

LA ACCIÓN PREVENTIVA PREVISTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y SU PROYECCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO

MARÍA EMILIA FUNES*

1. INTRODUCCION

En las ciencias sociales se usa la palabra PARADIGMA para describir un conjunto de experiencias, creencias y valores que afectan la forma que un individuo percibe la realidad y la forma en que responde a esa percepción.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se intentó un cambio de paradigma en relación con el tema de daños al legislar la acción preventiva.

En efecto se ha pasado o se quiere pasar del paradigma de la REPARACIÓN al paradigma de la PREVENCIÓN. Se ha creado o se quiere crear un nuevo paradigma en la sociedad: la prevención de los daños, el pensar en el otro y actuar u omitir actuar para no dañar al otro.

Tradicionalmente se entendió que la prevención coercitiva del ilícito pertenecía al derecho administrativo y era tarea del poder de policía del Estado.

Actualmente se ha aceptado que la prevención constituye también una de las funciones esenciales del Derecho de Daños que se hace efectiva mediante la acción preventiva frente a conductas antijurídicas y riesgosas.

Por otro lado, el achicamiento del Estado que se ha registrado en la casi totalidad de las naciones iberoamericanas, incluso la Argentina, ha provocado la desaparición de organismos dependientes del poder administrador que algunas suertes de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces.

2. EL NUEVO ROL DE LOS JUECES. EL MANDATO PREVENTIVO DE DAÑOS

El nuevo rol del juez se traduce en los **mandatos preventivos**. Con su socorro el órgano jurisdiccional puede y debe emitir órdenes judiciales (aún respecto de terceros ajenos al proceso respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. La creciente demanda de jueces con responsabilidad social justifica la aparición de un nuevo instituto.

La actividad judicial no se agota, necesariamente, en la solución de la litis cuando en realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente medidas judiciales que tiendan a evitar otros daños por la misma causa u origen.

3. FUNDAMENTO DE LOS MANDATOS PREVENTIVOS

Los mandatos preventivos encuentran su fundamento en los principios que se desprenden de **la tutela judicial efectiva**.

Actualmente cuando hablamos de debido proceso hacemos referencia a una tutela judicial efectiva que se materializa a través del cumplimiento de diversos principios que nacen de la comunidad internacional, entre los que encontramos el de simplicidad, inmediatez, plazo razonable, justicia transparente y comprensible.

La consagración constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificado por nuestro

país e incorporado por el art. 75 inc. 22 de la CN.

El mandato preventivo es una figura que en el último tiempo ha cobrado auge, en tanto el neo constitucionalismo nos exige la apertura del derecho a una nueva esfera: la de la efectivización de los mismos.

4. CRÍTICA U OBJECIONES

Alguna vez se ha enjuiciado el mandato preventivo de daños por considerar que afecta al principio de congruencia. Sin embargo, cuando el órgano jurisdiccional se decide a incursionar en el ámbito del mandato preventivo, se abre una suerte de nueva instancia, muy diferente a aquella que le sirve de marco. Son dos procedimientos autónomos, susceptibles de recursos y que no influye uno sobre el otro.

El juez en su nuevo rol recurre también a nuevos principios jurídicos que permiten flexibilizar los principios clásicos de seguridad jurídica o congruencia y brindar respuestas más humanitarias y encuentra su fundamento jurídico en el artículo 75 inc. 23 de la Constitución nacional, al encargar la legislación y promoción de medida de acción positiva que permitan el goce efectivo de los derechos consagrados en la misma y en los tratados internacionales.

No podemos seguir pensando en el juez como una máquina de resolver conflictos, la operación meramente silogística ha devenido insuficiente. La realidad supera muchas veces la actividad legislativa y es allí donde en aras de proteger los derechos fundamentales los magistrados deben dar respuesta en el aquí y ahora.

5. REGULACIÓN DEL INSTITUTO

ARTICULO 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.

ARTICULO 1711.-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.

ARTICULO 1712.-Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

ARTICULO 1713.-Sentencia. 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.

6. OTRAS NORMAS

Algo similar sucede con el amparo preventivo previsto en el artículo 43 de la CN, el hábeas data, el hábeas corpus, el artículo 1 de la ley 23592.

Existen normas específicas de tutela preventiva contenidas en el CCyCN: art.

10, 52, 53 54, 722, 1032, 1718.

7. CONCEPTO

La acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatarios (particulares o entidades públicas) a quienes están en condiciones de evitar el acaecimiento, repetición o agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme el orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación antijurídica existente. Debe prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza del daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o morigerarlo.

La acción bajo la lupa sólo reclama la amenaza de un daño generada por una acción u omisión antijurídica idónea para producir un daño futuro. No es exigible ningún factor de atribución.

8. RASGOS DE LA ACCIÓN PREVENTIVA

- a. Genera un proceso de conocimiento con condena atípico.
- b. Sólo exige la amenaza de un daño, sin que se requiera la materialización del daño. Pero exige la presencia de un acto ilícito perpetrado por el demandado.
- c. No es necesaria la presencia de dolo o culpa en el destinatario de la acción.
- d. No es una tutela excepcional ni es de interpretación restringida.
- e. No exige que exista el riesgo de daños graves o irreparables.
- f. No cabe emprender una acción preventiva contra una víctima potencial.
- g. No reclama que exista una vía judicial más idónea.
- h. Es una acción autónoma de la resarcitoria, pero pueden acumularse.
- i. El interés razonable previsto en el artículo 1712 del CCyC puede ser en la preservación de las personas o del patrimonio.
- j. El interés razonable puede consistir en un interés simple y no necesariamente en un derecho subjetivo con aprobación legislativa.
- k. La resolución judicial preventiva puede ser oficiosa.

9. TRÁMITE PROCESAL

Peyrano piensa que la mejor opción es la vía sumarísima.

El artículo 3 apartado II del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario regula la acción de tutela PREVENTIVA y establece "1.- Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, estará legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento. Será competente el Juez del lugar en donde el daño pueda producirse.

2.- El Juez meritara sumariamente la petición y resolverá si la admite o la rechaza sin más trámite, mediante auto que será apelable.

a) En caso de ser admitida y si se conociere el legitimado pasivo, se le dará traslado por tres (3) días, quien al evacuarlo deberá ofrecer toda la prueba. Vencido dicho plazo deberá emitirse pronunciamiento sobre la admisión de la prueba, la que se sustanciará en una sola audiencia a celebrarse dentro de los tres (3) días.

b) Si se desconociese el legitimado pasivo, el Tribunal directamente se pronunciará sobre la prueba, la que deberá rendirse en un término no mayor de

tres (3) días.

c) Rendida la prueba, se llamará autos para sentencia, la que se dictará en el término de tres (3) días y será apelable en igual plazo, por quien ostente interés legítimo.

d) En el caso previsto en el inc. b) la sentencia será publicada por los medios establecidos por este Código a fin de garantizar su mayor publicidad. La sentencia se presumirá conocida a los cinco (5) días de la última publicación.

e) En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el Juez podrá ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. La revocación de tales medidas podrá ser solicitada por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el Juez fijará inmediatamente una audiencia a la que convocará a los interesados. Concluida la misma, resolverá por auto en el plazo de tres (3) días.

3.- En los casos b) y e) deberá exigir el Juez contra cautela suficiente.

4.- La resolución que se dicte será apelable en el plazo de tres (3) días, en forma abreviada y sin efecto suspensivo.

5.- El interesado podrá optar por encausar su pretensión preventiva por la vía del proceso de conocimiento”.

10. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Son legitimados quienes invoquen un derecho que deba ser reconocido. Quedan exceptuados quienes persigan una mera declaración.

Es suficiente con que acrediten un interés razonable en la prevención del daño. El interés también puede ser colectivo. En este sentido resulta útil la clasificación de los legitimados colectivos del artículo 43 de la CN.

También, diversos entes públicos que se encuentren obligados a actuar en defensa de la ley y el orden público cuentan con facultades para interponer la acción preventiva. De esta forma los mismos tribunales pueden interponerla de oficio.

11. LEGITIMACIÓN PASIVA

En cuanto a los obligados el artículo utiliza una fórmula abierta, menciona en forma amplia a *toda persona*, pero la limita con la expresión *en cuanto de ella dependa*.

El deber de prevención alcanza entonces a quienes por su posición, están en condiciones de evitar el daño, o sea, la circunstancia fáctica se encuentra en su esfera de control.

a. Pueden ser legitimados pasivos las personas físicas o jurídicas autoras de un acto o una omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. O aquellas personas que sin ser productoras del daño permitan o coadyuven por colaboración, permisividad,

negligencia o incumplimiento de su obligación de prevenir que el daño se produzca.

b. También pueden ser sujetos pasivos distintos entes, asociaciones empresariales o entidades que agrupen a un conjunto o la totalidad de los destinatarios de una acción preventiva (por ejemplo ONG o una entidad que agrupe clubes para que se modifique ciertas pautas en un deporte).

c. El Estado nacional, las provincias y los municipios (también pueden ser legitimados activos).

12. JUSTIFICACIÓN DEL DEBER DE PREVENIR

Algunos autores justifican el deber de prevenir en principios generales como el antiguo *alterum non laedere*, la buena fe, la solidaridad.

13. LEY DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA LABORAL DE MENDOZA

a. Objeto: la prevención de la violencia laboral, erradicación de la misma y protección a las víctimas, denunciantes y testigos.

b. Su ámbito de aplicación es tanto al sector público como al privado.

c. El organismo de aplicación y control es la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social.

d. Enuncia los supuestos de violencia laboral. Define acoso psicológico, sexual, maltrato físico etc.

e. Establece como sanciones las que prevén los regímenes administrativos y disciplinarios.

f. Medidas de protección: “Subsecretaría de Trabajo y Empleo, podrá sugerir acciones tendientes a la protección del trabajador o trabajadora, **debiendo el responsable o superior jerárquico adoptar las medidas conducentes a preservar la integridad psicofísica de aquél o aquélla**”

14. JURISPRUDENCIA

1). En 1987 el Juez civil y comercial de Morón Héctor Iribarne. La sentencia resolvía la pretensión de compensación de daños patrimoniales y extra patrimoniales por la muerte de varios menores en excavaciones profundas mineras transformadas en lagunas artificiales. El magistrado invocó las disposiciones del Código de Minería y dispuso **de oficio** además de los montos de condena, medidas tendientes a evitar futuros accidentes. La decisión fue revocada por la Cámara (LL 1987-D-364).

2) En 1988. La Cámara Federal de La Plata, sala III, en el caso de una niña que murió de asfixia en un depósito de agua producido por excavaciones, además de la indemnización intimó al Estado Nacional para que en 30 días coloque un alambrado perimetral y carteles de alerta e impuso al municipio de garante.

3). El 30-03-2005, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, si bien rechazó la demanda por daños en un accidente ferroviario donde el conductor manejaba ebrio a excesiva velocidad. La mayoría del tribunal superior confirmó la decisión de la Cámara que de oficio había dispuesto una medida que denominó “cautelar innovativa” a fin de verificar si el cuadro fáctico se mantenía y en caso afirmativo se intimara a la empresa a realizar dentro del plazo de

treinta días todas las medidas para mejorar esa señalización (carecía de señales lumínicas y sonoras, sólo tenía una cruz de San Andrés, con altos pastizales que impedían la visión) “Carrizo, Carlos Alberto y otro c/ Tejada, Gustavo p/ daños y perjuicios” (Fallos: 320:1633).

4). Corte Suprema de Justicia de la Nación “Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros s/ Daños y perjuicios, 07/08/97.

El Superior Tribunal decidió: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundándose en que no podía incurrir en prejuzgamiento, desestimó la medida cautelar innovativa solicitada en un proceso de indemnización de daños y perjuicios mediante la cual se reclamó que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo del actor que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos”.

5). Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II Exp. 49066 “ASOCIART S.A. ART EN J: 49066 "BARROSO, MARIA FABIANA C/ ASOCIART A.R.T S.A" (49066) P/ REC.EXT.DE INSCONSTIT-CASACIÓN".02/11/2017.

En el marco de una indemnización por incapacidad psicologica derivada de un acoso sexual, el Superior Tribunal decidió: “ Reflexión aparte merece el actuar del empleador, por cuanto quedó acreditado con la declaración testimonial de la Sra. Lisanti, que el acoso laboral y sexual ejercido por Gabriel Ambrosini sobre María Fabiana Barroso era conocido por los dueños de la empresa. Considero necesario recordar que, conforme a la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo (ley 19587, decreto reglamentario 351/79), el empleador debe adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas de higiene y seguridad para proteger la vida y la integridad de los trabajadores y que, a la luz de la normativa internacional vigente, el Estado no puede permitir que los empleadores violen los derechos de los trabajadores, por lo que debe velar por el estricto cumplimiento de la normativa laboral (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y Otros s/ Recurso de Hecho”, 24/11/2009). Por ello, ponderando el deber de prevención del daño, que pesa sobre toda persona en cuanto de ella dependa (artículo 1710 del Código Civil y Comercial) y a la luz de lo dispuesto en el artículo 75 de la LCT, ley 25212, artículos 4 inc a, b y g y la ley 4974 artículo 2 inciso 1 y 3 y artículo 5 inciso 8, notifíquese la presente resolución a la Subsecretaría de Trabajo y Empleo dependiente del Gobierno de Mendoza, en su domicilio sito en Av. San Martín 601, Ciudad de Mendoza, a fin de que a través de sus oficinas de Asesoría Médica, Asesoría Técnica e Inspección y vigilancia constaten y fiscalicen las condiciones en que se cumplen las tareas en la firma Bodegas y Viñedos Pincolini S.A. sito en Guardia Vieja N° 1.100, Vistalba, Luján de Cuyo, Mendoza. Asimismo, deberán informar a la Cámara Segunda del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° 49.066 y en el plazo de quince días, el cumplimiento por parte de la empresa de las normas sobre higiene y seguridad y las medidas que ha tomado la empresa a fin de prevenir situaciones como la juzgada en la presente”.

6). Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, EXP. 53842 CORVALAN ZIDANIELIA ELIZABETH C/ MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS Y OTS. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS (10/05/2020)

El superior Tribunal confirmó la decisión de la PRIMERA CÁMARA CIVIL que decidió: “Disponer que la Municipalidad de Las Heras, a través de sus

organismos técnicos, dando intervención a EDEMSA presente en primera instancia en el plazo de quince días a partir de este decisorio una propuesta o plan de trabajo indicando las medidas conducentes, razonables y pertinentes para suprimir el peligro que importa la invasión por parte de la nueva construcción de la zona de seguridad de las instalaciones eléctricas que determina la ley de Servidumbre Administrativa de Electroducto N° 5518” .-

15. CONCLUSIÓN:

No caben dudas que la prevención del daño sobre el trabajador pesa principalmente sobre el empleador en los términos del artículo 75 de la LCT y sobre las aseguradoras de riesgo de trabajo en los términos de los artículos 1.1 y 4. 1 y 2 de la LRT.

Sin embargo, y en especial en materia de riesgos, haber delegado a entidades con fines de lucro la prevención y protección de la salud de los trabajadores no ha dado buenos resultados.

Es en este contexto que la acción preventiva del daño es que cobra una gran relevancia práctica y un amplio campo de acción entre los jueces laborales. Quienes resultamos testigos de los reiterados incumplimientos legales por parte de los obligados del sistema.

Se busca con esta pequeña exposición liberar los prejuicios o preconceptos respecto de la violación de la seguridad social o bien del debido proceso y que pretenden limitar el campo de acción de los nuevos jueces.

BIBLIOGRAFÍA.

“La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Director Jorge Peyrano. Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2016

*Abogada. Mgter en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales. Juez de la Quinta Cámara Laboral de la Provincia de Mendoza.