

Comisión 1: Derecho Procesal Civil

Tema: Jurisdicción Preventiva

Título de la ponencia: “La acción preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial”

Autor: Alavila Casermeiro, Luis Adolfo

Fecha de nacimiento: 24 de noviembre de 1988

Dirección Postal: Aniceto Latorre N° 682, B° El Pilar, Ciudad de Salta, Provincia de Salta

Teléfono: (0387) 4225651 – 155327500

Correo electrónico: luisalavila@gmail.com

Propuesta: Análisis de la tutela preventiva de los derechos en el Código Civil y Comercial de la Nación, con especial referencia a la acción preventiva regulada en los artículos 1711 a 1713

Concursos postulados:

- Concurso Jóvenes Ponentes
- Concurso “Guillermo Snopek” de la Asociación Argentina de Derecho Procesal a la mejor ponencia del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

SUMARIO

La presente ponencia tiene por objeto analizar la tutela preventiva de los derechos en el Código Civil y Comercial de la Nación, partiendo de un breve tratamiento de la regulación de la responsabilidad como un sistema que admite dos funciones, una preventiva y otra resarcitoria, para luego poner el acento en los aspectos más relevantes de la acción preventiva regulada en los artículos 1711 a 1713, señalando aquellas cuestiones procesales susceptibles de provocar discusiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, resaltando el punto referido a la naturaleza jurídica de la acción preventiva provisoria, en lo concerniente a si la misma constituye o no una medida cautelar propiamente dicha y las consecuencias que ello tiene al momento de valorar los presupuestos de procedencia de la misma, a saber, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

LA ACCIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

I.- Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por la Ley Nº 26.994 y próximo a entrar en vigencia, contiene, como era de esperar, varias regulaciones novedosas e interesantes, que responden a nuevas concepciones de ciertas instituciones jurídicas.

Uno de esos cambios de paradigma que el Código recepta consiste en la creciente importancia que el ordenamiento jurídico le asigna a la prevención del daño y, correlativamente, a la tutela preventiva de los derechos, y lo hace principalmente de dos formas, al regular, por un lado, la responsabilidad civil como un sistema, que admite dos funciones, una preventiva y otra resarcitoria (artículo 1708) y, por el otro, al tratar sobre la acción preventiva (artículos 1711 a 1713).

II.- La responsabilidad civil como sistema. La función preventiva

El Código Civil y Comercial promulgado presenta una sistematización innovadora en materia de responsabilidad civil, ya que, junto a la tradicional función resarcitoria o compensatoria, reconoce una faceta preventiva de la misma.

En efecto, el artículo 1.708 titulado “Funciones de la responsabilidad”, ubicado dentro del Título V (“Otras fuentes de las obligaciones”) del Libro Tercero (“Derechos Personales”), prescribe que *“Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”*.

De esta manera, la responsabilidad civil es regulada como un sistema que admite dos funciones, una preventiva y otra resarcitoria, respondiendo a una visión amplia del genérico deber de no dañar que tienen todos los sujetos de derecho, que implica tanto evitar el daño como su reparación una vez causado.

Esta visión implica un cambio de paradigma propio del moderno Derecho de Daños, según el cual se debe privilegiar siempre la prevención del daño antes que su ocurrencia y reparación posterior.

El artículo 1.710 contiene el fundamento de esta nueva faceta de la responsabilidad civil, al consagrar el deber genérico de prevención del daño, prescribiendo que *“toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y*

conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

III.- La acción preventiva

Luego de consagrar el deber de prevención del daño, el Código Civil y Comercial pasa regular la herramienta procesal diseñada para el caso de violación de dicho deber: la acción preventiva, la cual procede según el artículo 1711 *“cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.*

1) Antecedentes:

El cambio de paradigma en lo referido a la función preventiva de la responsabilidad civil, cuestión propia del derecho de fondo, se tradujo correlativamente en la creciente importancia asignada a la tutela preventiva de los derechos en el Derecho Procesal moderno.

Tradicionalmente, se había considerado que el ejercicio de la actividad jurisdiccional sólo resultaba procedente ante la existencia de un derecho lesionado. Se sostenía (y en algunos ámbitos se sigue sosteniendo) que la tutela preventiva le pertenecía al Derecho Administrativo, por lo que los jueces sólo podían actuar después de producido el daño.

Poco a poco dicha concepción fue cambiando, admitiéndose que los jueces tengan un rol activo en lo referido a la tutela preventiva de los derechos.

La explicación más profunda que permite entender dicho cambio de concepción consiste en la comprensión de que en algunos casos una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos implica la instrumentación de remedios idóneos para prevenir su afectación, de manera tal que el derecho a la tutela judicial efectiva ya no se concibe como una garantía meramente formal (lo que conocemos con el nombre de debido proceso), sino que adquiere un carácter material, exigiendo una sentencia útil.

De esta manera, puede apreciarse que, con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, que consagra una acción genérica

destinada a la prevención del daño, la doctrina nacional ya había identificado en el Derecho Positivo argentino ciertos supuestos particulares en los cuales el legislador habilitaba la actuación jurisdiccional preventiva.

A modo de ejemplo pueden citarse el artículo 2.618 del Código Civil, sobre molestias de vecindad, o el artículo 1.071 bis sobre la protección de la intimidad. Asimismo, podían encontrarse supuestos en leyes complementarias, como ser el artículo 52 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.

Tomando como base estos supuestos particulares, la doctrina elaboró lo que se denominó “tutela inhibitoria”, haciendo referencia a la función jurisdiccional preventiva postulada por vía de acción, y entendió que dicha tutela tenía rango constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución Nacional¹.

Peyrano prefería la denominación “*tutela preventiva*”² por sobre la de “*tutela inhibitoria*”, ya que esta última expresión podía producir equívocos al ser factible hacer creer que la función judicial preventiva postulada por vía de acción sólo podía proteger a quienes pretendían hacer cesar conductas que los pueden perjudicar, cuando en realidad tenía (y tiene, como se verá oportunamente) un alcance más amplio.

Teniendo en cuenta dicha denominación, la doctrina empezó paulatinamente a hablar de la “acción preventiva” como la principal manifestación de aquella “tutela preventiva”, nombre que utilizó el nuevo Código Civil y Comercial para referirse a esta novedosa institución.

2) Regulación en el Código Civil y Comercial:

Todas las enseñanzas de los autores referidos sobre la necesidad de regular la acción preventiva y sobre los lineamientos que debería seguir dicha regulación han decantado en la acción preventiva regulada por los arts. 1.711, 1.712 y 1.713 del nuevo Código Civil y Comercial. A los fines de intentar lograr una visión más acabada de la acción preventiva se analizarán

¹ Art. 43 C.N.: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no existe otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, **que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace**, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.”

² PEYRANO, JORGE W. “*La acción preventiva*”, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004, pág. 34.

los aspectos principales de la misma que son objeto de regulación, los cuales consisten en los presupuestos de procedencia, la legitimación y los efectos de la sentencia.

i) Presupuestos de procedencia:

La redacción del artículo 1.711 permite identificar cuáles son los presupuestos que tornan procedente la acción en cuestión. En efecto, dicha norma prescribe que la misma procede: a) *“cuando una acción u omisión”* b) *“antijurídica”* c) *“hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”*, aclarando que d) *“no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”*. A continuación se analizan separadamente dichos presupuestos de procedencia:

a) Autoría:

En primer lugar, debe concurrir una acción u omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.710.

Teniendo presente que la acción preventiva se enmarca en una de las funciones de la responsabilidad civil, la acción u omisión referida debe tratarse de un acto voluntario, en los términos del artículo 260 del Código Civil y Comercial, según el cual *“El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”*.

b) Antijuridicidad:

Este presupuesto consiste en la violación del deber de prevención consagrado por el artículo 1.710, es decir, en la falta de cumplimiento de *“las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”*, según el principio de buena fe y las circunstancias del caso concreto.

De esta manera surge con claridad que no se exige la producción del daño sino la amenaza del mismo.

c) Causalidad:

Tal como lo menciona la disposición bajo análisis, la producción del daño, su continuación o agravamiento debe ser una consecuencia razonablemente previsible de la acción u omisión antijurídica del sujeto.

Dicho análisis de previsibilidad debe hacerse teniendo en cuenta la teoría de la causalidad adecuada, consagrada por el artículo 1.726, según el

cual *“son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”*.

d) No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución:

En este punto la doctrina ha sido conteste en considerar que no resulta necesaria la existencia de ningún tipo de factor de atribución. Al respecto, se ha dicho que *“la culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura”*³.

Sin perjuicio de ello, no obstante la expresa redacción de la norma en cuestión y la doctrina citada, el autor considera que para que proceda la acción preventiva debe mediar culpa del sujeto al cual se le atribuye la acción u omisión violatoria del deber de prevención. Ello es así por la simple razón de que dicha violación necesariamente debe consistir en no haber adoptado las “medidas razonables” para evitar del daño a las que se refiere el artículo 1.710, situación que indudablemente se relaciona con la noción de culpa.

Asimismo, nótese que la afirmación de que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura no resulta demasiado correcta, ya que lo futuro no es la conducta sino el daño. Ya se ha visto que para que proceda la acción preventiva es necesaria una conducta actual consistente en la violación del deber de no dañar, susceptible de producir o agravar un daño.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que la norma bajo análisis expresa que *“no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”*, sin afirmar categóricamente que *“no concurre ningún factor de atribución”*. Entonces, una adecuada interpretación de la disposición citada impone concluir que el Código no toma partido acerca de si en las conductas potencialmente dañosas se configura o no dolo o culpa, sino que se limita a decir que el accionante no deberá acreditar dicho extremo.

ii) Legitimación:

Luego de receptar la acción preventiva, el nuevo Código Civil pasa a regular sobre la legitimación para petitionar judicialmente la prevención.

³ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *“La tutela civil inhibitoria”*, La Ley, 1995-C, 1217.

a) Legitimación activa:

El artículo 1.712 dispone que *“Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”*.

De esta manera, puede advertirse la gran amplitud con la que se regula la faz activa de la acción preventiva, asignándosela a toda persona que demuestre un “interés razonable” en prevenir el daño.

Entonces el primer interrogante que se plantea consiste en determinar qué consiste un “interés razonable”. Tratándose de derechos individuales (artículo 14 inciso a del Código Civil y Comercial), no cabe duda que sólo los titulares de dichos derechos pueden alegar tener un interés razonable en accionar judicialmente para lograr la tutela preventiva de los mismos. El problema se plantea respecto de los derechos de incidencia colectiva (artículo 14 inciso b), ya que el espectro de posibles legitimados se amplía considerablemente, al no existir un sujeto determinado que pueda invocar la titularidad del derecho a tutelar. En definitiva, será tarea de los jueces realizar una debida interpretación de la norma bajo análisis para evitar abusos.

Por otro lado, no cabe duda que la acción preventiva encontrará un fecundo ámbito de actuación en materia de derechos extrapatrimoniales, que por su propia naturaleza no son susceptibles de valorarse en dinero. De esta manera, resulta más adecuado prevenir su violación que imponer indemnizaciones pecuniarias compensatorias.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta que el Código no realiza ninguna distinción al respecto, corresponde aclarar que no habría ningún impedimento para concebir una acción preventiva en el ámbito de lo estrictamente patrimonial, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, en cuestiones en las que se encuentren involucradas bienes no fungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención⁴.

b) Legitimación pasiva:

En este punto, se advierte que el nuevo Código Civil y Comercial no contiene una disposición expresa en cuanto a la extensión de la legitimación pasiva. Por esta razón, y en base a los presupuestos de procedencia de la

⁴ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *“La tutela civil inhibitoria”*, La Ley, 1995-C, 1217.

acción preventiva reseñados precedentemente, deberá concluirse que será legitimado pasivo de la misma todo aquel que tenga a su cargo un deber de prevención del daño, de conformidad a lo establecido en el artículo 1.710.

En este punto corresponde hacer una aclaración: sólo los particulares podrán ser legitimados pasivos de la acción prevista en el artículo 1.711. Ello se debe a la eliminación de toda referencia a la responsabilidad del Estado en la redacción definitiva del nuevo Código Civil y Comercial, el cual, luego de las reformas introducidas en el Congreso, prescribe en su artículo 1.764 que *“las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*, principio que se reitera en el artículo 1º de la Ley Nº 26.944 de “Responsabilidad Estatal”.

De esta manera, la acción constitucional de amparo se mantiene como el único remedio procesal expresamente regulado en contra de aquellos actos provenientes de organismos estatales susceptibles de provocar o agravar un daño.

iii) Efectos de la sentencia:

El último de los artículos relacionados con la acción preventiva es el 1.173, el cual regula sobre la sentencia de finalidad preventiva, estableciendo que *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”*.

a) Obligaciones de dar, hacer o no hacer

Lo primero que corresponde destacar es que las decisiones judiciales derivadas del ejercicio de una acción preventiva constituyen verdaderas sentencias de condena, en tanto imponen al demandado el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Asimismo, si bien la norma bajo análisis no lo menciona expresamente, cabe señalar que los jueces pueden complementar las sentencias con medidas conminatorias pecuniarias o no pecuniarias destinadas a asegurar el efectivo cumplimiento de lo decidido.

b) A pedido de parte o de oficio

Como punto de partida, y a pesar de que parezca innecesario, corresponde señalar que la facultad de dictar medidas de oficio sólo adquiere vigencia cuando el juez se encuentra abocado al conocimiento de una situación potencialmente dañosa que ha sido planteada por quien promovió una acción preventiva, es decir, siempre en el marco de un proceso iniciado por una parte debidamente legitimada. De ninguna manera implica conceder a los jueces la facultad de actuar de oficio ante dicha situación, toda vez que la jurisdicción siempre es instada.

Habiendo realizado dicha aclaración, la posibilidad de dictar medidas preventivas de oficio, con motivo de la promoción de una acción preventiva, se relaciona con el fenómeno denominado “flexibilización del principio de congruencia”. Según esta concepción, dicho principio no debe ser entendido como un esquema rígido, sino que en algunos casos excepcionales sus postulados deben adaptarse para lograr una armonización funcional frente a valores superiores⁵, principalmente para asegurar una la tutela judicial efectiva.

De esta manera, y en base a la facultad expresa consagrada por el artículo 1.713, los jueces podrán disponer medidas que excedan lo solicitado por el accionante (*ultra petita*) o incluso que no hayan sido solicitadas por el accionante (*extra petita*), cuando a su criterio dichas medidas resulten más adecuadas para prevenir el daño cuya evitación se pretende mediante la promoción de la acción.

Esta facultad de los jueces será de gran utilidad cuando se trate de derechos de incidencia colectiva, teniendo en cuenta el elevado número de posibles afectados por la conducta potencialmente dañosa.

c) Criterios a tener en cuenta

El artículo 1.713 exige que la sentencia que admite la acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

De esta manera, el nuevo Código brinda a los jueces una guía al momento de sentenciar, aunque en la opinión del autor hubiera sido

⁵ PEYRANO, JORGE W. “La acción preventiva”, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 85.

preferible poner en primer lugar el valor eficacia en la obtención de la finalidad preventiva, que es lo que realmente importa en este tipo de acción, para luego aclarar que se debe elegir el medio que implique la menor restricción posible a los derechos del demandado.

d) En forma definitiva o provisoria

En este punto resulta pertinente tener en cuenta los Fundamentos del Anteproyecto, en los cuales los miembros de la Comisión Reformadora explican, con relación a la norma en cuestión, que *“se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquellos en que es provisoria”*⁶.

Al respecto, Lorenzetti, ya explicaba que *“se suele confundir la tutela inhibitoria con la cautelar”* pero que *“sin embargo, puede existir una tutela inhibitoria definitiva, que tramita por la vía ordinaria, y otra cautelar, que tiene una función anticipatoria de la primera”*⁷.

De esta manera, y teniendo en cuenta lo dicho, debemos concluir que la acción preventiva regulada por el nuevo Código Civil y Comercial admite dos variantes: una provisoria y otra definitiva.

Estas dos variantes de la acción preventiva tienen en común justamente la finalidad preventiva que encierran: lo que se pretende es evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño. La diferencia radica en el factor tiempo, es decir, en la urgencia con la que se presenta la amenaza del daño.

En la acción preventiva definitiva, la situación potencialmente dañosa no aparece como inminente, de manera tal que si bien se advierte que de determinada conducta previsiblemente se producirá un daño, dicho resultado dañoso no se actualizará en el corto plazo. En consecuencia, se permite la sustanciación de un proceso de conocimiento autónomo en el cual se asegure debidamente del derecho de defensa de ambas partes, para que el juez tome las medidas definitivas del caso.

⁶ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *“Código Civil y Comercial de la Nación: Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto N° 292/2011”*. Santa Fe. Rubinzal - Culzoni, 2.012. Pág. 657.

⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS. *“La tutela civil inhibitoria”*, La Ley, 1995-C. Pág. 1.222.

En cambio, lo que caracteriza a la acción preventiva provisoria es la urgencia en la prevención del daño, es decir, la existencia de una inminente situación amenazante, en la que si no se toman las medidas que correspondan se actualizaría el daño temido por el accionante.

Teniendo en cuenta su carácter provisional, esta medida necesariamente deberá solicitarse con motivo del ejercicio de una acción preventiva definitiva, promovida o a promoverse, pudiendo advertirse una relación de accesoriedad entre una y otra.

Ante la falta de regulación específica en los Códigos Procesales del trámite por medio del cual se canalizará esta acción preventiva provisoria, los operadores jurídicos deberán plantearla como una medida cautelar, lo cual sin lugar a dudas reavivará la ya conocida discusión entre los procesalistas acerca de si las novedosas herramientas procesales tendientes a evitar la producción de daños al justiciable (medida cautelar innovativa, la medida autosatisfactiva y la tutela anticipatoria) constituyen medidas cautelares propiamente dichas o si, por el contrario, poseen una naturaleza distinta, que exige para su procedencia la concurrencia de mayores requisitos.

Dicha discusión excede ampliamente el objeto de la presente ponencia. No obstante ello, en opinión del autor, y teniendo en cuenta la trascendencia de las medidas solicitadas mediante una acción preventiva provisoria, susceptibles de afectar seriamente el ámbito de libertad del demandado, la procedencia de la misma exige una interpretación calificada o restrictiva de los presupuestos de las medidas cautelares tradicionales.

IV.- Conclusión

A lo largo del presente trabajo se han analizado los principales aspectos de esta novedosa forma de tutela jurisdiccional consistente en una acción preventiva autónoma destinada a impedir la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

De todos los puntos tratados, la naturaleza de la acción preventiva provisoria será una de las más arduas cuestiones que deberán resolver tanto la doctrina como la jurisprudencia, generando un interesante ámbito de discusión e investigación en lo que concierne al Derecho Procesal.