

CESACIÓN DEL DAÑO (*)(**)

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Presidente de la Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Profesor Honorario
Universidad de Lima

SUMARIO: I. Introducción.- II. Acepciones de la palabra daño.- III. Hechos generadores y efectos dañosos instantáneos y permanentes.- IV. Hechos dañosos lícitos e ilícitos.- V. La cesación del daño en las relaciones obligacionales.- VI. Relaciones reales.- VII. Actos ilícitos.- VIII. Los daños contra el medio ambiente.

I. INTRODUCCIÓN

La curiosidad es uno de los motores principales del progreso, pues impulsa al investigador a indagar en terrenos poco trillados.

En este caso la curiosidad me ha impulsado a indagar sobre la «cesación del daño», como algo distinto a la «reparación de los daños», tema que en nuestro país no ha sido todavía muy estudiada y que parece interesante ponerlo a consideración para despertar inquietudes y ver si otros investigadores prosiguen una línea de búsqueda sobre un punto que es menester indagar más.

Por supuesto que no es algo que tenga novedad absoluta, pues si uno rastrea el Código Civil encontrará numerosas normas en que se habla de cesación de los daños y si busca en la doctrina extranjera hallará algunos autores que se han ocupado del problema.

En materia jurídica es casi imposible que nuestras investigaciones tengan novedad absoluta, pero tampoco debe llegarse a otros extremos, y conformarse con que nuestros trabajos sean la mera repetición de lo ya dicho por otros autores, o constituyan un burdo plagio de sus ideas.

Hace algún tiempo, en una visita realizada al Paraguay a fin de participar en un Congreso, conocí a un abogado y periodista llamado Helio Vera, que ha publicado un pequeño libro satírico, titulado «Diccionario Contreras», que tiene algunas definiciones que quizá sea conveniente recordar. Define allí la «creatividad», como «una virtud que poseen algunos pocos elegidos, que dándose cuenta de que no tienen el talento de crear, tienen el coraje de copiar».

(*) Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós, miembro del Consejo Consultivo de *Advocatus Nueva Época*, por la cesión del presente artículo para su publicación.

(**) El presente artículo fue redactado en el año 1999.

y un poco más adelante define el «plagio», como «el apropiarse total o parcialmente, sin mencionar la fuente, de una obra ajena», y a continuación agrega: «Cuando se lo hace de varias obras, suele llamárselo investigación».

Antes de referirnos a la cesación del daño, quiero destacar que no debe confundirse con la prevención del daño, tema del que se ha hablado mucho, aunque se hace muy poco, y es un problema distinto, ya que se refiere a la etapa previa, en la que sería necesario adoptar las medidas destinadas a evitar que se concreten hechos jurídicos perjudiciales y dañinos.

La cesación del daño, en cambio, se plantea como problema cuando ya se ha producido un hecho que provocó un efecto perjudicial o nocivo; y tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen confundirlo o superponerlo con la reparación, que es el tema del que se ocupan generalmente los autores y tribunales cuando, frente al daño ya producido, el ordenamiento jurídico procura dar un resarcimiento integral del daño para que la víctima quede en situación similar a la que gozaba antes de que se produjese el hecho dañoso.

Pero al hablar de reparación incluyen en ella lo que nosotros denominamos hoy cesación del daño, que no es estrictamente la reparación.

II. ACEPCIONES DE LA PALABRA DAÑO

En este momento quizás sea necesario distinguir los distintos significados que asignamos a la palabra daño, pues solemos utilizar el vocablo para referirnos a dos cosas diferentes. Hablamos de daño para aludir al hecho dañoso en sí, es decir el hecho generador de las consecuencias perjudiciales... y hablamos también de daño para referirnos al efecto nocivo de ese hecho.

En realidad, el daño es solamente el efecto nocivo de un hecho, y el hecho «dañoso», no es más que la causa generadora de ese efecto.

III. HECHOS GENERADORES Y EFECTOS DAÑOSOS INSTANTÁNEOS Y PERMANENTES

Tanto el hecho generador como el efecto dañoso pueden ser de carácter instantáneo, o tener cierta permanencia temporal.

El daño puede estar causado por un hecho que se agota instantáneamente; por ejemplo, el choque de dos automóviles es un hecho instantáneo, que provoca un efecto dañoso.

En el orden obligacional, el incumplimiento de una obligación que tenía un plazo, es un hecho instantáneo, o cuando en una obligación de no hacer se realiza el hecho prohibido, también nos solemos encontrar frente a un hecho dañoso instantáneo.

El efecto dañoso, en cambio, no suele agotarse -por lo general- de manera instantánea, aunque haya también algunos efectos dañosos que concluyen instantáneamente, sino que suele tener una proyección temporal continuada, mayor o menor. Cuando a una persona le roban algo, el hecho generador es instantáneo: desapoderamiento de la cosa; pero el efecto dañoso subsiste mientras no se le restituya la cosa. Su patrimonio se verá disminuido durante todo el tiempo en que él se vea privado de la cosa que le robaron.

Podemos advertir, entonces, que hecho generador y efectos dañosos son cosas diferentes, tanto en sí mismos, como en su proyección temporal.

Ustedes me dirán, quizás, por los ejemplos que hemos puesto, que los efectos dañosos casi siempre tienen proyección temporal; pero también puede haber efectos dañosos instantáneos, que se agotan junto con el hecho; por ejemplo, en el caso de las llamadas «inmisiones», en el campo de los derechos reales, es decir las turbaciones que se producen en las relaciones de vecindad: el ruido, los malos olores, son hechos que producidos resultan dañosos, pero que se agotan con el hecho mismo. Encontramos allí hechos que pueden ser instantáneos, o de muy breve duración temporal, que ocasionan molestias, pero cuyos efectos dañosos acaban junto con el hecho; incluso, pueden ser hechos que se prolongan durante larga extensión de tiempo, pero cuando se agota la causa generadora cesa también el efecto dañoso.

Como ven, podemos tener hechos «instantáneos», generadores de un daño «prolongado»; hechos «instantáneos», que provocan un daño instantáneo; y hechos prolongados en el tiempo, que generan un daño «prolongado», o hechos «prolongados», que solamente provocan un daño de carácter «instantáneo».

Hay toda una gama de posibilidades frente a este problema del daño que nos exige efectuar un análisis detenido para determinar cuándo se presenta el problema de la «prolongación» temporal del daño.

IV. HECHOS DAÑOSOS LÍCITOS E ILÍCITOS

Quienes suelen mirar al daño solamente como efecto de un hecho ilícito se quedan cortos, porque el daño puede darse en distintos ámbitos; es cierto que con frecuencia aparece como consecuencia de un hecho ilícito extracontractual, que genera responsabilidad civil, pero puede darse también en el ámbito contractual por el incumplimiento de una relación obligatoria previa, cuando no se ejecuta la prestación en el momento debido y esto trae también una consecuencia dañosa, e incluso en numerosas hipótesis hay conductas lícitas que pueden generar un daño resarcible.

Los efectos dañosos, pues, no solamente tienen como origen, conductas ilícitas extracontractuales, o incumplimientos contractuales que también son ilícitos, sino que se extienden a casos en que el hecho generador procede de conductas lícitas; hechos tolerados, hechos permitidos e incluso autorizados por la ley.

Por ejemplo, cuando el Código de Minería autoriza a alguien a explotar una mina en terreno ajeno, lo autoriza a realizar todas las obras necesarias para esa explotación pero debe indemnizar los daños que ocasione al propietario, y allí el hecho generador de ninguna manera es un hecho ilícito, sino que es un hecho lícito, que genera un daño que debe ser indemnizado. Y cuando el Código Civil autoriza a alguien a buscar un tesoro en terreno ajeno, el hecho generador no es ilícito, sino un hecho lícito no sólo admitido, sino autorizado por la ley, pero también se debe indemnizar el daño.

Vemos, pues, que hay daños que tienen su origen en hechos ilícitos, y otros en hechos lícitos, sean expresamente autorizados, o simples hechos voluntarios lícitos, como sucede en los casos en que el daño se lo provoca uno mismo, por ejemplo en el «pago por error», o «pago indebido», donde el que por error, entregara la cosa a otro, se está provocando él mismo el daño.

En estas últimas hipótesis, precisamente, el derecho adoptará como solución, medidas que tienden a que «cese el daño», y en muchas oportunidades no otorgará una reparación.

Hemos elegido este ejemplo porque es típico de las hipótesis en que sólo debe hablarse de:

cesación del daño, sin proyectarse en el problema de la reparación; en el caso del pago indebido la cesación del daño se producirá cuando el que recibió la cosa que le entregaron por error la restituya, pero si obró de buena fe no tiene ninguna obligación de reparar, sino que su deber se limita a restituir la cosa para de esa forma hacer que cese el daño que se había provocado el mismo autor del pago por error.

Personalmente entendemos que existe cesación del daño cuando, sin entrar en la faz indemnizatoria, se suprime el efecto dañoso principal.

Es cierto que en algunos casos puede quedar, de manera subsidiaria, la obligación de reparar los daños y perjuicios que realmente se han provocado, luego de haberse procurado la cesación del daño, que consistió, pues, en eliminar el efecto dañoso.

Esto ha llevado a que en algunos casos la doctrina superponga la cesación del daño con la indemnización en natura. En efecto, cuando se habla de la indemnización en especie suele pensarse que por esta vía se suprime el daño y que con la indemnización en natura, que para algunos es un capítulo de la reparación, lo que se logra es hacer cesar el daño, porque se ha restituido al patrimonio a la situación anterior a la producción de hecho dañoso.

V. LA CESACIÓN DEL DAÑO EN LAS RELACIONES OBLIGACIONALES

Proyéctemonos en los distintos campos del derecho civil. ¿Qué pasa en las relaciones obligacionales? En ellas, el principal objetivo es lograr que el deudor ejecute una prestación a favor de su acreedor y el daño va a devenir para el acreedor si se produce el incumplimiento de la prestación en el tiempo debido: a partir de ese momento vamos a encontrar un efecto dañoso causado por el incumplimiento de la prestación. En primer lugar se presenta la llamada «situación jurídica de mora», que tiene existencia mientras todavía sea posible y útil para el acreedor que se ejecute la prestación debida.

El Código ordena indemnizar los daños y perjuicios que esa situación de mora provoca al acreedor, pero manda también al deudor moroso a ejecutar, aunque sea tardíamente, la prestación que debía.

La ejecución de la prestación debida ¿es un resarcimiento?, ¿es una reparación del daño? No: es simplemente realizar un hecho que hace cesar el daño por la vía de la ejecución de la prestación.

El resarcimiento es otro paso: consistirá en la indemnización de los daños y perjuicios moratorios que ocasionó el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Pero, aquí nos debemos preguntar, dentro del campo obligacional, ¿qué amplitud tiene la posibilidad de hacer cesar el daño?

Para algunos autores la ejecución sólo se produce si la prestación la realiza el propio deudor; pero el Código no contempla esa sola posibilidad, sino que admite en el art. 505 otras posibilidades complementarias cuando otorga facultades al acreedor para que logre por otras vías la cesación del efecto dañoso y admite tanto la ejecución forzada como la ejecución por otros a cargo del deudor. Parece conveniente recordar lo que disponen los distintos incisos de la mencionada norma que consagra una forma de cesación del daño, como el primer paso que debe darse, y como un problema diferenciado de la indemnización de los daños y perjuicios.

El inciso 1 del artículo 501, entre las facultades del acreedor, nos dice que tiene derecho a emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado. Se trata de la ejecución forzada, por vía judicial, pudiendo llegarse incluso a desapoderar al deudor de la cosa, para entregarla al acreedor. De esta forma cesa el efecto dañoso de la inejecución, pero quedaría todavía el problema de la indemnización.

El inc. 2 del mismo art. 501 faculta a que el acreedor satisfaga su interés haciendo que otro ejecute la prestación, a costa del deudor. Se trata también de una forma de cesación del daño.

Luego el art. 505, en su inc. 3, de manera separada, contempla las indemnizaciones:

«Art. 505.- 3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes».

El Código distingue bien los dos primeros incisos, que son las medidas que tienden a obtener la cesación del daño del tercero por el cual se contempla ya la reparación del perjuicio.

Esta diferenciación se proyecta también en otras normas obligacionales. Por ejemplo, en los arts. 579 y ss., al tratar la posibilidad de pérdida de la cosa cierta debida, encontraremos algunas normas que tienen particular interés en este camino de búsqueda que hemos emprendido para distinguir la cesación del daño de la reparación del perjuicio.

Vemos allí que el Código dispone que si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste será responsable por su equivalente y por los perjuicios e intereses [art. 579]. Esta solución, tratándose de cosas ciertas, no es de cesación del daño, sino de reparación, porque el «equivalente» ya no es la misma cosa, e incluso para muchos autores el «equivalente» es de carácter dinerario, porque en materia de «cosas ciertas» solamente sería posible tratar de apreciar su valor en dinero, porque no hay otra cosa cierta igual que le pueda ser entregada; es decir, se desinteresa al acreedor indemnizándolo.

Es cierto que un sector de la doctrina ha criticado al Código por haber empleado ese vocablo, preguntándose: ¿qué «equivalente» puede haber cuando se trata de cosas ciertas? Al parecer ninguno.

Nosotros, sin embargo, pensamos que el vocablo «equivalente», utilizado en esa norma, puede tener una proyección mayor; porque no debemos olvidar que el propio Código ordena que se aplique el régimen de las cosas ciertas a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, después que se ha producido lo que solemos llamar la «concentración», es decir después que se ha efectuado la elección¹, y también a las obligaciones de dar cantidades de cosas después que el acreedor las ha contada, pesado o medido². Por ejemplo, el deudor tiene que entregar diez botellas de Coca Cola; se trata de una obligación de dar cantidades de cosas, pero después de que se eligieron las diez botellas que deben entregarse se produce la «concentración», y a partir de ese instante se juzga la relación por las normas correspondientes a las obligaciones de dar cosas ciertas.

Si se destruyen las diez botellas que habían sido elegidas se debe el equivalente; pero, en

1 «Art. 603.- Después de individualizada la cosa por la elección del deudor, se observará lo dispuesto respecto a las obligaciones de dar cosas ciertas».

2 «Art. 606.- Las cantidades que antes individualizadas como cosas ciertas, después que fueron contadas, pesadas o medidas por el acreedor».

este caso, ¿el equivalente se reduce a una suma de dinero? No; aquí el equivalente serán otras diez botellas de Coca Cola y, en esta hipótesis, en especial, podría pensarse que estamos frente a un caso de cesación del daño, y no de reparación.

Adviértase que la ley distingue, y sólo ordena el pago de daños y perjuicios si medió culpa del deudor³, o se encontrase en mora; pero si no ha mediado culpa o mora, queda liberado con el pago del «equivalentes», es decir si hace cesar el daño. En cambio, si medió culpa, deberán acumularse la cesación del daño, más la reparación.

¿Qué nos dice el Código cuando se trata de obligaciones de restituir las cosas a su dueño? En primer lugar, si se tratase de un poseedor de buena fe, hará suyos los frutos percibidos; pero si es de mala fe, considera que el acreedor ha sufrido un daño al ser privado de la percepción de los frutos, y dispone que devuelva las cosas no sólo con los frutos pendientes, sino también que restituya los que había percibido, para que cese el daño sufrido por el acreedor (ver art. 590).

¿Qué pasa con las obligaciones de no hacer? Cuando la actividad prohibida admite la posibilidad de que se deshaga lo hecho, el Código, al igual que todos los Códigos del mundo, prevé como solución no el pedido de una indemnización, sino que se deshaga lo hecho, es decir que cese el daño⁴, o lo que se agregará luego la indemnización⁵.

Yo aclararía algo más, pues aunque en esta hipótesis nuestro Código parece reducir la indemnización a los casos en que no fuese posible destruir lo que se hizo, aunque se logre la destrucción de lo hecho, es solamente hacer cesar el daño que produjo el incumplimiento, pero igual existe un período durante el cual se violó la obligación de no hacer, que produjo daños que deben ser indemnizados, al margen de la cesación del daño.

En materia de pago indebido encontramos otro par de normas, los arts. 786 y 788, que ilustran lo que ya declamamos: la primera medida es la cesación del daño, mediante la restitución de la cosa y, luego, si hubo mala fe, se suma la indemnización.

Esta larga enumeración de casos puede parecer un poco árida, pero es fruto de una búsqueda que tiende a mostrar cómo a lo largo del Código encontramos numerosas normas en las que se separa la cesación del daño de la indemnización y -esto es lo más importante- colocan en primer lugar, frente a un efecto dañoso, la adopción de medidas que hagan cesar el daño, y luego que se pase a indemnizar.

En el caso de pago indebido, insistimos, si el accipiens era de buena fe sólo se dispone la cesación del daño, y para el caso de mala fe, cesación del daño más indemnización⁶.

3 Ver arts. 576, 581, 610 y 620.

4 «Art. 633.- Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor».

5 «Art. 634.- Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho».

6 «Art. 796.- El que recibió el pago de buena fe, está obligado a restituir igual cantidad que le recibió, o la cosa que en le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe».

«Art. 788.- Si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituirse la cantidad o la cosa, con los intereses y los frutos que hubiese producido o podido producir desde el día de pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe».

7 El que recibió de mala fe, en el caso del pago indebido, es aquel que sabe lo que no debía entregarse la cosa y que no aprovechó de ella. Ese daño que provocó como accipiens de mala fe, debe ser indemnizado, mientras que el de buena fe, se limita a restituir la cosa.

Para completar nuestro repaso panorámico en materia de relaciones obligatorias, citaremos algunas normas que encontramos en materia de contratos, cuando estudiamos la garantía de evicción. Vemos allí que si el comprador de una cosa es vencido por un tercero que la reivindica como propia, sufre un daño que consiste en el precio que había pagado, y lo primero que puede hacer es reclamar al vendedor que le restituya ese monto (ver art. 2118), es decir que se produzca la «cesación del daño» que ha sufrido, línea de pensamiento que inspira también otros artículos (ver arts. 2119 y 2120); mientras que si ha mediado mala fe del enajenante, a la cesación del daño, se suman las indemnizaciones correspondientes (art. 2123).

En esta materia, el Código deja un marco bastante amplio a la autonomía de la voluntad y permite que el adquirente renuncie a la garantía de evicción⁸, pero aun en este caso dispone el art. 2100 que: «La exclusión o renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio que pagó al enajenante, aunque no los daños e intereses».

El adquirente de la cosa que se ve privado de ella y había renunciado en general a la «garantía de la evicción», tiene sin embargo derecho a dirigirse contra quien le vendió la cosa, para reclamar la restitución del precio que pagó por ella, pero no los otros daños. Es decir, que hace «cesar el daño» que le ocasiona el no poder tener la cosa que ha salido de su patrimonio, pero no concede indemnización, porque había una expresa renuncia a ella.

VI. RELACIONES REALES

Hasta ahora nos hemos ocupado de ejemplos buscados en el campo de las relaciones obligatorias; posemos a indagar qué sucede en el campo de los derechos reales.

El primer problema que nos planteamos se vincula con la posesión. ¿Cuándo hacemos valer las acciones posesorias? Cuando el poseedor ha sido desposeído: el daño, para él, es precisamente quedarse sin la cosa que estaba en su posesión. No estamos aquí hablando de un propietario, sino de un mero poseedor, protegido por el derecho en el uso y goce de la cosa; cuando es desposeído se le conceden las acciones de manutención o de restitución de la cosa (art. 2487), o la acción de despojo (art. 2491); en todos esos casos la primera medida que se va a obtener por medio de la decisión judicial es la de cesación del daño, es decir la restitución de la cosa. Después se entrará a indagar si quien desposeyó, o si quien estaba en posesión indebidamente, había actuado de buena o mala fe, y si quien ha actuado de buena o de mala fe debe o no agregar a la restitución de la cosa una indemnización.

El primer paso es de cesación del daño, restituyéndole la cosa al poseedor, o haciendo que cesen las turbaciones. Encontramos aquí dos artículos básicos para el tema que nos interesa estudiar, los arts. 2499 y 2500, en los que debemos marcar la aparición de algo de suma interés, porque se da un paso más, es decir se va un poco más allá de la mera cesación del daño, ya que se contempla una hipótesis de prevención. Antes de que se produzca el daño pueden tomarse medidas para procurar evitar que ese daño suceda, lo que nos permite diferenciar otro aspecto.

Vemos así en las acciones posesorias dispositivos que tienden a la cesación del daño, más la indemnización cuando ha mediado mala fe; pero también encontramos normas que permiten

⁸ «Art. 2098.- Las partes sin embargo, pueden aumentar, disminuir, o suprimir la obligación que nace de la evicción».

prevenir el daño. Es un daño temido, aspecto del cual nuestro legislador se ha ocupado cuando dispone:

«Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares» (párrafo agregado al art. 2499 por la ley 17.711)(ALJA 1968-A-498).

El artículo 2500 pasa a una hipótesis de prevención del daño, pero no se vincula con el párrafo agregado por la ley 17.711, sino con el primer párrafo del art. 2499 que se refiere a la acción de obra nueva, disponiendo:

«Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva».

Alguien ingresa en un inmueble ajeno, comienza a ejecutar una obra: ¿que medida tiene el poseedor? Primera medida, tratar de que cese el daño parando la obra, que no continúe; luego, si se demostrase que estuvo mal realizada (como lo veremos cuando analicemos las normas de la edificación, para el que construye de mala fe en terreno ajeno), va a proceder la máxima medida de cesación, que es la destrucción de lo hecho. Dice el art. 2500:

«La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho».

Solución típica de la cesación del daño, como primera medida.

En la acción reivindicatoria, es el propietario el que trata de recuperar la cosa de que ha sido desposeído, y luego de la recuperación, que es cesación de daño⁹, podrán venir las indemnizaciones según que el poseedor condenado a restituirla haya tenido o no buena o mala fe, y en la medida que establecen los arts. 2422 y ss.

No nos vamos a detener a analizarlos punto por punto, pero destacamos que a la medida restitutoria, que hace cesar el daño, y que procede en todos los casos, se sumarán las indemnizaciones cuando haya mediado mala fe.

Tanto en las acciones posesorias, como en la reivindicatoria, la primera medida es la restitución de la cosa, es decir una medida típica de cesación de daño.

En la edificación, como concordante con las previsiones del art. 2500 que ya hemos mencionado, nos encontramos con el art. 2589¹⁰. En el texto ordenado por la ley 17.711 se refiere al que ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, y establece en primer lugar que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo a costa del edificante, sembrador o plantador¹¹.

9 Ver arts. 2780 y 2794.

10 «Art. 2589.- Si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador...».

11 Por supuesto que contempla también, en el último párrafo del art. 2589, la posibilidad de que el propietario del terreno pueda desear conservar, pero en tal caso, para que no se haya enriquecimiento sin causa deberá indemnizar a quien realizó los trabajos.

En las servidumbres encontramos alguna norma que también puede ilustrarnos de cómo el codificador a lo largo de toda su obra se ha ido preocupando del problema de la cesación del daño. El art. 3038 nos dice que el propietario de la heredad sirviente que ha hecho ejecutar trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre está obligado a restablecer a su costa las cosas a su antiguo estado. Primer punto, hacer cesar el daño, y agrega el mismo artículo que, «en su caso», será condenado a satisfacer los daños y perjuicios. Destinda con mucha justeza cesación de daño de indemnización o reparación, explicando en la nota que la «cesación del daño» corresponde en todas las hipótesis, incluso cuando el fundo sirviente está en manos de un sucesor del que hizo los trabajos indebidos, aunque «por supuesto» contra él no podrá perseguirse la indemnización de daños y perjuicios¹².

¿Que pasa en las relaciones de vecindad, que nosotros mencionábamos al comenzar esta exposición?

Se recordará que la ley 17.711 modificó el art. 2618. Allí encontramos precisamente una autorización al juez para hacer cesar los daños que esas intrusiones ocasionen al vecino y, además, la autorización para la indemnización.

No en todos los casos el juez ordenará la cesación del daño, porque deberá tener en cuenta la antigüedad en el uso, las exigencias de la producción y el respeto al uso regular de la propiedad, que son las otras pautas que fija el art. 2618, pero nos interesa resaltar que en este caso el Código está previendo la cesación de los daños como algo diferenciado.

El art. 2618 dispone textualmente que, «según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias».

Aunque la norma utiliza la conjunción «o», no se trata de una mera alternativa: el juez podría disponer simultáneamente las dos cosas, es decir la cesación, más la indemnización, es decir una u otra, o ambas, porque si las molestias no guardan relación con la normal tolerancia, el juez podrá ordenar que cese el daño y, además, se indemnice todo el daño que se causó durante el período prolongado en que se ocasionaron estas molestias al vecino.

Hace algún tiempo nos visitó en Córdoba un registrador español, José María Chico y Orfiz, autor de numerosos libros y, además, un hombre que como todos los españoles cultos tenía un gracejo muy particular. Entonces, además de incorporarse a la Academia Nacional de Derecho que lo había designado académico correspondiente, donde leyó su conferencia citándose a los requisitos del protocolo académico¹³, en el Colegio de Escribanos de la provincia dio otra conferencia de tono menor, como diría González Palomino, donde ilustra lo que él llamaba «incongruencias del Código Civil», con una serie de anécdotas más o menos risueñas ocurridas a lo largo del tiempo y que había tenido oportunidad de conocer con motivo de su ejercicio profesional.

Una de estas anécdotas puede vincularse con el tema de la cesación del daño. Relataba que un palurdo, es decir un campesino rústico y muy sencillo¹⁴, visita a un catedrático que se

12 «Nota al art. 3038.—... La obligación de no hacer nada que sea contrario a la servidumbre, afecta sin duda a la cosa en el sentido de que el sucesor particular no debe contravenir a ella, y que al mismo está obligado a sufragar la destrucción de los obstáculos que su autor ha puesto al ejercicio de la servidumbre. Pero otra cosa es la obligación de reparar el perjuicio causado por un hecho lícito de este último. El cumplimiento de la obligación personal que de él nace, no puede perseguirse sino contra el que lo ha causado el perjuicio...».

13 El acto de incorporación se realizó el día 5 de abril de 1994, y su conferencia, sobre «Revisión Crítica de los Principios Hipotecarios», se encuentra en el Tomo de Anales XXXIII, año académico 1994.

14. No sé cómo diríamos tal «palurdo».

encontraba en su finca rural, y le efectúa una consulta, expresándole de manera dubitativa:

- Don Benito, me han dicho que mi vecino tiene derecho a cortar las raíces de mis árboles que pasan a su terreno. ¿Es cierto eso?

El catedrático, sin vacilar, le responde:

- ¡Sí, hombre; sí! El art. 2629 CC.¹⁵ le concede ese derecho.

En realidad, como ustedes verán, se trata de una medida de cesación de daño que puede ser ejercitada de manera directa por el propio afectado. Pero el palurdo de la anécdota, que no parecía muy convencido, pese a la autoridad científica de quien así respondía a su consulta, agrega:

- ¿Me lo puede dar por escrito?

- ¡Con todo gusto!

Y don Benito toma el papel, estampa allí las normas que autorizan a cortar las raíces que avanzan sobre el terreno vecino, y la firma.

Pasan quince días y el criado de Don Benito se acerca a su patrón y le dice:

- Don Benito, ese árbol tan bello que tiene al fondo de la finca, y a cuya sombra tanto le gusta reposar, ¡se está secando!

Insisto, pues, en que la cesación del daño no solamente es la primera medida prevista por el legislador, sino que a veces puede obtenerse por mano propia, sin recurrir a la justicia; es uno de los casos en los cuales el código autoriza a que uno mismo tome las medidas para obtener la cesación del daño. Y allí, el dueño del árbol no ha cometido un acto ilícito, sino que las raíces se extendieron por obra de la naturaleza; sin embargo, ha causado un daño con el árbol que es de su propiedad y se autoriza al vecino a que las corte.

Con las ramas somos más generosos en el Código, y tenemos que pedir permiso; no se nos permite cortarlas de manera directa. Al parecer, el legislador ha considerado que el daño es más grave cuando lo que pasan son raíces...

Adviértase, finalmente, que el daño puede producirse [tanto con el avance de las ramas, como de las raíces], tratándose de árboles que están plantados a las distancias que fija la ley, pero ello no es obstáculo para que el daño se produzca y se autorice a tomar medidas para que cese.

El actuar del dueño del árbol puede haber sido perfectamente lícito, lo que no impide que se produzca un efecto dañoso y se autorice a suprimirlo de «propia autoridad», de manera parecida a lo que sucede con la «defensa propia».

¹⁵ «Art. 2629.- Si las ramas de algunos árboles se extienden sobre las construcciones, jardines, o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad, y si fueren las raíces las que se extienden en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén a las distancias fijadas por la ley». En realidad Chile y Orte mencionó el art. 592 del Código español, que es sustancialmente idéntico.

Allí también, en ese título tan extenso sobre las restricciones y límites al dominio que incluyó don Dalmacio Vélez a partir del art. 2611, al tratar el problema de las aguas, hay algunas normas que prohíben desviar su curso natural, para no causar daño al vecino. Y si se realizasen obras de ese tipo, la medida que prevé la ley es de supresión del daño: hacer destruir esas obras (ver arts. 2643 y 2644).

Adviértase que el art. 2644 pone a cargo del que realiza estas obras no solamente los gastos de remoción [es decir de cesación del daño], sino «a más», las indemnizaciones que correspondan¹⁶, y que constituyen un capítulo aparte.

Para concluir con los derechos reales traeremos a colación algunas normas que están fuera del Código y se encuentran en una ley especial, la de propiedad horizontal. Vemos en ella que el art. 6 establece una serie de limitaciones a las facultades de uso de los propietarios u ocupantes de una unidad¹⁷, y para el caso de que se violen estas prohibiciones, el art. 15 prevé en primer lugar medidas que tienden a obtener la «cesación del daño», previendo multas o arrestos y la adopción de las disposiciones necesarias para que cese la infracción, pudiendo ordenar el allanamiento del domicilio o el uso de la fuerza pública si fuera menester, y en el último párrafo del mismo artículo se prevé que «la aplicación de estas penas no obstará el ejercicio de la acción civil resarcitoria que compete al propietario o propietarios afectados», distinguiendo claramente la «cesación del daño» de la reparación de los perjuicios sufridos.

VII. ACTOS ILÍCITOS

En los actos ilícitos encontramos también en el Código una serie de normas que están diferenciando la cesación del daño, del problema de la reparación; lo vemos, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad a los que el Código dedica un capítulo especial que comienza con el art. 1091, norma que expresa:

«Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor».

Esto típicamente es una hipótesis de cesación del daño, y no su reparación, porque el autor del hurto, además de restituir la cosa tendrá que indemnizar al propietario por la privación indebida que tuvo durante un tiempo, hasta el momento que se le restituyó la cosa. Insistimos en que la ley prevé dos medidas: hacer cesar el daño por vía de la restitución de la cosa y luego indemnizar los daños que se produjeron durante el periodo en que el dueño estuvo privado de la cosa, o los deterioros que la cosa hubiese sufrido.

«Si no fuere posible la restitución de la cosa hurtada se aplicarán las disposiciones de este capítulo sobre la indemnización del daño por destrucción total o parcial de la cosa».

Se ve que las dos normas (arts. 1091 y 1092) diferencian claramente lo que es la cesación del

¹⁶ «Art. 2644.— Si fueren removidos por culpa de alguno de los riberaños, que háyase obra perjudicial o destruyese las obras del arroyo, los gastos serán pagados por él, a más de la indemnización del daño».

¹⁷ «Art. 6 (Ley 13.512 (ALJA 1953-1956-1-4-19)).— Queda prohibido a cada propietario u ocupante de los departamentos o pisos:

- Destruir o a caso contrario a la moral o buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración;
- Perjudicar con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble, «depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales para el edificio».

daño, de lo que es su reparación.

También en los delitos contra la persona encontramos varias normas vinculadas con el problema que nos ocupa. El delito, por ejemplo, puede consistir en un atentado contra la libertad personal. En ese caso, lo primero que debe hacerse es ponerle fin haciendo cesar el daño que acarrea la privación de la libertad. El delito puede también consistir en provocar daños físicos o psíquicos a la persona; generalmente esos daños se traducen también de manera permanente o continuada en una disminución de la capacidad laborativa que tendrá que ser indemnizada incluso con la proyección temporal futura, pues se trata de un daño cierto que debe ser indemnizado. Pero lo primero que se debe procurar es que a esa persona se la cure para que cese el daño. Tendrán que solventarse los gastos de curación, pero lo primero se endereza hacia la cesación del daño. No siempre se logra de manera efectiva, porque si se trata de un accidente desgraciado que hace perder un miembro, no habrá cesación del daño posible, pero si se trata de la quebradura de un brazo, u otras lesiones reversibles, lo primero que debe procurarse es que cese el efecto dañoso que fue consecuencia del hecho ilícito, tanto sea que se trate de un daño físico o de un daño psíquico; y luego, en segundo lugar, indemnizar las consecuencias dañosas, comprendiendo toda su prolongación o proyección temporal. Dice el art. 1087 que *«la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad»*.

Y si el delito fuere de heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido (art. 1086).

La norma habla de indemnización, pero indemnización para lograr que cese el efecto dañoso.

Si hay completo restablecimiento ha cesado el daño y no habrá proyección futura, porque no habrá una disminución de ingresos; si no hay completo restablecimiento, tendremos una proyección futura dañosa, con la indemnización correspondiente, con el lucro cesante.

Cuando se trata de calumnias e injurias (art. 1089), tenemos hechos que pueden producir daños difícilmente reparables, y donde la cesación es algo que por más que el derecho intenta, uno no sabe si se logra, porque la proyección de la calumnia que se echó a rodar no se detiene a veces nunca. Por supuesto que en esto, como en lo previsto en los delitos contra la intimidad, la cesación del daño no debe confundirse con la reparación de los perjuicios que el hecho produce, como la disminución de ingresos, sino que buscaría lograr que se restituya a la persona la integridad de su honor que se ha visto menoscabado. Pero, insistimos, no sólo en las calumnias y en las injurias, sino en el resto de los atentados contra los derechos personalísimos, en que se ve afectado el honor de la persona, es muy difícil -por más que se tomen las medidas para evitar que el hecho dañoso generador siga provocando efectos- lograr suprimir totalmente la proyección dañosa de ese hecho.

El art. 1071 bis, que trata del derecho a la intimidad, nos dice que *«quien arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado. ...»* A ello se agregará el pago de una indemnización que equitativamente fijará el juez.

Pero insistimos, una cosa es la cesación del hecho dañoso generador y otra la cesación real

y efectiva del daño. En este caso se pueden tomar medidas para que cese el hecho dañoso generador: se intenta a veces por la vía de publicaciones periodísticas que desmientan las informaciones injuriosas, pero no siempre con ello se logra como resultado hacer que cesen los daños.

Para concluir con esto, el Código incorporó la indemnización en especie, introduciendo importantes cambios al art. 1083. Algunos ven esto como una «cesación del daño», pero la reparación en natura no coincide totalmente con la «cesación del daño».

La cesación del daño se obtiene, como ya hemos visto, mediante la devolución de la cosa en el caso del robo, o en las acciones de reivindicación, o en el pago indebido, mientras que en la reparación en natura se intenta restablecer la situación patrimonial del damnificado dándole un equivalente en especie, y no la cosa misma. Se trata de una típica «indemnización» y no una mera «cesación del daño». El art. 1083 nos dice:

«El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.»

Está contemplando hipótesis en las cuales se procura reparar el daño «en especie», también con el propósito de que no sigan sus efectos, pero no coincide estrictamente con la «cesación del daño».

VIII. LOS DAÑOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

Ya fuera del campo del derecho civil encontramos problemas que acucian hoy a la humanidad, donde la «cesación del daño» adquiere mayor relevancia que la propia indemnización.

Nos referimos del problema de los daños que se ocasionan al medio ambiente, que han cobrado hoy magnitudes otras inimaginables, que pueden poner en peligro el futuro mismo de la supervivencia de nuestro mundo; la extinción de especies animales; el consumo incontrolado de productos naturales no renovables; la contaminación de las aguas; el agujero en la capa de ozono y tantas otras actividades dañosas que requieren, en cada caso, medidas urgentes que las hagan cesar sin dilación, antes de proceder a indemnizar.

En muchos de estos casos quienes aparecen ejercitando acciones como víctimas de los efectos dañosos de estas actividades, no sufren en su patrimonio más que un pequeño menoscabo, pese a que los daños ambientales adquieren enorme magnitud económica y suele plantearse el problema de si sería justo que se otorgase una «reparación íntegra» al que accionó, pues la integridad del daño provocado excede el monto del daño sufrido por el accionante.

En estas hipótesis lo sustancial, lo primario, es lograr que cese el hecho dañoso generador; y en segundo lugar quedará el monto de la indemnización y el destino a dar a esos fondos para que no enriquezcan indebidamente al actor, sino que se emplee adecuadamente para restablecer las calidades del medio ambiente que ha sufrido esta agresión.

Precisamente, el problema de los daños ambientales es el que nos indica que resulta indispensable este enfoque que pone el acento en la «cesación del daño» como primera medida frente a los hechos dañosos.

Creo que con nuestro esfuerzo de búsqueda a lo largo del Código dejamos en manos del lector una inquietud, para proseguir un camino de investigación que hoy ha cobrado importancia capital, mas allá del campo del derecho civil.