

## **Comisión 1: Derecho Procesal Civil y Comercial**

**Tema:** JURISDICCION PREVENTIVA - Los límites del resarcimiento

**Autor:** VILLAFAÑE, Gustavo Ariel

**Dirección Postal:** Mayor M. E. Arruabarrena 1640 - Cerro de las Rosas (CP: 5009) – Córdoba.-

**Teléfono:** 351 3 411480.-

**Correo electrónico:** [gusvillaf@hotmail.com](mailto:gusvillaf@hotmail.com)

### **Resumen de la propuesta**

El presente trabajo tiene por objetivo poner de manifiesto, que a pesar de tener previsiones y protecciones referidas a la salud, los profesionales ABOGADOS, cuando se enfrentan a dicha problemática, que los puede llevar a quedar incapacitados temporal o totalmente, están desprotegidos en la vida real.-

La propuesta consiste en vislumbrar nuevos horizontes en el ejercicio profesional, que permita amortiguar el impacto actual que produce el stress en los profesionales, ya que el ejercicio liberal de la profesión predispone de manera concreta a que ante un eventual incremento en la exigencia profesional, termine en un estado indeseable.-

### **Principio precautorio: *Los límites del resarcimiento.-***

Tomando como base para el desarrollo, citaré un artículo del maestro Jorge Peyrano<sup>1</sup>, donde inicia sosteniendo que este principio precautorio toma real dimensión en lo referente al Derecho Ambiental, que es un sector del quehacer jurídico fuertemente impregnado por la necesidad de anticiparse al curso de los hechos. El quebrantamiento jurisdiccional que procura evitar el quebrantamiento del orden jurídico y favorecer su restablecimiento.

Dado que en la década del '90, se propiciaba el achicamiento del estado, los organismos de control, que dependían del gobierno de turno, mediaban frente a los conflictos suscitados impartiendo orden y reglamentaciones que permitían ejercer un panorama aparente de control sobre su ámbito de aplicación. Al cambiar las circunstancias que hacían este control por los gobiernos de turno, este ámbito, quedó huérfano. Esta es la razón por la que los jueces hayan asumido lo roles que dejó huérfano el Estado, frente a las circunstancias de control.-

Esta circunstancia ha puesto de relieve el gran grado de improvisación que existe frente a situaciones tan delicadas, como graves que afectan al desarrollo humano y en este caso ambiental.-

Donde tiene un desarrollo teórico importante y con situaciones que permiten determinarlo correctamente, es el derecho de Daños, con el desarrollo de la tutela preventiva que se dice de manera corriente como **tutela civil inhibitoria**. La mera amenaza de daño, pone en funcionamiento toda la maquinaria judicial, para poder reparar el daño causado frente al infortunio del resultado en los hechos.-

### **VÍAS DE PREVENCIÓN ESPECÍFICAS**

Es en este sentido una vía que e debe tener en cuenta y de manera correlativa entre diferentes normas que plantearán la intervención judicial en los diferentes casos

---

<sup>1</sup> Jorge W. Peyrano – Jurisdicción Precautoria [faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros\\_21.pdf](http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_21.pdf)

establecidos. Para citar ejemplos, una reconocida marca láctea<sup>2</sup>, pone un producto con una deficiencia en un lote importante, produciendo trastornos en los consumidores, como son los lactantes, produciéndoles meningitis por una bacteria (*Cronobacter sakazakii*), que con un cuidado sencillo, se hubiera evitado. Esgrimimos un caudal de normas protectorias y una sanción pecuniaria a la empresa que abonará fortunas a quienes fueron afectados. El cuestionamiento es sencillo de comprender ¿Puede devolverle la SALUD al lactante contaminado si ha tenido consecuencias no deseadas como efectos colaterales con una estimación patrimonial de su restablecimiento orgánico integral? La respuesta en un 60% puede ser totalmente negativa y el restante positiva por tener ESE INDIVIDUO más resistencia que los demás afectados.-

La batería de normas que permiten tener a la **tutela inhibitoria sustancial**, son:

- a) Art. 43 CN que reconocía la acción expedita de amparo.-
- b) Art. 1071 CC que habla del ejercicio abusivo del derecho. En su nota describe un supuesto.-
- c) Art. 1071 bis CC tutela la intimidad personal.-
- d) Art. 1628 CC, dispone las condiciones para que cesen las molestias ocasionadas.-
- e) Art. 42 y 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, protegiendo sus derechos.-
- f) Ley 22.262 y Dcrt 2284/19 en materia de competencia desleal, en que autorizan la medida de no innovar e incluso el cese y abstención de la conducta.-

Respecto las normas contempladas en el nuevo Código Civil y Comercial, tiene un tratamiento por demás interesante respecto a esta problemática y su tratamiento normativo.

1.- Art. 1710 *Deber de prevención del daño*. Toda persona tiene el deber de:

- a) evitar causar un daño no justificado.-
- b) tomar medidas para evitarlo, prevenirlo o mitigar sus efectos.-

---

<sup>2</sup> Leche Sancor [www.docsalud.com/articulos/tags.aspx?clave=ANMAT](http://www.docsalud.com/articulos/tags.aspx?clave=ANMAT)

c) si ya se concretó, que no se agrave más.-

2.- Art. 1711 *Acción preventiva*. Esta procede cuando una acción u omisión de una conducta, produce un daño.-

3.- Art 1712 *Legitimación*. Sólo quien acredite un interés legítimo para reclamar.

En este punto se echa mano de los artículos de la Constitución Nacional 41 y 43, donde el afectado es quien ejerce el núcleo del reclamo. Las interpretaciones alrededor del mismo consisten en: a) sujeto alcanzado con afectación directa; b) quien alegue un interés razonable en la medida preventiva.-

4.- Art. 1713 *Sentencia*. Es la que admite la **acción preventiva** disponiendo obligaciones de *DAR, HACER O NO HACER* (en forma definitiva o provisoria, a pedido de parte o de oficio), criterios de menor restricción posible y el medio más IDÓNEO para ser eficaz.-

5.- Art. 1714 *Punición excesiva*. El juez puede mitigar o rever la punición.-

6.- Art. 1715 *Facultades del Juez*. En el supuesto anterior, puede dejar in efecto la medida.-

7.- Art. 1716 *Deber de reparar*. Quien daña, debe reparar lo causado.-

Esta batería de normas sólo permiten hacer previsible y ponderar de alguna manera lo efectos colaterales que puede tener una conducta dañosa, que con este tratamiento lo que permitirá será atender al criterio de menor restricción y atender al medio de mayor eficacia.-

El principio de reparación plena o integral<sup>3</sup> consiste en intentar volver al momento anterior de la situación dañosa causada por el ilícito al momento de producirse el daño propiamente dicho. Esto no quiere decir que se deba reparar absolutamente todos los daños producidos por esta situación. En el mundo no existe una reparación completa de todos los daños producidos de manera absoluta, llegando a extender a extremos absolutos la obligación resarcitoria.-

Este concepto jurídico se basa en dos premisas:

---

1.- Son resarcibles los daños producidos por el hecho generador, consagrados en nuestro Código Civil, según se trate de incumplimiento obligacional o por actos ilícitos.-

2.- Comprobados los daños que el sistema considera resarcible, se debe cuantificar para su evaluación y cuantificación.-

Esto posee cuatro reglas fundamentales: *el daño debe ser fijado al momento de la decisión sin techos ni límites indemnizatorios; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe hacerse en concreto; y la reparación no debe ser superior al daño sufrido.*-

El principio consagrado en la Constitución Nacional contemplado en el Art. 16, consagrando el principio de la igualdad ante la ley. La limitación debe ser razonable y que no traiga como consecuencia una degradación sustancial del derecho de reparación.-

Ventajas e inconvenientes:

Son muchas las virtudes de la reparación plena e integral del daño que permiten también poner un límite al mismo:

- 1.- Posibilita una evaluación en concreto del perjuicio, obteniendo una compensación eficaz;
- 2.- Toma al damnificado concreto para evaluar el daño;
- 3.- El juzgador tiene razonable libertad para la valoración y cuantificación del daño;
- 4.- Posibilita una dinámica permanente de los métodos de la evaluación del daño, adaptándose a las situaciones individuales que plantea el caso concreto;
- 5.- Para las obligaciones de dar dinero, en momentos inflacionarios, es una herramienta eficaz.-

Los inconvenientes que ha señalado el sistema de reparación plena, ha movido a varios autores a la necesidad de complementarlos con *microsistemas especiales de responsabilidad*, sometidos a reglas diferentes.-

- 1) Se atribuye a generar rigor e incertidumbre, coloca el centro de atención en torno a la víctima. Incertidumbre porque el monto indemnizatorio ***no puede ser reconocido sino después de haber operado al evaluación judicial***, presuponiendo un proceso

---

<sup>3</sup> Compendio de Derecho de Daños – R. Pizarro y G. Vallespinos – Pág. 221 – 224 – Ed. Hammurabi Julio 2014.-

judicial en curso o previo;

- 2) Resultaría incompatible con los imperativos económicos generando consecuencias perniciosas en la comunidad;
- 3) Constituiría en un problema que no es compatible con el seguro.-

La extensión del resarcimiento, se realiza sobre la base de un modulo de equidad o reparación básico. Lo explicaremos en dos puntos:

- A) *Modulo básico de reparación:* Esta dado por los daños que sean consecuencia inmediata y mediata del hecho. Las consecuencias inmediatas son imputables al generador del ilícito; las consecuencias mediatas previsibles también lo son, pero en el plano causal, no desvía los efectos del hecho generador. La previsibilidad de la norma es solo de carácter objetivo y no subjetivo. Esta última es propia del juicio de culpabilidad, de reproche y no de la relación de causalidad. Como regla no se imputan las consecuencias causales y menos aun, las remotas, que son imprevisibles.-
- B) *Agravamiento del modulo básico de reparación:* Este modulo en la responsabilidad extracontractual es de suma importancia, pues en caso de dolo, la ley le asigna una mayor responsabilidad en la extensión de la reparación, hasta alcanzar los daños que sean consecuencia puramente casual, cuando debieron resultar de la actitud del agente al ejecutar el acto.- (*Extraído del compendio de Derecho de Daños – R.Pizzarro*)

## FUNCION PUNITIVA DEL DERECHO DE DAÑOS

Es la aplicación de penas privativas que condenan a pagar valores por encima de los daños y perjuicios.-

Aquí tenemos dos normas del nuevo Código Civil y Comercial, que nos hablan de las indemnizaciones que solo tratan de mitigar económicamente las consecuencias del hecho.-

Art. 1738 *Indemnización.* Repara pecuniariamente el daño causado.-

Art. 1739 *Requisitos.* Debe existir un perjuicio cierto.-

Acompañan a esto otras dos normas que tratan sobre el tema:

Art. 1740 *Reparación plena*. La reparación es en dinero.-

Art: 1741 *Indemnización de las consecuencias no patrimoniales*. Las entabla el damnificado directo. Si muere la completan sus herederos.-

### **Enriquecimiento injusto obtenido mediante el ilícito**

El dañador actúa deliberadamente para causarse ese riesgo, para obtener una indemnización. Esta situación ha sido contemplada dado que en alguna época existía *la industria del juicio* donde un trabajador, se accidentaba, presentaba todos los cargos, la empresa pagaba, se repartían los beneficios y estas cuestiones quedaban saldadas cuando se cobraba íntegramente el juicio. Actualmente también existe este famoso instituto ilegal, donde no hay empresa que pueda aguantar este tipo de molestia.

### **Casos en que la repercusión socialmente disvaliosa es superior al daño individualmente causado.**

Penas privativas del derecho de consumo, en donde el costo social generado por el ilícito es superior al daño individual causado al afectado, generando múltiples lesiones que dado al carácter difuso puede afectar a muchísimas personas.-

- Un caso muy emblemático que no llegó a los tribunales argentinos, fue de las prótesis mamarias francesas<sup>4</sup>. Estas prótesis, que fueron perfeccionando su industrialización, tenían una triple cubierta que teóricamente envasaba mejor el contenido de la silicona líquida que estaba contenida en esta tricapa. Al someterse a una altitud que no llegaba a los 10.000 metros, se agrietaba y se producía un derrame de silicona a nivel sanguíneo. Sumado a ello, luego de un tiempo útil, se agrietaba produciendo el mismo efecto en el torrente sanguíneo. La empresa francesa ofreció reemplazar estas prótesis defectuosas, por otras de mejor calidad, asumiendo los costos de la intervención. Los beneficios posteriores de la empresa, se vieron en baja por un período prolongado, hasta volver muy lentamente a recuperar la confianza en

---

<sup>4</sup> Prótesis mamarias defectuosas 2012 [www.elcuerpo.es/alerta-por-protesis-mamarias-defectuosas-pip/](http://www.elcuerpo.es/alerta-por-protesis-mamarias-defectuosas-pip/)

los consumidores.-

### **Afectación de Derechos de incidencia colectiva.**

Lesión de intereses supra individuales, se aplica la herramienta jurídica avanzada. Aquí podemos señalar, que a medida que pasan los años, esta cuestión va tomando cuerpo de manera impensada.-

Un fallo emblemático en nuestra provincia fue el de Barrio Ituzaingó<sup>5</sup>, donde se condenaba a un productor rural, al fumigador y al asesor agrónomo, por fumigar a menos de 150 metros en una zona densamente poblada, donde existían patologías cancerígenas en un porcentaje creciente de la población. Este fallo sentó precedentes en nuestro país por la repercusión social que causó el caso.-

Otro fallo emblemático es el de Beatriz Mendoza<sup>6</sup>, donde solicita un amparo ambiental por la contaminación del Río Riachuelo en la provincia de Buenos Aires. Se solicitaba que las empresas asentadas en las márgenes del río, dejaran de contaminarlo, haciendo que ello sea casi imposible en un primer momento, pero que con el tiempo lograrían el objetivo principal: lograr que las empresas no contaminen más el río.-

### **LA VISIÓN RESARCITORIA DOMÉSTICA: el afectado y su entorno.**

Rara vez se analiza la situación doméstica del afectado, que si bien el resarcimiento es un elemento valioso a la hora de la reparación, no lo es tanto en el seno interno de quien ha padecido el daño.-

La situación es más compleja cuando se observa, cuáles son los grupos de riesgo. Socialmente, consideramos que a mayor riesgo, mayor será el resarcimiento. Mucho más aún si los riesgos están sobreentendidos de antemano. Un escalador asumirá el riesgo, de sufrir algún accidente por algún error suyo, las circunstancias adversas climáticas, la dificultad de la pared a escalar, o imponderables no previstos por él mismo. Éste es el

---

<sup>5</sup> Fallo Ituzaingó [www.lavoz.com.ar/files/Agroquimicos-Gabrielli.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/Agroquimicos-Gabrielli.pdf).-

<sup>6</sup> Fallo Beatriz Mendoza [wp.cedha.net/wp-content/.../2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf](http://wp.cedha.net/wp-content/.../2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf).-

riesgo asumido por propia cuenta (Art. 1757 *Hecho de las cosas y actividades riesgosas*), a lo cual absolutamente todas las personas asumen riesgos diariamente.-

Por mi experiencia personal, he comprobado que los peores accidentes, son los que producen secuelas neurológicas, cuestión que pone en una lista de profesiones riesgosas, donde han ingresado, con un alto índice de secuelas posteriores, quienes están sometidos a altos índices de stress; en mi caso a exponer: LOS ABOGADOS.-

El ejercicio profesional liberal está contemplado en el Art. 1768 como *obligaciones de hacer, con responsabilidad subjetiva*, que pone de manifiesto el actuar diligente del profesional. No está comprendida dentro de las profesiones riesgosas conceptualmente, pero que en el devenir cotidiano, han hecho de la misma una actividad donde los desórdenes nerviosos, las adicciones, las largas sesiones en el terapeuta, alguna que otra manía han hecho de la misma un cóctel peligroso de sobrellevar.-

La cuestión doméstica del caso, sucede cuando un profesional se incapacita, donde empieza un frenético recorrido por entidades sanitarias y tramitería afín, tiene varios aspectos a considerar: la rehabilitación, el entorno social, los clientes, el núcleo familiar, la obra social, los aportes a la caja de abogados, el desplazamiento y la situación más preocupante: LA INCERTIDUMBRE FUTURA.-

¿Cómo se ha llegado a esta situación tan angustiante? La respuesta tiene varias causas conexas, que expondremos brevemente. Por un lado: la herramienta de trabajo que tienen los abogados es **PURAMENTE intelectual**; los diferentes matices son los siguientes: por un lado, al ser eminentemente SOCIAL, debe estar en contacto permanente con personas, que depositan su confianza y vuelcan sus dificultades. Los patrones comunes, por más especializados que estén incumben a todos y las consecuencias son las mismas.-

El profesional abogado cuando se incapacita, tiende a refugiarse de manera automática hacia su seno familiar íntimo. El aislamiento social, no se hace esperar y los condicionamientos suceden de manera exponencial para la persona incapacitada. Si es que vive de su profesión, la incertidumbre sobre el futuro, no se hace esperar y lo que antes podía dominar, en estos momentos es casi imposible de plantear. Aquí es donde se

produce el cuestionamiento, sobre las causas que llevaron a esta situación. Si bien tenemos un principio protectorio, una legislación que ampara este tipo de problemática, el profesional se encuentra totalmente indefenso frente a esta situación. La pregunta es: ¿Por qué?

La respuesta es muy sencilla y quizás difícil de aceptar: somos frágiles humanos. Las circunstancias pueden variar, pero el resultado es siempre el mismo. Si el abogado enfermo es juez, tendrá su apoyo en la obra social, alguien llevará sus causas, tomará otro su lugar, y todo seguirá institucionalmente de maravillas. Para el enfermo, la situación es muy diferente y proyecta tratar de recuperarse lo más pronto posible, para retomar sus funciones o quizás realizar alguna otra tarea, porque de lo contrario se deprime.-

En el caso del abogado litigante, queda a merced de lo que ha realizado, los aportes que ha realizado a la caja, cuando estaba sano y la incertidumbre, sobre sus ingresos, empieza a tambalearse. Mucho más si tiene que pensar en la familia que ya no puede sostener y que él mismo es una carga importante.-

Las dificultades se agravan cuando el profesional incapacitado, tiene dificultades para hablar; esta situación es la más grave y la más riesgosa, teniendo en cuenta que él es un trabajador intelectual y su herramienta de trabajo está seriamente dañada. Mucho más aún, si su porte o aspecto físico, constituía parte de su manera de relacionarse socialmente. Es en este punto donde haré hincapié, ya que los profesionales colegas en su mayoría tienden a aislar de manera casi constante a un colega que se incapacita. Es aquí donde deseo detenerme. Si bien, se aplican principios protectorios frente a cuestiones ambientales, principios protectorios frente a imponderables laborales ¿Que tipo de contención de manera corporativa tienen los abogados cuando se incapacitan? ¿Puede solicitar un resarcimiento por labor insalubre al poder judicial si es juez o a sus clientes estables si es abogado litigante? La respuesta es claramente negativa. Sólo se le concederá una jubilación acorde a sus funciones desempeñadas y en el caso del litigante una jubilación por invalidez.-

Es aquí donde empieza a jugar un factor diferente. Cuando el profesional se recupera por

sus propios medios. Las aptitudes físicas y las circunstancias varían caso por caso. El mérito de salir de la dificultad muchas veces son ajenos a las previsiones realizadas y a los pronósticos más agoreros de los médicos especialistas. Es en estos casos en que la fuerza de voluntad primó sobre las dificultades. Ahora bien, luego de planteados estos aspectos económicos y dificultades concretas de un profesional que se incapacita ¿Puede un resarcimiento económico por más eficiente que sea devolverle las condiciones personales que tenía antes de incapacitarse? Si ha tenido secuelas irreversibles ¿Puede un resarcimiento económico paliar esa dificultad? Evidentemente no. ESE ES EL PUNTO EN CUESTIÓN.-

El problema neurálgico expuesto consiste en poner en evidencia que cuando tengo en materia de DAÑOS consecuencias irreversibles, que por más previsión y recaudos asumidos, tengo un resultado altamente disvalioso, el resarcimiento siendo un paliativo patrimonial, no me alcanza para reparar el daño sufrido. Las consecuencias que debe soportar quien padece el siniestro, muchas veces supera lo aceptable y debemos echar mano de otros elementos que permitan hacer que quien ha padecido el siniestro, tenga al menos una mejor calidad de vida para poder sobrellevarlo mejor.-

En el caso de los profesionales abogados, que fue el punto en cuestión abordado anteriormente, debe analizarse seriamente, que el trabajo intelectual del abogado lleva un desgaste tan considerable, que se deben articular los medios para hacer más llevadera la obligación profesional. Un ejemplo de ello, es la resolución alternativa de conflictos, que permite aliviar los abarrotados despachos de los jueces, que tienen que hacer magia para revisar todos y cada uno de los expedientes. Proponer una asesoría pre judicial con competencia administrativa, que evite de manera previa un conflicto inminente por la disconformidad de la partes, ante los intentos de llegar a acercar a las partes con la mediación. Proponer una alternativa más económica para que el justiciable, pueda consultar a un abogado matriculado y no al vecino que tiene más experiencia en juicios. El hecho de bajar la exigencia a los profesionales, les permitiría tener más consultas, seleccionar los juicios que desea patrocinar Y combinar mejor su desempeño profesional.