PONENCIA
XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL 2022

Comisión: A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación

Tema: La tutela preventiva

Ponencia: El mandato preventivo, el principio de congruencia y el procedimiento monitorio

Autor: Dr. Federico Martín ARCE

Dirección Postal: Chacabuco Nº 32 - Piso 8 – C.P. 5.000 – Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba

Teléfono: 0351-156818912

Correo Electrónico: federicomarce@hotmail.com

Síntesis de la propuesta: La canalización del mandato preventivo a través del procedimiento monitorio permitiría lograr un razonable equilibrio entre dos valores centrales del ordenamiento jurídico. Estos son, por un lado, la necesidad de que la jurisdicción pueda actuar con celeridad para impedir la causación o agravamiento de un daño, y por otro el respeto del derecho de defensa de la persona a la que el mandato preventivo se encuentra dirigido.

El mandato preventivo frente al principio de congruencia

Sumario: I.- Introducción. II.- El mandato preventivo. III.- Algunos casos que registra la jurisprudencia. IV.- Evaluación crítica del instituto. V.- El mandato preventivo debe abrir una nueva instancia procesal. VI.- El proceso monitorio como alternativa para la instrumentación del mandato preventivo. VII.- Breves conclusiones

I.- Introducción

La Real Academia define a la congruencia como *"conveniencia, coherencia, relación lógica"*, y en una segunda acepción, como la *"conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio"*.[1]

El principio en cuestión tiene una evidente vinculación con la defensa en juicio. Como dice la CSJN "*el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria"*.[2]

La definición previamente desarrollada puede ser subsumida en el vicio conocido como incongruencia "extra petita", en la medida que el juzgador se pronuncia sobre materia ajena a la cuestión debatida.

Paralelamente, y además del aspecto "objetivo", la congruencia involucra uno de tipo "subjetivo". Al respecto explica Peyrano que existe incongruencia subjetiva cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (incongruencia subjetiva por exceso), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (incongruencia subjetiva por defecto) o condena a una persona distinta de la demandada (incongruencia mixta).[3]

En síntesis, y en lo que tiene que ver con la presente ponencia, puede configurarse la incongruencia tanto porque se condene a quien no ha sido

---

[1] Diccionario Real Academia Española, sitio web: https://dle.rae.es/congruencia?m=form, (Fecha de consulta: 1/02/2022).
[2] CSJN, Fallos: 327:1607.
[3] PEYRANO, Jorge W., "El proceso civil. Principios y fundamentos", Astrea, Bs. As., 1978, p 66.

parte en el proceso, como que se lo haga por alguna cuestión que no haya sido objeto de debate durante el trámite procesal.

II.- El mandato preventivo

Se encuentra fuera de discusión que actualmente la diferenciación tajante entre la actuación preventiva a través de la administración y la reparadora por medio la jurisdicción se encuentra superada.

Por el contrario, se acepta la idea de una actuación concomitante tanto de la administración y jurisdicción para prevenir la causación del daño.[4]

En este sentido, se ha señalado que la prevención ostenta, además de un sentido humanista, otro de tipo económico, dado que la mera reparación de los daños no siempre logra volver las cosas a la situación anterior, además de generar externalidades negativas en la sociedad ya que es más costoso recomponer y reparar que evitar el acaecimiento de los daños.[5]

La idea de prevención del daño ha sido receptada en el CCyCN (arts. 1710/1715). Específicamente, el art. 1711 ha previsto la "acción preventiva" como la vía para introducir una pretensión de tal naturaleza en el proceso judicial.

A su vez, el art. 1713 autoriza al juez -incluso de modo oficioso- a disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer para evitar el acaecimiento o agravamiento de una situación dañosa.

Esta posibilidad implica que el juez pueda dictar órdenes judiciales cuando la tramitación de un proceso le haya hecho conocer de manera fehaciente que es probable que un daño se vuelva a producir.

Este instrumento ha sido caracterizado por la CSJN como "mandato preventivo", en la medida que persigue evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños que surgen de un proceso judicial.[6]

---

[4] BACARAT, Edgar, "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial", LL 2015-D, p. 648.
[5] BESTANI, Adriana, "*acción preventiva y 'omisión precautoria' en el nuevo Código Civil y Comercial*", LL, Cita On Line AR/DOC/3881/2015.
[6] CSJN, Fallos 337:1174.

Ahora bien, dicha orden o mandato tiene como característica principal -y ello lo vincula al problema de la congruencia- de que no ha sido requerido por las partes y, en otros casos incluso, se dispone contra personas que incluso no han sido partes en el proceso.

Nos encontramos así frente a una posible "doble" incongruencia: objetiva y subjetiva.

III.- Algunos casos que registra la jurisprudencia

Paulatina y paralelamente a la consolidación de la tutela preventiva como manifestación del poder de los tribunales, la jurisprudencia ha dictado diversos fallos, receptando la figura del mandato preventivo.

En Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha ordenado, con fundamento en la legislación tuitiva del CCyCN y pese a haber rechazado la demanda, que el demandado adopte las medidas concretas tendientes a evitar la repetición de episodios de daños producidos por animales de su propiedad.[7]

El mismo tribunal resolvió que el Estado Provincial instale y mantenga un cerramiento de carácter definitivo, con material resistente y permanente, mientras subsista la planta en esa ubicación cercana a la plaza[8] en donde ocurrió el hecho que dio lugar al proceso de daños.

En otro supuesto fáctico se dispuso que el Estado provincial complete la colocación de tapas en la totalidad de las acequias a cielo abierto y mantenga las condiciones de seguridad pertinentes mientras subsistan las acequias a fin de evitar el riesgo de futuros accidentes.[9]

A su vez, en otro precedente en el cual se ventilaba la responsabilidad de la empresa eléctrica por la muerte de un niño provocada por electrocución en la vía pública a raíz de una conexión de energía clandestina, se dispuso la realización por parte de la empresa de energía de tareas tendientes a evitar que los vecinos tengan acceso a cables para engancharse.[10]

---

[7] TSJ, Sala Civ. y Com., Sent. Nº 39, 22/04/21.
[8] TSJ, Sala Civ. y Com., Sent. Nº 87, 2/07/2019.
[9] Cám. 5º Nom. Civ. y Com. Cba., Sent. Nº 17, 26/02/16.
[10] Cám. 1º Nom. Civ. y Com. Cba., Sent. Nº 40, 28/04/16.

En otro caso, y en el marco de una demanda en contra de un círculo de ahorro previo por incumplimiento contractual, la cámara no sólo confirmó la condena del tribunal de primera instancia, sino que ofició a la Inspección General de Justicia de la Nación para que tome conocimiento de las irregularidades contractuales y legales en que incurrió la demandada, quien no se encontraba autorizada para funcionar ni actuar en el ámbito de los círculos de ahorro previo.[11]

Estas decisiones han sido justificadas bajo el concepto de que los jueces están indudablemente legitimados para adoptar oficiosamente medidas de la naturaleza preventiva, sin que ello afecte el principio de congruencia.[12]

De tal modo, los jueces también -en su carácter de funcionarios públicos- tienen a su cargo la tarea de prevenir daños frente a la amenaza cierta de una causa productora de ellos, en la medida que ellos puedan ser evitados.

IV.- Evaluación crítica del instituto

¿Es conceptualmente correcto afirmar que, en el marco de un proceso predominantemente dispositivo, no existe una afectación al principio de congruencia ante una decisión que obliga a cumplir con una obligación que no ha sido demandada, y que incluso puede ser un tercero con respecto al proceso principal?

Una respuesta que suele esgrimirse como justificación de esta posibilidad es la de que, ante determinados supuestos que involucran intereses superiores a los meramente privados, la congruencia debe ser "flexibilizada".

Así se ha dicho, por caso, que ello es lo que permite justificar la posibilidad de incorporar al fallo intereses moratorios que no fueron demandados.[13]

---

[11] Cám. 5º Nom. Civ. y Com. Cba., Sent. Nº 29, 03/04/19, Act. Jur., Cód. Univ. 20467.

[12] CSJ, Prov. de Bs. As., 30/03/2005, autos “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra – Daños y Perjuicios”.

[13] DE LOS SANTOS, Mabel, "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales en JA 2000-I-, p. 752.

Existen a su vez supuestos en los que el propio ordenamiento procesal relaja los límites de la congruencia. Por caso, en materia cautelar, el art. 204 del CPCCN dispone que *"el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger"*.

En el mismo sentido se pronuncia la CSJN al señalar que es atribución de los jueces determinar el alcance de la tutela que a su juicio mejor salva el derecho invocado sin afectar más de lo necesario los derechos o prerrogativas de la contraparte, ya que ése es el sentido del art. 204 del CPN, en cuanto autoriza al juez a dictar una medida cautelar distinta de la solicitada teniendo en cuenta la importancia de los derechos que se intentan proteger.[14]

Otro ámbito en el que puede darse lugar a la flexibilización es en materia de daños. En efecto, puede ocurrir que la sentencia deba abarcar situaciones inesperadas, posteriores a la demanda. Por ejemplo, *"... una incapacidad aparecía como provisoria y tenía chances de recuperación, pero el fracaso de una intervención quirúrgica la evidencia como irreversible. Este hecho nuevo es esgrimible para resarcir la incapacidad como permanente"*.[15]

Finalmente, otro supuesto de flexibilización puede computarse en el art. 511 del CPN, que establece que *"a pedido de parte el juez establecerá las modalidades de la ejecución o ampliará o adecuará las que contenga la sentencia, dentro de los límites de ésta"*.

Si bien la propia norma refiere a los límites de la sentencia, la idea de adecuar la ejecución indudablemente involucra una flexibilización de la congruencia en este aspecto.

En definitiva, la idea de flexibilización se apoya en un supuesto básico, que podemos caracterizar del siguiente modo: el principio de congruencia no puede funcionar como un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su

---

[14] CSJN, Fallos 329:28 (voto de la Dra. Carmen Argibay).
[15] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde; "La congruencia ante planteos indemnizatorios", ob. cit.

necesaria flexibilidad y adaptación cuando se requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores.[16]

No obstante lo expuesto, me inclino a pensar que en el caso del mandato preventivo la idea de "flexibilización" la congruencia no alcanza para justificar el instituto en cuestión.

En efecto, en los casos previamente referidos -cautelares, adecuación de la ejecución y otros de similares características-, se trata de situaciones en las que hay instancia de parte, hay debate procesal -aunque eventualmente postergado -, pero en ninguno de ellos se da el supuesto de llegar a condenar a alguien en un proceso en el que no ha sido parte ni ha tenido intervención alguna.

La aseveración previa no constituye en modo alguno una opinión contraria a las facultades de los jueces para el dictado de mandatos preventivos.

Por el contrario, se asume que los valores superiores a los que este tipo de mandatos indudablemente se orienta, justifican plenamente su adopción.

En todo caso, pretendo llamar la atención sobre la necesidad de no desconocer que en el caso del mandato preventivo, efectivamente, se afecta el principio de congruencia. Y que, de tal modo, debe evitarse utilizar la idea de la "flexibilización de la congruencia" como una especie de "comodín" para justificarlo sin hacerse cargo de las dificultades que su adopción implica para el ordenamiento procesal.

Más bien, deberíamos asumir que efectivamente un mandato preventivo -sobre todo si es dictado contra alguien que no ha sido parte en el proceso- afecta el principio de congruencia.

Es a partir de tal reconocimiento que deberíamos analizar cómo atenuar tal afectación de un principio central relacionado con el derecho de defensa, posibilitando un equilibrio entre la necesidad de prevenir daños y la vigencia del derecho de defensa.

V.- El mandato preventivo debe abrir una nueva instancia procesal

[16] MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, "Función preventiva del Derecho de daños", en J.A.,

Al ser parte de una sentencia, al mandato preventivo suelen adjudicársele las características propias de aquella. Esto es, una resolución que pone fin al conflicto, cerrando definitivamente las cuestiones en debate.

Pero ocurre que dicha orden -incluso cuando sea dictada contra las propias partes que han intervenido en el proceso de que se trate- constituye un capítulo "nuevo" sobre un aspecto que no fue objeto de debate en el proceso.

De tal modo, y como dice Peyrano, cuando el órgano jurisdiccional incursiona en el ámbito del mandato preventivo, se abre una suerte de nueva instancia, muy diferente a aquella que le sirve de marco. Son dos procedimientos autónomos, susceptibles cada uno de ellos de producir toda la gama recursiva (ordinarios y extraordinarios) correspondiente y que no se influyen uno sobre otro.[17]

En ese contexto, las posibilidades defensivas de las partes involucradas deben encontrarse mínimamente resguardadas. Esto es, el destinatario de la medida debería poder acreditar que las medidas exigidas ya se han cumplimentado, o que son innecesarias, o que no deben ser cumplidas por él, entre otras cuestiones posibles.

En todo caso, tales posibles planteos defensivos en modo alguno impiden al órgano judicial cumplir las funciones preventivas que el ordenamiento civil pone a su cargo, en la medida que siempre podría tomar las medidas precautorias necesarias para resguardar los valores e intereses en juego mientras se debate la cuestión referida a la legalidad del mandato preventivo dispuesto.

VI.- El proceso monitorio como alternativa para la instrumentación del mandato preventivo

No debe perderse de vista que el dictado de un mandato preventivo tiene siempre, como antecedente necesario, la existencia de prueba respecto a los hechos que lo fundamentan.

1988-III, p. 116.

[17] PEYRANO, Jorge W., "El mandato preventivo y sus variantes", LL, 2015-F, p. 1209.

Lo que ocurre es que dicha prueba se ha producido en un trámite procesal en el que la destinataria, o bien no ha sido específicamente demandada por tal rubro, o incluso no ha sido parte en el proceso.

La prueba producida respecto de la existencia de la situación riesgosa otorga al mandato preventivo una fuerte presunción de legitimidad, pero no cancela la posibilidad de que el demandado pueda eventualmente oponerse a su dictado, o invocar -y en su caso acreditar- diversos supuestos que hagan a su defensa.

En este sentido, la estructura del proceso monitorio permitiría dar un cauce procesal adecuado a este tipo de mandatos.

La doctrina ha dicho que en el proceso monitorio se invierten los momentos de la discusión y de la resolución, dado que la sentencia monitoria ordena al demandado el cumplimiento de una determinada prestación y luego, en una etapa ulterior, le concede la oportunidad para que formule su oposición, fijándole un plazo a tales efectos. Es decir, se desplaza la iniciativa del contradictorio al demandado, en cuanto debe este último formular la oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria.[18]

Chiovenda enseña que en sus orígenes, para determinados créditos, se introdujo en el derecho medieval la costumbre de no citar en juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación y notificar ésta al deudor: la orden de la prestación era acompañada y justificada por la cláusula de que si el deudor quisiese hacer valer excepciones pudiese formular oposición dentro de un cierto término.[19]

Esta técnica permite una clara simplificación del proceso, en la medida que se asegura la expedición del mandato, quedando en todo caso la posibilidad del demandado de oponerse.

De tal modo, la sentencia que se dicta está sujeta a una condición suspensiva negativa, esto es, que el condenado no se oponga, lo que delinea sus características principales es un proceso que funciona inaudita

---

[18] LOUTAYF RANEA, ROBERTO G., "Proceso Monitorio" en MORELLO, Augusto M.; SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O, “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 2004, T. X-a, p. 495.

[19] CHIOVENDA, José; “Principios de Derecho Procesal Civil”; Traducción de José Casaís y Santaló; Ed, Reus, Madrid, 1922, T. II, p. 244.

parte, con el contradictorio librado al interés del demandado y por lo tanto, su carácter es eventual.[20]

El hecho de que se dicte una sentencia de modo efectivo hace, que, como señala Falcón, las estadísticas muestren que los promedios de impugnación de la sentencia monitoria en caso de que se dicte una resolución que establece una condena, son inferiores a los casos en que en el juicio ejecutivo se formaliza la intimación de pago[21] sin el dictado de la correspondiente orden.

En este sentido, también se ha dicho que la existencia del proceso monitorio se basa en la presunción de que no habrá oposición a la demanda, como lo señala la experiencia.[22]

Sobre si el proceso monitorio vulnera garantías constitucionales, tales como la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal, con acierto se ha dicho que ello no ocurre, en la medida que este procedimiento difiere -pero no cancela- la oportunidad de defensa a posteriori del dictado de la sentencia monitoria.[23]

Desde luego, el dictado de la sentencia en estas condiciones debe estar limitada a situaciones en las que, a priori, exista una situación en la que surja de manera palmaria el derecho que se esgrime, o que evidentes razones de economía procesal justifiquen esta tramitación en la que se invierte el contradictorio.

En aplicación de estas ideas, la jurisprudencia ha señalado que debe rechazarse *in limine* la demanda monitoria promovida a los fines de conseguir la escrituración de un inmueble si dicha obligación no surge claramente del boleto de compraventa acompañado.[24]

Los breves conceptos esbozados permiten afirmar que el procedimiento monitorio podría constituir un esquema procesal adecuado para encauzar el mandato preventivo, dándole a este celeridad y

---

[20] OLCESE, Juan M., "El proceso monitorio o inyuccional", JA, 1990-I, p. 992.
[21] FALCÓN, Enrique M., "El proceso monitorio", LL, 2016-C, p. 930.
[22] BEINARAVICIUS, Orlando J., "El recurso ordinario de apelación. Especial consideración de las posibilidades de su planteo contra la sentencia monitoria – Ley 6002 de la Provincia de Chaco (proceso monitorio). Situaciones no previstas", Act. Jur., Rev. Civ. y Com., Nº 184, Cód. Univ. 644.
[23] AGOPIAN, Karina I., CAPELLINO, Mariela y SPILA MONTOTO, Luciana; "El proceso monitorio y el derecho de defensa", Act. Jur., Rev. Civ. y Com., Nº 90, Cód. Univ. 266.

ejecutividad, a la vez que garantizar que el destinatario de la medida pueda alegar las cuestiones que puedan hacer a su derecho.

7- Breves conclusiones

La posibilidad de dictar un mandato preventivo en el marco de un proceso de corte prioritariamente dispositivo, apartándose de de lo que ha sido específicamente materia del debate procesal, obedece a razones de orden superior, para proteger a terceros ajenos a la litis.

Entiendo que no puede afirmarse que tal tipo de decisiones no afecten el principio de congruencia, sino en todo caso dicho apartamiento se justifica en razones de índole superior, que hacen a la prevención del daño, tarea que muy pocos hoy niegan que los jueces deban desarrollar.

En todo caso, de lo que se trata es de buscar alternativas procesales que permitan conseguir un equilibrio entre la necesidad de prevenir el daño con el derecho de defensa de la persona que debe cumplir el mandato preventivo.

La estructura del trámite monitorio permite, por un lado, el dictado de una decisión judicial para prevenir el daño, a la vez que garantiza la posibilidad de que el destinatario pueda cuestionar su procedencia, ya sea por considerar que es impertinente, que él no es el legitimado pasivamente para cumplirlo o que la medida que se le ordena ya ha sido materializada, entre otras cuestiones.

Se trata de una solución que conjuga un equilibrio razonable de intereses, sin aferrarse a soluciones dogmáticas y ortodoxas que descuidan el interés social, a la vez no violenta el derecho de defensa.

---

[24] Cám. de Apel. Civ. y Com. de Paraná de 3º Nom., Sala II, autos "L. G., L. J. c. Sucesión de B., J. V. y/u otros s/ s/ monitorio", 15/03/2013, Cita Online: AR/JUR/8710/2013.