

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISIÓN 1: INCIDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE LA REPÚBLICA.

PONENCIA PARTICULAR: “LA NECESIDAD DE UN PROCESO INHIBITORIO ATÍPICO A RAIZ DEL ARTÍCULO 1711 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”

AUTOR: ALTAMIRANDA MARIEL CAROLINA

FECHA DE NACIMIENTO: 29 DE JUNIO DE 1989

DIRECCIÓN POSTAL: CALLE 4 (E/ 45 Y 46) DEPARTAMENTO 3, LA PLATA (1900), PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

TELÉFONO: (221)486-7589 /CELULAR:(221)552-0372

DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: marielaltamiranda@hotmail.com

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

Este trabajo persigue poner de manifiesto la necesidad de estructurar un proceso inhibitorio atípico en los distintos ordenamientos locales con motivo de la recepción normativa en el Código Civil y Comercial de la pretensión preventiva y del principio general de prevención.

POSTULACION: Dejo constancia de mi intención de participar en el concurso de Jóvenes Ponentes organizado por el Dial y supervisado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

**“LA NECESIDAD DE UN PROCESO INHIBITORIO ATÍPICO A RAIZ DEL
ARTÍCULO 1711 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”**

*“Cuando se está en medio de las adversidades,
ya es tarde para ser cauto”. Séneca*

I.Introducción: El Proceso de conocimiento tradicional caracterizado por la abstracción del derecho material, autonomía de la voluntad, irrestricto apego a la ley, neutralidad del juez y clasificación tripartita de sentencias se muestra ineficaz para otorgar una tutela preventiva adecuada.

El aislamiento del procedimiento del derecho material despoja de protección a los sujetos merecedores de las llamadas “tutelas diferenciadas”¹⁴; mientras que la clasificación tripartita de sentencias se convierte en obstáculo a la hora de proporcionar una tutela preventiva favorable.

Las sentencias declarativas y constitutivas, resultan insuficientes para prevenir el ilícito por cuanto no prescriben un hacer o un no hacer, y con respecto a las sentencias condenatorias, si bien imponen el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, ante la ausencia de cumplimiento voluntario de la obligación se focalizan en la ejecución coactiva de la misma (ejecución por subrogación). Esta noción de condena ilustra el valor que la doctrina clásica concede al principio de *incoercibilidad del facere*, y deben de ser descartadas dentro del ámbito de la tutela preventiva debido al fin represivo que dichas resoluciones representan.

¹⁴La tutela reforzada se confiere a personas y grupos titulares de derechos o intereses especialmente vulnerables —la dignidad humana en general— que se encuentren en situación de desventajamiento, sea individualmente o como integrantes de grupos postergados o débilmente protegidos, sectores “socialmente vulnerables” o desfavorecidos. La vulnerabilidad es una situación compleja de carencia de múltiples bienes esenciales de todo tipo, que es habitualmente producto, al menos como una causa principal, de la exclusión institucional o de hecho del goce de tales bienes. En la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y las obligaciones puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación que deben ser reparadas mediante acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo naturalmente al Poder Judicial. En lo que aquí interesa, se trata de las diversas medidas y acciones tendientes a asegurar el acceso a la justicia a través de los tribunales, a las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, como presupuesto ineficiente para el logro de la tutela de sus derechos.” BERIZONCE, Roberto O. “*La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático*” En: La Ley 01/12/2014- La Ley 2014F, 1106).

La tutela la inhibitoria en particular viene a conceder un manto de protección a los llamados “nuevos derechos”: entre los que se hallan los derechos no patrimoniales y los derechos difusos, cuya prevención resulta primordial por cuanto una vez quebrantados no son susceptibles de cumplimiento por subrogación (o lo son pero la indemnización tiene un efecto mucho menor) a la par que provocan daños no monetizables, pues no existe un mercado donde coticen bienes como la intimidad, la privacidad, el ambiente sano. Por ejemplo: ¿Cuál sería la utilidad de un resarcimiento económico si los daños ambientales se manifestaren como irreversibles?

Frente a ésta perspectiva, es menester repensar el paradigma procesal clásico inspirado en el modelo decimonónico de la codificación, bañado por el pensamiento liberal e individualista y caracterizado por una igualdad formal en el cual la prevención no encontraba razón de ser por cuanto los hombres como seres “libres” que eran podían elegir correctamente lo que quisieran, con lo cual no existía nada que prevenir , a la par que al no reputarse distinciones entre fuertes o débiles tampoco había sujetos vulnerables a quienes tutelar preferentemente. Sumado también al principio reinante de *le juge est il la bouche de la loi*, como derivación del principio de la división de poderes, que subordinaba irrestrictamente las funciones del magistrado a dar órdenes sobre previsiones contenidas expresamente en la ley.

Hoy, frente a un nuevo contexto de primacía de los derechos personalísimos, de reconocimiento de los denominados derechos difusos y de situaciones merecedoras de tutela procesal diferenciada, el Proceso de cognición imperante debe sistematizarse de forma tal que posibilite una satisfactoria tutela de los derechos, no sólo en su faz reparatoria sino también preventiva.

Los procedimientos deben acondicionarse a los distintos tipos de derechos que obligan a los particulares a judicializar sus conflictos.

El derecho a peticionar no puede ser concebido como el mero derecho a interponer una demanda ante los pertinentes órganos jurisdiccionales y a obtener de ellos una sentencia que ponga fin al conflicto, sino que debe extenderse al derecho a contar con una técnica procesal adecuada para la tutela del derecho

afirmado en juicio y no sólo ello, también explayarse mas allá del dictado de dicha sentencia hasta el momento de realización de los medios de ejecución².

La afirmación del derecho material depende de la eficacia del Proceso; un ordenamiento jurídico que no posea los instrumentos procesales necesarios para viabilizar la tutela de los derechos no garantiza un verdadero acceso a la justicia.

En estas circunstancias, consideramos necesaria la estructuración de un procedimiento autónomo que desemboque en una resolución que impida la comisión, la repetición o la continuación del ilícito, dotado en oportunidades de una técnica anticipatoria ante la probabilidad de que el derecho que se pretende tutelar resulte quebrantado durante la tramitación del Proceso.

II. El deber de prevención del daño y su recepción normativa: Dentro de los últimos treinta años la doctrina ha añadido a la reparación o compensación del daño, la obligación de no causar perjuicios injustos y prevenir la producción de sucesos dañosos o su agravamiento.

El Código Civil y Comercial recepta dicho deber en el Artículo 1710: *“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”*

No obstante la reprochabilidad doctrinaria en torna a la técnica legislativa utilizada por dicho articulado³, lo trascendente resulta la consagración normativa de lo que venía siendo una inquietud doctrinaria como lo es la prevención de daños.

²Caso Furlan y familiares vs. Argentina .Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Agosto de 2012 *“Esta Corte considera que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización, en el presente caso, hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable”*.

³ Las posibles inconsistencias en torno a la técnica legislativa utilizada por el mencionado precepto, se hallan en primer término en la posibilidad de reducción de la totalidad de sus incisos al punto a), ya que los tres supuestos intentan la evitación de un daño, y en segundo lugar, en torno a la

El deber general de prevención es propio de cualquier ordenamiento jurídico preocupado por garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos y se vincula por lo tanto de manera directa con el acceso efectivo a la justicia consagrado en el art 18 de la Constitución Nacional, a la par que encuentra fundamento en los artículos 42 y 43, los cuales prevén la tutela de prevención de los consumidores y usuarios, el ambiente, la transparencia del mercado y la competencia.

III. Conceptualización: Como consecuencia del deber de prevenir y de su correlato basado en el derecho a no sufrir un potencial daño o a continuar en su padecimiento, el Código Civil y Comercial consagra en el Artículo 1711 a la 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”*.

Más allá de las posibles reprimendas acerca de si el Congreso Nacional se encuentra habilitado o no para dictar normas de procedimiento, creemos que dicha discusión no resulta el tópico central del presente trabajo. No obstante ello, es menester recordar la existencia de dos posturas antagónicas al respecto.⁴

En torno a la “acción” preventiva se recrimina la utilización del vocablo “acción” cuando en realidad debió haber aludido a “pretensión preventiva”⁵

limitación de la prevención del daño a la persona de la cual el mismo dependa, es decir que la posibilidad de prevenir debe encontrarse dentro de la esfera de control, para evitar que el deber sea tan amplio de manera que alcance a todos. Limitación que entendemos que peca de imprecisa y que podría llegar a ocasionar inconvenientes en torno a la legitimación pasiva.

⁴ La primera postura basada en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación surge del fallo “Bernabé Correa” (1926) , en la cual resolvió que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de “procedimiento” en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales —sin perjuicio de ser una atribución reservada por las provincias según el art. 121 de la Constitución Nacional—, cuando fuesen *“razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos”* consagrados por las normas de fondo. Esta doctrina ha sido reiterada en los fallos: “Netto” de 1924; “Real de Maciel” de 1928 ; “Arzobispado de Buenos Aires” de 1931 ; “Nelly Ward de Smyth” de 1949); “Miranda” de 1951 (Fallos 219:400); “Livi” de 1953 (Fallos 227:387); “Perelló” de 1960 ; “Santander” de 1962 ; “Vega” de 1966 ; Spinetto” de 1968 ; “Turia” de 1977 ; y “Feito García” de 1977 .

La postura adversa entiende que dicha intromisión resulta violatoria los artículos 5 y 121 de la Constitución Nacional, por cuanto la administración de justicia corresponde a una facultad reservada y no delegada de las provincias.

⁵ “[...] una cosa es el derecho de acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión)” MEROI, Andrea A. “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”. En: RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70 Cita Online: AR/DOC/956/2016

Tomando como referencia al artículo 1710 del Código Civil y Comercial ó la elaboración doctrinaria obrante al respecto, podríamos definir a la acción preventiva o inhibitoria como aquella que tiene por fin evitar la producción o agravamiento de un perjuicio; de allí que ante la probabilidad de un daño será posible petitionar su prevención o bien solicitar su cese si el mismo ya se produjo mediante ésta acción.

Cabe resaltar que podría darse el caso hipotético en que a partir de un mismo hecho se dispongan por un lado consecuencias resarcitorias (pago de una indemnización o reparación en especie si es posible) y preventivas (medios para detener el ilícito o su continuación).

Por último, el artículo 1710 consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y cosas un daño no justificado, esto es, adoptar las conductas positivas o de obtención conducentes para impedir su producción o agravamiento (Tutela inhibitoria positiva o negativa). Y Continúa, ello así en la medida que “dependa de la persona”, y en base a dos parámetros: buena fe y razonabilidad.

IV. Supuestos típicos anteriores a la sanción del Código Civil y Comercial:

Con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial existían supuestos legales típicos que preveían la facultad judicial de hacer cesar un comportamiento dañoso pero nunca una acción autónoma atípica abarcativa de cualquier hecho ilícito. El Código Civil de Vélez Sarsfield, si bien no contemplaba la tutela de prevención, su admisión se desprendía de la interpretación integrativa y expansiva de varios artículos: referidos a la intimidad (el artículo 1071 bis del Código Civil ;al daño temido (artículo 623 bis del CPCCN) ; a las molestias en razón de la vecindad (artículo 2618) ; a los interdictos y a las acciones confesoria y negatoria (arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2806); a la protección de los derechos del acreedor hipotecario (arts. 3157 y 3158). Dentro de la legislación específica: la ley 11.723 (Régimen de Propiedad Intelectual art. 79) ;ley 24.240 (Defensa del Consumidor art. 52) ;ley 25.156 (Defensa de la Competencia);Ley General del Ambiente 25.675, la cual prevé los principios de prevención y precaución (arts. 2, 4 , 27, 30); ley 23.515 (de Asociaciones profesionales sobre la conducta antisindical) arts.

53 y 55 inc. 4 ; el desahucio en el juicio de desalojo (art 676 bis y 676 ter CPCCBA), las acciones posesorias (arts. 623 CPCCN); la denuncia de daño temido y las medidas de seguridad (art. 623 bis CPCCN) ; y las reparaciones urgentes (art. 623 ter CPCCN) ; la proscripción de la violencia familiar y a la exclusión del hogar conyugal (leyes 24.270 y 24.417 y art. 273 , ley 11.723, Provincia de Buenos Aires); la suspensión de las asambleas de las sociedades comerciales y de la ejecución de sus resoluciones (art.. 252 ley 19.550. La Ley 24.557 y el decreto 170/96 establecen que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo está obligada adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales.

V. Presupuestos para su procedencia: Se consideran presupuestos necesarios para la procedencia de la pretensión punitiva:

a. Existencia de una conducta antijurídica: La misma podrá consistir tanto una acción o en una omisión, por lo que el hecho generador está dado por un hecho ilícito contrario a derecho

El mencionado hecho debe darse en términos de una amenaza, es decir que hace previsible la producción de un daño (no es necesario que haya daño sino su probabilidad) o bien su continuación o agravamiento, es decir que vuelva a ocurrir. Su procedencia se justifica ante la ilicitud del comportamiento del demandado confiriendo primacía a la libertad del pretensor.

La ilegitimidad requiere una análisis sustancial y no meramente formal, por ejemplo: no bastará que exista una autorización administrativa para ejercer una actividad empresaria si se generan molestias que exceden una normal tolerancia en los términos del artículo 2618 del Código Civil (actual artículo 1973 del Código Civil y Comercial) para considerar que dicha actividad sea conforme al ordenamiento jurídico o sea abusivo por ejemplo.

b). Amenaza de daño: es menester que dicha actividad antijurídica cree la posibilidad previsiblemente evaluada de que se cause o de que se continúe causando un perjuicio⁶

⁶ Una postura especial y que va mas allá de nuestro Código Civil y Comercial, es adoptada por Luiz guilherme Marinoni, quien distingue hecho ilícito de hecho dañoso. El jurista brasileño sostiene que la tutela inhibitoria no considera al daño entre sus presupuestos y que el daño es una

El peligro de daño deberá ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues la gravedad del hecho deberá ser manifiesta o estar apoyada en una fuerte probabilidad de que suceda.

c). Lesión del interés del actor: el cual podrá ejercerse a título individual o bien difusamente entre los miembros de una comunidad determinada (por ejemplo, dentro de los derechos de incidencia colectiva el artículo 43 de la Constitución Nacional menciona los de no sufrir discriminaciones y la protección del ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor).

d). Posibilidad material de frustrar la actividad antijurídica: el mismo está relacionado con la operatividad de la tutela inhibitoria, pues si la situación lesiva se completa y se produce todo el daño posible o probable sólo resta una pretensión deducible a través de normas de la tutela resarcitoria.

e). No exigencia de factores de atribución: pues no tiene como presupuesto al daño, sino la posibilidad de que éste se produzca, reitere, continúe o se agrave; no exige como elemento central, la concurrencia o prueba de ningún factor de atribución (culpa o dolo).

No se trata de una problemática atinente a la responsabilidad, lo relevante es que estamos ante una conducta antijurídica que puede ocasionar un daño o que lo está causando y debe cesar.

VI. Legitimación: El Artículo 1712 dispone: *“Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”*

Es decir que para iniciar la acción preventiva, basta con acreditar un “interés razonable”. Dicha amplitud en la legitimación es reprochada y se cree que puede llegar a generar inconvenientes.

De tratarse de un caso de incidencia colectiva, la acción podrá ser deducida por el titular del derecho subjetivo o bien por el afectado, por el defensor del pueblo, o por determinadas asociaciones (art. 43 de la Constitución Nacional) y en el caso

consecuencia meramente eventual del acto ilícito. En este contexto, plantea que el daño es un requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria mas no para la constitución del ilícito y que si el ilícito no depende del daño debe haber una tutela contra el ilícito en sí y así una tutela preventiva que tenga por presupuesto apenas la probabilidad del ilícito comprendido como todo acto contrario a derecho

de daño ambiental colectiva el artículo 30 de la Ley General del ambiente en caso de pretensión de cese de daño ambiental colectivo habla de “toda *persona*”.

En el caso de consumidores y usuarios, el artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, confiere legitimación a las asociaciones que protejan los derechos de usuarios y consumidores en caso de que resulten amenazados los intereses de éstos últimos y el artículo 54 dispone que la sentencia que recaiga en ese proceso hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en análogas condiciones.

VII. Prueba: En cuanto a la actividad probatoria, se entiende que si aún no ha tenido lugar el daño deberá probarse su probabilidad o amenaza con innegables posibilidades de efectivizarse. Su prueba recaerá en quien promueve la acción, no siendo suficiente la mera verosimilitud del derecho para acceder a la petición.

En cuanto a la antijuridicidad del acto, es requisito que la conducta u omisión sea ilícita y potencialmente dañosa. Además, debe existir una causalidad adecuada entre el comportamiento del demandado y el eventual daño.

Su prueba debe ser decisiva, pues de lo contrario no se justificaría la intromisión en la libertad ajena.

En caso de tratarse de un daño que ya tuvo lugar, y se pretende su cesación, innegablemente facilitará la actividad probatoria.

VIII. Sentencia: El Artículo 1713 reza “*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.*” Analizando dicho artículo, entendemos que el juez se encuentra ampliamente facultado para adoptar en la sentencia que admite la acción preventiva todo tipo de medidas, ya sea de manera provisoria o definitiva.

Dada la naturaleza de las facultades judiciales que éste artículo otorga, se entiende que el magistrado deberá fallar en base a criterios de “menor restricción posible”, lo cual implica que la tutela del derecho del actor debe ser proporcionada de la forma menos gravosa para el demandado. Por ejemplo: en un caso de existir

emisiones ilícitas sólo tendrá lugar la demolición de una obra o la paralización de una actividad empresarial cuando no exista otra forma de alcanzar su erradicación, pues si mediante medios técnicos adecuados las emisiones pueden ser evacuadas deberá privilegiarse ésta opción, las cuales valoran mejor los intereses de las partes implicadas.

Entendemos que el juez se encuentra facultado para modificar la pretensión y adecuarla a las circunstancias del caso, siempre que se obtenga un resultado práctico equivalente al que se obtendría en caso de cumplimiento de la obligación originaria.

En resumen, el juez podrá apartarse de la pretensión del actor por considerar que no es suficiente o por el contrario que es muy excesiva o tal vez por entender que otra sería la solución más adecuada al caso.⁷

IX) Colofón: En virtud de lo desarrollado concluimos en que resulta menester la regulación específica de un Proceso Inhibitorio atípico que tutele preventivamente nuestros derechos, sobre todo los derechos personales o de incidencia colectiva, tal como el nuevo paradigma exige, el cual deberá ser sujeto a consideración en una eventual reforma de la legislación adjetiva. Dicho proceso deberá consistir en un trámite ágil y breve, pudiendo ser sumario o sumarísimo y que permita encarrilar, sustanciar y decidir la pretensión de tutela preventiva atendiendo a las circunstancias que rodean el caso, para así poder extender éste tipo de protección a casos no legislados expresamente y lograr la satisfacción de una adecuada tutela preventiva.

⁷ La ley General del ambiente en recepta dicho pensamiento en el Artículo 32: “[...].Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes.”

V. Bibliografía:

-ALVARADO VELLOSO, Adolfo., “*El Garantismo procesal*”, La Ley 15/12/2010, 1 • La Ley 2010-F, 1212.

-BERIZONCE, Roberto O. “*La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático*”. La Ley 01/12/2014- La Ley 2014-F, 1106.

-BERIZONCE, Roberto O. “*Humanización del Proceso y la Justicia (la efectividad de los derechos sociales)*”. Publicado en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008.

-JIMENEZ, María Eugenia. “*Poderes instructorios del juez. Medidas para mejor proveer. Activismo judicial versus Garantismo. Nuevas tendencias y recaudos. CSJN*”. Publicado en: LLC 2010 (marzo), 130.

-LEIVA, Claudio Fabricio, “*La denominada tutela sustancial inhibitoria contra daños*”. Carrera de especialización en “*Derecho de Daños*”, Universidades Nacionales del Litoral y Cuyo

-LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial Comentado*. Tomo VIII Director: Rubinzal Culzoni editores. Primera edición 2014

- LORENZETTI, Ricardo Luis “*La Tutela civil inhibitoria*”. La Ley 1995- C, 1217

- MARINONI, Luiz Guilherme “*Tutela Inhibitoria*” Colección Proceso y Derecho. Editorial Marcial Pons Edición 2014

-MEROI, Andrea A. “*Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños*”. En: RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70 Cita Online: AR/DOC/956/2016

-NICOLAU, Noemí L. “*La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*”. En: La Ley 1996-A, 1245.

- RANDICH MONTALDI, Gustavo E. “*La acción preventiva del Código Civil y Comercial: trámite en la legislación procedimental de Mendoza*” En: LLGran Cuyo2015 (julio), 596 .Cita Online: AR/DOC/2060/2015

-VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “*La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material*”. En:RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016 . Cita Online: AR/DOC/852/2016