

XXVIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal “Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales” Jujuy, 10, 11 y 12 de septiembre de 2015

Comisión de Derecho Procesal Civil: Tema 2. LA TUTELA PREVENTIVA.

Ponencia: “TUTELA PREVENTIVA”- RECEPCIÓN EN EL NUEVO C.C.C – NECESIDAD DE QUE LAS PROVINCIAS LEGISLEN UNA VIA DE TRAMITACION URGENTE PARA SU EFECTIVIZACION: AUDIENCIA DEL ART. 58 CPCC DE CÓRDOBA Y GARANTIA DEL DERECHO DE DEFENSA”.

Autoras:

Nombre y Apellido: Valeria de las Mercedes Sola

Dirección postal: 25 de Mayo 1788, Dpto A, Ciudad de Arroyito, Córdoba.

Teléfono: 03576-15418881

Dirección de correo electrónico: valeria_sola@hotmail.com

Nombre y Apellido: Mariela Paola Quiñonez

Dirección postal: Luis Tessandori 1421, Mina Clavero, Córdoba.

Teléfono: 0358-154310835

Dirección de correo electrónico: marielalq@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: En esta ponencia abordaremos el instituto de la Tutela Anticipada, su recepción normativa en el nuevo Código de fondo y la necesidad de que las provincias regulen en sus respectivos Códigos de Procedimientos, una vía de tramitación urgente y adecuada (mediante la fijación de una audiencia similar a la prevista en el art. 58 CPCC) para lograr la eficacia de esta medida.

INTRODUCCION

“Los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad” – Morello.

Citando la frase de Morello, comencare el abordaje del instituto bajo análisis, porque considero que lo describe claramente, ya que vislumbra la gran necesidad de que los jueces den adecuadas y pronta respuesta al caso planteado, previniendo antes que curando. Y como lo sostiene nuestro maestro en la materia el Dr. Peyrano, “la Tribuna está abierta y tendrá la palabra en el tema quien la tome”.

LORENZETTI, en su obra “La tutela civil inhibitoria”, expresó que la tutela preventiva fue considerada por mucho tiempo como materia que le correspondía al Derecho Administrativo –en ejercicio de su poder de policía-, por lo cual el Derecho Privado clásico se desinteresó por dar una respuesta sobre el tema, al considerar que su misión era únicamente actuar después del daño o lesión.

Pero en los tiempos que corren, la visión de que los jueces deben aplicar únicamente la ley, con apego a su texto, exige el abandono de ese positivismo extremo, en razón de la necesidad de los justiciables que reclaman la prevención de toda lesión que pueda afectarlos y que resoluciones judiciales sean expeditas.

Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con “tutelas diferenciadas” de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que –de hecho- les ha conferido la sociedad”¹.

El perfil del juez civil ideal del siglo XXI debe contar con un costado profiláctico y que en su mérito puede y debe conjurar amenazas de quebrantamientos del orden jurídico que se le ha encomendado, primeramente mantener incólume, y restablecer, sólo a título de patología².

¹ “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en “Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, página 21.

² PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI” en JA, 2001-IV-863 y siguientes.

La tutela judicial efectiva hasta la entrada en vigencia de nuestro CCC -Ley 26.994-, no poseía recepción expresa en nuestro Código Civil, ni en la Constitución nacional; pero si estaba regulada en algunas cartas Magnas provinciales, como en la provincia de Buenos Aires, Santiago del Estero y Neuquén.

Lo cierto, es que a partir del 1° de Agosto del corriente año, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se consagra en forma expresa el Deber de prevención del daño y la Acción preventiva como medio para hacer efectiva dicha tutela.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA: “Acción preventiva como medio procesal más adecuado”.

Peyrano, ha sostenido que la generalidad de los casos planteados presupone una actividad oficiosa de los jueces, pero que en verdad, también forma parte la de la jurisdicción preventiva lo que se ha dado a llamar “acción preventiva”.

Se ha hablado también del “Mandato preventivo”, conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, omitir órdenes judiciales aun respecto de -terceros ajenos al proceso civil respectivo- cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no”.

El leading case en la materia³, se dio en un caso de fallecimiento de una menor, ahogada en una acumulación artificial de aguas formadas en terreno del Ejército argentino, donde por ello se inicio una pretensión de resarcimientos de los daños y perjuicios, pero el Tribunal de oficio – además de hacer lugar a lo peticionado- dispuso la construcción de una cerca que aislara las excavaciones inundadas, la colocación de carteles que indicaran el riesgo y el mantenimiento de un servicio permanente que vigilara el lugar –a los fines de resguardar del riesgo a la comunidad y ante la posibilidad cierta de que se repitan accidentes

³ Resolución de la Cámara Federal de La Plata, publicada en JA, 1988-III-96.

análogos-, todo bajo apercibimiento de ser efectuada por la Municipalidad de Quilmes y a costa de la demandada.

El caso "Camacho Acosta"⁴, se demostró que también es aplicable la Tutela anticipada de Urgencia, durante la tramitación de acciones preventivas, así en el presente se despachó una cautelar innovativa, consistiendo la misma en el pago a cuenta de parte de lo reclamado en el juicio principal (tutela anticipada) con el fin de evitar una situación amenazante, consistente en la pérdida de posibilidad de instalar en un muñón una prótesis (*periculum in damni*).

Es importante nombrar el caso "Carrizo", donde se demandó la reparación de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito -entre un automotor y un tren- en un paso nivel carente de barreras y de señalización lumínica o sonora, imputándosele a la demandada -el concesionario de la línea férrea- las condiciones deficitarias "y propensas a producir accidentes", existentes en el paso a nivel donde se produjera el siniestro. En el caso, si bien se rechazó la demanda porque el actor conducía a excesiva velocidad y en estado de ebriedad, lo más trascendente fue la decisión de la Corte bonaerense que, por mayoría, mantuvo "la medida de prevención de daños dispuesta"; medida consistente en el dictado de una medida innovativa tendiente a verificar si persistía el estado de riesgo del paso a nivel referido, y en caso afirmativo de cumplimiento a las medidas de seguridad a su cargo, en un plazo de 30 días.

Se consideró que "es inobjetable la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas de esta naturaleza y se sostuvo que no puede decirse que haya afectación a la defensa en juicio de la destinataria de la medida, porque es lo cierto que la constatación de las deficiencias del cruce a nivel ha tenido lugar con su plena audiencia y posibilidad probatoria y de contradicción"⁵.

En causa "Rodríguez"⁶, es interesante tener en cuenta el fallo de la minoría, la cual considero viable la procedencia de bloqueos de páginas de internet a

⁴ Vide J.A. 1998, tomo I, pág.465. También puede consultarse el comentario de "Camacho Acosta", llevado a cabo por Roland Arazí .

⁵ Causa "Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo y otra-Daños y Perjuicios", resuelta el 30 de marzo de 2005

⁶ Fallo "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios".

futuro. Así sostuvo que, “frente a situaciones como la planteada, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos⁷. Entendió la minoría que no es incompatible con la libertad de expresión, la procedencia de este tipo de tutela preventiva, cuando se trata de bloquear enlaces a páginas de internet que resulten palmariamente lesivas de derechos personalísimos.

Todos estos antecedentes tienen en común, que receptan –ya sea en mayoría o en la minoría – la necesidad de aplicar la tutela preventiva, debiendo el juez ordenar medidas tendientes a evitar futuros daños, en beneficio de la sociedad y ante la posibilidad cierta de que se repitan accidentes similares a los mencionados.

Vemos en los precedentes, que se manifiesta la amplia labor del juez, que frente a la inexistencia de normas que dispongan la aplicación de este instituto, debe utilizar las herramientas que razonablemente se adecuen en el caso planteado. Así, si bien existen varias herramientas para canalizar la jurisdicción preventiva, considero que la acción preventiva –hoy vigente en nuestro CCC- es la herramienta procesal más adecuada; empero, ello no impide que frente a la palmaria violación de los derechos y la necesidad de prevención del daño, el juez pueda oficiosamente resolver la situación planteada.

NUEVO CODIGO CIVIL: FUNCION PREVENTIVA – REQUISITOS DE LA ACCION PREVENTIVA (ART. 1711 CCC).

Luego de la discusión de cuál es la herramienta más adecuada para lograr la aplicación en un caso concreto de la Jurisdicción preventiva, vemos que nuestro reciente CCC, adopta la acción preventiva (art. 1711).

Se ha sostenido, que la medida de Jurisdicción preventiva se vincula con la capacidad de impedir la producción de un daño, ya que si hay lesión producida deberemos acudir a los mecanismos previstas para su reparación. Por ello, que

⁷ Considerando 31 – “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios”.

se ha sostenido que forma parte de la jurisdicción preventiva civil lo que se ha dado en llamar "**acción preventiva**" que es aquella "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"⁸.

Frente a una comunidad que exige respuestas urgentes, a un abanico de problemas que diariamente se presentan, es necesaria la pronta solución por parte de los operadores jurídicos, previniendo los daños y garantizando la protección de los derechos fundamentales.

En los fundamentos del CCC, se propuso una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, lo cual se ve plasmado en el articulado del nuevo Código.

El art. 1710 del CCC, consagra el deber de prevención del daño⁹. En la norma siguiente regula la Acción Judicial Preventiva¹⁰, determinando posee como requisitos los siguientes:

1. Acción u Omisión antijurídica de quién tiene a cargo un deber de prevención del daño.
2. La amenaza¹¹, como simple posibilidad de ilícito futuro, la amenaza de violación.

⁸ PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs. As. 2004, Editorial LexisNexis - Abeledo Perrot, p. 36.

⁹ Fundamentos del CCC: Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.

¹⁰ Art. 1711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo L., "La Tutela Civil Inhibitoria", La Ley 1995-C1217.

3. Lesión a un interés: puede ser individual o colectivo.
4. Antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención;
5. Causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal;
6. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

El art. 1712 CCC, reconoce amplia legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un **interés razonable** en la prevención del derecho amenazado.

Finalmente, dispone el Código Civil y Comercial que la sentencia 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 (art. 1713).

El operador jurídico debe ser preciso al ordenar esta tutela preventiva, debiendo tener en cuenta los lineamientos de la normativa hoy vigente.

Ha dicho la Corte Suprema que, atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible sostener que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud¹².

EFFECTIVIZACION DE LA TUTELA PREVENTIVA MEDIANTE LA VIA SUMARISIMA.

El procedimiento – entendido como vía para canalizar la acción preventiva- es uno de los temas que hoy exige respuesta. Ello no obstante, que hemos visto que no ha sido un impedimento para que los jueces se pronuncien frente a un caso concreto.

¹² Considerando 31. "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios".

Empero, sabemos que esta facultad de dictar la legislación de procedimiento es facultad reservada a las provincias, por lo que habrá que estar a lo establecido en la ley procesal local. Pero cierto es, que mientras haya ausencia de normas procedimentales el juez deberá utilizar las herramientas que mejor se ajusten al instituto analizado y regulado por la norma de fondo.

En la actualidad, se advierte que el juez posee un rol más activo en el ejercicio de sus funciones y la celeridad de otorgar respuesta frente a la prevención de daños que puedan producirse.

Creemos que en el procedimiento más idóneo, es el más sumario que posea la legislación local, correspondiendo en el mismo según nuestra propuesta -y en la medida de la urgencia del meollo planteado-, fijar una audiencia a celebrarse a la mayor brevedad posible, debiendo el tribunal notificar de oficio a las partes. Esta se puede asimilar – y como lo vamos a ver en el siguiente fallo laboral- a la denominada audiencia prevista en el art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Esta audiencia debe ser personal y en el caso de las personas jurídicas deberán actuar mediante representantes con poder debidamente otorgado.

Además, el decreto que la dispone deberá mencionar la sanción en caso de incomparecencia – teniendo en cuenta la gravedad de la amenaza de daño y el peligro en la demora – pudiendo consistir en alguna multa. Pero si el asunto requiere de una premura tal que no pueda esperar y se halla garantizado el derecho de defensa, el tribunal -previa valoración de toda la prueba- podrá despachar la sentencia anticipatoria –concretada según la doctrina judicial mediante una cautelar innovativa-.

Por último, en la notificación de la audiencia deberá transcribirse el apercibimiento que será aplicable en caso de incomparecencia injustificada - asimilable a los juicios de alimentos donde el juez puede fijar alimentos provisorios, ante la incomparecencia del demandado-.

NOVEDOSO FALLO DEL JUZGADO DE CONCILIACION DE VILLA MARIA EN MATERIA LABORAL: “MEDIDA AUTOSATISFACTIVA O TUTELA ANTICIPADA”

Son varias las ramas del derecho que reclaman el instituto de la prevención del daño, y el derecho laboral no es ajeno a ello. Es así, que el Juez se ve en la necesidad -de oficio o frente a peticiones del trabajador- de dar respuestas frente a planteos concretos, evitando la justicia tardía y con el aditamento del carácter alimentario que poseen los créditos reclamados.

Con esto, queremos traer a colación un fallo novedoso del Juzgado de Conciliación de Villa María, a Cargo del Dr. Marcelo J. Salomón¹³, y respecto del cuál una de nosotras - como relatora de los Tribunales de la ciudad de Arroyito, Córdoba¹⁴ - ha tenido la posibilidad de colaborar en la tarea de redacción de los sumarios publicados en el Boletín Digital del Poder Judicial de Córdoba y tomar conocimiento del mismo.¹⁵

En el caso, el trabajador solicito rubros integrantes de la liquidación final y los derivados del despido sin causa, más intereses y lo hizo mediante el planteo de una “medida autosatisfactiva” o “tutela judicial anticipada”.

Frente al planteo el tribunal imprimió el trámite abreviado; por tanto corrió traslado a la demandada por tres días para que fije postura sobre la procedencia o no del reclamo del actor, y en su caso ofrezca toda la prueba.

El demandado contesta el traslado, guardando absoluto silencio sobre la plataforma fáctica descripta por el actor (relación laboral), sobre la procedencia de los rubros requeridos y sobre la prueba documental corrida en adjunto a la demanda. En cambio, expresa férrea oposición sustancial en contra del trámite

¹³ “Jara, Gustavo Javier c/ Duarte, Miguel Ángel” – Medidas Cautelares. Resolución N°2, de fecha 06/05/2015.

¹⁴ Dra. Sola, Valeria de las Mercedes – Relatora del boletín Oficial del Poder Judicial de Córdoba. Coordinadora, Dra. Silvia Kiatkovski.
Enlace: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Preview.aspx?Id=98167464>

¹⁵ El Boletín Digital es parte de un proyecto documental y pedagógico, desarrollado desde 2013 en el Poder Judicial de Córdoba. CONSEJO CONSULTIVO: Presidente: Sr. Vocal Dr. Carlos Francisco García Allocco. Miembros: Sres/as Magistrados/as Dras. Verónica F. Martínez de Petrazzini, Magdalena De Elías Leonardo y Dres. Leonardo González Zamar, José María Herran, Fernando Martín Bertone y Cristian Requena.

impetrado al reclamo y niega la supuesta urgencia y necesidad del actor para reclamar la medida autosatisfactiva de autos. Ofrece prueba¹⁶.

El tribunal considero por las posturas asumidas por las partes, la prueba obrante y la naturaleza del reclamo, previo a dictar resolución, fijar audiencia a los fines de arribar algún tipo de acuerdo en los términos del **art. 58 del CPCC**. Ésta última, se llevó adelante sin poder arribarse a ningún acuerdo conciliatorio, por lo que se condenó al empleador a pagar los rubros reclamados por el actor. Para ello se tuvo en cuenta el silencio exhibido por el demandado, que no negó los hechos ni el derecho invocado por el demandante y que tampoco recurrió el carácter sumario impreso al proceso.

Asimismo, el tribunal justifica el trámite impreso al proceso en que las llamadas "medidas autosatisfactivas" no han sido -aún- reguladas en el Código Procesal del Trabajo, ni el Código Procesal Civil y Comercial, por lo que no existe una directiva procesal específica para instrumentar lo peticionado, y que lo hace con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso, la defensa en juicio y la búsqueda de la tutela judicial efectiva.

En efecto, es un común denominador que el juez deba dar respuestas previniendo los daños que se pueden producir si no se actúa con la debida cautela y celeridad que los tiempos exigen. Claro que pese a no estar -en el momento del dictado de la mencionada resolución- vigente ninguna norma que expresamente regule en materia laboral la aplicación de la tutela efectiva, el juez debió – para dar respuesta - echar mano de las herramientas y trámites utilizados normalmente los procesos civiles.

CONCLUSIÓN:

1. El instituto de la Tutela Preventiva se encuentra en una etapa de gran desarrollo, que requiere que todos los operadores jurídicos actúen con mayor humanización y responsabilidad al momento de sentenciar los casos traídos a su despacho.

¹⁶ Considerando 4. "Jara, Gustavo Javier c/ Duarte, Miguel Ángel" – Medidas Cautelares. Resolución N°2, de fecha 06/05/2015

2. Entendemos que la propuesta de establecer una vía procedimental urgente para la tramitación de la acción preventiva -prevista en el Código Civil y Comercial- constituye un aporte significativo para la eficacia del Sistema Jurídico, ya que ayuda a que él mismo funcione de manera más coherente y articulado.
3. Es importante también que en el procedimiento a aplicarse se garantice el derecho de defensa de ambas partes. Por ello, creemos que la mejor manera de garantizarlo es mediante la fijación de una audiencia como la prevista en el art. 58 del Código de procedimiento de Córdoba, con notificación de oficio y con sanción pecuniaria en caso de incomparecencia injustificada.
4. El principio de inmediación -que exige contacto directo del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción- constituye un elemento esencial a los fines de la eficacia de acción preventiva.