

Título: Tutela anticipada, prevención del daño y medidas cautelares

Autores: Contrera, Gabriel A. - Imaz, Joaquín A.

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/432/2024

Sumario: I. Introducción.— II. La función preventiva de la responsabilidad civil.— III. El punto de contacto entre la función preventiva y las medidas cautelares.— IV. Presupuestos sustanciales de la función preventiva.— V. Presupuestos procesales de la medida cautelar.— VI. El contenido de la tutela anticipada y su compatibilización con el criterio de menor restricción posible.— VII. Conclusión.

(*)

(**)

I. Introducción

Sin lugar a duda, la sanción del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), impuso un importante replanteo del sistema de responsabilidad civil, a partir del reconocimiento expreso de una función preventiva (art. 1708). Tal finalidad ha sido estructurada, por un lado, por la explícita imposición de un deber general de prevención del daño (art. 1710) y, por el otro, por la regulación de una "acción" específica para hacerlo exigible (art. 1711).

Que la responsabilidad civil tenga funciones, significa reconocer que nuestra disciplina tiene finalidades que trascienden la clásica reparación del daño injustamente ocasionado. Desde esta perspectiva, la acepción "función" ha sido empleada en el primero de los sentidos, es decir, como expresiva de finalidad [\(1\)](#).

El derecho de daños clásico —abocado al resarcimiento— se enmarca fuertemente en la lógica de la prevención general, donde la amenaza de pagar una cuantiosa indemnización se concibe como desincentivo de conductas peligrosas. Se asume que, en su afán de evitar el costo de una indemnización futura, los sujetos refuerzan las medidas a su alcance para evitar daños.

Sin embargo, en el siglo XXI, se observan —cuanto menos— tres circunstancias que dejan en evidencia la insuficiencia del solo resarcimiento, poniendo en crisis el paradigma tradicional.

En primer lugar, diversos factores económicos hacen que en ocasiones el costo de reparar no resulte un incentivo suficiente para adoptar medidas preventivas: hay supuestos en los que el costo de indemnizar un eventual daño posterior, se percibe económicamente menor que el costo de adoptar medidas preventivas [\(2\)](#); casos en los que el costo de las potenciales indemnizaciones se trasladan sin mayores dificultades a precios, o en las que el riesgo de afrontarlas aparece fuertemente relativizado por la contratación de seguros [\(3\)](#); también supuestos en los que el deudor es insolvente y por ello no tiene incentivos para prevenir [\(4\)](#).

En segundo término, la ampliación de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a partir de la recepción constitucional de los Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN), dejó en evidencia la necesidad de nuevas formas de tutela. En particular, el reconocimiento de derechos que no tienen estricto contenido patrimonial (integridad personal, salud, intimidad, honor, etc.) o de incidencia colectiva (ambiente sano), torna muchas veces infructuosa a la reparación meramente pecuniaria [\(5\)](#). Ello es especialmente evidente en el caso de daños al ambiente, donde ninguna suma es suficiente para volver atrás daños irremediables para las generaciones presentes y futuras [\(6\)](#).

Finalmente, la incidencia del factor tiempo en los procesos judiciales hace que muchas veces la función resarcitoria resulte —en definitiva— insatisfactoria. Se incluyen aquí, especialmente, aquellos graves daños sobre la integridad de las personas que requieren una atención urgente para evitar la consumación de consecuencias de mayor entidad o francamente irreparables. Este problema, fue objeto de múltiples elaboraciones en el campo del derecho procesal, que buscó alternativas para anticipar el resultado de la pretensión resarcitoria, mayormente a partir de un ensanchamiento del ámbito cautelar [\(7\)](#).

Dentro de este último abanico de supuestos, hay casos en los que la única manera de prevenir el daño consiste en el anticipo de una pretensión reparatoria. Ello ocurre cuando se trata de evitar la consolidación de daños especialmente graves sobre la persona, o de morigerar su intensidad, en circunstancias donde el tiempo es vital para cualquier gestión preventiva.

Pensamos, como ejemplo arquetípico, en el tristemente frecuente caso de una persona que es víctima de un accidente vial y que requiere de un tratamiento complejo para salvar su vida o para evitar secuelas irreversibles en su integridad física.

En las siguientes líneas, nos detendremos sobre este ejemplo y analizaremos los presupuestos bajo los cuales la función preventiva de la responsabilidad puede ser encauzada cautelarmente en un proceso de daños y

perjuicios, con el fin de morigerar o evitar la consolidación de daños graves sobre las personas.

II. La función preventiva de la responsabilidad civil

El Código Civil y Comercial resolvió viejas polémicas doctrinales en torno a las funciones de la responsabilidad (8), al disponer en el art. 1708 —que encabeza el capítulo dedicado a la "Responsabilidad Civil"— lo siguiente: "Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación".

Seguidamente, el art. 1710 dispone que "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".

Esta norma ha generado múltiples divergencias interpretativas. Una interesante discusión se plantea entre quienes consideran que la enumeración es un reflejo de las diferentes formas que adopta la conducta debida (9) y quienes opinan que allí se establecen diferentes destinatarios (sujetos pasivos) del deber (10).

La mayoría de la doctrina se inclina por la primera posición.

Picasso y Sáenz opinan que la enumeración de la norma puntualiza diferentes supuestos del deber de prevenir: evitar un daño que es producto de una acción u omisión antijurídica [inc. a)], disminuir la magnitud del daño, cuando aquel es continuado [inc. "b)], y no agravar la magnitud de un perjuicio ya producido [inc. c)].

Carlos Calvo Costa explica que el art. 1710 describe el deber de prevención en tres instancias sucesivas del daño: en la evitación de su producción [inc. a)], en la adopción de medidas para disminuir la magnitud de un daño en curso [inc. b)], y en la evitación de su agravamiento, si el daño ya se produjo [inc. c)] (11).

Por su parte, Sagarna interpreta que la norma establece diferentes manifestaciones del deber de prevenir, según las fases de consolidación del daño: en el inc. a) se define un "principio nuclear" de evitar la producción de un daño y —seguidamente— en el inc. b) se brinda una "pauta certera" de cómo hacerlo: adoptando de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitarlo. Luego, la segunda parte del inc. b) haría referencia al deber de mitigar el daño y, finalmente, el inc. c) impone no agravar el perjuicio (12).

En este contexto, queda claro que una de las manifestaciones del deber de prevención consiste en el deber de hacer cesar daños continuados, así como también el de morigerar la magnitud de perjuicios ya ocurridos.

III. El punto de contacto entre la función preventiva y las medidas cautelares

El art. 1711 del Cód. Civ. y Com. reconoce una acción para requerir la prevención del daño, ya sea de manera definitiva o provisoria. Como bien apunta la profesora Meroi esta última se trata —en rigor— de una "pretensión" (13) de derecho sustancial que es en sí misma autónoma de la pretensión indemnizatoria.

Pese a su regulación sustancial en el Código Civil y Comercial, lo cierto es que los ordenamientos procesales no han establecido aún un procedimiento específico para su ejercicio. Ante esta situación, prácticamente toda la doctrina nacional coincide en que la función preventiva puede activarse a través de diferentes vías, que deberán encausarse de conformidad a los mecanismos procesales con los que se cuenta en cada jurisdicción (14).

Está claro que tal pretensión puede ser ejercida en un proceso dirigido exclusivamente a la prevención del daño y con total independencia de un (eventual) proceso resarcitorio. Sin embargo, nada impide que la prevención pueda ser también encauzada por la vía incidental, como una medida cautelar en un proceso (principal) en el cual se pretende la reparación del daño, si es que concurren también sus requisitos procesales específicos.

Así, Camps se refiere a una pretensión preventiva de cese dependiente (incidental o cautelar), cuando la pretensión preventiva "se introduce luego del inicio del juicio indemnizatorio, la misma o bien tendrá la forma de un incidente —incidente de cese o minimización de daños— en cuyo contexto se dispondrán las obligaciones ya aludidas (ahora no tendientes a evitar un daño sino a detener o reducir las consecuencias del ya ocurrido) previo traslado a las partes, con fuerza definitiva o bien revestirán el ropaje de una medida cautelar, donde se ordenarán las mismas prestaciones, inaudita altera pars y, por lo mismo, en forma provisoria" (15).

Por su parte, Sagarna explica que la tutela anticipada constituye una orden judicial excepcional a favor del actor, que solo procede ante el pedido fundado de la parte que pruebe un interés razonable, con el objeto de adelantar o anticipar, sea en forma parcial o total, el resultado de una futura sentencia definitiva, imponiéndose obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, ante un comportamiento o actividad antijurídica que provoca esa circunstancia y toda vez que exista urgencia en el derecho a proteger. Su nota característica es que, en este tipo

de medidas, la función preventiva se obtiene a través de un adelantamiento de la función resarcitoria de la responsabilidad civil (16).

La posibilidad de obtener un anticipo de estas características es parte de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial en curso, al punto que no existe una terminología unívoca para referirse a esta, ni tampoco completa unanimidad acerca de las vías procesales para instrumentarla.

En una primera aproximación se ha señalado que la tutela anticipatoria alude a aquella porción del proceso urgente que otorga total o parcialmente el contenido mismo de ciertas pretensiones (17). Abarca así un conjunto de herramientas procesales nacidas ante la necesidad de tutelar en forma efectiva ciertos derechos personalísimos que se verían virtualmente frustrados si debieran esperar los tiempos normales de un proceso judicial.

Ninguna duda cabe que —desde la perspectiva adjetiva— el fundamento de este tipo de herramientas estriba en la necesidad de asegurar la efectividad de la tutela judicial (art. 18, CN, arts. 8° y 25 C.A.D.H.) frente a ciertas pretensiones que —por las circunstancias y por la especial protección constitucional de los derechos en juego— no pueden esperar los tiempos normales que demande un proceso judicial. El ejemplo clásico en la materia ha sido el de los alimentos provisorios en el derecho de familia, que hoy aparecen regulados en el art. 544 del Cód. Civ. y Com.

La particularidad que hace difícil su encuadramiento procesal es que adelantan o anticipan la satisfacción de una porción de la pretensión, antes de que medie una resolución sobre el fondo del asunto que se debate en el pleito.

Hay quienes afirman que la tutela anticipada involucra en sí mismo un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo y es por ello por lo que postulan su instrumentación en un procedimiento autónomo que se agote en el dictado de la medida que se trata. Tal es la posición de la escuela activista que encabeza Peyrano (18).

Sin embargo, para una porción mayoritaria de la doctrina, la tutela anticipada tiene características que la aproximan más a las medidas cautelares, ya sea que se conciba aquella como una especie particular del género de la tutela cautelar (19) o que se la considere un instituto autónomo que —por su proximidad— deba tramitarse cual si fueran medidas cautelares (20).

En esta última línea, Arazi concluye que "a falta de regulación específica acerca de las posibles decisiones provisionales que satisfagan en todo o en parte la pretensión del peticionario, el juez puede recurrir a lo dispuesto en el art. 232 del Cód. Proc. Civil y Com. y encuadrar la petición dentro del ámbito de la medida cautelar genérica" (21).

Lo cierto es que, desde sus orígenes pretorianos en tiempos anteriores al Código Civil y Comercial, la tutela anticipada ha sido encausada por la vía de las medidas cautelares y, más precisamente, a través de las llamadas medidas cautelares genéricas que regula el art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com., según el cual: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

Tanto es así que en el leading case "Camacho Acosta" (22) del año 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) encuadró como medida cautelar innovativa al pedido realizado por el actor en un proceso de daños y perjuicios, tendiente a que los demandados le anticiparan los fondos necesarios para adquirir una prótesis que reemplazara su brazo.

Aceptada entonces la premisa de que es posible articular una pretensión preventiva de estas características a través de una medida cautelar, analizaremos a continuación los presupuestos sustanciales y procesales para su procedencia.

IV. Presupuestos sustanciales de la función preventiva

Existe consenso en que la función preventiva de la responsabilidad civil tiene presupuestos diferentes de los de la función reparatoria (23).

Sobre esta base, para que exista un deber de prevención, debe acreditarse la concurrencia de los siguientes presupuestos sustanciales:

Antijuridicidad:

El art. 1711 señala que "la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...".

Es importante notar que el calificativo antijurídico se refiere a la acción u omisión amenazante, es decir, aquella que aparece como la causa del daño. A partir de allí, una de las principales discusiones gira en torno a las características de dicha antijuridicidad, especialmente teniendo en cuenta que el art. 1717 prevé —en la sección 3ª dedicada a la "función resarcitoria"— que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otra es antijurídica si no está justificada".

La mayoría de doctrina considera que la acción u omisión debe ser antijurídica en sentido material. En este sentido, se reputa ilícita la acción u omisión amenazante que no está amparada por una causa de justificación (art. 1717). Tal es la posición de Picasso, Zavala de González, Pizarro, Galdós, entre otros.

En contra, Vázquez Ferreyra ha defendido la necesidad de antijuridicidad formal, advirtiendo que resulta difícil pensar en ilicitud material allí donde aún no hay daño: "la mera amenaza de daño por sí sola no configura una antijuridicidad material, por cuanto esta requiere la causación del perjuicio para que de esta manera se evidencie la violación del *alterum non laedere*". Por ello, concluye que "la acción preventiva funciona solo contra conductas formalmente antijurídicas", es decir, frente acciones u omisiones que están puntualmente prohibidas por una norma jurídica (24).

Por otra parte, Sagarna establece una importante distinción, según la prevención se enmarque en un ámbito extracontractual o contractual. En el primer caso (extracontractual), se requiere una antijuridicidad material, pero —agrega— que la prevención puede proceder aún contra actos formalmente lícitos. En cambio, en la órbita contractual, se requiere antijuridicidad formal (incumplimiento de lo expresamente estipulado), aunque excepcionalmente podría admitirse un criterio material cuando la amenaza de daño involucre sujetos hipervulnerables (25). Carlos Calvo Costa secunda esta posición: afirma que en el ámbito extracontractual se requiere antijuridicidad material y que existe deber de prevención aún frente a actividades (riesgosas) lícitas en las cuales el interés amenazado prevalezca (axiológicamente) sobre el interés amenazante. Por el contrario, en la órbita contractual, debe mediar incumplimiento específico de una disposición legal o convencional (26).

Con todo, estos problemas se disuelven frente al supuesto que estamos analizando, cuando de lo que se trata es de morigerar daños continuados o de evitar el agravamiento de otros ya ocurridos.

En este supuesto el daño ya se ha manifestado y su sola existencia pone en evidencia una conducta materialmente antijurídica en los términos del art. 1717, siempre que no concurra una causa de justificación que ampare al dañador.

Previsibilidad de continuación o agravamiento de daño:

El art. 1711 refiere que "la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento..."

Debe existir un riesgo de producción, continuación o agravación del daño, ligado con la conducta inicial por un nexo de causalidad adecuada. Debe darse un riesgo certero, en el sentido de una fuerte probabilidad de ocurrencia y no una amenaza eventual o hipotética.

Como bien ilustra Zavala de González, este requisito es el que diferencia a la función preventiva del principio precautorio propio del derecho ambiental. Es que la prevención opera ante un riesgo actual y certero de daño, en tanto que la precaución funciona también ante un riesgo potencial y aún en un contexto de incertidumbre (27).

Lorenzetti explica que "el supuesto de hecho es la existencia de un perjuicio que aparece como causalmente previsible (...) De tal modo, deberá acreditarse que el perjuicio es una consecuencia inmediata o mediata previsible de un acto ya sucedido y que puede repetirse, o que continúa en sus efectos o bien que puede volver a ocurrir en forma previsible" (28).

Toda la doctrina coincide en que esta probabilidad debe ser fuerte y razonable. No alcanza con la mera amenaza, ni el riesgo hipotético o meramente eventual.

En cuanto a la entidad del daño (en expectativa, o ya en curso de ejecución —cuando se trata de mitigación—), hay también coincidencia que no existe un requisito en términos de intensidad lesiva. Desde esta perspectiva, el daño no tiene necesariamente que ser "grave" para que exista deber de prevenir.

Tampoco hay mayores condicionamientos en torno a su contenido. El daño debe versar sobre un interés lícito que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737). Si bien está claro que la prevención se encamina a tutelar, prioritariamente, derechos personalísimos y de incidencia colectiva (29), nada obsta a que la prevención se encamine también a proteger el patrimonio (30).

Con todo, está claro que —desde la faz sustancial— deberá acreditarse que existe un riesgo cierto de que el daño continúe o que se agrave en su intensidad, y que tal daño guarda relación causal con la acción u omisión de

su autor. La prueba dependerá de las particularidades del caso, pero es evidente que —en el supuesto que inspira estas líneas— jugarán un rol preponderante los antecedentes médicos (historia clínica de la víctima, evaluaciones médico-forense, etc.) y la prueba pericial.

V. Presupuestos procesales de la medida cautelar

En su concepción clásica, todas las medidas cautelares tienen por objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento definitivo (31).

Partiendo de dicha concepción, Roland Arazi afirma que "el peculiar perfil de la medida que nos ocupa no obsta a que deban concurrir también, a su respecto, los imprescindibles requisitos de cualquier medida cautelar, conforme se estructura en la parte general de medidas cautelares (...) Por ello sabemos que, independientemente de la protección que se solicite, el juez analizará si se cumplen las condiciones particulares para la procedencia de lo solicitado a partir de los presupuestos básicos de toda medida cautelar. Por cierto, que existe un importante margen de discrecionalidad judicial en la delimitación de los requisitos referidos" (32).

Verosimilitud del derecho:

El punto de partida para la procedencia de cualquier medida cautelar supone acreditar la verosimilitud del derecho de quien la peticona.

En función del carácter francamente excepcional del tipo de medida que aquí se solicita, existe cierto consenso en que debe acreditarse algo más que un derecho meramente verosímil. En su lugar, se requiere un grado de conocimiento superior, que dé cuenta de una muy alta probabilidad de que la pretensión será finalmente admitida en la sentencia definitiva (33).

Desde este lugar, resulta imprescindible contar con un mínimo de evidencia que robustezca la apariencia del buen derecho del actor. Esto es especialmente importante cuando se trata de anticipar de manera total o parcial el resultado de una pretensión resarcitoria: es imprescindible ponderar las altas probabilidades de éxito de esta última pretensión.

Ahora bien, sobre este punto la CSJN la fijado un estándar interesante en la causa "Pardo", cuando señaló que el carácter objetivo del factor de atribución de responsabilidad imputado es un parámetro relevante para apreciar la verosimilitud del derecho en punto a la procedencia de este tipo de medidas. En dicho caso, la Corte revocó una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones, que le había exigido al actor demostrar un estándar de "casi certeza" sobre su derecho. Frente a ello, el máximo tribunal sostuvo que "al tiempo de examinar el requisito de verosimilitud el a quo ha omitido evaluar la incidencia de la imputación objetiva —a título de riesgo creado— formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil. Dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación" (34).

Si se analiza el supuesto que venimos comentando desde esta premisa, se concluye —entonces— que la verosimilitud del derecho requerirá demostrar indiciariamente la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de que se trate. Así, por ejemplo, en un caso de daños derivados de un accidente automotor se deberá en principio demostrar la intervención activa de la cosa riesgosa (vehículo automotor), la existencia de daño y un nexo de causalidad adecuada entre los dos primeros.

Peligro en la demora:

Sin dudas, la nota característica de la tutela anticipada se presenta al analizar el peligro en la demora. Aquí no se asiste al habitual riesgo de que los demandados pudieran insolventarse para frustrar la futura ejecución de una sentencia que condene a la reparación del daño, sino que lo que se encuentra en juego es la posibilidad misma de hacer cesar la causa del daño o de morigerar su magnitud, evitando consecuencias muchas veces irreparables.

Desde esta perspectiva, resulta imprescindible acreditar que el actor no puede esperar los tiempos normales que demanda el dictado de una sentencia definitiva. Ello implica la necesidad de acreditar un daño que urge la necesidad de adoptar medidas impostergables para disminuir su intensidad o para hacer cesar la causa de su producción (daños continuados).

Así, en el supuesto que motiva este comentario, resultará crucial acreditar que el "factor tiempo" —derivado del proceso de reparación del daño— incidirá hondamente sobre los derechos fundamentales de la persona, tales como la protección de la integridad física, el derecho a la vida y a la dignidad, el derecho a la salud o la

protección de la integridad familiar.

La tarea argumental encontrará, entonces, una fuerte apoyatura en el texto constitucional y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. Tendrán también, especial relevancia aquellos casos en los que existen estándares de protección reforzada a cargo del Estado frente a supuestos especialmente vulnerables (menores de edad, adultos mayores, personas en condición de pobreza, etc.).

Por caso, en la ya citada causa "Pardo", la CSJN analizó que "no pudo pasar desapercibido para la Cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, habida cuenta del cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente; arg. Fallos: 320:1633, considerando 9º)".

En el año 2018, al abrigo del actual Código Civil y Comercial, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en la causa "Olivo" (35), donde intervino en instancia originaria en el marco de un proceso de daños y perjuicios por mala praxis médica. Allí se ponderó que "en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce".

En el año 2012, la Sala G de la Cámara Nacional Civil confirmó una tutela anticipatoria enmarcada en el art. 232 del Cód. Procesal de la Nación, por la cual se le ordenó a la demandada a depositar una suma de dinero destinada a la adquisición de una prótesis para un menor de edad que había sufrido un accidente, así como también a sufragar los seis primeros meses de un tratamiento psicológico. En dicho caso se ponderó no solo la urgencia de la solicitud para morigerar el daño, sino también el interés superior del menor que requería la tutela (36).

En el año 2021, la Cámara Federal, en lo Civil aplicó analógicamente las normas de la función preventiva de la responsabilidad civil en un proceso en contra del Estado Nacional, que había sido promovido por un niño menor de edad que reclamaba los daños derivados de la muerte de su padre. Allí, se ordenó que la demandada abonara, como anticipo de sentencia, una suma mensual equivalente al salario mínimo, vital y móvil para atender a la manutención del menor, durante todo el desarrollo del juicio (37).

En la región patagónica, recientemente la Cámara de Apelaciones de Neuquén ordenó cautelarmente —en un proceso de reparación de daños y perjuicios— que los demandados abonaran mensualmente una suma dineraria para asegurar la mínima subsistencia de una señora que quedó totalmente imposibilitada de trabajar a causa de un accidente de tránsito. En el caso se demostró preliminarmente que la víctima había sufrido lesiones muy graves, a causa de las cuales había ingresado en el período de reserva de su puesto laboral (art. 211, LCT) y dejado de percibir el salario que constituía su única fuente de ingresos:

"En autos ha existido, prima facie, un agravamiento del daño sufrido por la accionante ya que, como consecuencia de las lesiones que le habría provocado el accidente de tránsito, y en el marco de su empleo, ha ingresado en el período de reserva del puesto de trabajo en los términos del art. 211 de la LCT (ver carta documento de hoja 129), lo que importa la suspensión del pago de la remuneración.

"No contamos en estas actuaciones con muchos elementos probatorios que permitan conocer quién de los involucrados en el accidente de tránsito fue el que lo produjo, o si fueron los dos protagonistas y, en su caso, la responsabilidad que le cabe a cada uno. Pero sí existen dos datos que me inclinan a hacer lugar a la medida cautelar peticionada por la parte actora. Uno es que la actora iba de acompañante en la motocicleta que protagonizó el accidente, por lo que es difícil presumir que ella fuere la causante del siniestro; y, el otro, que conforme el croquis confeccionado por la Policía provincial, y de acuerdo con el trayecto que llevaban los vehículos en momentos previos al choque, la prioridad de paso en la encrucijada la tenía la motocicleta que transportaba a la demandante —ello, claro está, sin que esto importe abrir juicio definitivo sobre la responsabilidad en la producción del accidente, en atención a las defensas opuestas por la parte demandada, que deben ser objeto de acreditación—" (38).

Contracautela:

Está claro que la procedencia de cualquier medida precautoria se encuentra también condicionada al otorgamiento de una contracautela.

Por lo general, este requisito debe ser compatibilizado con el grado de certidumbre y verosimilitud del derecho que se pretende asegurar, así como también con el rango de los derechos en juego. Por regla general, se dice que existe una relación inversamente proporcional entre verosimilitud del derecho y caución: mientras mayor resulte aquella, menor será la contracautela exigida.

En punto a este requisito en particular resultará necesario en muchos casos ponderar si el actor litiga con beneficio de litigar sin gastos. Cabe recordar que la CSJN ha señalado en múltiples ocasiones que el beneficio de litigar sin gastos abarca "no sólo el pago de impuestos y sellados sino también la posibilidad de obtener la traba de la medida cautelar solicitada sin el previo otorgamiento de la caución" y que ello aplica también para el beneficio concedido en forma previsional [\(39\)](#).

VI. El contenido de la tutela anticipada y su compatibilización con el criterio de menor restricción posible

El art. 1713 del Cód. Civ. y Com. dispone que "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".

A la luz de cuanto dispone la norma, el juez que admite una pretensión preventiva debe procurar una maximización de la conducta impuesta al deudor, de manera que sea la más idónea para la consecución de su fin, al propio tiempo que resulte la menos costosa para su ámbito de libertad.

Está claro que ello importa un análisis fuertemente circunstanciado a las particularidades del caso concreto, fundamentalmente, en cuanto refiere a las posibilidades preventivas a cargo del deudor.

Sin embargo, desde la perspectiva del supuesto que venimos analizando, este criterio de la menor restricción se emparenta fuertemente con la idea misma de la anticipación de una porción de aquella sentencia condenatoria que se observa fuertemente previsible.

En tal sentido, la tutela anticipada debería circunscribirse a adelantar el mínimo contenido de la prestación que resulta indispensable para lograr su contenido preventivo. Tal anticipación, claro está, implica un adelantamiento del contenido de la prestación que —de otro modo— vendría impuesto al deudor. Por ello, es crucial garantizar que lo que el deudor anticipe por esta vía sea considerado en la sentencia definitiva, de manera que nunca se indemnice dos veces un mismo daño.

En este contexto, la atención al criterio de menor restricción ha pasado generalmente por: 1) Reducir la prestación anticipada al mínimo indispensable para su función preventiva; y, 2) Señalar que, en cuanto corresponda, las prestaciones anticipadas se compensarán de aquellas que se impongan en la sentencia definitiva.

Así, por ejemplo, en un caso reciente se analizó que "la razonabilidad de la medida a decretar depende —precisamente— de la específica determinación de las prestaciones médicas necesarias, conforme los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y menor restricción que menciona el art. 1713 Cód. Civ. y Com..

"En consecuencia, como corolario de lo expuesto corresponde determinar y precisar con la mayor claridad las prestaciones médicas y asistenciales de condena, por lo que el pago ordenado por el juez, dentro de las 24 hs., de todas las facturas que presente la actora, sin sustento pericial médico previo, completo y detallado, presentado en el expediente con control de las partes, luce desproporcionado y genérico por lo que, conforme lo actuado hasta ahora y las medidas decretadas y consentidas en primera instancia, a fines de no alterar la litis ni introducir cambios que a la larga resultarían desfavorables, se deberá reformular la prestación de dar y en consecuencia, corresponde reiterar, en primera instancia, el requerimiento al Director Médico del Hospital Municipal de Tandil para que (por sí o por los médicos especialistas que correspondan) en un plazo no mayor de siete días, presente en el expediente un dictamen pericial médico completo y único, en el que se describa y detalle de modo claro y conciso el estado actual de la paciente V., su diagnóstico y pronóstico actual, y la totalidad de las prestaciones asistenciales médicas y paramédicas necesarias para su total rehabilitación, explicando las que, por su envergadura o falta de recursos materiales o humanos, no puedan ser brindadas regularmente por ese hospital, en cuyo caso deberán ser acompañadas de estimaciones de costos conforme los honorarios y las tarifas vigentes para las prestaciones sin cobertura de obras sociales o sistemas de prepagas. Dicho informe deberá ser bilateralizado con todos los demandados. A ello cabe añadir la confirmación —atento el alcance del agravio— del pago de la prestación dineraria de \$15.000 mensuales, aunque no se acreditó de modo fehaciente el ingreso mensual que V. perdió de ganar por la imposibilidad sobreviviente derivada de su prolongado tratamiento, es dable presumir que tratándose de una persona de 20 años tiene aptitud laborativa,

ahora frustrada durante el período de convalecencia y recuperación (arts. 51, 1740, 1746, Cód. Civ. y Com.), por lo que corresponde admitir el rubro, confirmando la sentencia de grado, la que se mantiene en lo que no ha sido objeto de agravio y recurso (v.gr. el plazo de 6 meses).

"En suma: corresponde modificar la medida decretada y disponer que el anticipo de sentencia corresponda, conforme lo decidido en la instancia de origen y en orden a los agravios, y se condene a los demandados ... y a 'A. Compañía de Seguros' a pagar mensualmente al actor \$15.000 mensuales mediante la modalidad y por el tiempo dispuesto en la sentencia recurrida y a pagar el equivalente de las prestaciones médicas y paramédicas que no pueda brindar razonable y regularmente el Hospital Municipal Santamarina de Tandil, sobre la base del previo dictamen pericial médico que deberá presentarse en autos en los términos indicados en el párrafo anterior, con audiencia de todas las partes y aprobarse en la instancia de origen (arts. 51, 1708, 1710, 1711, 1712, 1713, 1767, 1740, 1746, 1757, 1748, 1769 y concs., Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 195, 232 y concs. Cód. Proc. Civil)" (40).

En otro fallo se resolvió que "teniendo en cuenta que lo aquí expresado no implica decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo principal formulado por la actora, el Tribunal considera prudente que la accionada abone mensualmente durante la tramitación del juicio la suma de treinta y dos mil pesos (\$ 32.000) —cfr. res. 11/21 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27/09/2021— para la manutención del menor (...) Se deja constancia de que los importes abonados serán descontados, en el caso de ser admitido, del rubro valor vida solicitado en los autos principales en relación con el menor" (41).

En suma, la resolución que admita una medida cautelar de esta naturaleza, debe cumplir con las pautas de maximización de la conducta preventiva dispuestas en el art. 1713, circunscribiendo el anticipo a la medida de lo estrictamente necesario y asegurando, en cuanto corresponda, la compensación con aquellos rubros indemnizatorios que eventualmente se reconozcan en la sentencia definitiva.

VII. Conclusión

Es evidente que la función preventiva de la responsabilidad civil ofrece un campo fértil para revitalizar el derecho de daños.

Desde esta perspectiva, nuestra antigua disciplina adquiere un brillo nuevo, que homologa la tutela de los clásicos derechos individuales, a aquellos que tienen centro en la persona y en los bienes colectivos de la comunidad.

En este sentido, estamos en presencia de una transformación de valores, producto de la voluntad y de la acción del legislador.

Esta es la razón, a nuestro entender, por la cual el Código Civil y Comercial, reguló solo la faz sustancial de la función preventiva con pautas generales para todo el país, salvaguardando las facultades procesales específicas, no delegadas y a cargo de cada una de las provincias.

Es que, por ser un tema novedoso y a falta de una regulación procesal concreta, cuando de sosegar la continuidad o morigerar las consecuencias de daños ya producidos se trata, la función preventiva puede ser satisfactoriamente ejercida incidentalmente en el proceso principal en el cual se pretende la reparación del daño.

En tales condiciones, la función preventiva, que puede ser articulada a través de la clásica medida cautelar innovativa del art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, se manifiesta, y esto es lo realmente novedoso, como un pedido de anticipación de la reparación.

Ahora bien, aun cuando entendemos que la tutela anticipada garantiza la defensa en juicio del demandado, al propio tiempo que se asegura la nota de accesoriedad que se encuentra implícita en la propia idea del anticipo del contenido de una sentencia condenatoria futura, no se nos escapa que, la moderación, la mesura y la sensatez de nuestros magistrados serán en la evolución de este instituto, su piedra angular.

Debemos reconocer, que la presunción de inocencia y el principio de no ser condenado sin sentencia firme, fundamento "sagrado" de cualquier sistema legal que se adhiera a los principios del estado de derecho, son menguados al nivel de su utilidad terrenal, con la aplicación lógica de esta norma.

Esta certidumbre abre paso a otras incertidumbres.

Es por ello que, la admisión cautelar de un anticipo de estas características, supondrá por una lado una importante carga argumentativa de quien la pretenda, que —en definitiva— pasará por demostrar la insuficiencia de la función resarcitoria clásica que justifican conceptualmente la propia existencia de la función preventiva y por otro lado, la prudencia del magistrado en su admisión, teniendo en cuenta la doctrina fijada por

nuestro Máximo Tribunal particularmente en lo que respecta a su excepcionalidad.

Desde esta arista, se patentiza que la prevención y la reparación son, en rigor, caras de una misma moneda, que encuentra sustento en el principio general de no dañar a otro.

Solo en estas condiciones, la prevención aparece como una útil herramienta para revitalizar la eficiencia [\(42\)](#) del proceso en tanto mecanismo idóneo para tutelar derechos y, al propio tiempo, resolver adecuadamente los conflictos entre las personas.

(A) Abogado por la Universidad Católica de Salta. Especialista en Derecho Procesal Civil y en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario. Abogado en Estudio Jurídico Imaz & Asoc.

(AA) Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Diplomado en Derecho & Innovación en la Universidad Nacional de Tucumán. Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario. Abogado en Estudio Jurídico Imaz & Asociados.

(1) Vid. ACCIARRI, Hugo - TOLOSA, Pamela, "Funciones del derecho de daños y análisis económico del derecho en el nuevo Código Civil y Comercial", publicado en: PICASSO, Sebastián - SAENZ, Luis R., Tratado de derecho de daños, Ed. La Ley, Bs. As., 2019, T. III, p. 59.

(2) El mejor ejemplo es el célebre caso del "Ford Pinto", tan citado en materia de daños punitivos. Allí el fabricante había calculado que el costo de reparar un producto vicioso (prevenir) era mayor que pagar los eventuales daños que pudieran resultar del defecto (resarcir). Vid. OTAOLA, María Agustina, "La Justificación de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino", TR LALEY AR/DOC/1484/2014.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", Ed. La Ley, Bs. As., 2016, p. 352.

(4) ACCIARRI, Hugo A., "Elementos de análisis económico del derecho de daños", Ed. La Ley. Bs. As., 2015, p. 73.

(5) ALTERINI, Juan Martín, "Las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en: WÜST, Graciela C. (directora), Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 2016, 1ª ed., p. 49.

(6) LORENZETTI, Pablo - ZONIS, Federico, "La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental". Publicado en LORENZETTI, Ricardo L. (director) Código civil y comercial de la nación comentado, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, T. VIII, p. 282.

(7) El mejor ejemplo de ello es la ampliación del ámbito de las medidas cautelares innominadas, a partir de la doctrina del caso "Camacho Acosta". CSJN, Fallos: 320:1633.

(8) En los Fundamentos del Anteproyecto se señala que "Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva".

(9) Vid. PICASSO, Sebastián - SAENZ Luis R., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Bs. As., 2019, T. I, p. 110.

(10) Vid. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, 1ª ed., T. I, p. 183.

(11) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", La Ley, Bs. As., 2021, 1ª ed., p. 466; y "La pretensión preventiva en el derecho de daños", LA LEY, 2018-A, 976, TR LALEY AR/DOC/197/2018.

(12) SAGARNA, Fernando A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Bs. As., 2022, 2ª ed., p. 49.

(13) MEROI, Andrea A., "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños", RCCyC, 2016 (abril), 70, TR LALEY AR/DOC/956/2016.

(14) CALVO COSTA, Carlos A., "La pretensión preventiva en el derecho de daños", LA LEY, 2018-A, 976, TR LALEY AR/DOC/197/2018.

(15) CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCCyC, 2015 (agosto), 3, TR LALEY AR/DOC/2482/2015.

(16) SAGARNA, Fernando, ob. cit., p. 248.

(17) CARBONE, Carlos A., "Medidas cautelares del Código Civil y Comercial, Anticautelares y Tutela anticipatoria urgente o evidente", Nova Tesis, Rosario, 2017, 1ª ed., p. 65.

(18) PEYRANO, Jorge, "En defensa de los procesos urgentes", TR LALEY AR/DOC/883/2021.

(19) Tal la posición de Enrique FALCON, quien dentro de los sistemas cautelares concibe el instituto de la anticipación cautelar de la pretensión. Vid. FALCON, Enrique, "Tratado de Derecho Procesal",

Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2011, T. IV.

(20) Vid. SOSA, Toribio en "El proceso de daños y perjuicios", obra dirigida por MANTEROLA, Nicolás I., Ed. Hammurabi, 2022, p. 400.

(21) ARAZI, Roland (director), "Medidas cautelares", Ed. Astrea, 2007, 3ª ed., p. 42.

(22) CS, "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y otros", Fallos: 320:1633, TR LALEY AR/JUR/2335/1997.

(23) De hecho, la propia Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación explicó en los Fundamentos del Anteproyecto que "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".

(24) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material", RCCyC, 2016 (abril), 3; RCyS, 2016-VIII, 5; DJ, 14/09/2016, 1, TR LALEY AR/DOC/852/2016.

(25) SAGARNA, Fernando, ob. cit., p. 161. Para este autor, una conducta a priori lícita (autorizada por una norma jurídica) puede resultar materialmente ilícita y ello ocurre ante la inminencia de daño ("daño germinal"). No obstante, deja aclarado que —en tales casos— el juez debe ordenar medidas "con un criterio de razonabilidad más limitado".

(26) CALVO COSTA, Carlos, "La pretensión preventiva...", ob. cit.

(27) Como bien ilustra ZAVALA DE GONZÁLEZ, este estándar de cuasi certeza es el requisito que diferencia a la función preventiva del "principio precautorio" propio del derecho ambiental. Es que la prevención opera ante un riesgo actual y certero, en tanto que la precaución funciona también ante un riesgo potencial y aún en un contexto de incertidumbre. Vid. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 220.

(28) LORENZETTI, Ricardo, "Fundamentos...", ob. cit., p. 356.

(29) Los Fundamentos del Anteproyecto señalan que "cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación...".

(30) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 206.

(31) PALACIO, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 16º ed., p. 774.

(32) ARAZI, Roland, ob. cit., p. 400.

(33) MARTÍNEZ ARAUJO, Alejo A., "Medidas cautelares", Ed. Hammurabi, 2019, 1ª ed.

(34) CS, Fallos: 334:1691, TR LALEY AR/JUR/76491/2011.

(35) CS, Fallos: 341:1854, TR LALEY AR/JUR/67630/2018.

(36) CNCiv., sala G, 13/07/2012, "Rondo Condori, Concepción c. Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria s/incidente civil", TR LALEY AR/JUR/35766/2012, publicado en LA LEY 25/02/2013, 10 con nota de OLMO, Juan Pablo, TR LALEY AR/DOC/198/2013.

(37) CNFed. Civ. y Com., sala I, 25/11/2021, "Juve, Luana Ayelén y otro c. Estado Nacional Ministerio de Seguridad Prefectura Naval Argentina s/incidente de medida cautelar", TR LALEY AR/JUR/185985/2021, publicado en La Ley, RDF, 2022-IV-3, con nota de RODRÍGUEZ ALFARO, Carolina P. — SCHWAB, Melina, TR LALEY AR/DOC/1879/2022.

(38) CCiv. Neuquén, sala II, 29/11/2023, "Vásquez, Miryam Fabiana c. Brusco, Gastón Giuliano y otros s/D. y P. Derivados del uso de automotores (con lesión o muerte)". La resolución, a la fecha de esta publicación, no se encuentra aún firme. TR LALEY AR/JUR/168298/2023.

(39) CS, Fallos: 313:1181 (TR LALEY AR/JUR/1314/1990), 327:5450 (TR LALEY AR/JUR/13789/2004), entre otros.

(40) CCiv. Azul, sala II, 15/05/2018, "Sosa, Victoria Macarena s/medidas cautelares - incidente art. 250 CPCC", publicado en La Ley, RCCyC, 2018 (septiembre), 117, TR LALEY AR/JUR/27723/2018.

(41) CNFed. Civ. y Com., sala II, 25/11/2021, "Juve, Luana Ayelén y otro c. Estado Nacional Ministerio de Seguridad Prefectura Naval Argentina s/incidente de medida cautelar", publicado en La Ley, TR LALEY AR/JUR/185985/2021, RDF 2022-IV-3, con nota de RODRÍGUEZ ALFARO, Carolina P. — SCHWAB, Melina, TR LALEY AR/DOC/1879/2022.

(42) CAMPS, Carlos, ob. cit.