

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

“Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas procesales”

COMISIÓN 1: DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

Ponencia

“Los aspectos procesales de La Acción Preventiva de Daño”

Por Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui

Breve síntesis de la propuesta:

Analizado el instituto de la acción preventiva de daño, proponemos lo siguiente:

- 1_ Dada la naturaleza tuitiva de la acción preventiva los jueces deben contar con un amplio marco de facultades en orden a su finalidad.*
- 2_ Podrán adoptar diversos trámites según las particulares exigencias del caso.*
- 3_ No deberá proceder la acumulación de pretensiones cuando esta se interponga en forma conjunta con una acción resarcitoria. Esta situación dará lugar a procesos autónomos que no se afectarán mutuamente.*
- 4_ La previsibilidad del daño facultará al juzgador a adoptar las medidas correspondientes aún en los casos en que no se haya ejercido la acción preventiva.*
- 5_ No se deberá restringir la vía recursiva, sin embargo las impugnaciones carecerán de efecto suspensivo y el levantamiento de la medida es excepcional.*

Nombre: Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui¹.

Dirección: Luis de la Cruz N^a 296 – B^a Teodoro Fels – Córdoba

Teléfono: 0351-153193729

Correo electrónico: agustin_f88@hotmail.com.

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento: sí.

¹ Abogado, adscripto a la Cátedra C de la materia Teoría General del Proceso, dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Sumario 1. Delimitación del tema – 2. La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación – 3. Aspectos procesales – 4. Acumulación de pretensiones – 5. Casos en los que no se interpone la Acción Preventiva – 6. Impugnación – 7. Conclusión

1. Delimitación del tema

El presente trabajo tiene por finalidad establecer las implicancias que en materia preventiva se incorporan al nuevo Código Civil y Comercial y cómo estas impactan en la materia procesal. Al efecto del punto de partida reside en recordar el concepto que aporta la doctrina sobre este tipo de acciones y luego las particularidades con las que se encuentra regulada en dicho ordenamiento jurídico sustancial.

En ese marco, con la finalidad descripta y sin pretensiones de agotar el tema, dadas las limitaciones temporales y de extensión que posee esta ponencia, procuramos exponer los aspectos que pueden presentar ribetes conflictivos en la aplicación práctica de esta acción, como aquellos relativos a las facultades de los magistrados en estos proceso, sobre el trámite que se les deberá asignar a los mismos, que ocurrirá cuando esta se interponga en forma conjunta con pretensiones de diversa naturaleza, de las posibilidades de los magistrados de actuar de oficio cuando no se haya interpuesto la pretensión preventiva y sus peculiaridades recursivas.

Esta acción puede ser definida, siguiendo los lineamientos de Peyrano¹, como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños, patrimoniales o morales, potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genere el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción. Por las particularidades que se exigen para su procedencia, entendemos que constituye una especie dentro del género de las “*tutelas diferenciadas*”².

2. La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación

Con la Ley 26.994, que aprueba la sanción del Código Civil y Comercial unificado, que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015 (conf. su Art. 7), el instituto de la Acción preventiva de Daño posee regulación normativa expresa.

La mentada acción se encuentra prevista en el Artículo 1711, que expresa *“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.”*

Como resulta de la simple lectura del artículo, ella tiene lugar cuando se presenta una acción u omisión contraria al derecho -y potencialmente violatoria de los deberes establecidos en el Art. 1710-, que *“hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.”*

Por su parte, con relación a la antijuridicidad, el Art 1717 del Código establece *“Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”*, en términos generales, la conducta carecerá de justificación si no deriva del ejercicio regular de un derecho o del cumplimiento de una obligación legal, en los términos del Art. 10 del Código.

Ahora bien, respecto del peligro de daño, entendemos que la acción procede independientemente de la inminencia del acaecimiento del perjuicio, ello atento a que la norma no establece requisito alguno en tal sentido, por lo que bastará con que el daño sea “probable”, no siendo necesario acreditar la proximidad del mismo.

En cuanto al objeto sobre el cual puede recaer el daño, su continuidad o agravamiento, el artículo no distingue por lo entendemos que podrá ser objeto de tutela, por medio de esta acción, cualquier derecho o interés susceptible de sufrir daño, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. En este sentido, el Art. 1737 del código establece *“Hay 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”*.

3. Aspectos procesales

Con relación a este apartado, el Art. 1713 del Código Civil y Comercial brinda lineamientos del contenido de la sentencia, al expresar *“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.”*.

En este punto, coincidimos con Julio César Rivera y Graciela Medina³, en cuanto entendemos que, en estos tipos de procedimientos se otorgan amplias facultades al magistrado, para poder fijar obligaciones a las partes, aun en los casos en que aquellas que se pretendan disponer no hayan sido solicitadas por los litigantes y en los casos en que se haya petitionado el diligenciamiento de una medida concreta, el magistrado no se encontrará sujeto por las reglas de congruencia, por lo que no se verá obligado a acatar la medida solicitada, sino que podrá disponer una diversa, eligiendo entre todos los medios posibles, aquel remedio que implique mayor eficiencia y eficacia en la prevención y que al mismo tiempo cause el menor perjuicio posible al obligado⁴. Por cierto que tal facultad del juez no resulta discrecional, sino que se justifica conforme los fines de la tutela. Tampoco se verá limitado a pronunciarse únicamente con relación a la persona sindicada por el accionante como legitimado pasivo; pudiendo disponer la citación de cualquier tercero que a su criterio deba responder en forma individual o conjunta por la situación, para que se incorpore al proceso integrando el polo pasivo de la relación jurídica.

Asimismo, entendemos que estas medidas no causan estado, por lo que pueden ser sustituidas por otras cuando se modifiquen las circunstancias de hecho que llevaron al magistrado a considerar que el remedio utilizado para el caso era ajustado a la situación que debía resolverse. Ello debido a que, frente a la mutación de la situación fáctica que motivo la medida, esta habrá perdido su eficacia preventiva o puede resultar excesiva para el caso. En este sentido su reexamen puede ser solicitado en cualquier oportunidad, por las partes o ser efectuado de oficio por el juez.

Consideramos que, superado el análisis de admisibilidad formal de la presentación, corresponderá al magistrado determinar el trámite a asignarle al caso y si resulta necesario o no adoptar medidas con relación al mismo. En este sentido, aparecen como posibles diversos modelos procesales que seguidamente pasamos a indicar.

Medida Autosatisfactiva

En aquellos casos en que la previsibilidad del daño surja palmaria, sea evidente la responsabilidad del demandado por resultar este autor de la acción u omisión que dio lugar a dicha situación, la inminencia en la ocurrencia del daño sea patente, exigiendo esta una respuesta urgente a los fines de lograr evitar que aquel se concrete, entendemos que podrá brindársele al caso un trámite similar al de la "medida autosatisfactiva", mediante la cual se dispondrá de forma definitiva la obligación de dar, hacer o no hacer, que resulte más apropiada para el caso.

Estas son definida por Peyrano⁵ como *“un proceso que se caracteriza porque procura solucionar coyunturas urgentes (es decir, que hay peligro en la demora), de modo autónomo y que se agota en sí mismo (vale decir que su subsistencia no reclama la posterior promoción de otra acción) que se despacha sin oír previamente al destinatario de la diligencia postulada (en lo que se aproxima, sin confundirse, al proceso cautelar). Reconoce, además, como recaudos que: a) Medie "prima facie" una fuerte probabilidad (no meramente una verosimilitud, lo que lo distingue del proceso precautorio) de que los planteos del peticionante sean atendibles; b) se preste contracautela en los casos que ello resulte exigible (porque pueden concurrir hipótesis en que no sea menester otorgarla).”*

Tutela Anticipada

Por otro lado, si la previsibilidad del daño resulta palmaria, existe inminencia en la ocurrencia del mismo pero no resulta evidente la responsabilidad del demandado, entendemos que podrá brindársele al caso un trámite similar al de la Tutela Anticipada, en el cual provisoriamente se dispondrá hacer lugar total o parcialmente a lo solicitado, o se dispondrá la medida que mejor se adecue al caso; prosiguiéndose luego con el trámite más breve de la legislación local, luego de lo cual la medida adoptada podrá

ser confirmada; modificada por otra más idónea, ampliada, reducida o dejada sin efecto por resultar rechazada la acción incoada.

Con relación a este tipo de acción y su distinción respecto de la detallada anteriormente, Peyrano⁶ explica que la autosatisfactiva es un proceso autónomo, mientras que la tutela anticipada de urgencia es un segmento de un proceso cuyo tramitación prosigue; la autosatisfactiva sólo procede cuando no es menester una amplitud de debate, lo que no ocurre respecto de la tutela anticipada de urgencia y que la medida autosatisfactiva reclama un mayor grado de verosimilitud que la tutela anticipada de urgencia.

Procedimiento más idóneo

Finalmente, en aquellos casos en la previsibilidad del daño no surge palmaria, sino que para acreditar la misma se debe recurrir a medidas técnicas como las pericias, informes de organismos especiales etc. o cuando pese a ser previsible el daño, no hay inminencia en que el peligro se concrete a la brevedad y no resulta evidente la responsabilidad del demandado, entendemos que el magistrado podrá disponer que el proceso se sustancie de la manera que garantice acabadamente los derechos de las partes y podrá tramitarse sin que sean dispuestas medidas sobre la situación en cuestión, por lo menos hasta tanto no se acredite la peligrosidad de la misma en juicio o algún acontecimiento posterior torne evidente aquella e inminente el daño.

4. Acumulación de pretensiones

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1711, esta acción preventiva podrá ser articulada independientemente de que se haya producido un daño efectivo, siempre y cuando tenga por finalidad desarticular una peligrosidad que ha quedado latente, hacer cesar la continuidad del daño o evitar que este se agrave.

En estos supuestos, en los que la pretensión resarcitoria sea articulada conjuntamente con aquella de naturaleza preventiva, entendemos que si bien ambas tramitarán ante un mismo magistrado, este debe escindirlas, asignándole a cada una de ellas un tratamiento independiente.

Una se regirá por las reglas clásicas del procedimiento ordinario, con los límites que impone el sistema dispositivo y el principio de congruencia; mientras que, en el trámite asignado a la otra, las facultades de los magistrados no se verán limitadas por tales restricciones. Ello debido a la diversa naturaleza y finalidad de estas acciones, lo que dará lugar a dos procedimientos autónomos; en los que, lo que ocurra en uno no afectará o impactará en el otro, a tal punto que habiendo sido desestimada en un todo la pretensión resarcitoria, las medidas preventivas dispuestas gozarán de plena validez y por ende su vigencia no podrá ser cuestionada (con excepción de los casos en los que se acredite la ausencia de uno de los requisitos de procedencia o la falta total de legitimación pasiva).

En lo relativo a la sustanciación que cabe asignar a la acción preventiva en estos supuestos, entendemos que el magistrado deberá disponer aquel procedimiento que mejor se adecue al caso, según las circunstancias del mismo y de acuerdo a los parámetros analizados previamente.

5. Casos en los que no se interpone la Acción Preventiva

Con relación a estas amplias facultades otorgadas a los magistrados, en lo que hace a la prevención del daño, al no haber regulación normativa expresa, el interrogante se presenta en aquellos casos en los que aquel toma conocimiento del peligro o riesgo de un daño futuro, en ocasión de intervenir en un proceso determinado, en el cual ninguno de los posibles interesados (Art. 1712 C.C.C.) ha ejercido la acción preventiva.

¿Debe, en estos casos, el magistrado limitarse a resolver el conflicto intersubjetivo de interés planteado por las partes, dejando latente un peligro previsible para las partes o para terceros?

Entendemos que una respuesta afirmativa implicaría desconocer los principios que imperan en el Código Civil y Comercial Unificado, que prioriza la prevención sobre la reparación. En este sentido, el Art. 2 del C.C.C. establece *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados*

sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”.

Siendo ello así, entendemos que la facultad de los magistrados con relación a la posibilidad de adoptar de oficio medidas tendientes a la prevención del daño, cuando únicamente se hayan interpuesto pretensiones resarcitorias y no preventivas, se desprende de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, que deriva de considerar las previsiones del Art. 1708 C.C.C., en cuanto establece *“Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.”*; con lo que bastaría considerar que el Art. 1713 C.C.C., habilita al magistrado a adoptar estas medidas en lo relativo a la prevención del daño, para poder hacer extensiva esta potestad a los casos en que se ha solicitado la reparación.

Asimismo, entendemos que la prevención constituye una finalidad del ordenamiento jurídico y que esta facultad se desprende de una interpretación coherente de dicho cuerpo normativo, por el hecho de que se ha establecido expresamente el deber de toda persona de evitar causar un daño no justificado (Art. 1710 inc. A C.C.C.), en función de ello y de las estipulaciones previstas en el Art. 1710 inc. B, del C.C.C. (*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño...*), al ejercer esta prerrogativa en los casos en que no haya sido expresamente peticionada, el magistrado se estará limitando a exigir el cumplimiento de un deber legal para evitar que se concrete el daño. Además esta es una facultad que, con el alcance que pretendemos darle en este punto, el propio Código Civil y Comercial les impone expresamente a los magistrados, en lo relativo a la tutela, para evitar que se produzcan daños sobre la persona del menor, derivados de una falta de protección adecuada, la cual se encuentra prevista en el Art. 111 del C.C.C..

En función de ello, sostenemos que la finalidad preventiva que propicia el código, faculta a los magistrados a disponer de este "mandato preventivo", que bien señaló Peyrano al expresar *“... el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un*

*proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no"*⁷, pues compartimos su criterio cuando menciona que *"repugna que por el solo hecho de que nadie hubiera petitionado remover una fuente productora de daños futuros para la comunidad, el juez interviniente con motivo de un proceso generado por dicha fuente se limite a resarcir los perjuicios devengados, cerrando así los ojos a la inminencia de daños futuros evitables"*)⁸.

6. Impugnación

Con relación a este punto, entendemos que correspondería hacer algunas consideraciones, en primer lugar, cuando se hayan interpuesto conjuntamente pretensiones preventivas y resarcitorias o las primeras hayan sido dispuestas de oficio, conforme lo expresado anteriormente, los procesos serán autónomos y cada uno susceptible de toda la gama recursiva correspondiente⁹.

En lo que hace al efecto de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas en el marco del proceso preventivo, entendemos que no será de aplicación la regla que establece el efecto suspensivo (Art. 243 del CPCC de la Nación; Arts. 360, 365 y 388 del CPCC de la provincia de Córdoba; 221, 387, 399 del CPCC de la provincia de Jujuy), por cuanto esto dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que por intermedio de aquella medida se pretendía evitar, con lo cual esta perdería virtualidad y se verían burlados los fines del ordenamiento sustantivo, por el simple ejercicio, sea este abusivo o no, de prerrogativas establecidas en los códigos de forma.

Por otro lado, conforme fuera detallado anteriormente, ante supuestos en los que la inminencia del daño, junto con los demás requisitos analizados, justifiquen la adopción de un remedio inmediato, no se podrá restringir el derecho de la parte a cuestionar la medida por vigencia de las garantías constitucionales.

Entendemos que se podrán presentar dos situaciones, una cuando la imposición de la medida resulte manifiestamente injusta, ya sea por la

ausencia de los requisitos de procedencia o por la falta absoluta de legitimidad pasiva, sin que sea necesaria la incorporación de nuevas pruebas para advertir estas cuestiones, supuesto en el cual el obligado podrá recurrir la medida y la impugnación deberá ser resuelta por el superior jerárquico del órgano que la dispuso.

Otra de las situaciones, que puede presentarse, se presenta cuando para acreditar la ausencia de los requisitos de procedencia o la falta absoluta de legitimidad pasiva, el obligado deba solicitar el despacho de medidas probatorias. En estos supuestos, deberá cumplimentar con la medida impuesta, dejando constancia de su oposición ante el mismo órgano que la dispuso. A su vez, deberá solicitar - a los fines de fundamentar su postura- el despacho de aquellas medidas probatorias que entienda hagan a su derecho. Dichas medidas serán diligenciadas en los casos en que el tribunal entienda que su resultado pueda tener entidad suficiente como para desvirtuar los requisitos de procedencia de la acción o demostrar la ausencia de legitimidad pasiva.

Además en esta oportunidad el obligado deberá solicitar la citación de aquél a cuyo respecto consideraren que la controversia es común (Art. 94 del CPCC de la Nación; Art. 433 CPCC de Córdoba; Art. 79 del CPCC de Jujuy). Luego de lo cual instará un reexamen de la medida, ante el mismo tribunal que la dictó, a los fines de que este la deje sin efecto, la modifique o la imponga a cargo del tercero citado; en caso de que no comparta la resolución que se dicte, podrá recurrir al superior para que reexamine la cuestión.

Finalmente, cabe señalar que el único caso en que la medida puede ser dejada sin efecto, acontece en aquellas hipótesis en las que se logre desvirtuar la previsibilidad del daño. Ello pues, por más que el obligado acredite la falta de legitimidad pasiva, siendo real la potencialidad dañina de la situación, el levantamiento del remedio empleado desvirtuaría la finalidad preventiva de la ley. Por lo que en estos casos, de conformidad a lo previsto en el Art. 1710 inc. b del C.C.C., corresponderá que se mantenga la vigencia de la medida, haciendo pesar esta sobre aquel tercero que las partes, el magistrado de primera instancia o aquellos que entiendan en el recurso,

hayan citado y se disponga la indemnización que le corresponda al obligado en primera instancia, por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado en el caso.

7. Conclusión

En función de lo expuesto, sostenemos que el cumplimiento de las finalidades propias de esta acción exige fuertes apartamientos de aquellas clásicas previsiones establecidas para la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses emplazadas en sistemas dispositivos, por tales motivos, desde nuestro humilde punto de vista formulamos a modo de propuesta que, en el marco de estos procesos:

- Debe dotarse de amplias facultades al magistrado, las que exigen por parte de estos suma cautela y un cuidadoso análisis de las circunstancias para evitar que el empleo de las mismas desvirtúe su finalidad.

- El magistrado podrá otorgar a la acción diversos trámites según se adecúen mejor a garantizar la finalidad preventiva, siempre dependiendo de las características del caso y sin avasallar los derechos de las partes.

- No corresponderá la acumulación de pretensiones cuando esta acción sea interpuesta en forma conjunta con una pretensión resarcitoria.

- La previsibilidad del daño facultará al juzgador a adoptar las medidas correspondientes aún en los casos en que no se haya ejercido la acción preventiva.

- No deberá verse restringida la vía recursiva, sin embargo, en ella no regirá el efecto suspensivo y excepcionalmente se podrá dejar sin efecto la medida cuestionada.

Referencia de Notas:

- 1 Peyrano, Jorge W. "*La jurisdicción preventiva*" - Publicado en: LA LEY 01/07/2013, 1 LA LEY 2013-D, 1326 - Cita Online: AR/DOC/2407/2013.
- 2 Berizonce Roberto O. "*Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*" en Revista de Derecho Procesal - Año 2008 - 2. Tutelas procesales diferenciadas - I.
- 3 Julio César Rivera y Graciela Medina "*Código Civil y Comercial de la Nación comentado.*" - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014 – Tomo IV.
- 4 Se trata de un supuesto de flexibilización de la regla de la congruencia, que en la ortodoxia procesal, importa un caso de excepción y con claros límites en el derecho de defensa en juicio. En este sentido viene a cuento recordar las enseñanzas de la doctrina nacional, que advirtiera sobre ello (De los Santos, Mabel. "Flexibilización de la congruencia". LA LEY, del 22 de noviembre 2007; "Flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable". Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni. 2007-II, pag. 99 y sgtes.)
- 5 Peyrano, Jorge W. "*Informe sobre las medidas autosatisfactivas*" - Publicado en: LA LEY 1996-A, 999 - Cita Online: AR/DOC/21336/2001.
- 6 Peyrano, Jorge W. "*Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia*" Publicado en: LA LEY 21/09/2012, 1 - LA LEY 2012-E , 1110 - Cita Online: AR/DOC/3753/2012.
- 7 Peyrano, Jorge W., "*La acción preventiva*", Bs. As. 2004, Editorial LexisNexis - Abeledo Perrot, p. 36.
- 8 Peyrano, Jorge W, "*Escorzo del mandato preventivo*" J.A. 1992-I,888 y sgts.
- 9 Peyrano, Jorge W. "*La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya*

pretensión principal resulta desestimada.” Publicado en:
Sup.Esp.Cuestiones Procesales Modernas 2005 (octubre), 151. Cita
Online: AR/DOC/2729/2005.