

PROYECTO DE LEY

El senado y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación,
sancionan con fuerza de ley

Artículo 1.- Modifíquese el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 321. - Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498:

- 1) A los procesos de conocimiento en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de Pesos cinco mil (\$ 5000).
- 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección.
- 3) Cuando se interponga la acción preventiva prevista en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- 4) En los demás casos previstos por este Código u otras leyes.

Si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor no procediere el trámite de juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde.

Artículo 2°. – Se invita a las provincias a adoptar en sus respectivas legislaciones procesales la vía sumarísima para el trámite de la acción preventiva prevista en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 3°. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Mario Raúl Negri
Diputado de la Nación

FUNDAMENTOS

Señora presidenta:

El presente proyecto de ley tiene por objeto regular el procedimiento aplicable a la acción preventiva de daños introducida en la legislación argentina mediante el artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación. Encuentra su antecedente inmediato en el Expte 0091-D-2021 del diputado Gustavo Menna que perdiera estado parlamentario y que por su importancia he resuelto representar.

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se sostuvo que, "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; y 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..." (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, pág, 177, en www.nuevocodigocivil.com).

Correlativamente, la violación del deber de prevención hace nacer la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría; b) antijuricidad; c) relación de causalidad entre el acto antijurídico y el probable daño; y d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

La adopción de este instituto en el Código Civil y Comercial de la Nación ha suscitado controversias doctrinarias y jurisprudenciales, debido a que no se limita a consagrar el deber genérico de prevenir el daño, sino que también sienta las reglas básicas de la acción preventiva, los supuestos de procedencia, los legitimados para promoverla y las facultades del juez, así como las previsiones al momento del dictado de la sentencia.

"Tal "proceso preventivo de daños" está imperfectamente regulado en las normas citadas (que se ocupan de sus "presupuestos" -art. 1711 NCCC-, la "legitimación" para requerir la prevención del menoscabo -art. 1712, ibídem- y el contenido de la "sentencia" así como algunas facultades genéricas de los jueces que intervienen -art. 1713, ibídem-). Una vez más -como decenas de veces se repite en el texto del corpus iuris citado- el legislador nacional invadió con "exorbitancia" (pues la permisión del intérprete constitucional final en múltiples y conocidos fallos históricos -me refiero a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- nunca presupuso una extensión tal como para abordar tantos diseños procedimentales y, además, en muchos casos, con tamaño nivel de detalle) las competencias provinciales -o locales- para dictar las normas de procedimiento que juzgaran adecuadas para discernir o administrar la justicia en torno de aquél fin -loable y constitucionalmente

necesario- de "tutelar preventivamente" la producción o agravamiento de daños (cfme. arts.121/122, 75 inc.12 y 5 de la Constitución Nacional). (Paoletti Juan Carlos y otros c/Baravalle, Andrea Patricia y otros s/medida autosatisfactiva", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, 28-abr-2016).

Respecto de su denominación, se ha dicho que la cuestión a dirimir es si constituye una "acción preventiva autónoma" o una "pretensión procesal". En función de ello, los debates doctrinarios oscilan entre quienes entienden que, ante la ausencia de un trámite especial en los ordenamientos procesales, la acción preventiva de daño habrá de tramitar por la vía del juicio ordinario, y quienes interpretan que la efectividad de un derecho sustancial no puede depender de la preexistencia de una norma procesal, agregando que un proceso ordinario para una medida preventiva significaría tornar ilusorio el derecho, en la mayoría de los casos.

"Para lograr la efectiva protección del derecho sustancial a la prevención (general y/o especial) de daños; sea esta una función de la responsabilidad civil, un principio general del derecho, o un mandato constitucional, se requieren instrumentos procesales idóneos. De allí que se haya consagrado la postura que dice así: «si bien las provincias tienen facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar». Aunque es cierto que esta postura no es unánime, creemos que la consagración de este tipo de normas en el Código Civil y Comercial no generará mayores problemas, porque en última instancia la Corte Suprema no ha modificado su postura al respecto -y nonos parece que la vaya a modificar-. Además, no es posible realizar una separación extremadamente tajante entre ambas materias (procesal y sustancial) cuando se quiere otorgar efectiva protección a un derecho de fondo.

Ahora bien, cualquiera sea la denominación o naturaleza jurídica que se le quiera otorgar a la «acción preventiva», lo cierto es que no se puede limitar una figura de tal importancia a la existencia o inexistencia de herramientas procesales locales preexistentes.

Por esta razón, discrepamos de la postura que señala lo siguiente: «A falta de un trámite especial en nuestros ordenamientos procesales para dar cauce a la pretensión preventiva de daños, habrá que estar a las normas generales; en otras palabras -y a menos que se den circunstancias especiales- la pretensión habrá de tramitar por la vía del juicio ordinario».

Pues, en primer lugar, insistimos, no puede depender la efectividad de un derecho de la preexistencia de una norma procesal, ya que ello directamente implicaría desconocer de lleno al legislador nacional, y quedaría en muchos casos la norma del art. 1711 del C.Civ.Com en letra muerta.

En segundo lugar, un «trámite ordinario» para una medida preventiva, en la práctica, se presentaría pocas veces, porque cuando se intenta impedir un daño que va ocurrir, o que ya está ocurriendo, lo más probable es que (asumiendo que exista

cierta urgencia) no se pueda esperar a toda la tramitación de un «juicio» nada menos que «ordinario». Al menos, no como regla que propone un sector de la doctrina..." (Frúgoli, Martín A., *¿Acción o pretensión preventiva? El art. 1711 del Código Civil y Comercial*).

Lo cierto es que el Código Civil y Comercial de la Nación no prevé (entendemos que acertadamente), un trámite específico para la acción preventiva de daño, si bien la incorpora con algunas características procedimentales, para algunos excesivas como ya dijéramos.

En función de ello, hasta tanto se regule legislativamente, los magistrados podrán disponer la tramitación aplicable a los procesos que se inicien en virtud de la acción prevista en el artículo 1711.

"Hasta tanto se regula por los órganos competentes del Estado, el juez podrá disponer la tramitación aplicable a los procesos que se inicien en virtud del impulso de la acción preventiva, superando la inercia del legislador. Se dispondrá de la tramitación de acuerdo al procedimiento que en el caso concreto sea más idóneo y útil para la tutela efectiva del interés ejercitado por vía de la acción preventiva. Podría ser un proceso de conocimiento, ordinario, sumario o sumarísimo, un proceso de estructura monitoria, o la utilización de los denominados procesos urgentes, o, finalmente, el trámite de las medidas autosatisfactivas. Dependerá mucho si estamos en presencia de una acción preventiva de tutelas especiales o indiferenciadas. Si bien se tratará, por lo general, de un proceso de conocimiento, en el primer caso será necesaria una vía sumarísima e incluso monitoria" (Reviriego, José Antonio; "La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino", en www.dialnet.com).

"Ahora bien, el problema que ocupa momentáneamente a los titulares de la jurisdicción [hasta tanto los Código Procesales Civiles y Comerciales de las provinciales se "adecuen" al copernicano giro que tomo el Derecho Público y Privado en los últimos tiempos merced, entre otros, al "neoconstitucionalismo", al renovado "control de convencionalidad", a los "nuevos derechos" constitucionalizados de tercera y cuarta generación, o, en fin, a radicales cambios de la legislación común en lo civil y comercial, de consumidores, ambiental, etc.] es -como aquí- como colmar las "lagunas normativas" de aquél imperfecto e insuficiente diseño.

[...] "sabemos que esta facultad de dictar la legislación de procedimiento es facultad reservada a las provincias, por lo que habrá que estar a lo establecido en la ley procesal local. Pero cierto es, que mientras haya ausencia de normas procedimentales el juez deberá utilizar las herramientas que mejor se ajusten al instituto analizado y regulado por la norma de fondo".

[...] A su turno, en el mismo máximo evento nacional de la procesalística argentina, otra ponente, Laura Elizabeth Mato, postuló que "el proceso sumarísimo es la mejor opción para dirimir la acción preventiva. Ello así, toda vez que se trata del proceso contencioso más abreviado y que garantiza el ejercicio del derecho de defensa y celeridad en los plazos. En la acción preventiva existe identidad con la finalidad

elegida por el codificador en este juicio sumarísimo; tratar cuestiones de íntimo valor o que exige una muy rápida sustanciación" (Paoletti Juan Carlos y otros c/Baravalle, Andrea Patricia y otros s/medida autosatisfactiva", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, 28-abr-2016).

Atendiendo a la naturaleza, características y objetivos de la acción preventiva, sostenemos que la misma debiera transitar mediante un proceso sumarísimo, sin por ello descartar la posibilidad de otras formas de resolución urgente de pretensiones, como las medidas autosatisfactivas y las llamadas sentencias anticipatorias, entre otras.

Asimismo, siendo también aplicables las medidas cautelares clásicas, la acción preventiva de daño no debe confundirse con estas, ya que existen diferencias sustanciales entre ambas.

"Hay notables diferencias entre las medidas cautelares y la acción preventiva, a saber: 1) en las medidas cautelares el peligro está en la demora y el objeto de la petición es lograr la efectividad de una sentencia a dictarse en el futuro, en la acción preventiva el peligro está en la posibilidad de ocasionar un daño o de agravarlo; no se exige acreditar la urgencia; 2) la legitimación para pedir una medida cautelar es ser o haber sido par-te en un proceso principal al cual accede, la acción preventiva no es un procedimiento accesorio, la pretensión constituye el objeto principal del proceso, se trata de una acción preventiva autónoma; 3) las medidas cautelares son siempre provisionales y dependen de la suerte del proceso principal, en la acción preventiva la sentencia que resuelve la petición es definitiva y pone fin al proceso" (Acción preventiva y medidas cautelares, Fundesi <http://fundesi.com.ar/accion-preventiva-medidas-cautelares>).

Finalmente, sostenemos que siendo la acción preventiva prevista en el artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación una acción autónoma, que se agota una vez alcanzado el objetivo de evitar la producción de un daño, su continuación o agravamiento, demanda una tramitación procesal propia que permita garantizar la protección de los derechos para los que fue incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación, siendo el proceso sumarísimo el más adecuado para sus fines.

Por lo expuesto, solicitamos a los señores diputados, la aprobación del siguiente proyecto de ley

Mario Raúl Negri
Diputado de la Nación