

TÍTULO:

Instrumentos de la Función Preventiva: la Acción Preventiva Genérica del art. 1711

AUTORES:

Ruiz, Haraví E.¹

Gapel Redcozub, Guillermo R.²

Introducción

El texto del art. 1710 incluido en el Capítulo I del Título V del nuevo Código consagra expresamente la función preventiva de la responsabilidad civil, introduciendo en su primer inciso el ya conocido “deber general de no dañar”.³

De acuerdo a prestigiosa doctrina y jurisprudencia⁴, este deber ya gozaba de reconocimiento constitucional desde el año 1994, a partir de la regulación del amparo y del otorgamiento de rango constitucional de una serie de Tratados⁵. En la redacción del nuevo artículo se establece en

¹ Jefe de Trabajos Prácticos de la asignatura Derecho Agrario y Ambiental en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Auxiliar de Primera Categoría en la asignatura Instituciones del Derecho Privado II en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Contacto: haraviruiz@gmail.com

² Profesor Titular Regular de la asignatura Derechos Reales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Contacto: guillermogapel@gmail.com

³ La necesidad de esta modificación le venía siendo apuntada al legislador desde hace tiempo. Sostenía en 1996 la Dra. Nicolau que el derecho de daños ha pasado de considerar la indemnización del daño como una *deuda de responsabilidad* a calificarla como un *crédito por reparación*, lo que implica “un avance hacia la justicia, ya que se traslada a la víctima el eje de la responsabilidad civil, que en el siglo XIX se había centrado en el autor del daño. Aquello que interesa ahora al Derecho Civil es la protección a la víctima, no el castigo al autor del daño [...] En ese nuevo marco de protección a la víctima, en las últimas décadas se ha llegado a comprender que sólo se alcanzará la efectividad del Derecho cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención que para la reparación del daño” (p.1). Asimismo, la autora señala que en realidad ya el Código Civil de Vélez, algunos Códigos de Procedimiento y ciertas leyes especiales contemplaban acciones que tenían como objeto “hacer cesar comportamientos dañosos” mucho antes de la reforma, aunque sin embargo “no se ha logrado darle en ellas, ni tampoco en la jurisprudencia o la doctrina, una denominación ni un tratamiento específico” (p.1). Sustentan una postura similar en cuanto a la función preventiva de la responsabilidad Alterini (1987), Lorenzetti (1995), Marinoni (1999), Trigo Represas (2008), entre otros doctrinarios.

⁴ Picasso y Sáenz (2015) enumeran los siguientes fallos: CSJN, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”, Fallos: 308:1160, 05/08/1986; “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”, 1986, Fallos: 308:1118; “Peón, Juan D. y otra c/ Centro Médico del Sud SA”, 17/03/1998, en LL 1998-D, p. 596; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, 21/09/2004, en ED, 25/10/2004, p. 5 (p.416).

⁵ Lorenzetti (1995) afirmaba que era posible deducir el carácter iusfundamental de la tutela inhibitoria a partir del reconocimiento constitucional: “La Constitución Argentina, a través del nuevo rango concedido a los tratados, ha

términos claros y concisos: *todos tienen el deber de evitar la producción injustificada de un daño*.

Por su parte, el inciso b) de la norma en análisis avanza un poco más, ya que no solo se dispone la obligación de evitar el daño -la que impresiona de carácter negativo, consistente en la obligación de *no provocarlo*- sino que también nos obliga a *adoptar actitudes activas en pos de su evitación*: “*adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca el daño, o disminuir su magnitud*”.

Completando el esquema, el inciso c) extiende la obligación para los casos en donde el daño ya ha acaecido, consistiendo ésta en un *deber no agravarlo*.

También resulta interesante resaltar la amplitud de la legitimación pasiva contemplada en esta norma: no solo se encuentran obligados a adoptar las “conductas debidas” aquellos sujetos que jurídicamente estén compelidos a hacerlo en virtud de una obligación preexistente, sino también toda persona que tenga razonablemente a su alcance la posibilidad de tomar las medidas que contribuyan a la evitación o disminución del agravamiento de un daño⁶, aun cuando no exista una norma legal o cláusula contractual anterior que lo obligue directamente.

Dentro de este marco regulatorio de la función preventiva, tras explicar en qué consiste el deber de prevención, el CCCN incorpora el art. 1711, donde bajo el rótulo “Acción Preventiva” dispone: “*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*”.

Este artículo ha dado origen a importantes discrepancias doctrinarias, las que trataremos de esbozar a continuación.

Galdós (2015) sostiene que esta acción preventiva es un instituto de derecho sustancial que se agrega a las medidas cautelares clásicas, y que puede consistir en una medida autosatisfactiva o en una tutela anticipada que es accesoria de la principal. Afirma además que, a partir de esta recepción en el CCCN, los códigos procesales locales deberán necesariamente regular estas especies del género acción preventiva. Para este autor, entonces, la acción preventiva carece de

dado rango constitucional a la protección de la esfera individual. Con referencia a los bienes de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución menciona al medio ambiente, la competencia o el trato discriminatorio. Finalmente, el amplio reconocimiento del amparo produce la gran expansión de este tipo de medidas preventivas, ya que constituye una acción expedita y rápida frente a una lesión inminente, o amenaza de ella, provenga de autoridades públicas o de particulares (art. 43). De tal modo es posible deducir una regla constitucional mediante el análisis sistemático, relativa al carácter iusfundamental de esta tutela inhibitoria” (p.3). La cuestión, tenía sin dudas un impacto relevante en el Derecho Privado, dado el sistema de jerarquía de fuentes. En el mismo sentido se expresan Nicolau (1996) y López Herrera (2008), entre otros.

⁶ Como aseveran Picasso y Sáenz (2015) “En conclusión, mientras que para el autor del perjuicio el deber de actuar en la prevención del daño es indudable, los terceros únicamente estarán obligados a ello si la posibilidad de evitar la producción del nocimiento -sin sufrir daños ni pérdidas- está en su esfera de actuación, pues en caso contrario el deber previsto en el art. 1710 CCyC no le incumbirá. Sin embargo, incurrirá en una infracción al deber contenido en dicha disposición si, pese a poder evitar el perjuicio, cuando podía hacerlo, omite realizar dicha conducta” (p. 418).

toda singularidad y no es más que el género o categoría que engloba a las especies citadas y ya reconocidas en numerosos códigos procesales provinciales.

Peyrano(2016b) ofrece una definición de la figura⁷, calificándola como “[...] la herramienta más poderosa y connotada de la jurisdicción preventiva civil” (p.95) y situándola dentro de un colectivo de dispositivos procesales diseñados para dar cabida a la tutela preventiva, entre las que incluye además a la pretensión mere declarativa, las medidas cautelares, el amparo preventivo, el hábeas data “reservador”, la medida autosatisfactiva, el mandato preventivo (pp. 90 a 101). Las elaboraciones de este autor en la materia revisten de capital importancia, mas no hemos podido hallar entre sus últimos aportes publicados uno dedicado especialmente a sistematizar este heterogéneo conjunto de instrumentos enunciados.

Practicando un abordaje similar al de Peyrano, de los Santos (2016) desdobra el estudio y expone sobre los presupuestos de la acción del art. 1711, por una parte, mientras que, por otra, lista las herramientas procesales disponibles para el ejercicio de la pretensión preventiva, aunque sin manifestar expresamente cómo se relaciona esta acción con las restantes vías procesales para la tutela preventiva preexistentes a la sanción del CCCN.

Una característica sobresaliente de este tipo de enfoques es que proveen elementos para avanzar en la comprensión de la figura, aunque sin agotar la reflexión en torno a sus vinculaciones con los demás institutos procesales. Así, dejan pendiente la tarea de delimitar con mayor precisión la *naturaleza* y el *ámbito de aplicación* de esta acción.

Picasso y Saénz (2015), a su vez, aseguran que el art. 1711 “consagra la tutela inhibitoria genérica, como instrumento autónomo de las distintas herramientas particulares existentes en el ordenamiento jurídico hasta la actualidad” (p.420).

Sobre la base de las posturas referidas parecería abrirse un debate en torno a:

- i) si la acción del art. 1711 configura una herramienta procesal en sí misma, o si no es más que la consagración en el CCCN de unacategoría genérica que se debe articular a través de herramientas específicas contenidas en las leyes procesales;
- ii) qué lugar ocupa concretamente la acción del art. 1711 dentro de las pretensiones preventivas y cómo se relaciona con determinadas figuras afines, es decir ¿se suporpone, complementa o excluye con otras vías procesales?

La Acción Preventiva Genérica

Por nuestra parte, consideramos que el art. 1711 incorpora una nueva acción al ordenamiento jurídico, que posee características propias, claramente distinguibles de las de otras vías procesales con las que comparte finalidad preventiva. No configura una suerte de categoría o de pauta o

⁷ Sostiene que “la acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden corriente y normal de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable[...]”(Peyrano, 2016a, p. 31).

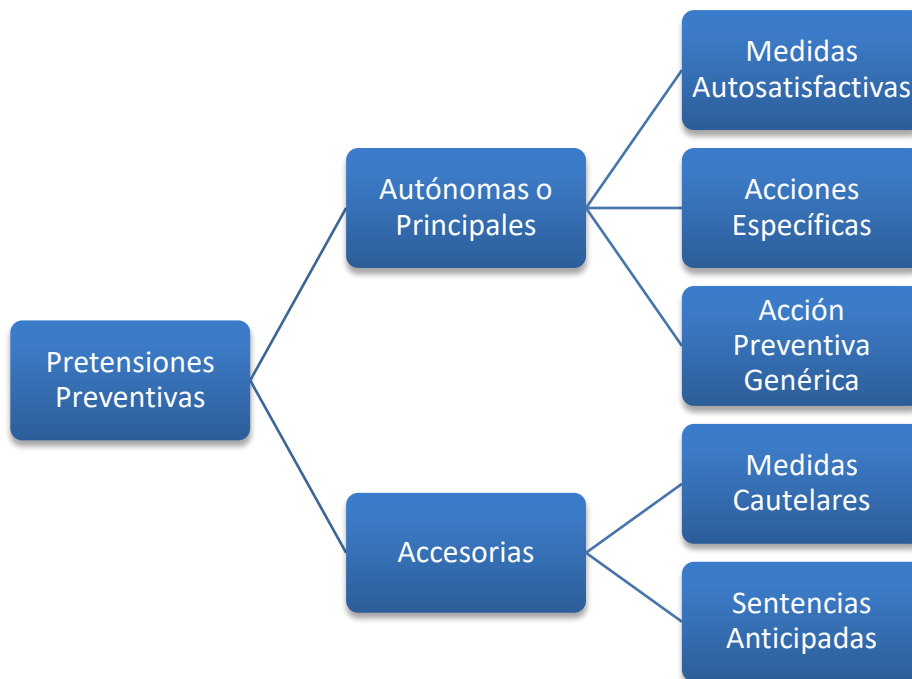
mandato dirigido a que las provincias incluyan variantes particulares de la figura en sus códigos procesales, sino que es directamente operativa.

Entendemos que es una acción autónoma en razón de que posee:

- una finalidad específica (evitar la producción de un daño, su continuación o agravamiento).
- un régimen que dispone los recaudos exigibles para su procedencia (acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento), y cuáles son aquellos cuya acreditación no es necesaria (como la concurrencia de ningún factor de atribución).
- legitimados activos determinados (universo que comprende a todo aquel que pueda demostrar un interés razonable en la prevención del daño).
- la enunciación de ciertos criterios que indispensablemente el juez debe tener en cuenta en oportunidad de sentenciar (ponderación de la menor restricción posible y del medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad).

Con ello, cobra cuerpo una vía procesal con fisonomía exclusiva, que viene a enriquecer el panorama de las alternativas preventivas disponibles para los afectados o potenciales afectados, a la que entendemos convendría denominar “Acción Preventiva Genérica”.

Entonces, el nuevo panorama quedaría configurado de la siguiente manera:



La “Acción Preventiva Genérica” pertenece a la familia de las pretensiones preventivas “que tienen por objeto evitar un daño ante la amenaza de su producción o hacer cesar las causas del que ha comenzado a producirse” (de los Santos, 2016, p.199).

Constituye, además, una pretensión de carácter principal, no subordinada a otra deducida o próxima a deducirse (Palacios, 2011, p. 330), no es instrumental ni accesorio, y la decisión que en ella se adopte es definitiva (de los Santos, 2016, p.207). Este atributo permite diferenciarla de las pretensiones preventivas accesorias, como las medidas cautelares (previstas en la Parte General, Título IV, Cap. III del CPCCN) y las sentencias anticipadas (contempladas, por ejemplo, en los desalojos anticipados de los arts. 680 bis y 684 bis del CPCCN).

Asimismo, es importante trazar sus diferencias respecto de las Medidas Autosatisfactivas. Estas últimas revisten condición de soluciones urgentes, procurando remediar las flaquezas de la teoría cautelar clásica conforme la cuál estas medidas exigen una ineludible conexión con un proceso principal al que deben acceder (Peyrano, 2016b, p.93). Tienen naturaleza de proceso autónomo, de conocimiento limitado y bilateralidad acotada, advirtiéndose una aplicación de la figura particularmente intensa en el campo del derecho a salud (de los Santos, 2016, pp.223-234). En la “Acción Preventiva Genérica”, en cambio, la amenaza del daño no es inminente sino que cabe esperar, conforme al orden normal y corriente de las cosas, que transcurra un lapso apreciable hasta que el daño pueda concretarse (Peyrano, 2016a, p.32). Así, la nota distintiva entre ambas vías recaería principalmente en el grado de urgencia que la solución exija en cada caso: si la atención del planteo no admite postergación, el instrumento propicio sería la Medida Autosatisfactiva; si la concreción del daño o de su agravamiento, aunque previsible, no luce perentoria, la situación quedaría comprendida en el ámbito de la nueva acción.⁸

Por otro lado, la distinción con el colectivo de medidas preventivas específicas radicaría en que estas pertenecen a microsistemas jurídicos, como el derecho del consumo o el derecho de marcas, o bien han sido diseñadas para casos puntuales, para el resguardo de institutos determinados, como las relaciones de poder, y obedecen por tanto a una lógica tuitiva que produce remedios especializados (no-genéricos).⁹

Los instrumentos protectorios generados en el ámbito de los subsistemas responden a las particularidades estructurales y dinámicas de cada uno de ellos, las que innegablemente terminan moldeando la finalidad, la legitimación activa y pasiva, y los recaudos de procedencia de las acciones originadas en su seno.

A su lado se pueden ubicar las herramientas preventivas situadas dentro del Código Civil y Comercial y que tienen el propósito de preservar situaciones o relaciones jurídicas o fácticas que el legislador parece haber considerado merecedoras de un cuidado diferenciado. Dentro de ellas se encuentran, a título enunciativo, la *acción de despojo* del art. 2241 2º párrafo y la *acción de mantener* del 2242 2º párrafo del CCCN (donde se protege una relación de poder ante la inminencia de desapoderamiento), la *acción de suspensión de cumplimiento* del art. 1031, la *acción de resolución o readecuación por imprevisión* del art. 1091 del CCCN (en el campo

⁸A partir de esta diferenciación se puede conjeturar que las medidas autosatisfactivas se circunscribirán sustancialmente a escenarios en los que estén en riesgo la vida o la integridad física de una persona, mientras que el alcance de las acciones preventivas genéricas comprenderá también la tutela de estos derechos en contextos menos acuciantes, así como la de otros derechos personalísimos.

⁹Picasso y Sáenz (2015) enumeran alguna de ellas (pp. 418-419). Similar tarea realiza Galdós (2015, pp. 296-297).

contractual). Cada una de ellas exhibe un régimen legal distintivo que fue organizado en función adeterminadas particularidadeso antecedentes fácticos, y que plasma las singularidades del caso.¹⁰

Existiendo entonces una serie de acciones diferenciadas como las descriptas, parece razonable sostener que la acción del art. 1711 será de aplicación para los casos en que no esté previsto un remedio específico, y de ahí su denominación de acción “genérica”.

Más allá de esto, debemos señalar que el Código Civil y Comercial no establece en materia de tutela preventiva pautas expresas para regular las interacciones de esta acción con las restantes herramientas disponibles, de la manera que lo hace, por ejemplo, con las relaciones entre acciones posesorias y reales en el Libro 4º, Título 13, Capítulo 3.¹¹

Por ende, una tarea fundamental que debe afrontar la doctrina a futuro, a partir de la introducción legislativa de la Acción Preventiva Genérica caracterizada precedentemente, es sistematizar el abanico de pretensiones preventivas, precisando el ámbito de aplicación de cada vía y las formas de interacción entre los diversos elementos del sistema, asegurando así que cada situación que amerite tutela preventiva cuente con una acción que le ofrezca una respuesta sencilla y eficaz.

En este sentido, es preciso reflexionar acerca de cuál será la vinculación entre la Acción Preventiva Genérica y las restantes pretensiones principales. La esquematización propuesta permite adelantar que las medidas autosatisfactivas y el colectivo de acciones específicas pueden cumplir el rol de remedios especializados, al tiempo que la acción preventiva puede ocupar la posición de una defensa de amplio espectro. La profundización de esta senda de investigaciones se torna imprescindible a los fines de materializar adecuadamente la función preventiva de la responsabilidad.

Referencias Bibliográficas

Alterini, A. A., (1987). *Contornos actuales de la Responsabilidad Civil*, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

De los Santos, M., (2016). “Vías Procesales para deducir la pretensión preventiva”, en *La Acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*; Peyrano, J. (Dir) y Esperanza, S. (Coord), RubinzalCulzoni, 1º ed., Santa Fe, pp. 199-252.

Galdós, J. M., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Lorenzetti, Ricardo (Dir.), Rubinzal Culzoni, 1º ed, Santa Fe, T. 8, pp. 305-312.

López Herrera, E., (2008). “La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones”, en *Revista de Derecho de Daños: “Prevención del Daño”*, 2008-2, RubinzalCulzoni, Buenos Aires, pp. 193-230.

¹⁰ Las acciones señaladas de defensa de las relaciones de poder, por ejemplo, poseen una legitimación activa muy amplia (todo poseedor o tenedor) y un plazo de prescripción relativamente breve (de un año), que son características de su diseño que se explican naturalmente a partir de su especificidad (objeto tutelado, vínculo con otras acciones – las reales-, etc.).

¹¹ Allí se resuelve sobre la imposibilidad de acumular estas clases de acciones, la viabilidad o no de iniciar acciones sucesivas por un mismo hecho, entre otras cuestiones.

Lorenzetti, R. L. (1995).“La tutela civil inhibitoria”, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, La Ley 1995-C, p. 1217. Disponible Online en: AR/DOC/4497/2001.

Marinoni, L. G., (1999)“Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, *Revista El Derecho*, N° 186, pp. 1127-1136.

Nicolau, N. L. (1996).La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. *Revista de Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, La Ley,1996-A, T. I p.1245. Disponible Online en:AR/DOC/16196/2001

Palacio, L. E., (2011). *Derecho Procesal Civil*, AbeledoPerrot, 3° ed, Buenos. Aires, T. I.

Peyrano, J. W., (2016a). “Más sobre la acción preventiva”, en *La Acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*; Peyrano, J. (Dir) y Esperanza, S. (Coord), RubinzalCulzoni, 1° ed., Santa Fe, pp. 31-35.

Peyrano, J. W., (2016b). “La Jurisdicción Preventiva”, en *La Acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*; Peyrano, J. (Dir) y Esperanza, S. (Coord), RubinzalCulzoni, 1° ed., Santa Fe, 2016, pp. 87-110.

Picasso, S. y Saénz, L., (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Picasso, S., Herrera, M. y Caramelo, G. (Directores), Infojus, 1° ed, Bs. As., T. IV, pp. 418-420.

Trigo Represas, F. A., (2008). “La prevención y el daño punitivo”, en *Revista de Derecho de Daños: “Prevención del Daño”*, 2008-2, RubinzalCulzoni, Buenos Aires, pp. 27-48.

Conclusiones de la Ponencia

- La acción preventiva del artículo 1.711 CCCN es una acción autónoma y de carácter genérico, diferente de las restantes pretensiones preventivas principales, como las medidas autosatisfactivas y las acciones previstas para situaciones específicas, y de las pretensiones accesorias, como las medidas cautelares y las sentencias anticipadas.
- Esta acción configura un valioso instrumento para materializar la función preventiva del derecho de daños, creando un instrumento que permite evitar la producción o agravamiento de daños previsibles y que amplía y complementa un esquema de pretensiones preventivas que lucía excesivamente acotado hasta su incorporación.
- El estudio de las relaciones de la acción del art.1711 con los restantes remedios preventivos aún se encuentra en una etapa muy incipiente, siendo importante el aporte de la doctrina para delimitar correctamente el ámbito de la aplicación de cada herramienta y garantizar que todas las situaciones que ameriten tutela preventiva dispongan de una respuesta jurisdiccional idónea.