la obligación de la obligación de mitigar el daño con la Causalidad, explica el autor que, normalmente, el perjuicio cuya reparación es objetada a quién no ha ejecutado correctamente la obligación de mitigar, ha sido causado directamente por el autor

del daño. Por lo tanto, esta noción de Causalidad no sería pertinente para explicar la naturaleza de la obligación de moderar el daño.

Continúa Ortscheidt (2001) abordando la cuestión de Hecho de la Víctima , en cuanto esta figura requiere necesariamente que el actor sea en parte responsable del hecho dañoso en sí mismo, mientras que la obligación de mitigar el daño solo concierne las consecuencias del hecho dañoso debidas por el accionar exclusivo del demandado.

Finalmente, concluye el autor diferenciando a la obligación de mitigar el daño de la regla que limita la reparación al Daño Previsible. En efecto, explica que para confundir ambos conceptos debería presuponerse la previsión por el deudor que si fallase a sus obligaciones, el acreedor minimizará su daño. La parte del daño que fuera el resultado de lo que el acreedor no ha actuado, sería entonces imprevisible y por lo tanto no indemnizable.

A este respecto, concluye Ortscheidt en que si bien es factible para el deudor anticipar el tipo de perjuicio susceptible de afectar al acreedor, y que ante su eventualidad, el mismo actuará e intentará atenuarlo; no puede sin embargo prever la naturaleza de las medidas que podrá aplicar a tales efectos ni el grado en que podrá moderar el daño.

Habiendo analizado la situación en los países más representativos del el modelo de “*Common law*” , así como las inquietudes de sus doctrinarios al respecto, corresponderá ahora analizar la situación en la otra gran familia jurídica.

b- La obligación en los sistemas de tradición romana

Como se anticipó oportunamente, la obligación de mitigar el daño ha sido también objeto de recepción normativa en algunos Estados pertenecientes a la tradición continental de derecho romano. A título de ejemplo, señala Benítez Caorsi (2009) que cabe destacar:

- El art. 254 (2) del Código Civil Alemán establece que “Esto vale incluso, si la culpa del perjuicio se reduce a la circunstancia que ha omitido llamar la atención del deudor o sobre el riesgo de una daño importante, riesgo que el deudor no conocía, ni debía conocer, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño”.

- El art. 1227 del Código Civil Italiano el cual preceptúa que el resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria.

Un caso interesante, recalca el antes citado autor, es el de la Republica Popular China. En su art. 114, la ley de los contratos económicos en el extranjero prescribe “El contratante que por el hecho del incumplimiento de su co-contractante sufre un perjuicio, debe tomar toda medida útil para evitar que el perjuicio se agrave. Si no lo hace, perderá todo derecho a reclamar a su co-contractante la reparación del perjuicio agravado”

Finalmente, y a título redundante, Ortscheidt (2001) enumera otros Estados cuya legislación ha retenido expresamente la obligación de mitigar el daño, como son el Código Civil de los Países Bajos (art. 6:101), de Portugal (art. 570), de Suiza (art. 44.1 y 99), de Grecia (art. 300, 381 et 736), de Hungría (art.340.1), de Egipto (art. 221), de Siria (art. 222), de Libia (art. 224) , y de Argelia (art. 182) .

Habiendo concluido con el análisis de la situación de la obligación de mitigar el daño en el derecho comprado, corresponde entonces preguntarse acerca de recepción en algunas fuentes Convencionales.

C] Derecho Convencional

Lo cierto es que la obligación de mitigar el daño se encuentra sumamente difundida en los textos internacionales, siendo esto una simple constatación fácilmente contrastable.

En efecto, como se verá a lo largo del próximo apartado, la obligación de mitigar el daño constituye una exigencia reiterada tanto en la *soft law* o en las recopilaciones de principios que hacen a los usos y costumbres del comercio internacional; como en los convenios internacionales directamente vinculantes firmados por las Naciones, como es el caso de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional.

A los fines de abordar estas fuentes de interpretación y regulación de la obligación de mitigar el daño, se partirá de la revisión de las llamadas fuentes de *soft law* **a)**, para luego tratar la situación en las fuentes de derecho internacional vinculantes para los estados adherentes **b)**.

a- La obligación en la Soft Law

Por *Soft Law* puede entenderse “derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria [de las normas] en los ordenamientos nacionales” (Valverde, 2000).

En efecto, como recuerda Christians (2007) para el derecho internacional se trataría entonces de un conjunto de normas que si bien no tendrían un efecto vinculante, generan en los Estados un compromiso o sentimiento de obligarse a su respeto, constituyendo un medio eficaz para su acercamiento y para la disminución del costo de contratación entre estos.

Existen distintos ejemplos de estas fuentes de derecho, tales como las convenciones modelo de la OCDE, las resoluciones de la AGNU, las regulaciones modelos emitidas por la UNCITRAL, entre otros.

El tratamiento de esta forma de acercamiento entre los Estados al internacional resulta pertinente, ya que existen tres fuentes de esta naturaleza que se desarrollarán a continuación y que retienen expresamente la obligación de mitigar el daño.

Siguiendo el orden propuesto por Ortscheidt (2001), en primer lugar, cabe enunciar el art. 7.4.8 (Atenuación del Daño) de los **Principios Unidroit** que determina la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta, podría haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó; y que la parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño.

Como destaca el autor, el comentario anexo del artículo antes citado precisa que este tiene por objeto evitar que el acreedor no espere pasivamente ser indemnizado por el daño que podría haber evitado o limitado, porque no sería razonable, desde un punto de vista económico, permitir el incremento de un daño, cuyas consecuencias se podrían haber

reducido de haber adoptado medidas razonables. Se indica además que las medidas a adoptar por el acreedor pueden o bien limitar la extensión del daño, o bien evitar que el daño inicial se agrave. Al igual que el sistema inglés, recuerda Ortscheidt, el acreedor puede también solicitar el reembolso de las erogaciones efectuadas para reducir el daño, también bajo la misma condición de razonabilidad de las mismas.

En segundo lugar, el autor centra su análisis en los **Principios del Derecho Europeo de Contratos**, los que en su art. 9.5005 prescriben “ La parte incumplidora no es responsable de las pérdidas que hubiese sufrido la parte perjudicada en la medida en que esta última hubiera podido reducirla adoptado para ello las medidas razonables; la parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que razonablemente haya incurrido al intentar reducir las pérdidas.

Nuevamente, Ortscheidt (2001) recalca el hecho que los comentarios adjuntos a los Principios Europeos aportan mayor claridad, precisando que la no moderación del daño puede resultar del hecho que la parte damnificada efectuó gastos que no son necesarios o que no son razonables, o bien de que ella no ha adoptados las medidas razonables que hubieran permitido la minimización del daño. Se indica además que no es exigido que la víctima actúe inmediatamente luego de conocer el incumplimiento, todo dependiendo de las circunstancias.

Además, continúa el autor, el comentario precisa que el acreedor está solamente obligado a adoptar medidas razonables en vista de las circunstancias, no está, por lo tanto, obligado a actuar de forma tal que ponga en riesgo su reputación comercial; que el principio se aplica incluso en caso de inejecución anticipada por el deudor y que si las medidas adoptadas, que parecen razonables al momento del daño, lo agarban luego, será también reparado en su integralidad.

Finalmente, y con esto concluye Ortscheidt, respecto a este artículo, se debe notar que si la víctima se extralimita de lo que se podía razonablemente esperar de ella, la moderación del daño será tomada en cuenta tal y como aparece, y así, el único perjuicio efectivamente soportado será indemnizado.

Queda entonces tratar el último supuesto, traído a colación por Benítez Caorsi (2009), que es el artículo 439 del **Contract Code**, quizás la fuente que ha tratado la cuestión más detalladamente.

En este se preceptúa que (1) no es posible el resarcimiento por pérdidas que el reclamante habría podido evitar con medidas razonables; que (2) no es posible el resarcimiento por pérdidas que el demandante ha evitado tomando medidas, antes o después del incumplimiento, que caigan fuera de las previsiones del apartado primero; (3) es posible el resarcimiento de pérdidas y en particular de gastos sufridos al tomar medidas razonables para evitar las pérdidas resultantes del incumplimiento, tanto si tienen éxito en reducir la pérdida global, como si fracasan aumentando así la pérdida global, o no reduciéndola; (4) para decidir si ha habido omisión de las medidas razonables para evitar la pérdida el criterio de razonabilidad no es aquel riguroso que exige que el reclamante no haya incurrido en riesgos financieros innecesarios, ni en innecesarias humillaciones personales, y la carga de la prueba incumbe a la parte incumplidora.

Como se adelantara al principio del apartado, estos principios son solo aplicables en el supuesto que las partes acepten someter su controversia al contenido de los mismos, aunque, conviene reconocer que, por su origen cuentan con autoridad doctrinal (André, 2002).

Habiendo tratado la situación en las ya categorizadas como fuentes no vinculantes del derecho internacional, conviene entonces abordar la cuestión en los instrumentos internacionales que obligan a sus signatarios.

b- La consagración de la obligación por instrumentos internacionales

En el presente apartado y siguiendo la propuesta del maestro Ortscheidt (2001) se tratarán los dos supuestos de recepción normativa en instrumentos internacionales de la obligación de mitigar el daño : la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; y la Convención de la Haya de 1964 relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías.

Resulta pertinente a este estadio destacar que, en ambos supuestos, nos encontramos ante fuentes materiales de resolución de conflicto de leyes. Esto significa que la convención

misma está llamada a aportar los elementos de resolución de la controversia, por lo que reunidos los extremos de su ámbito de aplicación, ambos textos se aplican directamente en sustitución del derecho nacional (Audit, 2010).

Entiende Ortscheidt (2001) que la comunidad de los estados está particularmente arraigada a la obligación de minimizar el daño en las relaciones comerciales internacionales. En este sentido, para el autor, su recepción expresa en dos convenciones, una de las cuales ampliamente ratificada, tiene el efecto de extender su aplicación a la mayor parte de los operadores del comercio internacional.

Conviene finalmente destacar, y esto a título preliminar, que en el caso de la Argentina, solo resulta aplicable la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, ya que como explica Audit (2010), el segundo de los textos se encuentra solo vigente para algunos Estados Europeos.

1) La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

Recuerda Garro (1985) que, entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980, sesenta y dos Estados se convocaron con el fin de examinar el proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Explica el autor que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue posteriormente aprobada con el voto unánime de los delegados de los 62 reunidos en Viena, quedando abierta a la adhesión y firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Respecto a su entrada en vigor, Garro destaca que la Argentina se encuentra entre los 11 primeros Estados que presentaron los instrumentos de adhesión a la Convención (el 19 de julio de 1983 y aprobándose su texto por la ley 22.765 del 24 de marzo de 1983). La Convención entró en vigor en el territorio nacional el primero de enero de mil novecientos ochenta y ocho, tras la adhesión del décimo país signatario.

Como se adelantara en el apartado anterior, la Convención prevé una regulación exhaustiva de la compraventa internacional de mercaderías, la que sustituye el derecho interno cuando se reúnen los presupuestos para su aplicación.

En este sentido, y a título de ejemplo, el Juzgado Nacional Comercial n° 7, en su decisión “Elastar S.A. s. concurso preventivo s. incidente de impugnación por Bettcher Industries Inc” del 20 de mayo de 1991²⁰ estableció que:

[...]

La Convención de Viena de 1980 resulta aplicable a la presente compraventa ya que según la factura comercial cuya copia luce a fs. 43 expedida el 23 de enero de 1989 la vendedora “Bettcher Industries Inc.” tiene establecimiento en el estado de Ohio, Estados Unidos de América y la compradora “Elastar S.A.” en la provincia de Buenos Aires, Argentina (art. 1.1.a) de la Convención).

En lo que al “*duty to mitigate*” respecta, el art. 77 de la Convención dispone que :

[...]

Artículo 77: La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida

A este respecto, Ortscheidt (2001) sostiene que la formulación de la regla en términos de “debe” y “debía haberse”; y la existencia de una sanción ante la inejecución de las diligencias esperadas, evidencian la existencia de una verdadera obligación para el acreedor.

Habiendo analizado la situación en el marco del régimen de la Convención de Viena, conviene entonces tratar el supuesto de la Convención de la Haya del 1ro de julio de 1964.

²⁰ Juzgado Nacional Comercial N° 7, 20/05/1991, « Elastar S.A. s. concurso preventivo s. incidente de impugnación por Bettcher Industries Inc ».

2) La Convención de la Haya del 1ro de Julio de 1964

El art. 88 de la Convención enuncia que la parte que invoca la contravención al contrato debe adoptar todas las medidas razonables a fin de disminuir la pérdida sufrida. Si esta es negligente en esta tarea, la otra parte puede solicitar la reducción de los daños y perjuicios.

Nuevamente, de su redacción se desprende a los ojos de Ortscheidt (2001) que se trata de una verdadera obligación que pesa sobre el acreedor, y cuya sanción ante el incumplimiento se traduce en la reducción de la indemnización compensatoria.

Como ya se ha adelantado en el presente trabajo, este texto solo se expone a los fines de constatar la existencia de la obligación de mitigar el daño en instrumentos internacionales que regulan los operadores del comercio.

En efecto, como explica Audit (2010), a diferencia del supuesto anterior, el campo de aplicación territorial de esta Convención se encuentra circunscripto solo a algunos Estados Europeos, siendo la Argentina completamente extraña a su regulación.

Habiendo abordado la cuestión del derecho comparado y convencional, corresponde entonces elaborar las conclusiones que pueden desprenderse del presente trabajo sobre lo que será el impacto el derecho civil y comercial argentino de la entrada en vigor de la obligación de mitigar el daño.

5. CONCLUSIONES

En el presente apartado, se anunciarán y describirán las que son las principales conclusiones que pueden extraerse del análisis de los capítulos anteriores.

a- La reforma optó por mantener la terminología tradicional de “responsabilidad civil”.

Como se abordó en el Capítulo introductorio, la incorporación de la obligación de mitigar el daño en el derecho argentino, se produjo en el contexto del debate acerca de las funciones atribuidas al derecho de daños.

Este debate requiere que previamente se efectúe un posicionamiento respecto de la terminología a utilizar. En efecto, determinados sectores de la doctrina, como se presentó oportunamente y se sostiene en el presente trabajo, sostienen que el término “derecho de daños” es más apropiado que “responsabilidad civil”, en cuanto que éste último se vincularía exclusivamente a su función resarcitoria o reparadora, y no permitiría entonces abarcar la función preventiva del daño (ahora incorporada en el art. 1710 inc. B) y la no receptada función sancionatoria.

No obstante el debate suscitado y las ventajas dogmáticas desarrolladas a favor de la noción de “derecho de daños”, nuestros codificadores optaron por mantener el término de “responsabilidad civil”, asignando a esta una nueva función: la de prevención del daño.

b- La reforma receptó expresamente la regla “*neminem laedere*”

El principio de no dañar a otro, es como hemos visto, la piedra angular sobre la que se asienta la responsabilidad civil.

Este principio que funda el deber de reparar, no estaba por tanto expresamente reconocido en nuestro derecho de fondo, sino que se derivaba del art. 19 de la CN conforme la jurisprudencia de la SCJN.

La reforma, deseosa de otorgar una operatividad a esta regla, introdujo expresamente la misma, lo que permite al mismo tiempo dotar de una justificación lógica a la función preventiva, que se abordará a continuación.

c- La reforma introdujo solo una nueva función a la responsabilidad civil : la función preventiva.

Como se desarrollo oportunamente, tras el reconocimiento expreso del deber de no dañar en el 1710 inc. A, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación retuvo en el art.1710 inc. B la llamada función preventiva. El orden del artículo como hemos visto no es caprichoso, sino que responde a las exigencias del silogismo jurídico, en cuanto solo puede existir un deber de prevenir el daño si el hecho de (Kemelmajer de Carlucci, Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, 2013)dañar a otro en sí mismo está prohibido.

Esta reforma implica, como se vio oportunamente, un cambio importante de paradigma, en cuanto que la responsabilidad civil no es más considerada como un mecanismo meramente ex post y de reparación, sino que la evitación del daño constituye ahora un objetivo atendible y exigible a los operadores jurídicos.

Esta función ha sido así misma dotada de efectividad mediante la recepción en el art. 1711 de la llamada “pretensión preventiva del daño”. Esta aparece como un remedio procesal apto y superador que permite llenar un vacío legal y poner fin a numerosos años de debate acerca de la procedencia de otros remedios procesales, como las medidas cautelares, para la evitación de un daño.

Respecto de la llamada función sancionadora, como se desarrollo oportunamente, no obstante la propuesta de incorporación de la llamada “sanción pecuniaria disuasiva”, esta propuesta fue rechazada por la comisión bicameral, junto con la propuesta de reforma del art. 55 bis de la ley 24.240 en materia del derecho del consumo.

Es por este motivo, que en lo que al derecho común concierne, la reforma solo logro incorporar la función preventiva de la responsabilidad civil.

d- La incorporación de la obligación de mitigar el daño modificó la relación entre la víctima y el autor del daño

Como hemos visto, la reforma trajo también la incorporación en el inc. C del art. 1710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de la obligación de moderar el daño.

Esta obligación modifica la relación entre la víctima y el autor del daño, en cuanto impone un límite al principio de reparación integral del daño. En efecto, existe ahora sobre la víctima una verdadera obligación, la que debe cumplirse mediante la ejecución de prestaciones específicas (sea de hacer, de no hacer o de dar), destinadas a minimizar en la medida de lo posible, el daño sufrido.

Esta obligación, como toda otra, trae aparejada una sanción ante su inejecución, que consiste justamente en la no compensación de aquellos daños que podrían haber sido evitados.

Por lo tanto, en este nuevo paradigma, la reparación del daño no es un procedimiento automático, fundado exclusivamente en el deber de reparación del dañador, sino que existe sobre la víctima una obligación de cooperar y contribuir en la medida de lo posible a la reducción de las consecuencias del injusto.

e- La obligación de mitigar el daño es una figura que cuenta con amplio respaldo en el derecho comparado y convencional

Como resulta del análisis de los contenidos del Capítulo 4, la obligación de mitigar el daño encuentra su génesis y mayor desarrollo en los países que responden a la tradición del “*Common Law*”.

En efecto, en ordenamientos de países como Gran Bretaña y Estados Unidos, el llamado “*duty to mitigate*” compone una herramienta fundamental de su sistema de “*tort law*” o responsabilidad civil, y es en estos donde ha existido un mayor esfuerzo de la doctrina para diferenciar a esta obligación de otras figuras como el hecho de la víctima o la ruptura del nexo de causalidad.

También se ha podido comprobar que, con el devenir del tiempo, la obligación de mitigar el daño ha sido progresivamente receptada en algunos sistemas de tradición continental o de derecho romano, como es el caso de Italia, los Países Bajos, Suiza, entre otros.

Esta recepción en los Códigos Civiles de numerosos Estados se ha visto acompañada de la incorporación de la obligación de moderar el daño en textos convencionales de importante trascendencia para el desarrollo del comercio internacional, como es el caso de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías.

Esta tendencia refleja la importancia de la obligación en cuestión para los operadores del comercio, al punto que ha sido considerada como parte de la *lex mercatoria* por numerosos autores al ser de aplicación cuasi-automática en terrenos como el del contencioso internacional arbitral.

10. BIBLIOGRAFÍA

A] Doctrina

VISINTINI, G. (1999). *Tratado de la Responsabilidad Civil* . Buenos Aires: Astrea.

ALLENDE, L. A. (2009). La buena fe y la responsabilidad de los directores. La experiencia del Estado de Delaware. *La ley* .

ALTERINI, J. M. (2015). Aproximación a los lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación. *El Dial* .

ANDRE, C. (2002). L'obligation de modérer le dommage en droit interne. *Recueil Dalloz* .

AUDIT, B. (2010). *Droit International Privé*. Paris: Économica.

BACARAT, E. (2015). Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial. *La Ley* .

BENITEZ CAORSI, J. J. (2009). La obligación de minimizar el daño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , VI, 11.

CAFFERATTA, N. A. (2013). El principio precautorio en el derecho ambiental. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , V, 5.

CALVO COSTA, C. A. (2013). La nueva responsabilidad civil en el proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , VI.

CALVO COSTA, C. A. (2014). La prevención y el actual derecho de daños. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , V.

CAMPS, C. E. (2015). La pretensión preventiva de daños. *RCCYC* , 3.

CHRISTIANS, A. (2007). Consulté le 2015, sur Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=988782>

CONDAMIN-MEUNIER, E. (2000). *Les devoirs du créancier à l'égard de son débiteur*. Lille: ANRT.

CONVERSET, M. M. (2011, julio). Herramientas necesarias para la prevención del daño. *Sup. Doctrina Judicial Procesal* .

FRIED, C. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FRUGOLI, M. A. (2010). Daños: Conceptos, clasificaciones y autonomías. *V* (12), 5-14.

GAGLIARDO, M. (2015). Enfoques legales de la responsabilidad civil. *RCCYC* , 194.

GAMARRA, J. L. (2007). *Responsabilidad extracontractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GARRO, A. (1985). La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. *LL* .

GONZALEZ DE ZAVALA, M. (1999). La tutela inhibitoria. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* .

HERNANDEZ SAMPIERI, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2003). *Metodología de la Investigación*. Ciudad de México: Mc Graw Hill.

ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2011). Situación anormal de la víctima como causa o concausa del daño. *Revista de Responsabilidad Social y Seguros* , VIII.

ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999). *Resarcimiento de daños Tomo 4*. Buenos Aires: Hammurabi.

- ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999). La tutela inhibitoria del daño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , 1 (1).
- YUNI, J., & URBANO, C. (2006). *Técnicas para investigar y formular proyectos de Investigación*. Córdoba: Brujas.
- WITZ, C. (2002). L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales: L'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale, en Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage? *Petits affiches* , 232, 50.
- VAZQUEZ FERREYRA, R. A. (2014). Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , II.
- VAZQUEZ FERREYRA, R. A. (2015). La función preventiva de la responsabilidad civil. *L.L.* , 726.
- VAZQUEZ FERREYRA, R. A. (2015). La función preventiva de la responsabilidad civil. *La ley* , 726.
- VALVERDE, Í. (2000). Soft Law. *Boetín de las Unidades Españolas de Traducción de la Comisión Europea* (63), 3.
- URBINA, P. A. (2011). Responsabilidad Civil y prevención de daños. La salud y el compromiso social de la justicia. *La ley* .
- SELVAROLO ARCURI, G. M. (2015). La función preventiva en la responsabilidad civil y el rol de los daños punitivos. *Revista de responsabilidad civil y seguros* , VIII, 18.
- JOURDAIN, P. (2002). Rapport introductif, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage? *Petits Affiches* , 232, 6.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2007). *Responsabilidad Civil*. (R. Culzoni, Éd.) Buenos Aires.

LAMANNA GUIÑAZU, E. (2012). Deber de prevención del daño: acción preventiva. Causalidad. *Análisis del nuevo código civil y comercial 2012* .

LLAMAS POMBO, E. (2010). Formas de reparación del daño. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , IX (3).

MCGREGOR, H. (1997). *Contract Code*. Barcelona: José María Bosch.

MÖLLER, R. (2006). *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.

NICOLAU, N. (1996). La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional. *L.L.* , 1245.

ORDOQUI CASTILLA, G. (2010). Prevención del daño y su tutela inhibitoria. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , IV.

MEKKI, M. (2015). El rol del perjuicio en el derecho de la responsabilidad civil. *V* (17), 5-14.

MORELLO, A. M., & A., S. G. (2001). Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia.

OTAOLA, M. A. (2015). El régimen de responsabilidad civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la sanción pecuniaria disuasiva. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* , I, 19.

PICASSO, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de responsabilidad civil y seguros* , IV, 5.

PIZARRO, R. D., & Vallespinos, C. G. (2014). *Compendio de derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

PIZARRO, R. D., & Stiglitz, R. S. (2009). Reformas a la ley de defensa del consumidor. *La Ley*, 949.

POTHIER, R. J. (1993). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

PREVOT, J. M. (2008). ¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil. *La ley*.

SCHÄFER, H.-B. o. (2000). *Claus Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin.

SCHLECHTRIEM, P. S. (2003). *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Tübingen: Mohr Siebeck.

FIKENTSCHER, W. (1997). *Schuldrecht*. De Gruyter.

ESSER, J., & SCHMIDT, E. (2003). *Allgemeiner Teil 2*. Heidelberg: C.F. Müller.

VINEY, G. (2005). *Avant Projet de reforme du droit des obligations - Exposé des motifs "De la responsabilité civile"*. Ministère de Justice.

VINEY, G. (2001). *Traité de Droit Civil*. Paris: L.G.D.J.

DEMOGUE, R. (1924). *Traité des obligations en general*. Paris: Arthur Rousseau.

GAMARRA, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo : Fcu.

CLERMONT, M. (2003). Le rapprochement du droit europeen des contrats, enjeux et perspectives. *Thèse Université de Lille 2 - Memoire DEA*. Lille.

FRIED, C. (1996). *La obligación contractual. El contrato como promesa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

FONTAINE, M. (2001). *Les Sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* .
Bruselas - París: L.G.D.J.

DERAINS, Y. (1987). L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale.
Revue de droit des affaires internationales .

DIEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.

ALPA, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño*. Lima: Gaceta jurídica.

LOPEZ HERRERA, E. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* . Buenos Aires: LL.

DIEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

ALTERINI, A. (2008). Rumbos actuales del derecho de daños. *LL* .

PAPAYANNIS, D. M. (2007). En torno a la teoría del derecho de daños. *RCyS* , 23.

ACCIARRI, H. (2013). Funciones del derecho de daños y de prevención . *LL* .

ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1996). El derecho de daños. Valores comprometidos. *LL* .

LOPEZ HERRERA, E. (2006). *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

GHESTIN, J. (2007). *Traité de droit civil*. Paris : Librairie .

SICA, S. (2010). La responsabilidad - las responsabilidades: sobre el tema del sistema y las funciones de la regla aquiliana. *RCYS* , 245.

MARIÑO LOPEZ, A. (2005). *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*.
Montevideo: Carlos Álvarez .

IRIGOYEN TESTA, M. (2006). Daños punitivos: Análisis económico del derecho y teoría de juegos. *Jurisprudencia Argentina* .

DIEZ-PICAZO, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.

TUNC, A. (1985). *La pene privata*. Milano : Giuffré.

PIZARRO, R. D. (1993). *Derecho de daños* . Buenos Aires: La Rocca .

PIZARRO, R. D. (2011). ¿Sirven los daños punitivos tal como están regulados en la ley de defensa del consumidor? *Revista de derecho de daños* , 2-440.

PAPAYANNIS, D. M. (2014). La práctica del alterum non laedere . *Revista de teoría y filosofía del derecho* , 19-68.

ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1994). *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

FERREYRA, V. (2015). La función preventiva de la responsabilidad civil. *LL* .

BUERES, A. J. (2011). El futuro de la responsabilidad civil : ¿hacia dónde vamos? *Derecho de daños* .

DE CUPIS, A. (1975). *El daño*. Madrid: Bosch.

LORENZETTI, R. (1999). Tutela civil inhibitoria . *LL* .

ALTERINI, J. M. (2015). Aproximación a los lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el código Civil y Comercial de la Nación. *El dial* .

ORTSCHEIDT, J. (2001). *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*. Paris : Dalloz

CALAMANDREI, P. (1945). *Introducción al estudio sistamáticas de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Omeba.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2013). Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. *Revista Jurídica UCES*.

B) Legislación

- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1710.
- Ley 25.675. Art. 4

C) Jurisprudencia

- C.S.J.N. “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 308:1160 (1986)
- C.S.J.N. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos 327:3753 (2004)
- C.S.J.N. “Gunther c/ Estado Nacional” Fallo 308:1118 (1986)
- C.S.J.N. “Halabi, Ernesto c/ PEN – 25.873”, Fallos, 322:111 y LL 2009-B-157.
- C.S.J.N., “Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/su solicitud de medidas cautelares”, Fallos 314:711 (1991)
- C.S.J.N. “Rizzo Romano, Alfredo Héctor y otros c/ Estado Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación), Fallos:320:300 (1997)
- C.S.J.N., “Fernández, Encarnación c/ Secretaría de Seguridad Social”, Fallos: 316:797 (1993)
- C.S.J.N “Bernabé Correa”. Fallos 138:157 (1923)

- SC Mendoza, Sala I, Civ. y Com., 18/09/2001, “Nadal Nicolau Carlos A. c. Departamento General de Irrigación”, LLGran Cuyo, 2001-930.
- Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, 2/03/2009, “Romano Isaac Alejandro c/ Citibank N.A ”
- Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, 12/02/2008, “Traglia, Rafael c. Banco Provincia de Buenos Aires”, RCyS, 2008-916.
- CSJN, 24/07/1991, “Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/su solicitud de medidas cautelares”, Fallos 314:711.
- Juzgado Nacional Comercial N° 7, 20/05/1991, “Elastar S.A. s. concurso preventivo s. incidente de impugnación por Bettcher Industries Inc”.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Francisco Javier García Elorrio
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.601.556
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La obligación de mitigar el daño en el derecho Civil y Comercial Argentino.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	franciscojav.ge@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Córdoba, 09 de diciembre de 2015

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.