Comisión 1: Derecho Procesal Civil y Comercial

"Jurisdicción preventiva"

A PROPOSITO DE LA ACCION PREVENTIVA

(LEGITIMACION Y CONGRUENCIA)

García Ponzo Ignacio

Balcarce 443 10 "b"

Córdoba, 5000, Prov. de Córdoba

351-6189910

garciaponzoignacio@gmail.com

Participa en el concurso para los premios estatuidos

La presente ponencia tiene por objetivo comentar la novedad en materia de jurisdicción preventiva que nos brinda el nuevo Código Civil y Comercial, al regular la acción preventiva, la que se recibe con beneplácito.

La legitimación activa sustancial es objeto de especial consideración postulándose una interpretación razonable, en cada caso concreto, de sus alcances

La recepción normativa de la flexibilización d la congruencia se destaca especialmente con carácter positivo, tratándose de esta especial parcela del derecho de daños.

A PROPOSITO DE LA ACCION PREVENTIVA

(LEGITIMACION Y CONGRUENCIA)

Por Ignacio García Ponzo

I. INTRODUCCION

La presente ponencia tiene como finalidad poner de resalto aquellas modificaciones insertas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, referidas específicamente a la **jurisdicción preventiva,** a fin de establecer, en una primera lectura, la trascendencia de la reforma y su impacto en el ámbito procesal.

La idea de jurisdicción preventiva puede entenderse, lacónicamente, como **"el ejercicio de la función judicial cuando aún no ha acaecido efectivamente el daño**", concepto este último estrechamente vinculado con el de **acción preventiva**, conforme la nomenclatura del art. 1711 del CCC, aunque, en sentido estricto es preciso referirse al "proceso preventivo", para no confundir el derecho de acción con su puesta en acto.

En este sentido lo explica Peyrano al decir: *"(…) también forma parte de la jurisdicción preventiva civil lo que se ha dado en llamar 'acción preventiva' que es aquélla 'que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños 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 genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"[1]

Es del caso recordar, que el citado autor, hace unos años ya manifestaba la radical importancia de contar con instituciones hábiles para garantizar a la ciudadanía, instrumentos hábiles a fin de **repeler el acaecimiento de un daño, mediante herramientas eficaces para asumir un actitud previa que salvaguarde la llegada del daño**. En este sentido comentaba que si bien a lo largo de la legislación argentina existían muestras de los antes mencionados instrumentos, la realidad demostraba la carencia de una teoría general de la acción preventiva.

Es por ello que debemos recibir con beneplácito la reforma en esta materia, ocurrida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aunque es preciso establecer su correcto sentido y alcance.

A tal fin, viene a cuento recordar las vías procesales existentes en la legislación vigente a la fecha de esta ponencia.

II. INSTRUMENTOS ACTUALES AL SERVICIO DE LA JURISDICCION PREVENTIVA

La denuncia de daño temido

El artículo 2499, 2do apartado, del Código Civil establece:"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". En este caso, como en otros, la acción preventiva está ínsita y un poco embozada (pero perceptible) en el texto legal.

El derecho a la intimidad

[1] PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs. As. 2004, Editorial LexisNexis - Abeledo Perrot, p. 36.

El artículo 1071 bis del Código Civil dispone que: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros 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, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

La acción preventiva del artículo 52 de la ley 24.240

Decreta el artículo 52 de la ley 24.240, lo siguiente: “Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados...”.

III. SITUACIONES PREVENTIVAS ESPECIALES EN EL NUEVO CCC

Antes de entrar de lleno en lo que nos atañe, resultará útil tener en cuenta los demás instrumentos receptados en el nuevo CCC respecto de la jurisdicción preventiva:

a. Derecho societario:

ARTÍCULO 154.- Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio.

La persona jurídica en formación puede **inscribir preventivamente** a su nombre los bienes registrables.

b. Derecho de familia:
ARTICULO 592.- **Impugnación preventiva de la filiación** presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden **impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer**.

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

c. Materia contractual:

Con la inclusión del art. 1032 el nuevo código civil y comercial, con muy buen tino, ha otorgado a los contratantes una herramienta jurídica idónea y facilitadora, a fin de evitar el advenimiento de situaciones de una marcada injusticia.

Así ha dispuesto en el artículo 1032.: "Tutela preventiva. Una parte puede **suspender su propio cumplimiento** si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado".

d. Responsabilidad civil

En este título desarrollaré la que considero, será la **más importante y mejor herramienta al servicio de la jurisdicción preventiva**. Así lo entiendo puesto que la presente institución constituye ni más ni menos, el reconocimiento normativo de la jurisdicción preventiva.

La normativa que a continuación analizaremos se encuentra ubicada en el título V (otras fuentes de las obligaciones), capítulo 1 (Responsabilidad civil), sección 2ª (Función preventiva y punición excesiva). Cabe destacar que si bien la acción preventiva específicamente hablando se encuentra regulada a partir del art. 1711, el art. 1710 resulta de vital trascendencia para la misma, ya que constituye un indicador de cuál ha sido la conducta que el legislador pretende

de la comunidad, a fin de prevenir la causación de daños, otorgando un marco ideológico para la adecuada utilización de la acción en cuestión.

Asimismo, resulta interesante apuntar que el art. 1710 constituye un claro avance del legislador en la construcción de una **teoría general de la jurisdicción preventiva**. Ello así pues impone un deber de actuar en pos de prevenir el daño, desplazando la anterior concepción que recién habilitaba a actuar una vez que el daño había acontecido.

En este sentido: "El código de Vélez no estaba pensado para evitar el daño, sino que partía de la base de la concepción decimonónica de la responsabilidad civil como una sanción o reacción frente al daño. Por eso no se encuentra en el Código Civil ningún artículo que explícitamente hable sobre el deber de evitar el daño o de mitigar el ya producido."[2]

También se sostiene que: "El deber, ahora jurídico, de no causar un daño a otro, tiene implicancias jurídicas, sobre todo en el ámbito de la prevención del daño. Es un refuerzo para todas las acciones preventivas porque supone ahora un deber positivo de actuar para prevenir la ocurrencia del daño."[3]

El ARTICULO 1710 CCC, reza: "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."

[2] López Herrera, Edgardo, Comentario al art. 1713, en Rivera, Julio César –Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, T. IV, pág 994
[3] López Herrera, op. Cit., pág. 995/996

Al comentar el presente artículo la doctrina señala que la presente norma tiene claramente dos destinatarios bien diferenciados, por un lado quien controla el hecho dañoso y por el otro quien resulta un tercero distinto del dañador y del dañado. De esta forma explica que: "La mejor posibilidad de evitar esa parcial superposición es interpretar que el inc. a) está dirigido a quien tiene todo el dominio del hecho que causa el daño, es decir a quien es su autor y tiene en las manos toda la posibilidad de evitarlo. En cambio el inc. b) se refiere a quien no ha causado ese daño pero puede adoptar medidas para evitar que ese daño se incremente. Es un deber jurídico que se impone a terceros siempre y cuando esté a su alcance hacerlo."[4]

IV. LA ACCION PREVENTIVA

a. Regulación general

Ingresando al análisis de la **acción preventiva**, específicamente, el ARTÍCULO 1711 CCC, dispone: 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.***

Analizando la norma se ha sostenido la existencia de dos tipos de "acciones" una similar a la contemplada en el art. 2499 C.C. que requiere de una petición cautelar, y otra, la acción preventiva autónoma.[5]

En rigor, el art. 1711 regula expresamente una acción autónoma, con contornos no muy bien definidos, lo que el legislador haya dejado de lado cualquier otro tipo de soluciones, aún cautelares.

b. Legitimación activa.

Por su parte, el art. 1712 dispone: "***Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño".***

[4] López Herrera, op. Cit., pág. 996
[5] López Herrera, op. Cit., pág. 1003

Aunque se trata de la legitimación sustancial, y cuya estructuración es coherente con lo dispuesto en el art. 1737 del nuevo ordenamiento (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) no cabe duda del interés que despierta a los fines de adecuar la regulación procesal pertinente.

La alusión a un “interés razonable” constituye una manifestación más del papel preponderante que se atribuye al Juez, en el nuevo ordenamiento sustancial.

Sin embargo, como el Derecho debe acordar previsibilidad, es preciso establecer, al menos con carácter provisorio, quiénes serían esos posibles legitimados.

Sobre el punto se ha destacado que “*Los* criterios mediante los cuales se puede juzgar que existe interés en la prevención del daño son varios, entre los cuales podemos enumerar:

a) Ser la posible víctima del daño. Es la hipótesis más fácil de imaginar. Se trata de un posible afectado. Nuevamente la legitimación más indiscutible es la del que sufre un daño personal, que abarca tanto a quien sufre un daño directo como indirecto. Así por ejemplo el padre que deberá sufragar gastos por una posible enfermedad de su hijo es un damnificado indirecto que sufre un daño emergente personal.

b) Tener legitimación para defensa de intereses de incidencia colectiva. Es el caso de las asociaciones que tiendan a la defensa de ese tipo de intereses, como por ejemplo una asociación de defensa del medio ambiente o de derechos de consumidores.

c) Estar obligado a actuar. Tiene legitimación para interponer la actuación preventiva aquella persona que esté obligada a actuar para prevenir el daño, como por ejemplo el titular del poder de policía, cuando necesite del auxilio de

la justicia para poder actuar. Sería el caso de que fuera necesario ingresar a un domicilio particular. Otro caso podría ser el del consorcio de propiedad horizontal que necesitara ingresar al departamento de un consorcista que está dañando a los demás miembros, pero que se niega a dejar realizar reparaciones urgentes."[6]

La solución legal de acordar una especie de "acción popular" no es desconocida en la actualidad, para lo cual cabe recordar el texto del art. 144 inc. 5º, del Código velezano, que acuerda legitimación para pedir la declaración de demencia a "cualquiera del pueblo"

Sin embargo, debe primar un criterio de "razonabilidad", conforme lo exige el art. 28 de la Constitución Nacional, de modo que, a pesar del texto abierto y aparentemente omnicomprensivo de la regulación relativa a la legitimación activa, debe entenderse que, en cada caso, ha de ponderarse el reconocimiento de tal legitimación, cuando exista una relación suficiente portadora de la necesidad de evitar el daño.

Se trata de la aplicación del *ad hoc balancing* propugnado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [7], lo que no puede desconocerse a la luz de la nueva legislación.

Es que, de manera sistemática, cabe recordar que el nuevo CCC establece que "…. 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."

[6] López Herrera, op. Cit., pág. 1002

[7] "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2/5/08, conforme el cual se impone al Juez ponderar la proporcionalidad existente entre la satisfacción de un derecho en detrimento del otro, conforme un juicio de necesidad o indispensabilidad, y teniendo en cuenta, de manera esencial, la razonabilidad entre el medio y el fin.

De tal modo, las palabras de la ley, son la primera fuente de interpretación, pero no la única, sino que es preciso atender, además a la finalidad con la que fue dictada.

Y la télesis es clara: evitar un daño, y si la legitimación sin fronteras que parece derivarse de la letra de la ley conduce –a su vez- a la causación de un daño (v.gr. daño al interés negativo, como sucedería cuando ante la posible amenaza de daño se restringe, ilegítimamente, una actividad productiva) el Juez debe ponderar los intereses en juego, actuando como un Juez "razonable".

c. La sentencia. Flexibilización del principio de congruencia. Recepción normativa

Por fin, respecto de la decisión jurisdiccional, se dispone 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.***"

La lectura de la norma deja ver un **cambio de paradigma normativo**, en cuanto al principio de congruencia, que supone la correlación entre lo pedido y lo acordado en la sentencia.

En el caso de la jurisdicción preventiva, el legitimado –cualquiera fuere- pone en marcha el aparato judicial, pero éste no se ve restringido por lo que pida, pues, la demanda parece constituir un aviso de la posible producción del daño, pero a partir de allí, y al sentenciar –lo que supone, implícitamente, reconocer iguales facultades al Juez en la etapa anterior- puede disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, que no hayan sido solicitadas.

Se consagra, así, la **flexibilización de la congruencia**, en esta materia, sobre la que venía pregonando la doctrina y que recibió recepción jurisprudencial.

Recordando que la instauración de la congruencia "…advino al proceso civil como un artilugio técnico apto para evitar arbitrariedades del Estado encarnado en la persona del juez. Su finalidad fue proteger a los justiciables y no perjudicarlos, merced a interpretaciones rígidas y formalistas de sus alcances…No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso" [8]

De tal modo, se concluyó que "…el respeto a todo trance y en cualquier supuesto de los límites fijados por la ortodoxia procesal a lo que puede otorgarse judicialmente sin incurrir en incongruencia *extra petita* atenta contra el sentido común, un bien entendido servicio de Justicia y hasta para los intereses de los propios requirentes que son los primeros y únicos beneficiarios del principio de congruencia".[9]

Hay por ende, un reconocimiento expreso de mayores facultades de los Jueces en esta materia, como forma de concretar el conocido mandato: *alterum non laedere*.

V. CONCLUSIONES.

La recepción normativa de la "acción preventiva" se recibe con beneplácito.

La calificación de los legitimados activos para proponerla, debe ser ponderada adecuadamente, en cada caso particular.

Las potestades reconocidas a los Jueces en esta materia, importan la recepción normativa de la flexibilización de la congruencia.

[8] Peyrano, Jorge W. "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", en Revista de Derecho Procesal, Sentencia I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 101.
[9] Op. Cit. pág. 113