COMISION DE DERECHO PROCESAL CIVIL

LA TUTELA PREVENTIVA.

AUTOR: CARELLI ENRIQUE ANTONIO

DIRECCION JOAQUIN V GONZALEZ 2979 1 A

LANUS OESTE (1824) BUENOS AIRES

TELEFONO 01142477668

enriqueantoniocarelli@hotmail.com.

El tema lo constituye la tutela preventiva de los derechos en general y de los usuarios y consumidores en particular .Se analizan normas vigentes (Código Civil Argentino, leyes de defensa de los derechos de usuarios y consumidores (24.240 y su modificatoria 26.361) y asimismo se aborda parcialmente la normativa procesal específica referida en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina : se diferencian los alcances del concepto de daño acontecido , denuncia de daño temido y acción preventiva del daño. Finalmente se tratan algunos aspectos del nuevo fuero especifico creado por la ley 26.993 , y las instancias en la cuales se ventilarán las contiendas respecto a usuarios y consumidores resaltándose la necesidad de reforzamiento del cambio de paradigma evidenciado por el criterio de prevención de los daños por sobre el de reparación de los mismos.

LA TUTELA PREVENTIVA. LA TUTELA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS. USUARIOS Y CONSUMIDORES. VIAS PREVISTAS. NORMATIVA VIGENTE. ARTICULOS 1710 A 1715 DEL NUEVO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

I -INTRODUCCION

La doctrina siempre se ha preocupado por la faceta preventiva del daño debiendo destacarse -entre otros- los aportes de " Adriano de Cupis" que ha sostenido - con total razón - que " desde el ángulo de la víctima es más razonable la tarea de prevención del daño que la represión del mismo" (1)
También es necesario citar a Augusto Mario Morello y Gabriel Stilgiz quienes reiteradamente han concretado estudios específicos sobre el tema resaltando siempre en sus críticos y claros pensamientos que las técnicas indemnizatorias de pura reintegración patrimonial "… no son por si solas suficientes para suplir la ausencia de control directo sobre la actividad dañosa .." (2) , expresando la necesidad de cortar de una buena vez con un esquema rígido y absolutamente arcaico del principio de congruencia .
Este principio -que poco a poco a se ha sido flexibilizando con esfuerzo doctrinario y jurisprudencial - fue el que aplicado un su máxima expresión en definitiva primó cuando la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón revocó el fallo dictado por el juez de primera instancia de dicho fuero y - Doctorr Iribarne- en los autos caratulados " Altamirano Elsa c/ Cerámica San Martin y otros s/ daños y perjuicios " y que resultó en su instancia de origen ser un fiel precedente que estableció la necesidad de generar conductas futuras en el marco de un proceso jurisdiccional con el fin de evitar daños y no simplemente de resarcirlos. Claro que la alzada al revocar lo resuelto por el magistrado de grado generó las claras y agudas críticas de los autores citados anteriormente que - evidenciando un pensamiento preclaro - advirtieron que esta idea de reparar el daño debe ser superada como

paradigma por la de prevenir su posible ocurrencia: en buen romance es mejor prevenir que reparar.

En otro conocido precedente - esta vez relativo a la dilucidación del alcance especifico de derechos colectivos o de los llamados de incidencia colectiva - el tribunal cimero provincial in re “Almada c/ Copetro” -se aprecia claramente la aplicación preventiva de tutela como nueva forma de pensar a la hora de poner los ojos en eventuales y evitables daños y protección de sus víctimas indicándose específicamente que “…El juez tiene amplias facultades para ordenar el cese , incluso poniendo fin a la actividad molesta. También puede en la sentencia fijar cuales han de ser las medidas a adoptarse”.

Es evidente entonces que ha habido una evolución positiva por lo menos a nivel jurisprudencial que va abriéndose camino pese a la resistencia evidenciada por la mayoría de los operadores sujetados a esquemas clásicos que -en no pocos casos -no han hecho otra cosa que generar injusticias.

Cierto es que nuestra forma habitual de abordar el tema y también de resolverlo dista de estos excelentes aportes doctrinarios y jurisprudenciales : jueces y abogados y hasta los propios justiciables ponen el acento más en la reparación del daño y menos o nada en su posibilidad de ser evitado.

Cuáles han sido los motivos de ello?

Comodidad de los operadores?

Falta de interés en el cambio de paradigma?

Existencia de intereses económicos por sobre el interés por la persona?

Conflicto de intereses de igual o distinto rango?

O falta de adecuación de las legislación a la realidad cotidiana?

O finalmente menosprecio a toda actividad jurisdiccional preventiva por considerarla ajena y propia de otros poderes del estado moderno?

Las respuestas respecto de las causas pueden ser múltiples siendo que todos los factores seguramente se han combinado negativamente y contribuido durante décadas a mantener un status quo que afortunada y próximamente tendrá por lo menos en materia legislativa de fondo una plataforma para intentar alterar tal situación y formular algo nuevo, menos esquemático y por supuesto mucho más práctico y realista y que atienda más lo concreto que lo ideal.

II- LEGISLACION VIGENTE. CODIGO CIVIL. NORMAS PROCESALES. LA CONSTITUCION NACIONAL. LEYES ESPECÍFICAS.

El Código Civil Argentino contiene algunas normas vigentes de prevención de daños y ha consagrado -por ejemplo -a través del artículo 2.499 segunda parte la posibilidad de efectuar la conocida denuncia de daño temido .

Al ser reformada dicha norma mediante el dictado de la ley 17.711 se tuvo como antecedente "…a las aguas del Código Civil y Comercial italiano de 1942… " que fue imitado en el punto por otros varios cuerpos legales también vigentes (3).

La norma permite el ejercicio de la denuncia a quien tema es decir a quien justifique temor de producción de daño (4) y no a quien ya lo haya sufrido bajo la modalidad procesal de concretar una " denuncia" de o de los hechos al juez para que se adopten medidas cautelares según reza la norma.

En materia formal debe ser resaltado lo normado por el artículo 623 del CPCN que - en la misma orientación- ha plasmado el mismo instituto aunque insistiendo con el término " denuncia" para que se adopten también " las medidas cautelares".

Nótese que se trata de denunciar, no de accionar vía pretensión estricta, al menos ese es el texto plasmado en la citada normativa.

Asimismo se puede mencionar otra norma como la protección preventiva en materia de proceso de desalojo (artículo 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) que consagra la restitución anticipada del inmueble alquilado al locador.

También se destacan - entre otras normas - las que consagran , con nivel de supremacía constitucional, la posibilidad de tutelar preventivamente : la del amparo preventivo ante la amenaza de afectación de derechos y garantías reconocidos por la propia Constitución Nacional (consagrándose el principio de prevención en materia ambiental), en la de usuarios y consumidores y de información de datos a través del artículo 43 de la C.N.; además sus leyes específicas:ley 24.240 y su modificatoria 26.361 de usuarios y consumidores

y también la ley de Habeas Data 25.326 (artículo 34), entre otras vías de protección normativamente plasmadas..

Toda esta normativa, si bien muy importante, entiendo que no ha resultado muy operativa ya que el criterio general reinante al presente sigue poniendo el acento en la reparación y no en la prevención de los daños, salvo supuestos muy extremos y excepcionales que la jurisdicción ha abordado y resuelto positivamente.

No obstante la conducta de los operadores ha sido más bien la basada en la excesiva prudencia al tener que decidir sobre el daño ya acontecido y no la del involucramiento activo en tratar resolver la evitación del mismo y sus consecuencias.

III- APORTES.PROYECTOS

También han existido proyectos de reforma a la legislación fondal que contemplaron específicamente a la acción preventiva del daño temido.

Por ejemplo, entre otros antecedentes a citar , se encuentra el anteproyecto Bibiloni , autorizándose concretamente en el mismo al propietario a "… exigir judicialmente las medidas que autoriza el art 2.472…." en consonancia con el artículo 898 del proyecto de la comisión de reformas del Código Civil que agregó la posibilidad reconocida al propietario o vecino de pedir las medidas de seguridad necesarias para evitar perjuicios.

Corresponde también citar el artículo 1.649 del proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por el Poder Ejecutivo mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 con facultad expresa a los jueces a disponer medidas tendientes a evitar daños futuros con " …la sola limitación de la afectación de garantías constitucionales..".

Finalmente en la legislación extranjera hay que mencionar a la acción preventiva prevista en la legislación alemana que se la conoce como una "acción civil preventiva genérica".

Se destaca por último el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entrará en vigencia próximamente al plasmar la posibilidad de ejercicio de la acción preventiva del daño (ver artículos 1.710 y siguientes) , y por esta

vía se podrá accionar directamente y no será exigible la concurrencia de ningún factor de atribución ni subjetivo - dolo o culpa - ni objetivo -riesgo creado -u otro.

IV- ANALISIS DE LA TUTELA PREVENTIVA EN EL MARCO DE LA LEY DE LA LEY 24.240 y 26.361. USUARIOS Y CONSUMIDORES.

En materia de derechos de usuarios y consumidores ya ley 24.240 en su texto originario estableció no solo la posibilidad de accionar ante la amenaza sino también plasmó procedimientos e instancias a transitar por los legitimados desde la sede administrativa hasta la sede arbitral.

En relación a la faceta jurisdiccional en el CAPITULO XIII trató DE LAS ACCIONES JUDICIALES que los mismos podían ejercer y en el anterior artículo 52 de la ley 24.240 se disponía que tanto usuarios cuanto consumidores: "…podrán iniciar acciones cuanto sus intereses resulten afectados o amenazados….". (5)

Entonces la simple amenaza de ocurrencia ya bastaba en el marco de esta ley para ejercitar y viabilizar el reclamo excitando la jurisdicción en pos de evitar el futuro daño.

Este criterio fue sostenido y mantenido en la ley nueva ley 26.361 que en su artículo 24 - que ha sustituido al artículo 52 antes citado- dispone en igual sentido y clave que : " el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados".

Es claro que la ley no ha utilizado la palabra o expresión "intereses o derechos dañados" ya que este concepto que resulta ser totalmente genérico y abarcativo se aplica según la reglas de la legislación ordinaria de fondo en materia de reparación de daños.

Es nítido entonces que la sola afectación o simple amenaza permite - dentro del marco legal citado -excitar la intervención jurisdiccional respecto de los legitimados activos (6) criterio que fue mantenido por la ley 26.361 actualmente vigente y que ha modificado y/o sustituido algunas normas de ley 24.240 citada anteriormente.

Recientemente también ha cobrado vigencia la ley 26.993 que ha introducido varias novedades no solo en la faceta estrictamente procedimental sino que también lo ha plasmado en el segmento jurisdiccional .

Se ha creado un Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo estableciéndose la necesidad de transitar la etapa de Conciliación Previa ante el COPREC (Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo) , estableciendo además un procedimiento que incluye la innecesariedad de patrocinio letrado obligatorio para ciertos procedimientos ; la supervisión vía auditoria en las Relaciones de Consumo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Publicas y finalmente el establecimiento de lo medular de la reforma que es la creación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo con el alumbramiento de los juzgados de primera instancia en la materia , defensorías ,fiscalías y cámara de apelaciones (instancia de alzada revisora) de este tema especifico. (7)

V- EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Hay que agregar finalmente que en el libro III- título V- capítulo I sección 2da del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que próximamente entrará en vigencia se plasma normativamente esta sensible temática cambiando notablemente el paradigma vigente durante décadas ya que pone el acento en la posible prevención de los daños por sobre la reparación de los mismos y sus eventuales consecuencias.

Se debe destacar en relación al nuevo instrumento normativo en si mismo que el libro III trata de los derechos personales, el título V aborda otras fuentes de las obligaciones y el capítulo I se refiere a la responsabilidad civil y finalmente la sección segunda aborda la función preventiva del daño y las sanciones pecuniarias disuasivas para que el mismo no se produzca o que simplemente cese.

Genéricamente el artículo 1.710 (8) establece el deber de prevención del daño a toda persona ; es decir el deber de evitar causar daños no justificados, asimismo se plasma el deber de adoptar todas las medidas razonables para que el daño no se produzca o aquellas que posibiliten

disminuir su magnitud del ya producido y finalmente no agravarlo si el mismo ya se ha producido.

El artículo 1.711 (9) establece la posibilidad de ejercer la acción preventiva del daño ; el artículo 1.712 (10) norma acerca de la legitimación activa innovando e incluyendo a quienes acrediten un interés razonable y el artículo 1.713 (11) fija los parámetros a los cuales debe ajustarse la sentencia a dictarse.

Para concluir los artículos 1.714 (12) y 1.715 (13) establecen la posibilidad de morigeración como facultad propia del juez en la aplicación de condenaciones ,administrativas penales o civiles en tanto y en cuanto se acredita la irrazonabilidad o excesiva punición de un hecho concreto.

Se establece sin miramientos ni confusiones que se trata de una verdadera " acción," o sea de algo totalmente autónomo - no es una medida cautelar, no es una denuncia u otra actividad ; es una verdadera pretensión procesal propia, independiente y autónoma.

El concepto de daño requiere definición más clara: la actualmente vigente en materia normativa es la prevista en el artículo 1.068 del Código Civil - cuyo autor fue Dalmacio Velez Sarfield - y que reza que : " habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en la cosas de su dominio o posesión o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

Se debe comparar esta definición -indefectiblemente -con la brindada en el artículo 1.737 del nuevo código que reza que: " habrá daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona , el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva."

Si bien ambas definiciones conceptuales son ampliamente abarcativas se vislumbra como más precisa y actual la segunda que aparece incluyendo a los derechos de incidencia colectiva con raigambre y de raíz constitucional.

En tal sentido también adquiere particular interés el concepto de daño ambiental receptando lo dispuesto por la Constitución Nacional que establece el derecho a vivir en un ambiente sano . (14)

Como se ve la batería normativa en materia preventiva se ha ampliado ya y seguramente se ampliará aún más con los aportes doctrinarios y

jurisprudenciales venideros que sin dudas nacerán sobre todo si se tiene en cuenta la regulación específica que en materia de relaciones de consumo se ha plasmado en el nuevo ordenamiento civil y comercial nacional como asimismo en la que se refiere a los contratos que la ley trata en particular en este ordenamiento. (15)

VI -HACIA EL FUTURO

Con la puesta en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la actividad jurisdiccional se verá ampliamente facilitada ya que al cambiar el paradigma y expresamente establecerse la función preventiva del daño a través de la acción prevista no habrá margen para la critica por exceso de actuación jurisdiccional, ni para sostener criterios contrarios al activismo, ni será necesario acudir o echar mano a las medidas cautelares ni transitar la vía de tutelas diferenciadas, ni forzar la tramitación de otros procesos siempre cuestionados, o afectar ni adecuar el principio de congruencia ya que el magistrado podrá hacer aplicación concreta de normas bien claras y vigentes generando funcionalmente actividad preventiva y efectivamente disuasiva para evitar los daños y/o su agravación.

En materia de derechos de usuarios y consumidores y atento los términos bien amplios de la ley respectiva restará poner en práctica y aceitar los mecanismos previstos en la ley 26.993 (16) que ha creado una vía anticipada a la jurisdicción - tramite de conciliación previa en caso de conflicto - y asimismo poner en marcha primero y vigorizar después a la justicia nacional en las relaciones de consumo - a través de la intervención de los juzgados de primera instancia y de las cámaras de apelaciones que son su alzada- mecanismos estos que fueron demorados durante largo tiempo en cuanto a su consagración legislativa , pese a la necesidad evidente de instalación en todo ámbito nacional.

VII -CONCLUSIONES.

1-Es menester comprender por todos los operadores sin excepción que el concepto de tutela judicial efectiva resulta aplicable a los derechos conculcados y también a los que pudieren ser amenazados.

2-Es imprescindible internalizar el cambio de paradigma ya normado dejando atrás la vieja idea de reparación del daño por la violación del derecho que debe ser modificado por la de prevención del daño que pudiere ocasionarse a un derecho.

3- Es preciso entender que la actuación preventiva a través de las acciones tendientes a evitar los daños o su agravamiento fortalecerán el rol de los operadores que están siendo llamados a cumplir un rol diferente por la sociedad toda.

Notas

1- “El daño” , Editorial Bosh , Barcelona 2da edición del año 1975, pagina 575 y ss.

2 - La Ley , Tomo 1987 D, pagina 366.

3- Peyrano , Jorge : “ La acción preventiva” ,puede verse en www,acader.com.ar .

4- Artículo 2.499 del C Civil: “ 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 sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. 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”.

5 - Artículo 52 ley 24.240: “ Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.”.

6 - Artículo 24 ley 26.361: “ Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional

o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios *que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el* presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente..En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

7- Ley 26.993 promulgada el 18 /09/ 2014.

8-Articulo 1.710 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. .- " Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

9- Articulo 1.711 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. – "Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

10- Artículo 1.712 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación " Legitimación . Están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño".

11- Artículo 1.713 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación." Sentencia La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio , en forma definitiva o provisoria obligaciones de dar, de hacer, o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medios más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

12 -Artículo 1.714 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación..- "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 computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto".

13- Artículo 1.715 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.- “Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

14- Constitución Nacional. Artículo 41.- “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

15- A partir del Capítulo I , inserto en el Titulo III del Libro III del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se advierte claramente el interés del legislador en incorporar a la relación de consumo y a los contratos que de ella se derivan a la legislación fondal general , prestándose especial atención a la tutela diferenciada que brinda mayor protección al consumidor, al derecho a la información cierta y detallada, a las condiciones de publicidad del producto que se ofrece -que en todos los casos deben tender a evitar errores de interpretación - y finalmente al combate de las prácticas abusivas que en definitiva atentan contra la libertad de contratación.

16- La ley 26.993 crea el Servicio de Conciliación previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) ; la Auditoría en las Relaciones de Consumo y finalmente establece el funcionamiento de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo.