

Algunas reflexiones críticas sobre el nuevo Código Civil y Comercial

La acción preventiva y su fragilidad constitucional

Por Fernando Shina

La sistemática del código civil y comercial. En estas pocas e incompletas páginas vamos a intentar hacer algunas críticas sobre el nuevo régimen de responsabilidad que trae el Cód. Civ y Com. La primera reflexión que nos ocupa y compartimos con el lector está referida a la innovadora acción preventiva regulada en los artículos 1710 a 1715 CCC.-

El nuevo Código de Comercio se ocupa de la responsabilidad en el **Libro III, Título V, Capítulo 1, Sección 1 a 11, artículos 1716 a 1780.-**

La acción preventiva. El nuevo sistema pone mayor énfasis en la tarea preventiva, adjudicándole a la teoría general de la responsabilidad un rol importante en materia de prevención del daño. Para ello crea una acción especial que regula en los artículos 1710 a 1715 CCC. Su finalidad, que celebramos, es crear una herramienta ágil y efectiva que permita prevenir daños.-

La comisión redactora al presentar esta nueva acción explica: *Se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, que se explican a continuación. 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 anterior; 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 artículos siguientes; 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. Se reconoce legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.[1]*

Vamos a tratar de explicar los fundamentos de esta acción a partir de las indicaciones que nos dan sus redactores.-

El art. 1710 crea una obligación legal que grava a todas las personas; ella que consiste en evitar la ocurrencia de daños o limitar que ellos se incrementen. Esa obligación de fuente legal determina la existencia del acto antijurídico que, precisamente, consiste en causar un daño cuando había una obligación de evitarlo.-

La acción preventiva procede porque había una obligación genérica (de no dañar) que al ser incumplida ocasiona un acto antijurídico. Avancemos un poco más.-

Una vez que tenemos la antijuridicidad (la concreción de un daño que debió prevenirse) y a su

autor (el sujeto obligado a prevenirlo) el **artículo 1711 CCC** determina quiénes tendrán legitimación activa para exigir que se haga efectiva la obligación prevista en el **artículo 1710 CCC**.-

El **artículo 1712 CCC** determina que la legitimación activa sea amplia, incluyendo a todo el universo de sujetos que tengan **interés razonable** en evitar la producción del daño. El mero interés razonable lleva, casi hasta el infinito, la base de individuos legitimados para iniciar esta acción.-

Los legitimados, como condición de procedencia de la acción que intentan deberán acreditar que determinada acción u omisión, que le imputan al demandado, es idónea para causar un daño que podría evitarse. Se debe acreditar que la conducta o la omisión imputada tiene entidad suficiente para producir un daño que se puede evitar comportándose de otra manera u omitiendo un comportamiento determinado. Lo que se exige es que se acredite que la conducta reprochada previsiblemente causará un daño. Como bien dice la comisión redactora: *“...la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes...”*

La acción preventiva es autónoma porque, a pesar de su naturaleza cautelar, no es accesoria de otra acción que la sostenga. Una vez que cesa la conducta dañosa o se obliga a tomar la conducta adecuada para evitar el daño, o impedir su agravamiento el objetivo de la acción queda cumplido.-

-

Críticas y reflexiones sobre la acción preventiva. Las eximentes de responsabilidad. La idea implícita en la norma nos parece justa; incluso loable pero, sin embargo, esa adhesión no nos inhibe de señalar la peligrosa fragilidad constitucional del texto. Por el contrario, esta norma de alto impacto social está tan mal redactada que corre serio peligro de ser declarada inconstitucional. Veamos qué es lo que tanto nos preocupa.-

El **art. 1711 CCC** apartado final establece que *“...no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución...”*

La primera y única fuente de estudio que tenemos para analizar semejante declaración es la exposición de motivos que precedió a la vigencia completa del código civil y comercial. Allí recurrimos y encontramos que la Comisión redactora señala: *“... 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...”*[2]

Es decir, los creadores del texto nos explican que como se trata de una acción sin contenido patrimonial no es necesario invocar un factor de atribución. Esto significa que no habiendo una disputa material o económica, la parte acusada no tendrá ninguna defensa que oponer a la demanda que cualquiera que tenga un 'interés razonable' decida emprender.-

Según esta inusual concepción, se dictará la sentencia que prevé el **artículo. 1713 CCC**, sin que la parte demandada pueda alegar, como eximente de responsabilidad, la ruptura del nexo causal. Nos apenas decir algo que, sin embargo, no podemos omitir: la redacción de este texto es un dislate jurídico pocas veces visto.-

Pensar que pueda haber una demanda, y que pueda haber un reproche de antinjuridicidad, y que pueda haber una conducta antijurídica, y que pueda haber sentencia condenatoria, y que NO pueda haber una defensa es un pensamiento casi irracional que viola elementales principios; el

texto legal nos causa asombro.-

Además resulta incongruente con la propia sistemática interna del código civil y comercial. Recordemos que, el **art.1734 CCC** establece que “*Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*” Este artículo tiene una finalidad clara y corre en dos direcciones.-

En primer lugar, es una directiva para que el actor del reclamo argumente jurídicamente si la regla de responsabilidad seguirá el curso de un factor objetivo o subjetivo (conf. Artículos 1721 a 1724 CCC). Pero, por otro lado, y con la misma intensidad, el **artículo 1734 CCC** es una directiva para que la demandada disponga sus defensas y las eximentes de que aspira valerse para poner a salvo su responsabilidad. No debemos omitir que siempre que haya una imputación de responsabilidad deberá haber un conjunto de defensas posibles y eximentes de esa responsabilidad, conforme lo señalan los arts. 1722, 1729, 1730, 1731 y 1732 CCC. Sin esta dialéctica de acusaciones y defensas el derecho sencillamente desaparece.-

Francamente, la explicación de la Comisión legislativa nos parece insuficiente, y la redacción del **artículo 1711 CCC** muy mala. Sin dudas, a la norma le espera una larga recorrida por tribunales donde su constitucionalidad deberá ser revisada.-

Quienes sean demandados por una acción preventiva, podrán alegar, con cierta razón, que la ley los priva de las defensas y las eximentes establecidas en el Código Civil y Comercial, violando su derecho de defensa en juicios y, al mismo tiempo, afectando la legalidad y el debido proceso.-

Los factores de atribución de responsabilidad y sus eximentes son elementos sustanciales de la teoría de la responsabilidad. La atribución objetiva de responsabilidad fue un logro mayúsculo del Derecho porque sin ella seguramente continuaríamos habitando en el reino de la impunidad. Pero, no obstante, no podemos dejar de decir que asignar responsabilidad sin permitir defensas atenta contra los pilares más republicanos y democráticos del sistema. Queremos ser claros con esta idea: la defensa en juicio de los justiciables es un derecho humano que bajo ninguna circunstancia debe ser dejado de lado.-

-

El funcionamiento de la acción preventiva. El propio funcionamiento de la acción justifica nuestra preocupación. Veamos. El artículo 1711 CCC crea una obligación legal que consiste en prevenir daños, o disminuir su magnitud, o impedir su agravamiento. Estos son los núcleos que constituyen a esa obligación. Quien siendo obligado a esta conducta la incumple u omite, es pasible de una acción (preventiva). Luego de tramitada, el artículo 1713 CCC se refiere a los efectos y alcances de una eventual sentencia.-

La acción preventiva tiene todos los elementos de la teoría de la responsabilidad. Veamos:

- a) **Hay autoría:** el sujeto que no previene el daño o limita su magnitud o evita su agravamiento.-
- b) **Hay antijuridicidad:** violar la obligación genérica prevista en el **artículo 1710 CCC.**-
- c) **Hay legitimación activa:** todos los que tengan un interés razonable en prevenir un año, conforme lo establece el **art. 1712 CCC.**-

Si hay un autor acusado de realizar u omitir conductas legales, y esas conductas pueden ocasionar

una sentencia condenatoria que imponga obligaciones de dar, hacer o no hacer (conf., art. 1713 CCC) se debió crear un sistema de defensas y eximentes para que el justiciable pueda ejercer plenamente sus derechos constitucionales.-

Nos hacemos una pregunta para la que aún no tenemos respuestas: ¿para qué se incluyó ese fatídico apartado final? ¿Qué sentido tiene su incorporación? Hubiera sido mucho mejor dejar la norma sin ese apartado, dejando que la cuestión referida a las eximentes de responsabilidad se resolviera de acuerdo a los principios generales establecidos en los artículos 1721 a 1724 CCC.-

Por último: Imagine el lector el pésimo uso que de esta norma podría hacer algún funcionario de ideas acaloradas por una militancia mucho más obsecuente que legal. Es necesario que ese texto sea corregido lo antes posible.-

[1]Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, años 2015, pg. 461.

[2]Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, años 2015, pg. 461

Citar: eDial DC1FBC

Publicado el: 04/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina