Congreso de Derecho Procesal 2015

Comisión: Derecho Procesal Civil

Tema: Jurisdicción preventiva del daño. Principio de congruencia e intereses difusos. Casuística. Sentencia que incluye el mandato preventivo. Beneficiarios. Efectos de la apelación como propuesta.-

Autora: Dra. Rocio Marianela SCHELLING

Edad: 34 años, fecha de nacimiento 25/09/1980**. Deseo participar del concurso de jóvenes ponentes.-**

Dirección postal: Arenales 2255, 4 C de Mar del Plata (CP 7600):

Teléfono: (0223) 5994171 o (0223) 4945053 o (0223) 4947043 int. 105.-

Correo electrónico: rosmarian@hotmail.com y rocio.schelling@pjba.gov.ar

Síntesis de la propuesta:

La jurisdicción preventiva no siempre aparece por vía de acción o como cautelar dentro de un proceso o autosatisfactiva, sino que una vez puesta en marcha la jurisdicción y advertida una acción ilícita de la cual surja un peligro cierto, se habilita el control jurisdiccional sobre este hecho y por ende, es deber del Juez dictar un mandato preventivo. Este último se hace en favor de los titulares de intereses difusos, por lo que no se viola el principio de la congruencia, pues técnicamente no sería correcto entender que la prestación ordenada es en favor de la actora. Así las cosas; la sentencia se puede componer de dos partes: una relativa a la pretensión a la actora y la otra relativa al mandato preventivo, las cuales podrían ser apelables de forma separada y con distintos efectos.-

Tutela inhibitoria en el contexto actual:

"La realidad que hoy vivimos –con sus diversas manifestaciones de masividad- ha puesto a prueba a todas las ramas jurídicas (civil, laboral, administrativa), y en especial al derecho procesal, por cuanto desborda importantes instituciones tradicionales tales como la legitimación para actuar activa y pasivamente, la carga de la prueba, los efectos de la sentencia, su ejecución, y la cosa juzgada, entre otras (1).-

La función preventiva del daño es un imperativo impostergable cuando están en juego intereses colectivos o difusos de la sociedad, pues tiende a evitar la masificación de la dañosidad.-

La tutela inhibitoria "…tiene como principal objeto prevenir el daño antes que éste se produzca, o disminuir los efectos del ya producido, en vez de sancionar al actor" (2).-

La tutela inhibitoria se encuentra constitucionalmente prevista en los Arts. 33, 43 de la CN y en el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".-

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece el mandato preventivo, en el Art. 36, en materia del derecho a la salud.-

El mandato preventivo pude hacerse valer dentro el ámbito de las medidas cautelares, sin ser tal, por cuanto no siempre tiene carácter accesorio a un proceso principal, pues no depende de ésta. Puede consistir en una obligación de hacer o no hacer, cuya finalidad es restablecer el orden social.

Asimismo la medidas cautelares son provisionales, no así la sentencia que se dicte como tutela inhibitoria en un proceso autónomo (por vía de acción).-

Tampoco pude confundirse la urgencia característica de las medidas autosatisfactivas, con las acciones preventivas, siendo que solo con el cumplimiento de dicho recaudo puede elegirse acertadamente esa vía.-

Lorenzetti también destaca lo que denomina “mandato contra terceros que no comparecieron a la causa fundado en un interés difuso” (3). Cita como ejemplo uno de los fallos que han de ser analizados en este trabajo más adelante, en el cual muere una niña de 13 años ahogada en una tosquera, resolviendo el Juez que debían colocarse medidas de seguridad para evitar que vuelvan a sucederse esa clase de hechos; avanzando en ese sentido, más allá de la pretensión individual resarcitoria.-

Yo creo que dicha conceptualización resulta confusa, por cuanto en dichos casos el mandato preventivo, va dirigido a la demandada que comete ilicitud y genera una situación de peligro cierto. Sin perjuicio de que en este aspecto preventivo, el Juez no falla técnicamente a favor de la actora, sino de los titulares de intereses difusos.-

La Dra. Noemi Lidia Nicolau ubica la tutela inhibitoria dentro del ámbito normativo sustancial, como una cuestión de fondo, limitativa de un derecho subjetivo e implícita en las cuestiones de amparo. Ésta encuentra su fundamento en el principio de no dañar, y por lo tanto no tiene carácter excepcional.-

“La tutela inhibitoria (…) produce sin lugar a dudas, el fortalecimiento de los derechos fundamentales de la persona, lo cual evidencia una tendencia promisoria frente a los desafíos del tercer milenio” (4).-

Derechos y contexto aparecen cada vez más integrados en la indagación dogmática (…). El proceso, debe ser relacionado con la situación contextual, y

si no la modifica distorsiona el resultado definitivo perseguido" (5).-Es decir; que el Dr. Lorenzetti destaca la función social del proceso.-

En los casos, en los cuales la tutela inhibitoria, no encuentre regulación procesal, especialmente cuando habilitan la protección de los intereses difusos, entiendo que las garantías constitucionales son operativas y por lo tanto a los fines de la aplicación del derecho de fondo el Juez debe implementar soluciones creativas.-

Principio de congruencia:

El principio de congruencia específicamente puede ser mirado desde distintos puntos de vista, desde la mirada del proceso dispositivo impone que sean las partes, exclusivamente son quienes determinan el *thema dicidendum*, debiendo el Juez limitar su pronunciamiento en consecuencia, a lo que ha sido peticionado por aquellas en sus escritos postulatorios (principales o reconvencionales) y a las oposiciones que hubieran deducido.-

A las partes incumbe, "fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica (ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet; sententia debet ese conformis libello)" (6). El Juez actúa únicamente a petición de parte interesada. El órgano jurisdiccional va a fallar entre lo pedido y lo probado, entendiéndose a esta relación como congruente. La sentencia refiere a lo reclamado por las partes, ni más, ni menos, ni en demasía.-

Tiene su origen en la ley Civil Española de 1881, en el Art. 359 "… las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito".-

El CPBA establece en su Art. 163 (coincidente con el Art. 163 inc. 6 del CPN) que la sentencia de primera instancia deberá contener (inc. 6º) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el

derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.” Asimismo el Art. 34 inc. 4 del CPCBA, coincidente con el CPN establece que: “Son deberes de los jueces; fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando las jerarquías de las normas vigentes y el principio de congruencia”.-

El ZPO alemán, en el Art. 308 establece que: “El Tribunal no está autorizado a conceder algo a una parte cuando ello no ha sido solicitado”.-

Por otra parte “El debido proceso legal se sostiene en el principio de bilateralidad y contradicción, ejercicio del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del Juez que interviene en el conflicto” (7) Es decir que no hay violación del principio de congruencia mientras exista la bilateralidad y la contradicción en el proceso.-

Cuando surge un hecho distinto, durante la sustanciación del proceso, el cual ponga en conocimiento una conducta ilícita generadora de un peligro cierto, éste surge al amparo dentro del contexto del debido proceso legal, y por lo tanto no se vulnera el derecho de defensa de la parte a la que se le atribuye la conducta. En este sentido Mercader sostiene que el proceso es una fuente jurígena de creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones.-

El Art. 14 del CCN establece en su última parte: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. Sin perjuicio de ello, en materia de prevención de daños, estamos frente a una clara conducta ilícita generadora de peligro cierto.-

Casuística:

Cámara Federal de La Plata, sala 3°, del 8-8-1988 causa G.D y otra C/ Gobierno Nacional- fallo del Dr. SCHIFFRINI.- La demanda es iniciada por D.G. Y M.R.F C/ Gobierno Nacional (Ejército Argentino) a raíz del fallecimiento

por asfixia de la hija de ambos, de 13 años de edad, el 25/9/1982, en una tosquera, que se encontraba dentro del predio del ejército, pero explotada por una empresa concesionaria. En dichos terrenos existían dos grandes excavaciones profundas con sus fondos llenos de agua, sin que medien obstáculos para que los pobladores de la zona, y especialmente los niños, accedan a esos lugares peligrosos.-

El Alto Tribunal destacó que en segunda Instancia se había omitido considerar la conducta de la demandada en la producción del accidente; ya que ésta no alertó a terceros sobre la peligrosidad del lugar de su propiedad para graduar la eficiencia causal de la víctima para la producción del daño.-

Analizada la conducta de la demandada, cabe destacar que se llevaron a cabo en la causa tres inspecciones en el lugar donde se produjo el hecho desafortunado, la última de ellas realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En todos los casos, se constató la explotación de piedra tosca, la inexistencia de un cercamiento y la cercanía del depósito de aguas a una zona densamente poblada. Asimismo no se visualizaron carteles de advertencia.-

De las constancias de autos surgía el acaecimiento de un accidente similar al de autos donde perdió la vida un adolescente.-

El Dr. SCHIFFRINI, en Primera Instancia y analizando el contexto social en el que aconteció el hecho manifiestó: “Me avergüenza contabilizar la culpa tan escasa y tan inocente de la víctima ante la enormidad de la del estado y la sociedad que desampara la niñez, o no la preservan de los peligros de cada especie”.-

Por último también se valoró la concurrencia de la atribución de culpas de los padres por su deber de vigilancia, atribuyéndose un 20% de culpa a éstos y en un 80% a la demandada. Sin perjuicio de la indemnización establecida, la Cámara asume el rol social que es llamado a cumplir el poder judicial. Advirtiendo la situación de peligro existente para la comunidad, entendida ésta como la posibilidad cierta de que ocurrieran accidentes

análogos; ordena preventivamente y de oficio la construcción de un cerco perimetral, la colocación de carteles visibles indicadores del peligro, y el mantenimiento de vigilancia en el lugar, bajo apercibimiento de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes con costas a la demandada.-

Morello y Stigliz agregan al fallo que la función preventiva del derecho de daños es un imperativo impostergable en situaciones como la resuelta, donde se encuentran en juego intereses colectivos o difusos de la sociedad. La prevención del daño da cumplimiento con el mandato correspondiente a la efectividad del Derecho y la Justicia.-

Estamos frente a una nueva etapa de transformación social del derecho. La socialización del derecho privado tiene sus antecedentes, en primer lugar con la consagración de la responsabilidad por riesgo (1113 del CC) y en materia contractual poniendo límites a la autonomía de la voluntad (Arts. 954, 1071, y 1109 del CC).-

Agregan que el fenómeno de la masificación social es determinante para resguardar la calidad de vida.-

En el mismo sentido con fecha 8/7/1986 el Dr. Hector P. IRIBARNE, a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N°8 de Moron, dictó sentencia en los autos “Altamirano c/ Cerámica San Martin s/ daños y perjuicios”, reclamo motivado por el fallecimiento del niño Altamirano de 10 años de edad, ahogado en una acumulación de agua formada en el terreno de la demandada “Cerámica San Martin” quien desvió el curso natural de aguas, en violación a los Arts. 2635 y 2642 del CC, para formar un bañado en un predio que no contaba siquiera con el cerco perimetral reglamentario.-

Dentro del contexto en que sucede el hecho se destaca el acontecimiento de 5 hechos, en los cuales murieron niños y adolescentes, pese a lo cual la demandada permaneció en la conducta ilícita.-

Altamirando era un niño de 10 años en especial condición de vulnerabilidad.-

El Dr. Iribarne, además de atender a la pretensión indemnizatoria y con fundamento legal en el Art. 289 del Código de Minería el cual autoriza al Juez: “En caso de sobrevenir un accidente que ocasiones muerte, heridas o lesiones u otros daños” a “adoptar medidas necesarias para hacer desaparecer el peligro; valiéndose al efecto de un perito ingeniero o perito que exista en el asiento minero (…)”, ordena vallar el predio a fin de dar cumplimiento con una ordenanza municipal y el restablecimiento del curso de las aguas acumuladas, asimismo dio intervención al Ministerio Público.-

En segunda Instancia se determinó culpa concurrente de la víctima. Asimismo se determinó con gran desacierto que el Juez había excedido los límites de la congruencia y manda anular la parte de la sentencia correspondiente al mandato preventivo.-

Moreno y Stiglitz destacaron la labor del Dr. Iribarne por cuanto privilegió el ropaje constitucional de que gozan los intereses difusos. La evitación de daños análogos determinada por éste lo es en defensa de la comunidad y pone de manifiesto la más trascendente de las funciones de la justicia, la del control jurisdiccional. Este es el mecanismo que debe ponerse en marcha siempre que contra un derecho constitucional se alzare una amenaza ilegal de tal magnitud que lo pusiere en peligro efectivo e inminente, caso contrario significaría desconocer que también se ha actuado en cumplimiento de una norma constitucional.-

Destacan que el derecho a la prevención del daño surge del Preámbulo, Arts. 14, 28, 33 y sgtes de la CN.-

CARIZZO CARLOS ALBERTO Y OTRA C/ TEJEDA GUSTAVO JAVIER Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SCBA AC 82.656, del 30/3/2005, de Lázzari, Soria, Negri, Hitters, Genoud, Kogan, proviene de la sala II de la Cámara de

Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Azul). Se inicia acción de daños y perjuicios contra Ferrosur Roca SA y Gustavo Javier Tejeda a raíz de un accidente de tránsito ocurrido en un paso nivel entre un auto y el tren, producto del cual falleció el conductor del vehículo.-

En el lugar donde se produce el hecho se constató la inexistencia de barreras y alertas lumínicas o sonoras -ya que no funcionaba la chicharra-; siendo la única señal existente, la Cruz de San Andres. Asimismo se advirtió que había pastizales que dificultaban la visión.-

En segunda Instancia se atribuyó la causalidad del accidente tanto a la falta de señalización del cruce, como a la conducta de la víctima. La SCBA, hizo lugar al recurso extraordinario por inaplicabilidad de ley, por cuanto entendió que no había culpa concurrente de las partes, sino excluyente de la víctima, quien manejaba con 1.5 gr/l en sangre, a excesiva velocidad (93 km/h), sobrepasando a los vehículos que se encontraban estacionados esperando al paso del tren y en infracción a las normas de tránsito.-

Sin perjuicio de ello confirmó la parte pertinente al mandato preventivo.-

La Cámara no atribuyó al concesionario de ferrocarriles, obligaciones más allá que lo que la ley impone. Se encontraban en juego los valores vida e integridad física de los habitantes. -

CONSORCIO C/ MACCHI ARACELI S/ INTERDICTO DE OBRA NUEVA, (N°158927) sentencia de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de MDP, Sala II, del 11/6/2015, voto de los Dres: Valle, Rosales Cuello y Mendez, proviene del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N°10.-

Las presentes actuaciones tienen por fundamento fáctico la instalación de un sistema de tiraje para chimenea que se instaló de forma antirreglamentaria y clandestina en el inmueble lindero al actor entre los días 7 y 8 de junio de 2008 (sábado y domingo).- La obra fue realizada por la

demandada para servir a la evacuación de gases y olores de la concina/ parrilla del mencionado local, constando de un serie de tuberías metálicas adosadas con grampas y tornillos sobre la pared posterior del edificio accionante, a la que el consorcio le asigna el carácter de privativa.-

El lunes 9 de junio de 2008, el accionante se presentó ante la Secretaría de Obras Públicas de la Municipalidad, donde señalaron que la arquitecta Miriam AMOROSO, inspectora de la zona donde se encuentran los inmuebles en conflicto, manifestó verbalmente que se encontraban saturados de trabajo y que solo recibían denuncias por hechos ocurridos en la vía pública, indicándoles la conveniencia de ir por la vía judicial.-

Con fecha 12 de agosto de 2008 se produjo un incendio en el local de comidas, el cual según lo informado por los bomberos, fue originado por la excesiva acumulación de grasa en la chimenea, la que precisamente se había instalado de forma antirreglamentaria y sin autorización municipal.-

Al momento de llevarse a cabo la prueba pericial, de ingeniería civil se observa la construcción de un nuevo tiraje y de la puesta en desuso del anterior, motivo de la litis. Asimismo el nuevo tiraje tampoco cumplía con las medidas de seguridad reglamentarias, aunque ya no se apoyaba sobre la pared privativa del consorcio.-

La sentencia de primera instancia hace lugar al interdicto y asimismo ordena que la nueva chimenea debía adecuar el tiraje a la ordenanza municipal infringida. La Cámara de Apelaciones departamental, sala II, declaró mal concedido el recurso de apelación por extemporáneo y de oficio dictó la nulidad del mandato preventivo.-

Conclusiones:

1. De la casuística reseñada podemos concluir que dentro del marco de un derecho individual, surge un hecho distinto a los postulados por las partes.-

2. Este hecho jurídico nace dentro del ámbito del debido proceso legal, a la luz de la bilateralidad y la contradicción, sin menoscabar el derecho de defensa de la parte a la que se atribuye la conducta ilícita generadora de un peligro cierto.-
3. De este hecho jurídico nace una relación jurídica entre los titulares de los derechos difusos y el autor del ilícito, siendo que el peligro cierto generado debe implicar un menoscabo a los derechos de la vida y de la dignidad humana. Se trata específicamente de un hecho constitutivo.-
4. El conocimiento por parte del órgano pone en funcionamiento el control jurisdiccional en virtud del rango constitucional del que goza la protección de los intereses difusos.-
5. Por razones de interés público, y deberes de economía procesal y celeridad el Juez lo somete a su jurisdicción.-
6. La sentencia preventiva del daño ha de notificarse esencialmente al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo, en virtud delo dispuesto por los Arts. 120 y 86 de la CN, ya que resultarán fundamentales en proceso de ejecución de sentencia.-
7. En ninguno de los casos reseñados se ha violado el principio de la congruencia, pues la prestación ordenada a la parte que cometió la ilicitud no es en favor de la actora, sino de los titulares de intereses difusos, por lo que el Juez no falla NUNCA extra-petita.-
8. En materia de derechos difusos, no importa como cada uno anuda su vínculo de manera individual, sino que la controversia queda centralizado en las cuestiones homogéneas.-
9. En una misma sentencia se tratan dos cuestiones, una relativa a un derecho individual y otra a uno colectivo; pudiendo ser apelables con efectos distintos; la primera con efecto suspensivo y la segunda, pareciera que con el devolutivo.-

INDICE DE CITAS:

1) Buffarini Paula, en Procesos Colectivos, Coordinador Oteiza, pág. 63.-
2) Arazi Roland, Tutela inhibitoria en Revista de Derecho Procesal Civil 2008-2, pág. 86.-
3) Lorenzetti Ricardo Luis, La Tutela inhibitoria. Ll 1995-C-1217,pág 1224.-
4) Nocolau Lidia Noemi. La Tutela inhibitoria en el Art. 43 de la CN. LL 1996-A-1245, pág. 1253.-
5) Lorenzetti Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 1253.-
6) Palacios Lino Enrique, Los Principio Procesales. Pág. 188.-
7) Gozaini Osvaldo. El Debido Proceso. Pág. 23/4.-

INDICE:

El Debido Proceso, Gozaini Osvaldo Alfredo Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2004.-

Los Principios Procesales, Tomo I, Lino Enrique Palacios, Abeledo Perrot. Bs As. 2011.-

Procesos Colectivos, Oteiza Eduardo coordinador, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006.-

JA 1988-III, pág 97/119.- B

La Ley 1987, D, 364/403.-

La Ley 1995-C-1217.

La Ley-1996-A-1245.

El Dial.com del 26-11-2007. Juan Antonio Costantino y Carlos Antonio Turina. El Principio de la congruencia.-