

# La tutela preventiva y otras cuestiones procesales en el Código Civil y Comercial argentino



## ROLAND ARAZI

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA).  
Ex Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.  
Consultor para las reformas de los Códigos Procesales en las Provincias de Río Negro y Santa Cruz.



AUTORES EXTRANJEROS

DERECHO PROCESAL

ADVOCATUS 132

**RESUMEN:**

En el presente artículo el autor se enfoca en analizar algunos aspectos esenciales del Código Civil y Comercial Argentino desde una óptica procesal. Así, analiza algunas cuestiones fundamentales del Derecho de Familia y otros aspectos como la tutela preventiva que el órgano judicial debe otorgar a aquellas personas cuyos derechos se ven amenazados y que requieren de una pronta tutela a fin de que el daño no se torne en irreparable.

**Palabras clave:** Código Civil y Comercial Argentino, tutela preventiva, daño y perjuicio irreparable.

**ABSTRACT**

In this article the author focuses on analyzing some essential aspects of the Argentine Civil and Commercial Code from a procedural point of view. Thus, he analyzes some fundamental issues of Family Law and other aspects such as the preventive guardianship that the judicial management must grant to those whose rights are threatened and who require an early guardianship so that the damage does not become irreparable.

**Keywords:** Argentine Civil and Commercial Code, preventive protection, damage and irreparable damage.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina —en adelante CC y CN—, se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2015 y constituyó un gran avance respecto del Código Civil y del Código de Comercio que han sido derogados, ambos sancionados en el Siglo XIX.

De entrada constituye un verdadero acierto haber unificado la legislación civil y comercial en un código único, tratando en conjunto instituciones que no se justificaba mantener separadas, especialmente respecto de las obligaciones. Ello, además de la dispersión que existía en materia comercial, pues gran parte del Código de Comercio fue reemplazado por leyes especiales.

Se advierte en la nueva legislación una terminología que denota un mayor respeto por la persona humana. Ya no se habla de “tenencia” de hijo y de régimen de “visitas”, sino de responsabilidad parental, derechos y deberes de los progenitores, cuidado de los hijos y comunicación, etc. Se ha desterrado el término “concubinato” que había adquirido un significado peyorativo para reemplazarlo por “unión convivencial”. Las normas procesales que se referían a inca-

pacidad, demencia, sordomudez, etc. fueron sustituidas por disposiciones que se ajustan a lo dispuesto por los Tratados Internacionales.

Ese cambio de nomenclatura no es solo una cuestión semántica sino que importa una concepción distinta de las personas. Como afirma Lorenzetti en la Introducción al CC y CN, se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible<sup>1</sup>.

Merece destacarse la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida —artículos 569 a 575—: la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre; son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que dio su consentimiento —562—; no se genera vínculo jurídico alguno con quien suministró los gametos si es un tercero, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena — artículo 575— ; no es admisible la impugnación de la filiación cuando haya mediado consentimiento previo informado y libre a las técnicas de fertilización asistida —577—; las personas

1. LORENZETTI, Ricardo L. “Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2015, p.9

nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida pueden obtener información relativa a los donantes en los casos previstos en el artículo 564 —cuando sea relevante para la salud o por razones debidamente fundadas, en este último caso puede revelarse la identidad del donante—.

Es importante el nuevo régimen para la adopción —artículos 594 y siguientes— que intenta simplificar los trámites y abreviar el período de espera; asimismo la creación de la adopción de integración, que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente —artículo 620, último apartado— y tiene efectos distintos a la adopción simple y a la adopción plena —artículo 630 y siguientes.—; y la posibilidad del adoptado de mantener vínculo jurídico con algún miembro de la familia de origen en la adopción plena, y de tener vínculo jurídico con algún miembro de la familia del adoptante en la adopción simple — artículo 621—.

Párrafo aparte merecen las disposiciones que regulan el matrimonio, el divorcio y las uniones convivenciales. En el matrimonio se aclara que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo —artículo 402—.

El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o uno solo de los cónyuges —artículo 437— Se eliminó el divorcio por culpa de uno o de ambos cónyuges, y la necesidad de alegar las causas de la ruptura matrimonial. Las cuestiones que puedan suscitarse respecto a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial la prestación alimentaria, u otras que se propongan, no suspenden el dictado de la sentencia de divorcio —artículos 438 y 439—.

Se regulan las uniones convivenciales basadas en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos

personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo —artículo 509—. Se reconoce efectos jurídicos a esas uniones si se cumplen los siguientes requisitos: a) los dos integrantes sean mayores de edad, b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada una convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período mínimo de dos años —artículo 510—.

La existencia de la unión convivencial, su existencia y los pactos que la pareja haya celebrado, se inscriben en un registro especial a los fines probatorios — artículo 511—; no obstante ser la inscripción en el registro prueba suficiente, también puede acreditarse por cualquier otro medio de prueba —artículo 512—. La inscripción solo es indispensable para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta, de los que no pueden disponerse ni trasportarse sin el consentimiento de ambos convivientes. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro —artículo 522—.

Entre los muchos avances del nuevo Código corresponde señalar también el pago por consignación extrajudicial —artículos 910 y siguientes— a fin de intentar disminuir la cantidad abrumadora de procesos judiciales, eliminado todo aquello que puede hacerse fuera del ámbito de los tribunales.

La protección de los derechos del consumidor ha merecido especial atención, regulándose los contratos de consumo (artículos 1092 y siguientes). El Código, partiendo de la idea de que se trata de una tutela diferenciada por la desigualdad de las partes contratantes, establece que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y

el de acceso al consumo sustentable —artículo 1094—. Asimismo se prevén los contratos bancarios con consumidores y usuarios —artículos 1384 y siguientes— disponiéndose expresamente que a esos contratos les son aplicables las disposiciones relativas a los contratos de consumo.

Lamentablemente, del Anteproyecto original se eliminó en el artículo 14 el reconocimiento a los derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva —individuales homogéneos—.

Sería demasiado extenso seguir enumerando los avances de la nueva legislación con relación a las normas derogadas pero es preciso detenerse en las disposiciones sobre la función preventiva — artículo 1710 y siguientes—, uno de los mayores logros de legislativos, que resulta especialmente aplicable a los procesos colectivos en general.

Debe reconocerse que la tutela preventiva ya había sido receptada por la jurisprudencia en varios antecedentes donde los jueces, aun sin normas regulatorias, ordenaron medidas para prevenir el daño —2—; también el artículo 1586 del Anteproyecto de 1998 contemplaba la acción preventiva.

Esta acción tiene como objeto principal prevenir el daño antes que se produzca o disminuir los efectos del ya producido. Frente al daño, la legislación tradicional procuraba la reparación o en caso de que esta sea imposible, la satisfacción de la víctima y, eventualmente, la punición del agresor. Se agrega ahora la función de prevención.

La tutela preventiva se diferencia de las medidas cautelares en que aquella es definitiva —3—. En efecto, no se trata de una medida provisoria para asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse sino de una pretensión autónoma que constituye el objeto principal del juicio y admite un proceso de conocimiento amplio, si bien en ese proceso se pueden solicitar medidas cautelares. La urgencia no es requisito indispensable para la procedencia de la tutela preventiva.

Es cierto que existen antecedentes legislativos antiguos de tutela preventiva como los interdictos y las acciones posesorias o la llamada "denuncia del daño temido" —artículos 2499, segundo párrafo del Código Civil derogado -texto Ley 17711 y 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, actualización del interdicto de "obra vieja"— cuyos orígenes se remontan al derecho romano; pero esas cautelas protegían principalmente derechos patrimoniales, más específicamente el de propiedad y posesión, agregándose luego la tenencia de bienes. Actualmente se ha avanzado para la protección preventiva de derechos e intereses que hoy se consideran prioritarios, como son los referidos a la salud; a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano; a la seguridad; a la información; a condiciones de trato equitativo y digno; a no soportar ninguna forma de discriminación, etc. —artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional—.

El Código Civil y Comercial otorga especial atención a los derechos y actos personalísimos —artículos 51 a 61—; especialmente el artículo 54 se refiere a los actos peligrosos para la vida o la integridad de las personas y a la necesidad de que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias. La posibilidad de prohibir cláusulas abusivas de los contratos —artículos 988 y 989— constituye también una forma de prevenir el daño pues el juez no solo puede eliminarlas sino también prohibir que sean predisuestas en perjuicio de todos los contratantes posteriores.

Citamos a continuación otras normas específicas de tutela preventiva contenidas en el CC y CN: el artículo 52 faculta a las personas afectadas en su dignidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o que de cualquier modo resulte menoscabada en su identidad personal, a reclamar la prevención del daño; el artículo 592 prevé la impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley, antes del nacimiento del hijo; el artículo 1032 sobre tutela preventiva en los contratos bilaterales, autoriza a una de las partes a suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha

tenido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia; el artículo 1102 concede acción a los consumidores afectados o quienes están legitimados, para reclamar la cesación de publicidad ilícita y la publicación a cargo del demandado de anuncios rectificatorios; el artículo 1770 protege a las personas contra toda intromisión arbitraria en su vida y contra quien publique retratos, difunda correspondencia, la mortifique en sus costumbres o sentimientos, o perturbe de cualquier modo su intimidad. El artículo 2238 que dispone que las acciones posesorias se otorgan ante actos materiales producidos "o de inminente producción", también consagra una acción preventiva.

En cuanto a la legitimación, el Código sigue la doctrina general dando una legitimación extensiva para reclamar una tutela preventiva, y la concede a todos quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño —artículo 1711—.

La nueva legislación adopta un criterio amplio de apreciación judicial en diversas disposiciones; por ejemplo, para evaluar el grado de madurez suficiente del menor de edad; para el ejercicio de ciertos derechos o para conocer datos relativos a su origen en los casos de adopción —artículos 26, segundo apartado y 596, entre otros—; a fin de apreciar las razones que autorizan a no declarar a un menor o a un pariente en un proceso de familia —711—; en el juicio de adopción se da al juzgador un amplio margen de discrecionalidad para evaluar la situación de adoptabilidad — artículo 609— y puede conceder la adopción simple o plena según las circunstancias de cada caso, y mantener subsistente el vínculo jurídico de uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple — artículo 621—; en los juicios de restricción a la capacidad y de inhabilitación también son amplias las facultades judiciales, como lo prevén los Tratados Internacionales.

Además, el nuevo ordenamiento apela a la "razonabilidad", no solo para referirse a la legitimación en las acciones preventivas, sino también en diversas disposiciones. La razonabilidad constituye un principio fundamental del derecho; Morello la estimaba de especial importancia, *elevándolo a la máxima categoría pues es el principio más caro y orientador, el talón de Aquiles del edificio del derecho; el punto determinante de las proporciones; el que establece los límites, el punto crucial para llegar "hasta ahí" en las circunstancias del caso o problema de que se trate.*<sup>2</sup>

Entre los varios artículos del CC y CN que se refieren a la razonabilidad, mencionamos los siguientes: a) en el juicio de alimentos, el juez puede disponer, en caso de incumplimiento reiterado del obligado al pago de la obligación alimentaria, "medidas razonables" para asegurar la eficacia de la sentencia —artículo 553—; b) en la prueba de los contratos el código exige "una razonable convicción según las reglas de la sana crítica" —artículo 1019—; c) el artículo 1011 en los contratos de larga duración dispone que la parte que decide su rescisión deba dar a la otra la oportunidad "razonable" de renegociar de buena fe sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos; c) el artículo 1041 inc. b, se refiere a la obligación del comprador en el contrato de compraventa, de recibir la cosa y los respectivos documentos realizando los actos que "razonablemente" cabe esperar para que el vendedor pueda efectuar la entrega; d) en el contrato de suministro, el artículo 1184 también se refiere a la razonabilidad al tratar del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes; e) el artículo 1685 prevé la necesidad de que el fiduciario contrate un seguro contra responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso que no *resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos*; f) el artículo 1710 impone a toda persona el deber de evitar causar un daño injustificado y adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas "razonables" de prevención aun cuando no se trate del responsable directo pues si este fuese

2. MORELLO, Augusto M. "El proceso civil moderno". Buenos Aires, Librería Editorial Platense, 2001.

un tercero, tiene derecho a que le reembolse el valor de los gastos en que incurrió.

La sentencia que admite la acción preventiva debe ordenar, incluso de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de hacer o de no hacer, procurando la menor restricción posible y el medio más idóneo para asegurar la eficacia del mandato —artículo 1713—. Corresponde señalar que para admitir la acción no es necesario acreditar ningún factor de atribución, es suficiente con demostrar que existe un peligro grave en la producción de un daño que el demandado puede evitar o disminuir su magnitud —artículo 1712—.

El nuevo Código de Proceso Civil de Brasil ha avanzado un paso más en la tutela preventiva estableciendo también la tutela jurisdiccional contra el ilícito en el artículo 497 que dispone: *Para la concesión de la tutela específica destinada a inhibir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito o su remoción, es irrelevante*

*la demostración de la ocurrencia del daño o de la existencia de culpa o dolo* —artículo 497—. Como expresa Marinoni, la norma afirma la disociación entre el acto contrario al derecho y el hecho lesivo, dejando claro que tales tutelas no tienen como presupuesto el daño y los criterios para la imputación de la sanción resarcitoria o sea la culpa o el dolo<sup>3</sup>. De tal forma, en un ejemplo, si se pretendiese introducir en el mercado un producto que contiene elementos prohibidos, la persona legitimada puede solicitar que se impida su comercialización y la demandada no puede excusarse alegando que ese producto no causa daño; se advierte la simplificación de los procesos pues es suficiente con demostrar la acción antijurídica.

Volviendo al CC y CN, este coloca a la República Argentina entre las más avanzadas del mundo en materia civil y comercial; esperemos que los operadores jurídicos —jueces y abogados— interpreten debidamente los principios y paradigmas que dominan la nueva legislación.

---

3. MARINONI, Luiz Guillermo, "Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito", *El Derecho*, 186-1127.