

DERECHO PROCESAL CIVIL – COMISIÓN N° 4

Tema: Acción preventiva: elementos para su regulación procesal.

Apellido y nombres del autor: Fontana, Arturo Emilio.

Dirección postal: Av. Del Libertador 498 piso 13 Sur C1001ABR, Ciudad de Buenos Aires.

Teléfono: 011 5263 8100.

Dirección de correo electrónico: efontana@allendeferrante.com.

Breve síntesis de la propuesta: Consideramos que la regulación procesal de la acción preventiva debe considerar: a. Múltiples carriles procedimentales por los que el litigante pueda optar para plantear su pretensión. b. Determinación definitiva de la vía procesal adecuada por parte del juez. c. Sentencia que al admitir la acción disponga obligaciones no sólo definitivas, sino también alternativamente y según el caso, provisorias y por lo tanto mutables.

Referencias a las conclusiones arribadas sobre el tema a desarrollar en las ponencias y conclusiones de los anteriores Congresos Nacionales de Derecho Procesal: XXXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015. Conclusiones n° 1911 a 1919, en Quirós Fernández, Juan Carlos, “Congresos Nacionales de Derecho Procesal”, ed. Rubinzal – Culzoni, 2019, págs. 432/434.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial plasmó en el art. 1710 el deber general de prevención del daño, como consagración legislativa del principio *alterum non laedere*¹.

Dado que la novel legislación de fondo se inscribe en el marco de la denominada constitucionalización del derecho privado, y habida cuenta de la garantía de la tutela judicial efectiva establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25) en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el mismo Código Civil y Comercial previó la forma de hacer efectivo tal deber, instaurando la denominada acción (más correctamente pretensión²) preventiva en sus arts. 1711 a 1713.

Estos tres artículos refieren respectivamente al concepto de acción preventiva, a la legitimación y a la sentencia a dictarse en la misma.

Es sabido que la legislación de fondo puede contener disposiciones procesales a efectos de hacer efectivas las normas en ella previstas³. No obstante ello, no se incluyeron disposiciones procesales relativas a esta acción en el Código Civil y Comercial⁴.

Así, se ha dejado un amplio espacio a efectos de que el legislador provincial, o nacional en su caso, establezca las formas adjetivas más adecuadas a efectos de asegurar los derechos que surgen de este nuevo instituto de la ley de fondo.

La conclusión n° 1915 del XXXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal hizo referencia a la eventual regulación específica por los ordenamientos locales⁵. En tal sentido, ha habido varios intentos de regular

¹ Calvo Costa, Carlos A., “Acción preventiva en el derecho de daños.”, LL 2018-A, 976.

² Conf. Meroi, Andrea, “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, en RCCyC 2016 (abril), 70, TR LALEY AR/DOC/956/2016. Hablaremos de “acción” en este trabajo porque tal es la denominación legal.

³ Fallos 138:157, entre muchos otros.

⁴ Conf. enunciación en De los Santos, Mabel Alicia, “Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial”, LL 2017-F, 674.

⁵ También en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil *de lege ferenda* se concluyó, por mayoría, en la conveniencia de regular la acción preventiva.

legislativamente esta materia, desde 2015 en adelante, algunos de ellos concretados.

2. Antecedentes

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz (ley 1.418 modificada por ley 3453) regula la materia en un capítulo bajo el título Tutela preventiva en sus arts. 472 a 475, que prácticamente transcriben lo dispuesto por los arts. 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial. Sólo innovan al disponer que la acción tramitará por el proceso ordinario o sumarísimo conforme lo determine el juez por decisión irrecurrible.

En cambio, en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (ley 9001) la regulación se encuentra en un capítulo titulado “Competencia. Pretensiones y acciones especiales”, en el artículo 3° apartado II, denominado “Acción de tutela preventiva”⁶. En síntesis, en el mencionado Código se dispone que el legitimado podrá optar por la vía del proceso de conocimiento, o bien por un procedimiento abreviado que prevé un traslado por tres días al legitimado pasivo, quien al contestar debe ofrecer toda la prueba. Vencido el plazo el juez debe pronunciarse sobre la prueba, que debe sustanciarse en audiencia a celebrarse en tres días. La sentencia debe dictarse en igual plazo.

Se prevé inclusive que el juez pueda dictar la sentencia “en ausencia” si se desconociere el legitimado pasivo, habilitando la ulterior notificación de la sentencia por los medios establecidos en el mismo Código a fin de garantizar su mayor publicidad. La sentencia se presume conocida a los cinco días de la última publicación.

También se prevé la posibilidad de que en situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el Juez pueda ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño.

⁶ Comentario laudatorio en Díaz Guinle, María Eugenia - Ahumada, María Laura, “La prevención de daño”, LLGran Cuyo2017 (septiembre), 1, TR LALEY AR/DOC/1288/2017.

A nivel nacional se presentó un proyecto de ley (expediente 6863-D-2018) por el diputado Menna y otros, por el cual se proponía modificar el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, asignando a la acción prevista en el art. 1711 del Código Civil y Comercial el procedimiento sumarísimo.

Por su parte, el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presentado por el Poder Ejecutivo y elaborado por la comisión redactora designada en el ámbito del Programa Justicia 2020, no prevé un carril procesal específico para la acción preventiva.

Sin embargo, en el marco del proceso ordinario por audiencias, el art. 403 permite otorgar excepcionalmente una tutela anticipada de urgencia, que puede consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado y sólo puede versar sobre prestaciones dinerarias o reducibles a sumas de dinero, sujeto a las siguientes recaudos: a) urgencia en la obtención de la medida, que de no ser adoptada cause frustración del derecho y daño irreparable; b) prueba de elevada probabilidad respecto de la existencia de los hechos y que no requiera amplitud de debate o complejidad probatoria; c) contracautela. Esta tutela se enraiza en la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del *leading case* “Camacho Acosta”⁷; es provisoria y puede modificarse por la sentencia de la causa principal.

A su vez, los arts. 438 y 439 regulan el proceso urgente, cuya procedencia requiere la concurrencia de los mismos recaudos a), b) y c) previstos para la tutela anticipada de urgencia. Mas a diferencia de la misma, el proceso urgente tramita mediante un procedimiento contradictorio autónomo con una audiencia a celebrarse en el plazo de dos días, en la cual debe producirse la prueba y alegarse, y con la posibilidad de dictarse medidas cautelares. El juez debe resolver al concluir la audiencia sin otra sustanciación.

⁷ Fallos: 320:1633.

3. Pautas procedimentales aplicables

Creemos conveniente señalar tres aspectos que, a nuestro criterio, deben tenerse en cuenta en la regulación legislativa de la acción preventiva.

a. Procedimiento aplicable

Como bien se ha señalado, *“las acciones preventivas se instrumentan habitualmente a través de los procesos urgentes de los cuales las medidas cautelares son parte importante pero no exclusiva: todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar”*⁸.

Lo expuesto nos lleva a considerar una realidad que, estimamos, en ocasiones se ha confundido. En efecto, el hecho de que se inicie una acción preventiva no implica *per se* que deba acudir necesariamente a un procedimiento de conocimiento abreviado (v. gr. sumarísimo o de amparo).

La urgencia que pudiera existir en la conjuración del peligro existente en la producción del daño puede y debe tener respuesta adecuada a través del sistema de medidas cautelares, o en su caso, por vía de la tutela preventiva.

En tal sentido, no consideramos adecuado que se pretenda imponer como regla que la acción preventiva deba tramitar necesariamente por vía sumarísima, como se establecía en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación antes citado.

Así, De los Santos indica que *“...el afectado puede acudir a la acción preventiva para que la jurisdicción disponga tutelas inhibitorias, o de remoción del ilícito que es causa del daño actual o eventual, a través de acciones de amparo, habeas data o medidas autosatisfactivas”*⁹. Concretamente, la prestigiosa ex vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones

⁸ Bestani, Adriana, “Acción preventiva y “omisión precautoria” en el nuevo Código Civil y Comercial”, TR LALEY AR/DOC/3881/2015.

⁹ De los Santos, Mabel, “Vías procesales para deducir la pretensión preventiva”, en “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Peyrano, Jorge (dir.), ed. Rubinzal – Culzoni, 2016, pág. 199.

en lo Civil sugiere cuatro instrumentos procesales autónomos para el ejercicio de la pretensión preventiva (el amparo, el hábeas data, la medida autosatisfactiva y la acción mere declarativa), además de las vías accesorias¹⁰.

En suma, entendemos que es el litigante quien debe tener la libertad de proponer al juez que su pretensión sea tramitada a través de uno de los carriles adjetivos en vigor, y que resultaría contraproducente, a efectos de asegurar los derechos que se persiguen garantizar con la acción prevista por los arts. 1711 y siguientes del Código Civil y Comercial, que el legislador local limite el procedimiento aplicable exclusivamente a una vía específica sea ya creada o a crearse¹¹.

b. Facultades judiciales

Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro modo de ver, debe otorgarse a los jueces amplitud a la hora de decidir en definitiva cuál es el carril procedimental adecuado para la acción preventiva planteada¹².

Un ejemplo de solución disvaliosa en una materia análoga se encuentra en el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor y las normas de aplicación provincial (v. gr. art. 23 de la ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires), que establecen como procedimiento aplicable el más abreviado o el sumarísimo en su caso, salvo petición de parte.

Pero si la pretensión del actor se funda en un complejo contrato o requiere un extenso peritaje, no es razonable que los plazos ordinarios aplicables sean de tres o dos días y que la decisión acerca del procedimiento dependa sólo de la voluntad de las partes.

Por ello la jurisprudencia ha señalado que es el juez en definitiva quien debe establecer el procedimiento aplicable¹³. En tal sentido,

¹⁰ De los Santos, Mabel, op. cit., págs. 217 y ss.

¹¹ Frúgoli, Martín A., ¿“Acción o pretensión preventiva? El art. 1711 del Código Civil y Comercial”, Microjuris, 10-7-17, Cita: MJ-DOC-11910-AR | MJD11910.

¹³ CNCom., Sala B, 17/8/21, “Velarde Boedo, Sebastián c/ Compumundo SA s/ Ordinario”, LL On line AR/JUR/123321/2021.

resulta saludable la solución establecida en el procedimiento mendocino, en el cual, si bien se establece un trámite abreviado, con plazos de tres días, su admisibilidad queda sujeta estrictamente a la decisión judicial, pudiendo el magistrado en forma irrecurrible disponer que deba seguirse la vía que estime pertinente.

c. Sentencia definitiva o provisoria

Señala en sus fundamentos la comisión redactora del Código Civil y Comercial que *“Se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria...”*¹⁴.

Si bien se ha considerado que la “acción preventiva” prevista en los arts. 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial debe deducirse a través de un proceso de conocimiento¹⁵, la provisoriedad establecida legalmente lleva a sostener que no necesariamente debe concluir en una sentencia de mérito que haga cosa juzgada definitiva. Puede también por este medio deducirse una pretensión que tenga por objeto el dictado de una medida preventiva sustancial, provisoria y por lo tanto mutable¹⁶.

Es de advertir, por ende, que el legislador nacional no ha regulado por este medio una especie de medida cautelar propia de la ley de forma; la referencia del legislador de fondo es a la tutela preventiva o tutela de prevención (v. gr. las medidas autosatisfactivas, el mandato preventivo)¹⁷.

¹⁴ Zannoni, Eduardo. A. - Mariani De Vidal, Marina. - Zunino, Jorge. O. - Shina, Fernando. E. - Ramos, Gloria. S. - Kemelmajer De Carlucci, Aída., “Código Civil y Comercial Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente”, 1.º ed., Buenos Aires., Astrea, 2015, pág. 461.

¹⁵ Gómez, Claudio D. “Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales”, RCyS2017-IX, 42, TR LALEY AR/DOC/2439/2017.

¹⁶ Conf. Galdós, Jorge M., “La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios”, TR LALEY AR/DOC/3020/2021.

¹⁷ Conf. Galdós, op. cit.

4. Propuestas

En virtud de lo expuesto precedentemente, consideramos que la regulación procesal de la acción preventiva debe considerar:

- a. Múltiples carriles procedimentales por los que el litigante pueda optar para plantear su pretensión.
- b. Determinación definitiva de la vía procesal adecuada por parte del juez.
- c. Sentencia que al admitir la acción disponga obligaciones no sólo definitivas, sino también alternativamente y según el caso, provisorias y por lo tanto mutables.