

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

La Plata, 28, 29 y 30 de septiembre de 2.017

COMISIÓN N° 4 – DERECHO DE DAÑOS

“Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

PONENTES

LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA¹

LUCIANO RONALD PONCIO²

MANDRA AILEN OCHOTECO³

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Rosario

TEMA

LA ACCIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

*An ounce of prevention is worth
a pound of cure.*⁴
Benjamin Franklin

Fundamentos:

1. Consideraciones Preliminares

El Código Civil de Vélez Sarsfield, cuya fuente es el derecho francés, en un primer momento, concibió a la responsabilidad civil⁵ como una herramienta al alcance de la víctima de un hecho dañoso, pero tomando como eje el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, pues no se admitía la responsabilidad sin culpa (*pas de responsabilité sans faute*).

Años más tarde, por efecto de la revolución industrial y los avances tecnológicos, que trajo aparejado la introducción de maquinarias generadoras de riesgos para la vida humana, se incorporó un nuevo factor de atribución de carácter objetivo, bajo la figura de la teoría del

¹ Abogada, especializada en Derecho de Daños, Carrera de posgrado (U.C.A.), Registro 54.783, L. LXIX, F. 64, Profesora adjunta *ad honorem* de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de Rosario de la U.N.R., Doctoranda en Derecho de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

² Abogado, Adscripto a la Cátedra de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de Rosario de la U.N.R.

³ Abogada, Profesora Universitaria (U.N.R.), Adscripta a la Cátedra de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de Rosario de la U.N.R.

⁴ Una onza de prevención vale tanto como una libra de curación. Frase alusiva a que es mejor prevenir que curar.

⁵ WIERZBA, Sandra M., *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.015, p. 263-264.

riesgo. Como es sabido, ya no importa tanto el reproche al agente causante del daño, sino que apunta al resarcimiento de la víctima.

Así las cosas, autores como Yvonne Lambert Faivre⁶ sostienen que la responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización.

Sin embargo, en la actualidad, la dinámica del derecho de daños ha mutado nuevamente, y, hoy, apunta, primordialmente, a la prevención del daño, como una instancia anterior a su acaecimiento, dejando la responsabilidad civil en una segunda instancia reparadora, en caso que fracasare, o no fuere posible, evitar el acaecimiento del mismo.

De modo que en este estadio de desarrollo y tal como se encuentra establecido en el artículo 1711 del CCyCN, no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Vemos de esta manera el sentido inspirador que va transitando desde una responsabilidad aquiliana, a otra pauta más objetiva, amplia, reduciendo las posibilidades de eximición de la responsabilidad para terminar prescindiendo absolutamente de este elemento, y enfocar su atención por completo en la evitación del daño.

Así pues, asistimos con esta introducción de la función preventiva a una nueva concepción del derecho, abarcando un terreno más amplio que antes, ya que su actuación no sólo se circunscribe a resolver el conflicto, sino más bien a evitarlo.

Como señala Zavala de González *“dentro del más elemental sentido común y como instinto natural del ser humano, resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos, en lugar de recomponerlos, después de su menoscabo... más aun en aquellos casos en los que la indemnización no permitirá un retorno al estado anterior, como en los perjuicios intolerables al medio ambiente”*.⁷

Así, la tutela preventiva o inhibitoria es una figura que ha tenido un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial a lo largo de los años, para finalmente plasmarse de manera explícita en la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Además, no se trata de un instituto exclusivo del Derecho de Daños, ya que encuentra aplicación con anterioridad a la incorporación en el *corpus*, dentro de leyes especiales como vgr., en el derecho del consumidor y en el derecho ambiental.

Pero coincidimos con Peyrano⁸ al afirmar que: *“Posiblemente sea el Derecho de Daños el ámbito en el cual se ha desarrollado más ricamente el imaginario de la tutela preventiva, que suele recibir el apelativo de “tutela civil inhibitoria”*.

⁶ Vide BUERES, Alberto; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (Directores), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.997.

⁷ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Tomo 4, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños, Ed. Hammurabi, Cap VII, -La función preventiva del derecho de Daños, p. 420-421.

⁸ PEYRANO, Jorge W., *La Jurisdicción Preventiva*. On line: http://faeproc.org/wp-content/uploads/2013/07/Ros_21.pdf (fecha de consulta: 1-09-2017)

Ahora bien, nos referiremos sucintamente al tema que nos ocupa en la nueva codificación, para luego analizar algunos aspectos relevantes de dos sentencias preventivas autónomas, que se dictaron en nuestra jurisdicción.

En el nuevo código se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido.⁹

Asimismo, se establece una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: **a) autoría**: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo 1.710; **b) antijuridicidad**: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; **c) causalidad**: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en el código; **d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución**, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.¹⁰

Asimismo, se reconoce legitimación activa para peticionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Y, por último, 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; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio.¹¹

En cuanto a los criterios que deberán seguirse al momento del dictado de una sentencia preventiva, ya sea de carácter definitivo o provisorio, advertimos la importancia y trascendencia de los mismos; ya que, aun ante una petición deficiente, frente a la amenaza de

⁹ Fundamentos del Anteproyecto de código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

daño grave e irreparable el juzgador -incluso de oficio- deberá dictar una decisión eficaz en la obtención de la finalidad preventiva. De lo contrario, no habrá tenido sentido todo el proceso preventivo.

Es por ello, que partimos del análisis casuístico de dos precedentes locales para inferir nuestras conclusiones sobre el tema.

En el primer caso, que denominaremos A¹², se produce una explosión en un edificio, que ocasiona la muerte de una persona e importantes deterioros edilicios, lo que pone en peligro la estructura del inmueble y su probable derrumbe. La accionante legitimada para incoar la acción petitionó que se lleven a cabo las tareas necesarias para proceder al apuntalamiento o demolición de las partes estructurales comprometidas del edificio siniestrado.

El Tribunal resuelve que la Municipalidad y/o el Consorcio de copropietarios procedan a “apuntalar y/o demoler” las construcciones siniestradas de forma tal que no exista peligro de derrumbe, en un plazo de 20 días desde que quede firme la sentencia.

En el segundo caso, que denominaremos B¹³, los peticionantes presentaron una acción preventiva autónoma en los términos del artículo 1.710 y cctes del CCyCN, y solicitaron varias medidas contra la desarrolladora de un complejo inmobiliario por incumplimiento de las prestaciones principales prometidas. Así pues, solicitaron: 1) la ejecución y/o subsanación de los defectos de las obras pluviales no ejecutadas o ejecutadas defectuosamente en los barrios; 2) la instalación de uno o más pararrayos, cuya falta ha provocado el incendio de una vivienda; 3) las medidas tendientes a mejorar los defectuosos accesos a las urbanizaciones; y 4) la ejecución y puesta en funcionamiento de una planta potabilizadora que abastezca ambos barrios de agua potable apta para el consumo y con valores controlados.

En particular, nos referiremos a la antijuridicidad y a los parámetros que deben seguirse para obtener una sentencia preventiva, que cumpla con su finalidad.

2. La tutela inhibitoria

La tutela inhibitoria es una institución del Derecho de fondo que protege los intereses sustanciales de las víctimas potenciales y que correlativamente limita la libertad de los posibles dañadores. Dicha tutela se traduce en un mandato que dispone la abstención de un comportamiento ilícito y peligroso, o la realización de acciones que eliminen un riesgo injusto de lesión o de su continuidad o agravamiento.¹⁴

¹² Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 16° Nominación de Rosario, Santa Fe, 23-03-2017, autos “JOVOVIC, María de los Ángeles c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO y otros S/ Medida Autosatisfactiva (21-02877042-9).

¹³ Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 5° Nominación de Rosario, Santa Fe, 21-12-2016, autos “AVETTA, Jimena y Otros c/ ALDIC EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS S.R.L. s/ Acción preventiva –juicio sumarísimo” (CUIJ 21-02855842-9).

¹⁴ Vide VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La función preventiva de la responsabilidad civil*, LA LEY 11/05/2015, 11/05/2015, 1 - LA LEY2015-C, 726 - On line: AR/DOC/1447/2015; La función preventiva de la

Existen acciones *autónomamente* preventivas, cuyo objeto reside en prohibir al demandado que cause el daño o siga produciéndolo.¹⁵

Coincidimos con Matilde Zavala de González¹⁶ en sostener que “*no cabe circunscribir las medidas preventivas a las cautelares y al servicio de una pretensión principal resarcitoria. Es viable también el ejercicio de acciones sustancialmente preventivas, cuya finalidad se circunscribe a la evitación o la continuidad de los perjuicios.*” Así, vgr., una medida autosatisfactiva, que se agota en sí misma, en el despacho de la orden judicial tendiente a evitar el daño, su continuidad o agravamiento.

En consecuencia, la tutela sustancial inhibitoria puede lograrse tanto a título cautelar como definitivo. También es factible combinar ambos objetivos mediante el ejercicio de una acción tendiente a resolver concluyentemente la cuestión, peticionando antes o junto con la demanda las medidas cautelares que aseguren el resultado perseguido.¹⁷

El artículo 1713 CCyCN establece los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador, a la hora de disponer la medida preventiva. El criterio de la menor restricción posible, y el de adoptar las medidas necesarias para darle efectividad a la medida constituyen el norte que debe seguir el juez en su decisorio.

De modo que la tutela inhibitoria,¹⁸ entendida como instituto del derecho de fondo, debe combinarse con las vías procesales para efectivizarse. En este punto, corresponde acudir a la normativa procesal, entre las cuales podemos señalar las siguientes vías: amparo, hábeas data, o el trámite de la ley 10.000 en Santa Fe, o los procesos urgentes (medidas autosatisfactivas, tutela judicial de urgencia). Matilde Zavala¹⁹ menciona, además, las medidas cautelares, y los procesos inhibitorios comunes (sumarios o abreviados), la tutela judicial anticipada, entre otros. En particular nos interesa nombrar la *pretensión ejecutoria provisional de sentencias apeladas*,²⁰ ya que entendemos que en el caso de la Sentencia A, la accionante debió instar esta medida, tal como lo explicaremos más adelante.

Si bien la Tutela Anticipada (o Acción Preventiva) encuentra fundamento en el artículo 43 de la Constitución Nacional, y actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 1.710 y ccctes.), no es suficiente para el ejercicio cotidiano, donde resulta innegablemente conveniente que existan claras normas procesales que indiquen a los

responsabilidad civil. *Antijuridicidad formal o material*, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 – *On line*: AR/DOC/852/2016.

¹⁵ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Tomo 1, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, p. 232.

¹⁶ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento ...*, cit., p. 438 y ss.

¹⁷ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, cit., p. 233.

¹⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La función preventiva de la responsabilidad civil en un fallo de la justicia cordobesa*, LA LEY 17/10/2016, 17/10/2016, 7 - LA LEY 2016-F, 1. *On line*: AR/DOC/3144/2016, p.5.

¹⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, cit., p. 233.

²⁰ *Ibidem*, p. 234.

justiciables tanto cómo pedir, cuáles son los recaudos de procedencia involucrados, los efectos del dictado de una medida y su régimen recursivo.²¹

Ahora bien, si hacemos un recorrido por la normativa procesal de las distintas legislaturas provinciales, encontramos disposiciones que reglamentan la tutela preventiva, en su mayoría bajo la forma de medida cautelar, permitiendo una instancia principal posterior. Sin embargo, también se encuentran regulaciones bajo otras figuras procesales, como la medida autosatisfactiva, denuncia de daño temido, acciones posesorias.²²

El repaso por las legislaciones provinciales convence de la necesidad de contar con una legislación nacional que reglamente las tutelas especiales y la tutela anticipada, diferenciando claramente los procesos monitoreos, las medidas autosatisfactivas y las tutelas anticipadas.²³

En conclusión, exista o no normativa procesal, el deber de prevención de daños verosímiles, instituido como principio general del derecho (artículo 1710 CCyCN), constriñe al juez a arbitrar mecanismos apropiados para que sea acatado, aun sin norma procesal específica.²⁴

3. Antijuridicidad

En primer lugar, nos preguntamos: *¿Elimina el Código Civil y Comercial de la Nación el concepto material de antijuridicidad luego de producido un daño?*

Así, resulta preciso analizar si la normativa introducida por el artículo 1717 CCyCN torna contrario a derecho en forma expresa cualquier acción que produzca daño, con independencia del carácter de ilegalidad de la acción considerada en abstracto. Siguiendo la innovación normativa, una vez comprobado el daño producido por la acción antijurídica - siempre que no esté justificado en los términos del artículo 1718 CCyCN- la producción del mismo tornaría contraria al artículo 1717 a la conducta generadora, sea ésta materialmente antijurídica o, incluso, lícita. La acción que, considerada en abstracto, no revestiría el carácter de antijurídica, formalmente se tornaría de esta forma por la existencia del efectivo daño concreto.

A diferencia del criterio seguido por el derogado Código Civil de Vélez Sársfield, el cual adoptaba sin dudas como regla la antijuridicidad formal conforme lo reglado en su

²¹ MEDINA, Graciela, *Tutela anticipada y daño vital*, LA LEY 15-02-2012, 7.

²² Así, podemos mencionar el Código Procesal de San Juan (Tutela anticipada – art. 242); el Código Procesal de Buenos Aires (Daño temido – art. 617 bis); Código Procesal de Corrientes (Medida cautelar innovativa – art. 232 bis); Código Procesal de La Pampa (Tutela anticipatoria – art. 231); Código Procesal de Misiones (Tutela anticipada – art. 241); entre otros.

²³ MEDINA, Graciela, *Tutela anticipada ...*, cit.

²⁴ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, ob. cit., p. 234.

artículo 1066²⁵, el nuevo Código Civil y Comercial lo hace por el aspecto material de la antijuridicidad, dando lugar a lo reclamado por la doctrina mayoritaria y decisorios judiciales de larga data. De esta forma se amplía el concepto en el artículo 1717.²⁶

Ahora bien, aclarado el criterio de antijuridicidad material adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial, resta distinguir la aplicación de los conceptos a cuestiones fácticas.

En análisis de los diferentes supuestos, cabe diferenciar las acciones previas a la producción de daños o una vez efectivizado los mismos; a saber, en acciones previas a la producción del daño, se vislumbra claramente la posibilidad de antijuridicidad formal o material, la primera como acción contraria a norma específica, y la segunda como contraria al ordenamiento jurídico integral visto en su totalidad. Diferente resulta cuando las acciones han producido un daño -independientemente de la legalidad o ilegalidad de la acción previa al mismo- siendo apropiado considerar la imposibilidad del aspecto material de la antijuridicidad de la acción dañosa -a la luz de lo normado por el artículo 1717 CCyCN-, ya que la producción misma del daño tornaría la conducta contraria al referido artículo en forma expresa. El daño “convertiría” el aspecto material de la antijuridicidad en formal; por lo que consideramos que toda acción dañosa es formalmente antijurídica.

En relación al instituto que nos ocupa “Prevención del daño”, si bien la regulación del código refiere en forma indeterminada a las acciones antijurídicas, nos inclinamos por considerar que es exigible el carácter formal de la antijuridicidad a instancias de petitionar acciones preventivas.

Resulta oportuno distinguir los supuestos en que el código habilita la acción de prevención del daño, en: a) acciones previas a la comisión del daño, a fin de evitarlas; y b) acciones posteriores al hecho dañoso, a fin de evitar que el mismo se agrave. En relación al segundo supuesto no habría lugar a la disyuntiva entre material y formal de la antijuridicidad de la acción, en razón de que la producción del daño sólo daría lugar a la caracterización como esta última. Como ya lo expresáramos, consideramos que todo daño torna antijurídica formalmente la conducta generadora, por lo que una vez comprobado el daño y la hipótesis de que el mismo se agrave o extienda daría lugar a la acción preventiva, siendo superado el análisis del carácter antijurídico de la acción.

²⁵ Art. 1066 CC: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto."

²⁶ Si bien el Código de Vélez Sarsfield estructuró una antijuridicidad subjetiva —requería culpabilidad— y formal —típica— (arts. 1066 y 1067 CC), esas reglas fueron superadas hace décadas por una interpretación que hace prevalecer el principio *alterum non laedere* como eje del sistema, a partir del texto constitucional (art. 19 CN). (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO. CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa (Directores), Tomo III, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, p. 420)

El análisis se torna más complejo en relación a las acciones potencialmente dañosas regladas por el artículo 1710, inc. a) y b), siendo las conductas referidas por la norma pasibles de caracterización formal o material de la antijuridicidad. En este supuesto nos inclinamos por considerar que sólo las conductas que resulten formalmente antijurídicas son pasibles de acciones preventivas. Resulta destacable, a la luz del análisis, lo expresado por el Dr. Vázquez Ferreyra Roberto: *“No sería a nuestro juicio admisible una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño, aún cuando ese eventual daño puede configurar una violación al deber general de no dañar (neminem lædere).”*²⁷

Sin ahondar en un análisis económico del derecho resulta apropiado expresar que habilitar la vía preventiva a conductas potencialmente dañosas sin que contraríen normas específicas daría lugar a planteos cotidianos de toda índole que intervirían con el funcionamiento normal de las sociedades modernas, del comercio, actividades laborales y de esparcimiento en general, sobretodo en las grandes urbes. Acertadamente el referido jurista agrega: *“Todo automotor en circulación puede generar daños; es un dato de la realidad incontestable. En consecuencia cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Pero ello es absurdo pues se paralizarían muchas actividades plenamente lícitas. De ahí que la conducta debe ser ilícita en sí misma considerada.”*²⁸

Matilde Zavala de González sostiene que *“se requiere una conducta antijurídica. Sólo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad, confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima. Las acciones u omisiones lícitas no pueden ser impedidas preventivamente aunque causen daños, porque su producción se encuentra justificada por el ordenamiento.”*²⁹

En suma, nos inclinamos por considerar que sólo frente a una situación de antijuridicidad formal sería posible peticionar acciones preventivas de daños conforme la regulación actual.

4. La Sentencia Preventiva

El deber de prevención del daño (artículo 1.710 CCyCN) constriñe al juez a arbitrar mecanismos apropiados para admitir la acción preventiva, cuando se cumplan los requisitos de procedencia (artículo 1.711 CCyCN), aun cuando no exista norma procesal específica.

²⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *La función preventiva de la responsabilidad civil en un fallo de la justicia cordobesa*. LA LEY 17/10/2016, 17/10/2016, 7 - LA LEY2016-F, 1. On line: AR/DOC/3144/2016.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, ob. cit., p. 215.

No obstante, la acción preventiva regulada en la codificación de fondo puede encontrar su correlato en los códigos procesales locales.

Ahora bien, el artículo 1.713 del nuevo código establece que el juez debe disponer en su sentencia, incluso de oficio, en forma definitiva o provisoria: a) obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; b) ponderar los criterios de menor restricción posible y c) los criterios de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

En lo que respecta a las sentencias analizadas, nos encontramos con soluciones divergentes. En la que denominamos Sentencia A, el Tribunal mandó a “apuntalar o demoler” las construcciones siniestradas de forma tal que no exista peligro de derrumbe, en un plazo de 20 días de quedar firme el decisorio, el cual fue recurrido por la demandada y la apelación fue otorgada con efecto suspensivo.

En consecuencia, desde que se produjo el siniestro y acreditado el grave peligro de derrumbe por las pericias técnicas de autos, hasta el dictado de la sentencia transcurrió un año, no habiéndose dispuesto ninguna medida preventiva de carácter provisorio mientras adquiría firmeza la sentencia definitiva, ni otorgado el recurso con efecto devolutivo a los fines de no desvirtuar la finalidad propia de esta clase de proceso.

Entendemos y queremos poner de resalto que en este caso la peticionante y/o el juzgador podrían haber recurrido a la *pretensión ejecutoria provisional de sentencias apeladas*³⁰, ya mencionada.

Nos preguntamos: ¿Qué hubiera sucedido si en el caso de la sentencia A por derrumbe de las partes siniestradas del edificio moría alguna persona a pesar de haberse incoado la acción preventiva del daño?

Es dable destacar que los magistrados también son sujetos pasivos del deber preventivo que incumbe a *toda persona*, en cuanto de ella depende, de *adoptar medidas razonables* para evitar la producción, continuidad o evitación de daños, aun originados en cursos causales ajenos a su conducta (artículo 1710, inc. b).³¹

Recientemente se dictó la Resolución de Alzada³² “corrigiendo” aquellos puntos críticos que advertimos en el primer decisorio.

El tribunal *Ad quem* sostuvo que le “*asiste parcialmente razón a la demandante recurrente siempre que la resolución apelada luce contradictoria de momento que, por un lado, encuadra la pretensión como urgente, le otorga al procedimiento -más allá de la denominación utilizada- un trámite abreviado y resuelve hacer lugar a lo solicitado con*

³⁰ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, ob. cit., p. 234.

³¹ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil ...*, ob. cit., p. 275.

³² CCCRosario (Santa Fe), Sala I, “JOVOVIC, María de los Ángeles c/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO y otros s/ Medida Autosatisfactiva” (21-02877042-9), Auto N° 172, 11-09-2017.

fundamento en la mencionada urgencia, mientras que, por el otro, difiere el cumplimiento de la orden hasta tanto la resolución adquiera firmeza sin que tampoco se disponga de una medida cautelar que conjugue el riesgo.”

Si bien es cierto que no todo proceso *preventivo* resulta a su vez *urgente*, en este caso había quedado acreditado el grave peligro de daño; razón por la cual se le hizo lugar a la acción preventiva incoada.

La accionante-recurrente sostiene en sus agravios que la acción tenía por fin dar una solución inminente al peligro de derrumbe de las estructuras del edificio involucrado en autos, y que tanto el consorcio como la Municipalidad omitieron actuar diligentemente para hacer cesar el peligro; y respecto del plazo otorgado, por otro lado, “un plazo de veinte días desde que queda firme la resolución” echa por tierra dicha finalidad del proceso.

Además, agrega que el juez de primera instancia tampoco adoptó ninguna medida cautelar que resguarde la salud de los ciudadanos en general, ni los intereses patrimoniales de su parte.

Como ya lo expresáramos, la Cámara entiende que la sentencia apelada luce contradictoria, y, en consecuencia, resuelve haciendo lugar a la solicitud de la actora de disponer una medida cautelar.

Además, sostiene que el deber principal de prevenir el daño en este caso se encuentra en cabeza del consorcio titular de inmueble, cuyo deterioro genera los riesgos que se invocan; y en cuanto a la Municipalidad el reproche estaría orientado en la falta de adopción de medidas efectivas tendientes a que los responsables cumplan con sus obligaciones o de la determinación y ejecución de medidas, para evitar el riesgo que se proyecta hacia la vía pública, ante un caso donde existe una efectiva posibilidad de control, un deber expreso impuesto por la reglamentación, y no se requieren medios extraordinarios para llevar a cabo la tarea. Por tanto la responsabilidad de la Municipalidad debe ser considerada subsidiaria y restringida en el sentido de orientarse a preservar la seguridad de los vecinos o de quienes circulen por la vía pública.

La Resolución de Cámara, finalmente, concluye haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación, disponiendo de forma cautelar y hasta tanto se dé cumplimiento a la sentencia (en el plazo de 20 días fijado en la misma), se adopten “inmediatamente”³³ por parte del consorcio accionado y la Municipalidad, las medidas de seguridad que se estimen pertinentes para evitar el riesgo que implica para los vecinos o para quienes transitan por la vía pública, un derrumbe del edificio siniestrado.

A continuación aplica el criterio de menor restricción posible plasmado en el artículo 1713, explica que la orden en cuestión deberá ser cumplida conforme lo disponga la administración, y no debe conllevar necesariamente una intervención en el edificio, si la finalidad tenida en consideración puede garantizarse mediante un vallado, la restricción en la circulación ya sea en la vereda o en la calzada, la clausura total o parcial del inmueble o de los inmuebles linderos, o cualquier otra medida que la administración disponga y siempre que resulte adecuada en los términos señalados.

³³ Adviértase que para el cumplimiento de las medidas de seguridad en forma cautelar no se fijó ningún plazo, aun cuando la actora había solicitado que se cumpliera en 72 hs. El Tribunal mandó a cumplir la cautelar de manera inmediata, entendiéndose sin dilación, cumpliéndose de este modo con la finalidad propia de estas acciones.

Es interesante destacar que la sentencia le impone a la Municipalidad la obligación de “informar” sobre las medidas adoptadas; esto es, deberá acompañar ante el juez de primera instancia un informe técnico explicativo de las medidas llevadas a cabo así como de la idoneidad de las mismas para despejar los riesgos con la intervención de las oficinas competentes al efecto, o con conocimiento de la materia.

En el caso de la Sentencia B³⁴, el Tribunal hace lugar a todas las medidas peticionadas por los actores -con excepción de la tercera- fundándose en el incumplimiento del compromiso contractual asumido por el emprendimiento inmobiliario; lo que sin lugar a hesitación alguna nos hace inferir que se enrola en la postura de la antijuridicidad formal.

Ahora bien, en relación al pedido de instalación de uno o más pararrayos, -cuya falta había provocado el incendio de una vivienda, el decisor considera que “(...) *se advierte un primer déficit en la postura de los actores relacionado a la existencia de un accionar o proceder ilegítimo por parte de la empresa demandada. En otras palabras, no se ha demostrado la concurrencia de algún tipo de incumplimiento de obligaciones contractuales o reglamentarias específicas relacionadas con la problemática que se plantea en la demanda.*”

Como puede advertirse, el juzgador rechaza esta petición de la actora al considerar que la misma no probó la concurrencia de algún tipo de incumplimiento de obligaciones contractuales o reglamentarias específicas, clara referencia a la antijuridicidad formal en los términos referidos.

Si bien en los considerandos, en principio, parecería que se inclina por un criterio material de la antijuridicidad al considerar que “*la ilegitimidad (ilicitud) requiere una valoración sustancial y no meramente formal, pues, por ejemplo, no es suficiente que exista autorización administrativa para una actividad empresarial si genera molestias que exceden una normal tolerancia (art. 2618, Cód. Civ.)*”, creemos que resulta escindible el concepto de antijuridicidad de lo referido por el decisor como “ilicitud”. A saber, a partir de la referencia a la ilicitud se transgrede el análisis de lo antijurídico, se da por existente el concepto último frente a la utilización del primero. El potencial dañoso de un obrar lícito no resultaría suficiente a fin de dictar una medida judicial preventiva como las peticionadas.

Finalmente, y con buen criterio, el decisor adopta una postura que podríamos considerar coincidente con lo que se expresó en relación a la antijuridicidad en el presente trabajo.

En cuanto a la petición del actor acerca de las “(...)3) *medidas tendientes a mejorar los defectuosos accesos a las urbanizaciones*”, el Tribunal resolvió que “*en tal particular contexto, corresponde condenar a la empresa demandada a instar los procedimientos*

³⁴ Autos “AVETTA ...”, cit.

necesarios ante las autoridades públicas involucradas y, con posterioridad, a realizar las obras necesarias en orden a la construcción de accesos viales seguros a los complejos urbanos desarrollados y comercializados donde residen los actores. Igualmente, corresponde exhortar a la Dirección Nacional de Vialidad y a la Municipalidad de Roldán a los efectos de arbitrar, dentro de un plazo razonable, los medios administrativos necesarios en orden a posibilitar la debida y correcta diagramación y construcción de los accesos antes referidos”.

Consideramos acertado el criterio del decisor³⁵ en este punto, en dos aspectos: a) al condenar a la empresa a instar los procedimientos necesarios ante las autoridades públicas involucradas, reconociendo que la demandada no era la responsable de realizar las obras de urbanización, pero sí la responsable de tramitar las mismas; y b) al hacer extensiva la sentencia a la administración pública, la cual sin ser parte pasiva de la acción entablada, resulta pasible de la imposición de una obligación de hacer a fin de cumplimentar con el objeto de demanda.

Propuestas:

1.- La mera amenaza de daño por sí sola no configura una antijuridicidad material por cuanto ésta requiere la causación del perjuicio para que de esta manera se evidencie la violación del *alterum non laedere*.

2.- La acción preventiva es procedente cuando la conducta puede ser calificada como antijurídica, es decir, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material.

3.- La acción preventiva debe tramitarse por el proceso más abreviado, garantizándose el derecho a la tutela judicial efectiva; sin perjuicio de ello, consideramos necesario su incorporación expresa a los códigos procesales y la adecuación de aquellos que ya la tengan regulada.

4.- El juez puede actuar a pedido de partes e incluso de oficio.

5.- El juez debe resolver teniendo en cuenta los medios más idóneos para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad e incluso dictando medidas provisionales dentro de la acción autónoma preventiva o de ejecución provisional de sentencias apeladas.

³⁵ El juez puede exigir al legitimado pasivo acciones o abstenciones concretas tendientes a la evitación de daños previsibles. Se habilita al magistrado a adoptar estas decisiones a pedido de parte o también de oficio. (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO. LORENZETTI, Ricardo (Director), DE LORENZO, Miguel, LORENZETTI, Pablo (Coordinadores), Tomo VIII, Ed. RUBINZAL – CULZONI, Santa Fe, 2.015, p. 287)