

[Anterior](#) [Siguiente](#)

¿A qué se refiere el artículo 1711 del CCyC cuando habla de acción preventiva?

por ALEJANDRO ALBERTO FIORENZA
18 de Octubre de 2017
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF170423

PLANTEO DEL PROBLEMA.

Dentro del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación encontramos que a la responsabilidad civil se le asignan básicamente dos funciones, una clásica que es la resarcitoria y otra, que si bien no tan novedosa en cuanto a su reconocimiento por la doctrina y jurisprudencia, sí lo es en lo que respecta a su expresa regulación dentro del ordenamiento que rige el derecho privado argentino, que es la llamada función preventiva de daños.

Se estructura, así, la responsabilidad civil sobre una función esencial que cumple dentro del derecho en general, en cuanto demarcatoria de aquellas conductas que espera no sean realizadas por la ciudadanía, introduciendo en el cuerpo del CCyC deberes genéricos de conducta que mandan a no dañar ([art.1716. CCyC](#)) y a evitar la causación del daño ([art. 1710. CCyC](#)). Luego, ante el incumplimiento de cada uno de los mismos surgirá sobre la cabeza de su autor la correspondiente obligación de reparar ([art. 1716, CCyC](#)) o prevenir en concreto ([art. 1711. CCyC](#)), según el caso, a modo de sanción. De ahí que sea incorporada la responsabilidad civil dentro del nuevo código, específicamente, como una fuente de obligaciones.

En consecuencia, por ejemplo, ante el incumplimiento por una persona del deber de no dañar, esto es, en caso de causarle un daño a otro individuo, nacerá sobre la cabeza del autor la consiguiente obligación de reparar a aquél de conformidad con lo postulado por el CCyC, siempre y cuando se verifiquen los presupuestos de tal función, enumerados en los arts. 1716 y ss. del CCyC. Ocurriendo lo propio con la función preventiva, en cuyo supuesto el deber es el contenido en el art. 1710 del CCyC, de cuya violación se seguirá el surgimiento en cabeza de su responsable de una obligación de prevenir, cuyo contenido será similar, pudiendo incluso resultar determinado por el órgano judicial en caso de reclamarse ante los Tribunales, en la medida en que se verifiquen, nuevamente, los presupuestos exigidos normativamente, puntualmente en el art. 1711 del CCyC.

Surge entonces, sobre este marco, la duda relativa a la utilización que se ha hecho en torno de la función preventiva de daños del término "acción", concretamente en el art. 1711 del nuevo código.

Ello así, especialmente, porque según la gran mayoría de autores se alude en dicha norma a la posibilidad con la que cuentan los particulares de acudir a la justicia en reclamo de aquello que es mandado por el propio deber genérico de prevenir; sin perjuicio de que algunos prefieran el término acción, mientras otros aludan, mas bién, al de pretensión, echando mano al efecto de los conceptos que sobre los mismos surgen de un campo científico tan especial como lo es del perteneciente al derecho procesal.

Lo cierto es que si se lee atentamente el art. 1711 del CCyC, en ningún momento se alude en el mismo a órgano judicial alguno. Simplemente dispone que "...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". Es decir, que se limita a enumerar cuáles son los presupuestos que deben darse en un caso concreto para hacer surgir lo que la propia norma denomina "acción preventiva". Pero, como se dijo ya, no se alude a ningún juez un

tribunal, sino hasta el [art. 1713](#), referido propiamente a lo que podríamos denominar "sentencia preventiva", pero de la cual nos ocuparemos en otro momento.

A raíz de la conclusión anterior, pensamos en la posibilidad de que la confusión en la que muchos autores incurren al diferenciar entre la acción como derecho de acudir a los órganos judiciales del Estado en reclamo de una respuesta jurisdiccional atinente a una pretensión concreta, y esta última, sea consecuencia, ni más ni menos, que de la noción que de tales institutos tenemos los procesalistas, que muchas veces estamos tan preocupados en conservar la pureza conceptual y evitar la utilización de vocablos multívocos que nos olvidamos que no todos los juristas observan la cuestión de la misma manera.

Para decirlo en forma más sencilla, creemos que el problema de interpretación que genera el término "acción" contenido dentro del art. 1711 del CCyC proviene del hecho de que no se refiere el mismo ni a la acción judicial ni tampoco a la pretensión procesal, sino que obedece simplemente a la noción que de acción han tenido históricamente los cultores del derecho civil.

DE LA ACCIÓN COMO BRAZO ARMADO DEL DERECHO A LA ACCIÓN COMO DERECHO AUTÓNOMO. Durante muchísimo tiempo, desde la antigüedad, se mantiene en el ideario de los civilistas la idea de que la acción puede ser visualizada como una desmembración del derecho sustancia, es decir, como si aquella estuviera adosada al derecho; de modo tal que se consideraba que quien tenía un derecho, tenía a su vez una acción para postularlo en juicio (1).

Nociones de este tipo podían encontrarse ya en el antiguo Derecho Romano, del cual nos han llegado definiciones tales como aquella que interpreta a la acción como la res in iudicio deducta, es decir, la cosa que en el juicio se pide (2); o también como el ius perseguendi in iudicio, esto es, el derecho deducido en juicio; que obedecían al hecho de que en Roma era la propia acción la que generaba el derecho, debido a que existía no un sistema de derechos, sino un sistema de acciones; bastando con fijarse en la división romana tradicional del derecho en personas, cosas y acciones, para confirmar lo dicho (3). Las mismas se encontraban tan enraizadas en el derecho romano que las definiciones que a su alrededor se tallaron pasaron a constituir verdaderos dogmas, que incluso se mantuvieron vigentes durante muchos siglos, al punto que varias de ellas fueron también adoptadas por juristas de la talla de Celso y Ulpiano (4).

Sin embargo, perdida la organización procesal romana, al concepto de acción no le quedó más opción que la de evolucionar en paralelo a la nuevas concepciones que en torno del proceso comenzaban a perfilarse.

De este modo pasó la acción a ser definida como el derecho en ejercicio o el derecho reaccionando contra su violación. Tal es el caso, por ejemplo, y más acá en el tiempo, del propio Savigny, quién sostenía que de la circunstancia de que alguien viole un derecho surge a su vez otro, o, mejor dicho, el mismo derecho sólo que en pie de guerra para acudir a tribunales (5).

Entremezclándose, así, la acción y el derecho sustancial, al punto de ser considerados como una misma cosa (6); y no siendo posible, por tanto, concebir al derecho sin la acción, porque el primero carecería de eficacia sin la segunda que lo protegía; como así tampoco a la acción sin el derecho, porque aquella no es sino una parte de éste.

A partir de todo esto es que se arribó a un concepto puramente privatista de la acción, en virtud del cual no era posible concebir a ésta sin el derecho, como podría ser el supuesto de una demanda injusta; ni al derecho sin acción, como es el caso de las obligaciones naturales; como así tampoco a una acción cierta con un derecho incierto, como el embargo preventivo; o a una acción satisfecha y triunfante con un derecho insatisfecho, como la ejecución de sentencia condenatoria que se hace infructuosa por insolvencia del deudor (7). Se llegó, efectivamente, al extremo de considerar a la acción como si se tratara del propio derecho puesto en movimiento, es decir, como un nuevo aspecto de este último, preferentemente dinámico.

Allí radica, precisamente, la razón por la que aún hoy en día los cultores del derecho privado, especialmente los civilistas, continúan llamando acción al derecho a obtener el funcionamiento de las normas materiales aseguradoras alterado por la violación de una norma material distributiva (8). Costumbre que es en definitiva la que ha llevado a la redacción del art. 1711 tal y como se encuentra en el nuevo CCyC.

No obstante, en el campo de la disciplina relativa al derecho procesal, que es de donde han venido las mayores críticas para tal norma, dicha confusión ya está pasada de moda. De ahí justamente la dura reacción.

Entre los procesalistas, aquella visión de la acción se mantuvo hasta el último tercio del siglo diecinueve, es decir, mientras se encontraba aún en plena vigencia el reinado de la exégesis y del derecho subjetivo privado (9), el cual imperaba incluso sobre otras ramas jurídicas vinculadas, como es el caso de la nuestra. Fue entonces cuando se puso en duda aquel dogma que durara tantos años, surgiendo una nueva concepción de la acción. Todo ello gracias a la famosa polémica entablada en su momento entre dos autores tudescos: Bernhard Windscheid y Theodor Muther; quienes pusieron de cabeza toda aquella tradición.

El primer gran impulso de ese cambio lo podemos ubicar temporalmente en el año 1856, cuando Windscheid publicó en Düsseldorf su estudio titulado "La acción del Derecho Civil romano desde el punto de vista del derecho actual", en el cual puso en contraste la concepción romana del proceso, con la noción que del mismo tenía el derecho medieval germánico (10). Sostuvo, en concreto, que la violación del derecho material no engendra la acción, sino una mera pretensión (la *anspruch*); no siendo la acción otra cosa más que esa pretensión deducida en juicio contra el demandado (11). Helo allí al gran paso dado dentro de la evolución de las teorías referentes a la acción: puede haber acción sin tener derecho y, correlativamente, pueden haber derechos que son pausibles de ser perseguidos por vía de acción (12).

Muther, por su parte, elaboró un trabajo bajo el título de "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar"(13), el cual fuera publicado en 1857, y en el que sostuvo que el derecho y la acción (*actio*) son dos derechos distintos: uno es el presupuesto del otro, pero pertenecen a ámbitos diferentes, puesto que uno es privado y el otro es público (14). De modo tal que al tiempo que la acción se dirige contra el Estado para que conceda tutela jurídica mediante sentencia favorable al actor, también se dirige aquella contra el demandado, para obligarlo al cumplimiento de la prestación. Se produce así la segunda gran innovación en el estudio de la acción, atento a que se indica al Estado como uno de los sujetos pasivos del derecho de acción. Lo que le permitió al propio Muther, y años después a Wach (como veremos a continuación), sostener que la acción es un derecho de carácter público que, como tal, se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico público y no por el derecho privado (15).

Sobre la base de dicha discusión doctrinaria se pudo dejar atrás no solo la vieja concepción del Derecho Civil Romano, sino también la derivada de los fundamentalistas del derecho privado, y así abrazar, de una vez por todas, la tan anhelada autonomía de la acción. En otras palabras, se logró arribar, finalmente, desde el campo del derecho procesal, al desprendimiento definitivo entre el derecho de acción y el derecho subjetivo violado (16).

De ahí en más fueron surgiendo también otras voces que además de resaltar la aludida diferenciación, pusieron el acento en otras cuestiones que ayudaron al avance de la concepción de la acción hasta la que actualmente nosotros postulamos.

Tal es el caso, por ejemplo, de Wach, quién algunos años después (en 1885) afirmó que la acción es un derecho público independiente del derecho subjetivo privado que constituye la pretensión frente al adversario, que se dirige a obtener la tutela jurídica que el Estado debe otorgar y que ha de soportar el demandado (17). También el de Degenkolb, que hablaba de la acción como un derecho abstracto que le pertenecía a todo quien deseara formular pretensiones ante la justicia (18). Incluso el de Chiovenda, ya que éste publicó en los comienzos del siglo XX un ensayo titulado "L'azione nel sistema dei diritti", que fue leído en 1903 en la apertura de cursos de la Universidad de Bolonia (19), en el cual se vale de su famosa teoría de la acción como derecho potestativo (20) (conforme a la cual caracteriza a la acción como un poder jurídico distinto del derecho subjetivo privado y de la obligación civil (21)), para separar la acción del derecho subjetivo (22).

Fue por consiguiente de la mano de todas las posiciones recién referidas, y de muchas más que no tiene sentido mencionar ahora, que se fue abandonando, poco a poco, aquella visión conforme a la cual se visualizaba a la acción como si se tratara del brazo armado del derecho sustancial, para pasar a considerarla como un derecho subjetivo público, abstracto y autónomo, que tienen las personas privadas contra el Estado, representado por el órgano judicial, a fin de que éste se ponga en funcionamiento.

Pudiéndose citar, a modo de resumen de todo lo dicho, lo expresado a este respecto por Couture en el sentido de que el derecho procesal ha tenido, a lo largo de su desenvolvimiento doctrinario, tres significados diferentes de la acción: en un primer significado, perteneciente al derecho romano clásico, la acción es un "*ius persecuendi in iudicio*", vale decir, una potestad jurídica de requerir del tribunal la satisfacción de un crédito o la entrega de una cosa; una segunda concepción, superando la primitiva idea romana, que sólo concibió acciones pero no concibió derechos sustanciales, involucra el derecho y la acción, entendiendo a ésta, simplemente, como el derecho en movimiento, "*casqué et armé en guerre*"; y

finalmente una tercera concepción que desprende la acción del derecho material y transforma a aquélla en un poder jurídico autónomo (23).

CONCLUSION.

Teniendo en cuenta lo dicho en el acápite anterior, no puede dudarse en la actualidad de que el término "acción" alude efectivamente al derecho con el que cuenta toda persona de concurrir a los órganos judiciales predispuestos por el Estado a fin de obtener una adecuada y justa respuesta jurisdiccional a sus reclamos de índole jurídica; al menos dentro del ámbito del derecho procesal.

En otros ámbitos como ser el propio del derecho privado, puntualmente del civil y comercial, en cambio, el término "acción" no es utilizado necesariamente con tal alcance, aún cuando muchos piensen que así debe ser, no tanto por una cuestión técnica sino más bien por caer en esa tentación que es propia de todos los que cultivamos una cierta rama del derecho, de teñir con el color de la misma a todas las restantes.

Dicho de otra forma, es una interpretación posible del art. 1711 del CCyC la que brindan cierto número de civilistas y procesalistas, quienes entienden que el término "acción" debe ser entendido como sinónimo de acción judicial o de pretensión procesal; pero también es perfectamente válida la que aquí proponemos, en el sentido de que se tenga en cuenta la noción histórica que dentro del derecho civil se le ha dado a la acción y que en consecuencia se adopte el mismo a la hora de entender qué es lo que se encuentra regulado en aquella norma del CCyC.

De tal modo, será posible decir que ante la violación del deber genérico de prevenir el daño por parte de un sujeto concreto surgirá sobre su cabeza, a modo de sanción, una obligación concreta en ese mismo sentido, es decir de prevenir el daño en cuestión, que se caracteriza y diferencia de aquél otro en que resulta exigible por su legitimado activo o acreedor, convirtiéndose el obligado en deudor de tal prestación. Exigibilidad que es, en efecto, la que diferencia al deber de la obligación y que si bien será puesta en funcionamiento primordialmente por la vía judicial, a través -ahora sí- de la pretensión preventiva que aporte contenido a la correspondiente demanda, nada impide que lo sea también por fuera del proceso, esto es, extrajudicialmente, sin darle intervención a autoridad alguna.

Para decirlo en términos más sencillo, por ejemplo, ante la posible caída de un balcón, apreciada por el dueño del inmueble del que el mismo forma parte, surge sobre éste el deber de prevenir el daño que el mismo pudiera causar de caerse efectivamente, tomando las medidas del caso, que serán seguramente las atinentes a su apuntalamiento y restauración. Pero si en lugar de ello prefiere mantenerse sin hacer nada, entonces estará violando el deber de prevenir regulado en el art. 1710 del CCyC, ante lo cual surgirá en su cabeza la obligación del art. 1711 del CCyC (si es que se dan los presupuestos de la función respectiva en el caso, obviamente), desde que cualquier vecino podrá exigirle que ponga en marcha las referidas obras. Ahora bien, tal reclamo o exigencia podrán realizarla los vecinos en forma personal, tocándole el timbre de su casa y pidiéndoselo cara a cara, o incluso mediante intimación extrajudicial, verbigracia, por medio de carta documento; o bien podrán acudir a un abogado para que los represente en la presentación de una demanda en la que se pida al órgano judicial competente no sólo que declare la existencia de la obligación en cuestión del dueño de casa sino además que precise qué es lo que tendrá que hacer al respecto para prevenir la caída del mismo y la consecuente producción del daño.

En suma, no se trata ya de la acción judicial ni de la pretensión procesal sino de una etapa anterior, estrictamente sustancial, en la que de un deber genérico que cumple funciones puramente demarcatorias se pasa a una obligación específica y exigible.

Notas al pie:

1) Bidart Campos, Germán J., "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en "La legitimación (Homenaje al profesor doctor Lino Enrique Palacio)", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

2) Gozaíni, Osvaldo A., "El debido proceso", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 92.

3) De Pina, Rafael y Castillo Larrañaga, José, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Porrúa, México, 2007, p. 147.

- 4) Mercader, Amílcar A., "La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico", Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 161.
- 5) Según lo explican Colombo, Carlos J.; Alvarez Juliá, Luis; Neuss, Germán R. J.; y Porcel, Roberto J.; "Curso de derecho procesal civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 132.
- 6) Couture, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", B de F, Buenos Aires, 2005, p. 100.
- 7) Couture, Eduardo J., "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Fas, Rosario, 2011, p. 39.
- 8) Estigarribia de Midón, Gladis, "Lecciones de derecho procesal civil", Mave, Corrientes, 1999, p. 133.
- 9) Carlos, Eduardo B., "Introducción al estudio del derecho procesal", Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 271.
- 10) Couture, Eduardo J., "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Fas, Rosario, 2011, p. 36.
- 11) Estigarribia de Midón, Gladis, "Lecciones de derecho procesal civil", Mave, Corrientes, 1999, p. 136.
- 12) Colombo, Carlos J.; Alvarez Juliá, Luis; Neuss, Germán R. J.; y Porcel, Roberto J.; "Curso de derecho procesal civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 132.
- 13) Carlos, Eduardo B., "Introducción al estudio del derecho procesal", Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 272.
- 14) Colombo, Carlos J.; Alvarez Juliá, Luis; Neuss, Germán R. J.; y Porcel, Roberto J.; "Curso de derecho procesal civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 132.
- 15) Estigarribia de Midón, Gladis, "Lecciones de derecho procesal civil", Mave, Corrientes, 1999, p. 137.
- 16) Gozaíni, Osvaldo A., "El debido proceso", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 93.
- 17) Carlos, Eduardo B., "Introducción al estudio del derecho procesal", Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 273.
- 18) Gozaíni, Osvaldo A., "El debido proceso", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 94.
- 19) Couture, Eduardo J., "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Fas, Rosario, 2011, p. 36.
- 20) Dice Couture que aunque errada esta concepción, no puede negarse que sirvió la misma en pos de encontrar una base común a la acción triunfante y a la acción rechazada (Couture, Eduardo J., "Teoría de las diligencias para mejor proveer", Fas, Rosario, 2011., p. 39). Nosotros optamos por coincidir con él y no con autores como Di Iorio, que han sostenido que se trata la tesis de Chiovenda de una regresión en la evolución que sufrió el derecho de acción hasta llegar a nuestros días (Di Iorio, Alfredo, "Lineamientos de la teoría general del derecho procesal. Propuesta de un derecho jurisdiccional", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 66 y ss.). Porque como bien dice Carlos, parecería difícil imaginar, por ejemplo, una orientación publicística de la acción como la de Calamandrei (discipulo de Chiovenda), según la cual la misma se ejercita respecto del Estado y no del adversario, sin la postulada anteriormente por su maestro, quién sostenía que la acción se dirige frente al Estado en la persona de su órgano jurisdiccional y contra el adversario (demandado) que ha de sufrir los efectos jurídicos de ese poder que es la acción (Carlos, Eduardo B., "Introducción al estudio del derecho procesal", Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 277).
- 21) Carlos, Eduardo B., "Introducción al estudio del derecho procesal", Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 277.

22) González Castro, Manuel A., "La acción meramente declarativa", Alveroni, Córdoba, 2007, p. 89.

23) Couture, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del Proceso Civil", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1948, p. 26.

CONTENIDO RELACIONADO

Legislación

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 1716](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 1710](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 1711](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general

[Código Civil y Comercial de la Nación Art. 1713](#)

LEY 26.994. 1/10/2014. Vigente, de alcance general