



Autores: Galdós, Jorge Mario

Título: El mandato preventivo: una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil

Galdós, J. (2016). El mandato preventivo: una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil. Revista de Derecho de Daños, (2), p.347.

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

EL MANDATO PREVENTIVO. UNA VALIOSA HERRAMIENTA PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Galdós, Jorge Mario

Sumario:

I. Introducción. II. Las dificultades del tema y el deslinde conceptual. Lo procesal y lo sustancial. 1. La prevención del daño en el ámbito procesal. Los aportes de la doctrina procesal. 2. Las clasificaciones procesales. Medidas cautelares y sustanciales, provisorias y definitivas. Las diferentes especies. III. La prevención del daño como función sustancial de la responsabilidad. 1. El sistema de Derecho Privado y los microsistemas. 2. La prevención como función. Los cuatro artículos más importantes del CCCN. Breve referencia. 3. Los requisitos de la acción preventiva. 4. Las clasificaciones sustanciales. IV. El mandato preventivo. V. Conclusiones. VI. Casuística. VII. Apéndice.

EL MANDATO PREVENTIVO. UNA VALIOSA HERRAMIENTA PROCESAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL [1]

I. Introducción

Nos proponemos efectuar algunas consideraciones sobre el mandato preventivo o de prevención en cuanto herramienta procesal típica de la faz sustancial de la responsabilidad civil actuando en su función preventiva, conforme lo prevén los artículos 1710 a 1713 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN). Inicialmente formularemos precisiones conceptuales y de deslinde de ambos institutos (la función preventiva de la responsabilidad, de Derecho sustantivo, y el mandato preventivo como instrumento procesal) para luego enunciar la agenda de temas que involucra la problemática, planteando dudas y sugiriendo algunas propuestas. Finalmente nos ocuparemos de la jurisprudencia sobre el mandato preventivo y en el Apéndice transcribiremos dos antecedentes judiciales que si bien podrán contener algunas reiteraciones de ciertas ideas, adicionalmente podrá revestir interés porque da cuenta y refleja la evolución de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires.

II. Las dificultades del tema y el deslinde conceptual. Lo procesal y lo sustancial

1. La prevención del daño en el ámbito procesal. Los aportes de la doctrina procesal

La problemática de la función preventiva de la responsabilidad civil y de las distintas y disímiles medidas procesales para su aplicación concreta reconoce algunas dificultades, especialmente conceptuales, que produjeron cierta confusión inicial -ahora afortunadamente en proceso de superación-. Las razones son muchas y variadas.

Por un lado, en el régimen del Código Civil derogado (en adelante CC) no estaba prevista normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, actualmente receptada en el nuevo Código Civil y Comercial (arts. 1710 a 1713). Existían discrepancias doctrinarias entre los civilistas aunque la postura mayoritaria entendía que la prevención del daño se desprendía del análisis integral de varias normas del Código velezano como de la legislación especial. Pero el tema fue abordado mayoritariamente por la escuela procesal, concentrando especialmente sus esfuerzos en los aspectos procedimentales. Ello no supone ignorar los tempranos aportes de

algunos civilistas que estudiaron la denominada "tutela civil inhibitoria" o "tutela inhibitoria" o "tutela inhibitoria contra daños" (Morello, Zavala de González, Andorno, Nicolau y Lorenzetti -entre otros-) [2]. Lorenzetti enfatizaba hace tiempo que en el Derecho Civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes de que se produzca, incursionando en el orden social al señalar conductas obligatorias. De ese modo, la tutela inhibitoria (que siempre tiene una finalidad preventiva) admite, como género, dos especies: una acción cautelar (que es provisoria) y otra definitiva, las que se diferencian en su instrumentación procesal, unidas ambas en su finalidad preventiva de impedir la concreción de la amenaza del daño, frente al interés -legítimo o simple- del titular requirente. En ese ámbito emplaza a la medida cautelar sustancial como instrumento de la tutela inhibitoria [3]. En sentido similar se pronunciaba Nicolau, quien, a partir del sustento normativo del artículo 43 de la Constitución Nacional, sostuvo que la tutela inhibitoria en cuanto instituto de Derecho sustancial -que impone límites al ejercicio del derecho subjetivo- "no tiene tanto en cuenta la libertad de quien amenaza injustamente el derecho de otro sino el derecho de ese otro a no sufrir la amenaza de daño" [4]. Concordantemente, Andorno apuntaba que nuestro "proceso urgente" es equivalente a la "tutela inhibitoria" del Derecho italiano y conforma una protección judicial de urgencia sustantiva y no cautelar, sin necesidad de contracautela, y cuyos presupuestos son un comportamiento lesivo, un daño injusto, una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado y el factor de atribución, que corrientemente será el dolo o la culpa [5].

Empero, y retomando el núcleo argumentativo acerca de las dificultades en el desarrollo del tema, cabe mencionar que el enfoque más importante y difundido se centró prioritariamente en los aspectos procesales de las denominadas "tutelas diferenciadas" [6], o "procesos urgentes" [7], o "tutelas de urgencia" [8], atendiendo -como se desprende de las denominaciones dadas- a la preocupación por dar respuesta a las urgencias procesales. Otra razón que incidió en el desarrollo sistémico y más uniforme de la problemática fue la proliferación de institutos procesales, tanto de creación judicial (medidas autosatisfactivas, tutela anticipada propiamente dicha o anticipo de jurisdicción, mandato preventivo o de prevención) como de adecuación de los existentes a los requerimientos de la prevención (amparo, hábeas data, hábeas corpus, etc.). A todas estas circunstancias se añaden los numerosos y distintos nombres y denominaciones que propuso la doctrina para los diferentes institutos creados, muchas veces incluso para identificar la misma figura.

2. Las clasificaciones procesales. Medidas cautelares y sustanciales, provisorias y definitivas. Las diferentes especies

Morello, como siempre anticipatoriamente, formuló uno de los primeros aportes vinculando el tema esencialmente al valor eficacia del proceso, distinguiendo las tutelas materiales de las asegurativas o cautelares, nacidas como respuesta del activismo procesal frente a la insuficiencia de las medidas cautelares clásicas y por la preocupación de la efectividad de la justicia [9]. Se procuró encontrar respuestas a las urgencias por resolver los problemas concretos que genera el tiempo en el proceso judicial.

Si ahondamos un poco más en las clasificaciones y denominaciones nacidas en la escuela procesal advertimos más claramente las dificultades que anticipamos. En el denominado proceso urgente se acudía tradicionalmente a las medidas cautelares, provisorias, provisionales, asegurativas, o precautorias, que se decretaban en el marco de un juicio principal, y a las que se accedía antes o después de la demanda o juntamente con ella (el embargo, la inhibición general de bienes, el secuestro, la prohibición general de innovar, las medidas cautelares genéricas). Como lo dijimos, los requerimientos del Derecho sustancial, y particularmente la prevención del daño, contribuyeron a "la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas" [10]. En este contexto la doctrina procesal delineó las distintas herramientas del proceso urgente, algunas provisorias o cautelares (porque dependen y son accesorias del proceso principal) y otras definitivas (porque la pretensión preventiva agota el proceso), aunque -lo reiteramos- otorgándole distintos nombres y a veces tipificándolas con algunas diferencias, lo que impidió la unificación de los conceptos. Ejemplo del primer caso (medidas provisorias o cautelares) es el embargo decretado en un juicio de daños que pretende asegurar los bienes del deudor para que no se vendan, desvaloricen, desaparezcan, etcétera. Ejemplo del segundo caso (medidas sustanciales) es la medida autosatisfactiva (única pretensión que se agota en sí misma) para la provisión de medicamentos ante la injustificada negativa de la obra social y que procura asegurar el derecho. La otra figura que integra el género de medidas sustanciales es la tutela

preventiva o anticipada o anticipo de jurisdicción que en el marco del juicio principal también adelanta total o parcialmente la prestación objeto del proceso. Por ejemplo, la provisión de medicamentos a la víctima de un juicio de daños, antes de la sentencia definitiva y para garantizar la integridad de la persona (o sea el objeto del proceso) [11]. El mandato preventivo también se emplaza en esta categoría y las tres (medida autosatisfactiva, tutela preventiva en sentido estricto o anticipo de jurisdicción y mandato preventivo) constituyen herramientas procesales que actúan la prevención del daño.

Las pretensiones urgentes pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, hábeas data, medidas autosatisfactivas, etc.) o en procesos comunes (tutela anticipada o anticipo de jurisdicción en los procesos ordinarios o sumarios). En este caso lo diferencial es el tiempo: en la vía cautelar se debe probar el peligro en la demora, en la tutela definitiva la amenaza de daño; lo cautelar recae sobre el bien a asegurar y la tutela preventiva y las medidas autosatisfactivas sobre la prestación; pero todas tienen en común la prevención del daño.

La tutela preventiva en sentido genérico o amplio ha sido denominada de muy variadas maneras [12]. En efecto se utilizaron diversas acepciones como "cautela material" (o "cautela sustancial"), "medidas anticipatorias materiales o definitorias", "cautela con efectos materiales", explicándose que el aditamento de los adjetivos "cautelar" y "sustancial", o incluso la expresión "definitoria" -como lo predica Berizonce por oposición a "interinal"-, conlleva efectos conclusivos que agotan y fenecen la litis. Siguiendo esta tesis se refieren preferentemente a la cautela material -entre otros- Berizonce, De Lázari y Gozáni [13].

Rivas alude a la "anticipación impropia por consumación". Las sentencias anticipatorias se vinculan con el objeto del proceso y satisfacen la pretensión, y se califican en propias e impropias: las propias se dictan previa sustanciación, mientras que las impropias se decretan inaudita parte y se subdividen en: a) impropias por satisfacción (en la que la pretensión se satisface total o parcialmente pero de manera provisional), y b) las impropias por consumación, que agotan el objeto de la pretensión y pueden ser irreversibles ya que "o se satisface la pretensión en ese momento o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediablemente". Acota que una vez dictadas las medidas, la continuidad del proceso resulta prácticamente una cuestión abstracta, salvo en su aspecto declarativo para determinar futuras responsabilidades o las que pudieren corresponder al régimen de costas [14].

También los procesalistas distinguieron la pretensión cautelar o conservativa según resulte de petición de parte, de la forma de tramitarlas (con o sin audiencia de la contraria) y de la naturaleza de la resolución a dictarse [15].

Barcat enumera las siguientes herramientas procesales a las que puede acudir el juez: a) la sentencia mere declarativa para prevenir el ulterior incumplimiento; b) la tutela preventiva por medio de una resolución autosatisfactiva; c) el mandato preventivo de daños, el que dice: "no es un caso de pretensión preventiva principal. Se está en presencia más bien de un mandato oficioso que el juez decide emitir para evitar la repetición del perjuicio, es decir, tiende a evitar un perjuicio futuro a la misma víctima o a un tercero"; d) el amparo preventivo ante la amenaza de daño, y no sólo ante la transgresión efectiva del derecho; e) la prevención del daño y las medidas cautelares, consistentes en "una protección accesoria que el orden jurídico concede al justiciable a fin de neutralizar el daño que origina la restitución sólo mediata del derecho o el tiempo que demanda la sustanciación del proceso, tratando de evitar que la prestación jurisdiccional se torne ilusoria por el transcurso del tiempo"; f) la medida anticautelar, se trata de un "adelantamiento" para prevenir el perjuicio que podría ocasionar al cautelado una medida abusiva o antifuncional en otro proceso, aunque diferenciada de la que se denomina propiamente sentencia anticipada; g) el daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor; h) la aplicación de astreintes para disuadir al condenado al cumplimiento del mandato judicial; i) el "llamado de atención" para evitar la aplicación de sanciones disciplinarias; j) el rechazo in limine de planteos o incidentes abusivos por parte de litigantes maliciosos; k) la no homologación del acuerdo preventivo en razón de propuesta concordatoria "abusiva" o en "fraude de la ley"; l) la resolución anticipatoria; m) el concordato preventivo (prevención del daño por medio de proceso autónomo); n) la modalización de la condena pecuniaria [16].

Una clasificación interesante, que sistematiza las diferentes concepciones, la efectúa Camps, quien asigna al concepto de tutela anticipada dos acepciones, una restringida y otra amplia. La primera alude a la tutela preventiva o anticipatoria o anticipo de jurisdicción que antes de la sentencia definitiva otorga el objeto del proceso; la acepción amplia se refiere a la obtención rápida o urgente de lo pretendido, sea provisorio o definitivo. Partiendo de la acepción amplia de tutela anticipada, sostiene que se puede obtener de dos maneras: 1) en forma provisorio; 2) en forma definitiva. A su vez, la tutela anticipada definitiva se puede alcanzar a través de: 2.1) una resolución dictada con bilateralidad previa; 2.2) una resolución dictada sin bilateralidad previa. Los

institutos procesales que corresponden a estas formas anticipatorias son las siguientes: tutela anticipada provisoria: cautela material; tutela anticipada definitiva: procesos urgentes. En este último caso, si existe bilateralidad previa, nos encontramos con procesos de conocimiento abreviado ("sumarios" y "sumarísimos") y procesos especiales (interdictos, amparo, etc.) y, si no existe bilateralidad previa, con el proceso monitorio [17].

III. La prevención del daño como función sustancial de la responsabilidad

1. El sistema de Derecho Privado y los microsistemas

A) La prevención se emplaza en el marco de la unidad sistémica del Derecho Privado (arts. 1° y 2°, CCCN), la constitucionalización del Derecho Civil, el diálogo de fuentes entre la Constitución Nacional, el CCCN y la legislación especial o microsistémica (por ejemplo, el Derecho del Consumo, el Derecho Ambiental, etc.), y de la importancia relevante de la interpretación judicial sustentada en el trípode de reglas, principios y valores (arts. 1°, 2°, 3° y concs., CCCN), a lo que se suma el deber general de no dañar, de fuente constitucional (art. 19, Const. Nac.) y legal (arts. 1708, 1716, 1717 y concs., CCCN), y el derecho a la seguridad en la relación de consumo, también de origen supralegal (art. 42, Const. Nac.).

A partir del CCCN se puede diferenciar claramente la prevención del daño como un aspecto propio de la función de la responsabilidad civil (de Derecho de fondo), emparentada con lo que la doctrina civilista califica como "deber de mitigar el daño" o "deber de la víctima a contribuir a la disminución del daño" [18], de las herramientas o institutos procedimentales (de Derecho adjetivo) que se utilizan instrumentalmente para efectivizarla.

La prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional (art. 42, Const. Nac.), que protege la vida y la salud de las personas, muy especialmente en la relación de consumo, conforme doctrina de la Corte nacional [19]. Se sostiene con acierto que el CCCN elevó la prevención del daño a la categoría de principio del Derecho Privado y que proviene del derecho fundamental a la seguridad de los bienes de consumo (art. 42, Const. Nac.) [20]. También se sostiene el fundamento axiológico del instituto [21].

Mencionamos anteriormente que no caben dudas de que en el nuevo Código Civil y Comercial la responsabilidad civil cumple dos funciones: a la clásica función resarcitoria o reparatoria (arts. 1716 a 1736, CCCN) se le añade la preventiva (arts. 1710 a 1713, CCCN). En consecuencia: la responsabilidad civil tiene una doble finalidad: actuar ex ante mediante la prevención del daño y actuar ex post mediante la reparación o resarcimiento pleno del daño. La función preventiva está regulada específicamente en los artículos 1710 a 1713 del Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil) del Libro Tercero (Derechos personales), en la Sección 2ª denominada Función preventiva y punición excesiva.

B) Una aclaración importante con relación al Anteproyecto de CCCN. En él se preveía la función tripartita de la responsabilidad civil (prevenir, reparar, sancionar) juntamente con las acciones colectivas, sentando las bases generales del Derecho Privado que incidían en los regímenes microsistémicos, especialmente en el Derecho de Consumo y en el Derecho Ambiental. En efecto, las acciones colectivas, previstas en una sección específica de la responsabilidad civil, y la función sancionatoria regulada en los originarios artículos 1714 y 1715 del Anteproyecto de CCCN como sanción pecuniaria disuasiva o daño punitivo o multa civil, fueron suprimidas por el Poder Ejecutivo, la primera, y en el trámite legislativo en la Comisión Bicameral, la segunda. Por ello se alteró la estructura primigenia de las funciones de la responsabilidad civil en el Derecho Privado estructurada en el Anteproyecto sobre la base de: prevención, reparación y punición o sanción pecuniaria disuasiva más acciones colectivas.

Ahora la punición y las acciones colectivas están presentes sólo en los regímenes microsistémicos. En la legislación del consumo se prevé expresamente la concurrencia de tres funciones: la prevención, el resarcimiento (arts. 5°, 6°, 8° bis, 40, 40 bis, 41, 45, 52, 53, 54, 55, 58, LDC, ley 24.240, t. o. ley 26.361) y el daño punitivo (o sanción pecuniaria disuasiva o multa civil -art. 52 bis, LDC-). En cambio, en el ámbito del Derecho Ambiental concurren la prevención, la precaución, la recomposición de la situación al estado anterior a la producción del

daño y, sólo en caso de no resultar posible el restablecimiento, la indemnización substitutiva con destino a un Fondo de Composición Ambiental (arts. 1º, 2º, incs. a, g, k, 4º, 22, 27, 28, 30, 32, 33, 34 y concs., LGA) [22].

C) El artículo 1708, Funciones de la responsabilidad, dice: "Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación", y la Sección 2ª del CCCN, titulada Función preventiva y punición excesiva, le dedica cuatro artículos más: artículo 1710, Deber de prevención del daño; artículo 1711, Acción preventiva; artículo 1712, Legitimación, y artículo 1713, Sentencia.

Debe tenerse particularmente en cuenta que la prevención está receptada en todo el ordenamiento instaurado por el nuevo Código; por ejemplo, en los artículos 9º, Principio de buena fe; 52, Afectaciones a la dignidad; 53, Derecho a la imagen; 54, Actos peligrosos; 59, última parte, Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud; 338, Declaración de inoponibilidad en el fraude; 722, Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio; 1032, Tutela preventiva en ámbito contractual; 1102, Acciones de los consumidores; 1641, Concepto de transacción; 1673, Fiduciario; 1718, Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho; 1982, Árboles, arbustos u otras plantas; 2035, Perjuicio debido a un árbol o arbusto; 2377, Formación de los lotes, y 2602, Foro de necesidad [23].

En efecto, en el ámbito contractual la prevención del daño comprende la tutela preventiva, ya que en caso de que una parte sufiere "una amenaza grave de daño a sus derechos", la otra parte que "ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia" puede "suspender" el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra parte cumpla su prestación o "dé seguridades suficientes" (art. 1032). También los consumidores pueden pedir el cese de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios y de la sentencia condenatoria (art. 1102). Igualmente en la protección de la persona humana (art. 51) y en la protección por las afectaciones a la dignidad (art. 52), se acentúa la tutela de prevención (que se suma a la de reparación), porque si se afecta la intimidad personal o familiar, la honra o reputación, imagen o identidad, o resultare menoscabo de la dignidad personal (arts. 52 y 1770), se aplican las disposiciones de los artículos 1708, 1710, 1711, 1712, 1713 y concordantes. Incluso, y como "adecuada reparación", puede ordenarse también "la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar" (art. 1770). Además, por ejemplo en materia de defensas de la posesión y de la tenencia, los artículos 2238 y siguientes confieren acciones posesorias para "mantener o recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder [...] ante actos [...] de inminente producción..." (art. 2238).

2. La prevención como función. Los cuatro artículos más importantes del CCCN. Breve referencia

Los cuatro artículos más importantes que regulan la prevención son los artículos 1710 a 1713 del CCCN. Se prevé la acción preventiva o de prevención o tutela o pretensión preventiva en sentido amplio como la acción típica, definitiva y autónoma, de Derecho sustancial, propia de la responsabilidad civil que -como lo dijimos anteriormente- consiste en una pretensión dirigida a evitar o impedir la producción de un daño cierto o a hacer cesar la continuación, agravamiento o magnitud del daño en curso. Empero, y aun cuando es importante enfatizar la naturaleza sustantiva del instituto, pues se consagra el deber general de acción u omisión de no dañar, ello no puede conducir a desconocer su incidencia procesal ya que las reglas y principios del CCCN confieren operatividad a las herramientas e institutos procesales, cautelares o definitivos, destinados a la evitación del daño.

Peyrano dice que "la acción preventiva típica -prevista en el artículo 1711 del CCCN- es aquella que puede tener por destinatarios a particulares o entidades públicas y 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 antijurídica existente. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busca revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción. La acción (rectius pretensión) que nos ocupa puede perseguir no sólo aventar el riesgo en ciernes (v. gr., que se apunte una construcción en ruinas lindera a otro edificio), sino que también puede apuntar a conjurar la continuación del daño o su agravamiento" [24].

Las conclusiones unánimes de las Terceras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (25, 26 y 27-10-2012), celebradas en memoria de Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana, conciben al instituto como

"la acción de prevención específica sustancial que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesoria. Será operativa a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas. Entre ellas: acción de amparo, medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria. Ello sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto".

El artículo 1710 del CCCN establece: "Deber de prevención del daño. 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".

El artículo siguiente dispone que la acción preventiva "procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" (art. 1711). Entre las notas sobresalientes mencionamos que se sienta específicamente el deber de evitar causar o producir a las personas o a las cosas un daño no justificado y se consagra el deber general de diligencia de actuar, es decir, de obrar adoptando las conductas positivas o de acción, tanto para evitar la producción de un daño probable como para disminuir su magnitud o impedir su agravamiento. Todo esto sobre la base del principio de buena fe y de razonabilidad que atiende a las singularidades de cada caso, conforme el artículo 1710, correlacionado con la pauta general de valoración de conducta que establece el artículo 1725 ("Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias"), en sentido congruo con la directiva de ejercer los derechos de buena fe (arts. 9º, 10 y 11 del Título Preliminar, Cap. 3). En definitiva, el deber general de acción u omisión se centra en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse. La magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio) y la extensión al tiempo, o a su prolongación, por lo que advierte que la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad. El Diccionario de la Real Academia define la magnitud en sus distintas acepciones como "el tamaño de un cuerpo; la grandeza, excelencia o importancia de algo; la propiedad física que puede ser medida", esto es, vincula el daño con su entidad. Por su lado, si bien el Diccionario define a la extensión como "hacer algo que aumente su superficie", lo que podría relacionarse con el tamaño, empero, luego agrega: "hacer algo que ocupe más lugar o espacio que el que antes ocupaba"; en otra acepción se refiere a "esparcir, desparramar lo que está amontonado, junto o espeso", por lo que estos significados cohonestan el daño con la prolongación temporal y espacial.

Además, cuando las medidas adoptadas se traduzcan en un beneficio económico para quien hubiera padecido el daño, que en definitiva se evitó, quien hubiera incurrido en gastos tiene derecho a su reembolso según el régimen del enriquecimiento sin causa (art. 1718, inc. c, que es un supuesto particular que exceptúa la aplicación del principio general de la reparación plena, art. 1740).

El artículo 1712 del CCCN dice: "Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño". Y el siguiente expresa: "Sentencia. 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, CCCN).

Insistimos en que el instituto receptado es una norma eminentemente sustancial o de fondo, pero igualmente adjetiva o procedimental, porque establece las bases inderogables que deberán respetar las legislaciones locales que regulen sus aspectos procesales. Se incorpora una regla que establece la legitimación, la que, en principio y al conferírsela a quien tiene "un interés razonable" (art. 1712), no abarca a todos los damnificados; sólo a los directos (sea que sufrieron o pueden sufrir un daño), respecto de los cuales se presume su interés para deducir la pretensión de prevención. Para los damnificados indirectos, únicamente si demuestran, aun sumariamente, su interés. Nosotros entendemos que ese interés puede ser individual o colectivo, tal como se desprende también del artículo 14 que comprende a los derechos colectivos.

Procede contra actos u omisiones antijurídicas, por lo que el hecho generador debe ser, en principio, ilícito. La medida es independiente del factor subjetivo u objetivo de atribución y debe guardar adecuada relación de

causalidad con el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726 y 1727). La sentencia puede ser dictada de modo provisorio o definitivo, principal o accesorio, a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado o promovido sólo a esos efectos, otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer. La facultad oficiosa del juez sólo puede actuar en el marco de un proceso iniciado o en curso. La norma dice que el juez "debe" disponer las medidas; lo que debe entenderse imperativo sólo con relación al dictado del pronunciamiento, pero no de su recepción, la que es facultativa para el juez, según los criterios de ponderación fijados. Además, y dada la naturaleza de las facultades judiciales, somos de la opinión que el magistrado también puede modificar la pretensión y adecuarla a las circunstancias del caso (por ejemplo, una obligación de dar sumas de dinero modificarla en una obligación de hacer). Rige analógicamente, por resultar compatible, el principio del artículo 204 del Código Procesal de la Nación que establece que el juez puede "disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger".

La medida y razonabilidad de la extensión del mandato debe resultar de un juicio de ponderación, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata del juicio de comparación entre la entidad y la atendibilidad de los derechos en pugna, debiendo prevalecer los extrapatrimoniales por sobre los patrimoniales, los derechos de incidencia colectiva sobre los derechos individuales, según la naturaleza de los intereses en conflicto, y predominar la tutela de la persona por sobre el patrimonio.

La doctrina se pronunció mayoritariamente a favor de la incorporación de la función preventiva [25].

3. Los requisitos de la acción preventiva

Los requisitos de la acción preventiva típica y autónoma de naturaleza sustancial prevista en los artículos 1711 y concordantes del CCCN son los siguientes:

1) Una conducta antijurídica ("acción u omisión antijurídica"), por lo que el hecho generador debe ser ilícito. En términos de una amenaza ("hace previsible") de producción de daño, de agravamiento -o continuación o aumento- de la magnitud del daño en curso. En palabras de la Corte Suprema nacional, "la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual" [26].

2) Interés del peticionante individual, homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial. La supresión de la sección originaria del Anteproyecto relativa a las acciones colectivas no impide la invocación de derechos individuales homogéneos que recaen sobre bienes colectivos para el ejercicio de la tutela de prevención, ya que están comprendidos en "el interés razonable" que requiere el artículo 1712.

3) Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos.

4) Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726 y 1727).

No es necesario que concurra un factor de atribución (subjetivo u objetivo) y la pretensión puede recaer sobre bienes de terceros, ajenos a la litis. Procede contra actos de los particulares o del poder público y también puede tener por objeto la protección de bienes de los particulares o del dominio público o privado del Estado (arts. 15, 16, 235 a 239, 240, CCCN) [27].

4. Las clasificaciones sustanciales

Las acciones preventivas de Derecho sustantivo han sido clasificadas por la doctrina de diversas maneras.

Peyrano propone las siguientes categorías: A) Según la inminencia del daño en: 1) urgente (por la amenaza real e inminente en la producción del daño); 2) sin peligro en la demora (en donde la amenaza de daño no es inminente, y transcurrirá un lapso apreciable de tiempo hasta que el riesgo de daño pueda concretarse). B) Según su

finalidad en: 1) inmediatas (pueden generar obligaciones de hacer, no hacer y dar -inclusive sumas de dinero, ejemplo de ello es el precedente "Camacho Acosta"-); 2) mediatas, que son las que vienen a hacer realidad a las finalidades inmediatas [28].

De los Santos formula la siguiente clasificación: A) Según el origen de la amenaza de un ilícito en: 1) pretensiones preventivas autónomas para evitar el daño o su agravamiento -son autónomas-, operan contra el ilícito y la sentencia es definitiva; 2) pretensiones procesales accesorias para evitar daños derivados del tiempo que insume el proceso judicial -son accesorias a un proceso principal y provisorias-. B) Según la urgencia: 1) acciones urgentes -responden a la inminencia en la producción efectiva del daño-, que al momento de su formulación es una mera amenaza, son ejemplo de esta clasificación las medidas cautelares y la tutela anticipada; 2) acciones preventivas sin peligro en la demora, son aquellas en donde no existe un daño inminente y en donde la producción del daño está sujeta a un lapso apreciable de tiempo. C) Según tutelén derechos que no impliquen especiales exigencias, ejemplo: acciones de contenido patrimonial, se las clasifica en acciones preventivas o de protección indiferenciadas, diferenciándose de las acciones preventivas portadoras de una tutela especial, cuando se protegen derechos dignos de tutelas diferenciadas, como el ambiente, la intimidad, o bien sujetos vulnerables, en donde la sentencia no debe ser sustituida por prestación en dinero, o cumplida por otro [29].

Kemelmajer de Carlucci afirma que la prevención del daño o función preventiva de la responsabilidad civil puede actuar como "preventiva de la indemnización" -aquella que procura disuadir al dañador en la realización del daño por la responsabilidad indemnizatoria que se le genera con su producción- o "preventiva del daño" -aquella que procura evitar los daños mediante acciones civiles que sean compatibles con la normativa administrativa y penal-, sosteniendo que "la prevención sería, entonces, el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes" [30].

Por su lado Acciarri y Tolosa se refieren a la prevención general y a la prevención específica afirmando que la prevención general es aquella en donde el sujeto decide de manera voluntaria no realizar una determinada actividad, o bien adoptar medidas preventivas para que ante la realización de la actividad en cuestión se evite el daño, buscando de esta manera minimizar los costos ante una posible indemnización. En cambio en la prevención específica se alude no ya a una decisión voluntaria del sujeto dañador, sino del Estado, que prohíbe realizar una determinada actividad o acción para evitar el daño [31].

Loutayf Ranea y Solá distinguen la "función jurisdiccional preventiva o jurisdicción preventiva" de la "función administrativa preventiva" y las decisiones judiciales provisorias de las definitivas, explicando que la primera (función jurisdiccional preventiva o jurisdicción preventiva) se refiere a la sentencia que dicta el juez, en el marco de un proceso iniciado por la víctima -procurando el cese de la circunstancia que genera el daño-, y previa bilateralización del conflicto. Por otro lado, la función administrativa preventiva es aquella decisión o medida preventiva que el juez adopta para evitar o disminuir la producción de un daño, ya no a petición de parte, sino de oficio en ocasión de resolver sobre un proceso determinado, en donde ha tomado conocimiento sobre la existencia de una situación que puede generar un daño, o producir un quebramiento del ordenamiento jurídico [32]. Digamos, de paso, que en aquel sentido se pronunció el XXVIII Congreso de Derecho Procesal. Por nuestro lado compartimos las dudas que expone Arazi, con relación a la "función administrativa preventiva", cuando afirma que igualmente en ella "el juez actúa dentro de un proceso determinado y sólo flexibiliza el principio de congruencia al advertir el riesgo, ordenando en su sentencia medidas para evitarlo" [33].

Por su lado Camps propone la siguiente clasificación: 1) Pretensión preventiva propiamente dicha (cuando el daño aún no ocurrió pero hay indicios de que se producirá). Se pretende impedir que el daño se concrete, adoptando para ello las medidas preventivas de dar, hacer o no hacer, con el dictado de la sentencia definitiva -a pedido de parte y previa bilateralización- o urgente -medidas provisorias sin bilateralización-. 2) Pretensión preventiva de cese, que ocurre cuando el daño ya se produjo y lo que se busca es que las consecuencias lesivas se detengan o no se agraven. Esta pretensión preventiva de cese puede ser autónoma -cuando se inicia como proceso independiente- o dependiente (incidental o cautelar a un proceso ya iniciado) [34]. Seguí postula diferencias entre: 1) la tutela preventiva provisoria (comprende dentro a la tutela cautelar que pretende garantizar la efectivización de un derecho controvertido en otro proceso, la tutela anticipatoria -resolución provisorias del juez basada en la verosimilitud del derecho que puede ser modificada de oficio o a pedido de parte-, y las vías para la tutela provisorias anticipatorias en materia ambiental); 2) la tutela preventiva definitiva, la cual podría ser dictada en un proceso de conocimiento (cuando el perjuicio es probable pero no inminente y actual) o en una acción de amparo, cuando la amenaza es actual o inminente [35].

IV. El mandato preventivo

Una corriente de opinión, asumiendo una postura restrictiva, sostiene que para despachar un mandato preventivo se deben cumplimentar los siguientes requisitos: a) sustanciar previamente la cuestión; b) de mediar urgencia, explicitar las razones en que la funda y postergar (no eliminar) la sustanciación; c) de tratarse de intereses que exceden a aquellos de las partes, habilitar la participación del Ministerio Público o agencia estatal específica; d) en cualquier caso, fundar de manera especial los criterios de "menor restricción posible" y "medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad", como muy acertadamente exige la norma. Sólo así podrá tomar una decisión informada y respetuosa de las razones de los directos beneficiarios y gravados por ella [36].

El mandato preventivo puede asumir dos modalidades: a) mandato preventivo o de prevención en sentido estricto, y b) mandato preventivo exhortativo o atípico. El primero constituye la medida típica, es decir la dotada del poder jurisdiccional que impone una carga al destinatario (dar, hacer o no hacer) [37]; en cambio el mandato exhortativo o atípico más que nada pone en conocimiento, hace saber, exhorta a las partes o a terceros, generalmente el Estado, para que adopte las medidas necesarias para impedir o evitar el daño en el marco de sus competencias legales, pero sin mediar compulsión. El mandato exhortativo o atípico carece de emplazamiento concreto y de apercibimiento en caso de incumplimiento, instando a actuar a terceros o a los otros poderes del Estado, por ejemplo cuando la Corte nacional instó al Estado nacional para que legisle en materia jubilatoria (caso "Badaro I"), y ante su inacción, se pronunció fijando el criterio de reajuste de los haberes (caso "Badaro II") [38]. Esta alternativa estaba más difundida cuando se sostenía en que el dictado de mandatos preventivos vulneraba el principio de congruencia y ello impedía la imposición de cargas [39].

Según Peyrano, el mandato preventivo puede clasificarse en: a) mandato preventivo clásico: consiste en una orden judicial dirigida a alguna de las partes o a terceros absolutamente extraños al proceso; b) mandato preventivo constitucional: tiende a que no se produzca desconocimiento de derechos constitucionales reconocidos, procurando garantizar la efectividad de los derechos sociales por el texto constitucional; c) mandato preventivo complementario: en él excepcionalmente se intenta no sólo prevenir el daño invocado por la posible víctima sino otro que también, notoriamente, puede llegar a soportar según surge de las actuaciones judiciales cumplidas; no se trata de evitar daños posibles a terceros sino a la propia y eventual víctima que nada ha reclamado sobre el punto; d) mandato preventivo facilitador: "puede despacharse cuando hubieran existido otrora, desde una mirada objetiva, entorpecimientos para el completo desarrollo de una programación jurídica normativa (legal, estatutaria, etc.) y la consiguiente frustración de parte de ella" [40].

B) Las notas esenciales de la figura son las siguientes:

-De oficio y en la sentencia definitiva. El mandato de prevención venía siendo dictado generalmente de oficio pero actualmente, a partir del CCCN, no hay dudas de que su despacho sin previa petición no vulnera el principio procesal de congruencia. Lo dicho no excluye que pueda ser despachado a pedido y es probable que, ante la difusión y la aceptación actual del instituto, se incrementen las peticiones de las partes [41]. También ha sido frecuente que sean decretados en la sentencia definitiva aunque es admisible que se anticipe si se comprueba efectivamente la concurrencia de sus presupuestos de procedencia, modificando incluso el juez la prestación solicitada [42].

-Provisoria o definitiva. La acción de prevención puede ser dictada de manera provisoria o definitiva.

-En caso de que medie petición el juez puede decretar otra distinta. Del texto del artículo 1713 del CCCN se desprende claramente que el juez tiene facultades para adaptar, modificar o dictar una providencia diferente a la solicitada, conforme también lo prevén los códigos procesales para las medidas cautelares.

-Los destinatarios. La medida está encaminada al causante del daño o a quien, aun sin generarlo, está en condiciones de hecho y de derecho de suprimirlo o atenuarlo, por lo cual puede ser dirigida a las partes del proceso o a terceros que no participaron en el litigio. Muchas veces el Estado como poder administrador estará en mejores condiciones de disponer las medidas, por sí o por medio de terceros, porque es quien tiene recursos materiales y humanos y facultades de fiscalización [43].

-Firmeza en la prudencia. El dictado de la medida requiere del juez firmeza y prudencia, lo que significa concederla sólo cuando se configuran los presupuestos de la figura, teniendo particularmente en cuenta la efectividad de la medida. Si bien no reviste carácter excepcional, el juez para despacharla debe considerar si se dispusieron por parte de la administración pública medidas similares o parecidas relativas al mismo objeto.

-El contenido de las medidas. El objeto del mandato es muy amplio y puede consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, respetando el criterio de la menor restricción posible y del medio más idóneo (art. 1713, CCCN), lo que significa que como el pronunciamiento preventivo limita la libertad de otros, debe procurarse la efectividad que resulte menos gravosa. De allí que lo óptimo sería que el Estado como poder administrador, que tiene agencias o dependencias específicas, sea el encargado de llevar adelante la ejecución del mandato de prevención, sobre la base de los objetivos o metas fijados judicialmente. Por eso y por regla, lo conveniente - especialmente en los casos en los que la cuestión relativa a la causa del daño revista dificultades técnicas- es que el juez determine el objetivo específico a cumplimentarse delegando su implementación en los organismos estatales competentes. También podrá resultar interesante la participación de otros organismos públicos o privados reconocidos (por ejemplo, universidades o centros de estudio). Esto supone seguir la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en la causa "Mendoza" [44] consistente en transferir la responsabilidad de la elaboración del relevamiento de la situación de hecho y de la ejecución de las medidas conducentes a los órganos competentes del poder administrador que es -como se dijo- el que cuenta con los recursos técnicos y materiales necesarios para su mejor efectivización, aunque sujeto al control judicial del cumplimiento de los objetivos establecidos. Ello quiere decir que conviene que el Poder Judicial no ejecute sino que controle las medidas. En ese sentido señala Zavala de González que "no se trata de con-vertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos. Sin embargo, normalmente puede esclarecer que una determinada situación es peligrosa (por ejemplo, cables de electricidad sin coberturas de protección en lugares públicos)" [45].

- Control para asegurar su implementación. Resulta importante que el juez, cuando la dificultad de situación fáctica lo amerita, determine un mecanismo o programa de ejecución, con plazos y etapas, y -en su caso- apercibimientos y sanciones, quedando sujeto al control judicial lo atinente a la verificación de su cumplimiento.

- El costo de las medidas. Otro aspecto complejo es cómo se distribuyen los costos económicos que insume la ejecución de las medidas. A veces, y como se ha sostenido, el propio legitimado pasivo de la tutela de resarcimiento será beneficiado si la adopción de las medidas de prevención supone evitar costos futuros por la producción de daños probables [46], máxime si no son trasladables por no resultar asegurables. Sin embargo la cuestión es de más difícil solución cuando la implementación del pronunciamiento preventivo genere costos adicionales (por ejemplo, ejecutar obras) en los que el mandato judicial es la fuente o causa económica de las mayores erogaciones.

- Recurso de apelación. Se discrepa el efecto con el que procede el recurso de apelación contra la sentencia que lo otorga. En un fallo reciente se resolvió por mayoría que el efecto del recurso es devolutivo, no suspensivo, porque si se aplicara la regla del efecto suspensivo "se dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que a través de la medida intentaba evitarse, por lo que pierde virtualidad la norma y se ven burlados los fines

perseguidos por la ley sustancial". En minoría se sostuvo que "dada la amplitud de los efectos que pueden acarrear tales sentencias no puede establecerse una regla genérica acerca de los efectos de los eventuales recursos, sino que debe ponderarse -de modo liminar- cada caso en concreto, de acuerdo a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y las circunstancias del caso" [47].

V. Conclusiones

-Los estudios iniciales de la doctrina procesal hicieron hincapié en los distintos institutos de naturaleza adjetiva que consideraron diferentes variables: el tipo de proceso (de conocimiento o abreviado), la naturaleza de la medida (cautelar o definitiva), el impulso procesal (a pedido de parte o de oficio), la sustanciación (si se decretaba inaudita parte o previa sustanciación), entre otros.

-Debe propiciarse la armonización de los estudios y abordajes procesales y sustanciales para simplificar los institutos comprendidos y unificar terminología.

-La tutela preventiva o tutela de prevención o acción preventiva o pretensión preventiva, prevista en los artículos 1710 a 1713 del CCCN, constituye una pretensión típica, autónoma y definitiva mediante la cual se pretende evitar el acaecimiento del daño, su continuación o agravamiento.

-El CCCN (arts. 1710 a 1713) prevé la prevención del daño como un aspecto propio de la función de la responsabilidad civil (de Derecho de fondo), la que se concretiza mediante la utilización de distintas herramientas o institutos procesales (de Derecho adjetivo).

-No obstante la naturaleza sustantiva de la prevención del daño o de la acción preventiva receptada en el CCCN, la incidencia de Derecho Procesal o adjetiva reviste marcada importancia, especialmente por el diseño y la regulación de los instrumentos procesales (tutela anticipada propiamente dicha o anticipo de jurisdicción, medidas autosatisfactivas, amparo, hábeas data, etc.).

-En ese contexto las herramientas más comunes y más desarrolladas son: a) La medida autosatisfactiva que se caracteriza porque el objeto del proceso se superpone con el objeto de la pretensión sustancial y su concesión agota el proceso. b) La tutela anticipada en sentido estricto, o tutela anticipada a secas, o anticipo de jurisdicción en la denominación de la Suprema Corte, que adelanta en el curso del proceso pretensión sustancial objeto del litigio [48]. c) El mandato preventivo o de prevención, que consiste en la imposición judicial de medidas para evitar o mitigar el daño.

VI. Casuística

En el leading case "Altamirano", la señera sentencia de Héctor P. Iribarne como juez de primera instancia, se ordenó el cerramiento del predio en el que había fallecido ahogado un menor y la restauración del cauce del arroyo desviado por la demandada [49]. También en un caso parecido -"Giménez"- se dispuso que el inmueble en el que se formó una laguna artificial por la acumulación de aguas sea cercado y señalizado [50]. En otro antecedente en el que se comprobó que la demandada efectuó en la zona rural una especie de canal artificial de desagote que provocaba el desplazamiento del agua hacia el campo vecino, se decretó un mandato preventivo complementario disponiendo que la Municipalidad de Olavarría efectúe un estudio técnico sobre el adecuado drenaje de las alcantarillas existentes en el camino rural [51].

Otros antecedentes jurisprudenciales de interés son los siguientes.

En el Derecho de Consumo:

-Se encomendó al juez de primera instancia que realice una inspección en el lugar en el que se produjo el fallecimiento de un menor cuando al pisar un charco, en un día de lluvia, se electrocutó por causa de las conexiones eléctricas clandestinas efectuadas por los vecinos, ordenándose a la demandada que realice las tareas tendientes a evitar que los vecinos accedan a cables pelados de los cuales engancharse [52].

-Se dictó un mandato preventivo en la sentencia que admitió la tutela resarcitoria por daños derivados de un accidente provocado por desperfectos de fábrica de un automóvil, ordenando su notificación a la Subsecretaría de Industria y Comercio de la Nación, a los fines de que adopte las medidas de control tendientes a subsanar en las futuras unidades a producirse el defecto constatado, con la asistencia técnica del Instituto Industrial de Tecnología Industrial, y para que se arbitren los procedimientos necesarios para que se efectúe la revisión técnica de los vehículos en uso que puedan contener la misma falla de fabricación verificada en el automóvil [53].

En el Derecho Ambiental:

- En el leading case "Mendoza" inicialmente la Corte nacional ordenó al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a ciertas empresas que desarrollan actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Matanza-Riachuelo, que efectúen un pormenorizado informe sobre los líquidos que arrojan al río, su volumen, cantidad y descripción, si existen tratamientos de residuos, entre otras muchas medidas, disponiéndose la presentación de un estudio técnico en los términos de la ley 25.675 [54].

- Se ordenó un mandato preventivo consistente en realizar un estudio de impacto ambiental acumulativo y suspender por 90 días las autorizaciones conferidas por la Provincia de Salta para desmontar y talar los bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria [55].

En la responsabilidad civil:

- En un proceso en el que se solicitó una diligencia preliminar se dictó un mandato consistente en oficiar a la Municipalidad de Tigre a los fines de que tome conocimiento de la situación de peligro para los vecinos y para la población en general derivada de la paralización de la obra, del hundimiento de las construcciones y de la proliferación de insectos, a los fines de que evalúe la situación actual y disponga las medidas necesarias para evitar situaciones de riesgo [56].

- En el marco de la causa penal se ordenó la clausura de un basural a cielo abierto, explotado por el Municipio de Pergamino, debido a la contaminación ambiental que producía, no obstante la imposibilidad de recomposición de las cosas al estado anterior, lo que también dio lugar a una acción de daños y perjuicios por reclamación de daño moral, aunque esta última fue rechazada [57].

- Se dictó una sentencia que ordenó al demandado a que se abstenga de realizar tareas de fumigación terrestre con los productos prohibidos por la ley 10.699, y la ordenanza de la Municipalidad de Alberti, dentro de la "Zona ecológica protegida", apartándose de lo solicitado por la actora, por encontrarse comprometido el derecho a gozar de un medio ambiente sano [58].

- Se ordenó la entrega de 68 perros al Centro de Prevención de Crueldad Animal a los fines de que proceda a darlos en donación, ya que se encontraban en estado de abandono, hacinamiento e insalubridad, para proteger la integridad de los animales [59].

- Se encomendó al juez de grado que había intervenido en un juicio de daños que, atento al muy mal estado de conservación del puente (baches, deficiencias en el guardarraíl), "arbitre los medios conducentes para que la demandada Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires -en el supuesto de que aún subsistan las carencias señaladas- tome cabal conocimiento de la situación, adopte y cumpla con las medidas de seguridad que se inscriban en el marco de sus obligaciones legales, con la celeridad y la urgencia que impone el adecuado resguardo del bien jurídico comprometido y las circunstancias relevantes, con notificación de la sentencia" [60].

- Se impuso a la empresa concesionaria, a Vialidad Nacional y a la Municipalidad para que dentro de la esfera de competencia de cada una coloquen barreras, señales luminosas y sonoras, señalización vertical y horizontal e iluminación, obligando a los conductores de los trenes a reducir notoriamente la velocidad antes de ingresar a la zona urbana, aplicando la bocina y encendido de luces siempre y a toda hora del día [61].

- Se despachó un mandato preventivo "a fin de evitar la repetición de eventos dañosos que pudiese ocasionar la puerta baranda ubicada dentro de una asociación deportiva -en el caso, un niño perdió dos falanges de un dedo-, corresponde ordenar que se constate su estado actual, vía reconocimiento judicial y que, de advertirse la presencia de potencialidad dañosa, se oficie a la autoridad administrativa para que adopte y ejecute las medidas tendientes a prevenir futuros perjuicios" [62].

- Se emitió un mandato preventivo a efectos de que la demandada repare "de la ruta provincial 191 a la altura del kilómetro 126,70, en una extensión (mínima) de 200 metros, la carpeta asfáltica sobre ambas manos de circulación, asegurando el correcto drenaje, dentro del plazo de 180 días (tiempo suficiente para la previsión presupuestaria y ejecución de tal obra), y que dentro del plazo de 60 días se coloquen en ambas manos y con una antelación de 1.000 metros carteles indicadores sobre el peligro de hidroplaneo y la reducción de velocidad en días de lluvia a un máximo de 50 km/h, dando cuenta de su efectiva realización" [63].

- Se ordenó constatar las circunstancias del paso a nivel y en caso de verificarse similares situaciones a las denunciadas por el actor, que había protagonizado un accidente con un tren en marcha en un paso a nivel que carecía de señalizaciones lumínicas o sonoras, se subsanen dichas falencias de señalización y visualización para así evitar daños futuros [64].

- Se ordenó la publicación de la sentencia que condenó a un intermediario virtual titular de un sitio web de comercio electrónico en el que se comercializaban productos en infracción marcaria a resarcir los daños ocasionados [65].

- Se dictó un mandato preventivo que exhortó a la Municipalidad para que construya albergues para personas en situación de calle (en el caso un anciano que vivía en la calle y se dispuso su traslado a un hogar) [66].

- Se revocó el mandato preventivo consistente en la prohibición de acceso a los remates de quien había actuado como apoderado en una subasta judicial posteriormente anulada -durante un término de cinco años y en una ciudad determinada- y, en cambio, se resolvió que el juez de cada causa, al disponer la subasta o en oportunidad de su realización, adopte las medidas que estime conducentes en cada caso, pudiendo ordenar la exclusión de personas del recinto cuando las circunstancias así lo aconsejen [67].

- Se hizo lugar a la medida cautelar solicitada, luego de la muerte de cinco jóvenes en una fiesta electrónica, y se dispuso la prohibición de toda actividad comercial de baile en la Ciudad de Buenos Aires, con música en vivo o grabada, hasta tanto el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dé cumplimiento a las medidas ordenadas en la sentencia, consistentes en confeccionar un listado de habilitaciones vigentes de locales; establecer un protocolo de actuación de cuerpos de inspección y fuerzas policiales; justificar la distinción entre fiestas electrónicas masivas y otras actividades de igual tenor, para evitar la impunidad e inexistencias de controles estatales, entre otras medidas [68].

- Se ordenó realizar de manera urgente un relevamiento de la totalidad de los espacios comunes del complejo habitacional a fin de constatar y en su caso liberar y/o adecuar los mismos a parámetros de seguridad propios del universo social del lugar, ante los problemas de seguridad para los niños y adolescentes que habitaban el complejo Barrio Padre Mugica. Dicha manda deberá llevarse a cabo además en los espacios utilizados por niños para su recreación [69].

En el Derecho Penal:

- Se exhortó (en un caso de aborto a una menor violada por el padrastro) a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. En igual sentido se exhortó al Poder Judicial nacional y a los Poderes Judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente [70].

VII. Apéndice

A continuación transcribimos la parte pertinente de una sentencia de la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul (causa 57.090, "P., N. y otros c/Z., S. y otro s/Daños y perjuicios") en la que se dictó un mandato atípico o exhortativo con relación a un grave defecto de señalamiento de la ruta nacional N° 3, adecuando el mandato a la doctrina legal entonces vigente. Reiteramos que entendemos que, sin perjuicio de la subsistencia conceptual o

dogmática del mandato preventivo exhortativo con el CCCN, no hay impedimento procesal para que esa medida sea despachada de oficio. Tras ello transcribimos parte de otro antecedente judicial (causa "Biordo") en el que se reseña la evolución de la doctrina legal de la Casación bonaerense que había abandonado (en el precedente "Saladino") la tesis amplia receptada en el leading case "Carrizo" y que -entendemos- ahora quedó definitivamente superada con la sanción del CCCN.

A) El mandato preventivo atípico o exhortativo. La curva peligrosa de la ruta nacional N° 3 [71].

Omissis. V. 1. La pericia accidentológica del Teniente G. al examinar el lugar del hecho y detallar las condiciones de la Ruta Nacional N° 3, a la altura del kilómetro 162 del Partido de Las Flores, señaló que la curva allí existente tiene un error de diseño y de señalización que genera peligro para los automovilistas y pasajeros. Indica que, por su experiencia de funcionario público, ha "tenido varios hechos en plena curva. La falta de señalización horizontal en el lugar de impacto, representado por la ausencia de la doble línea amarilla, en virtud de que hay un camino lateral, no permite apreciar a los conductores si van por su mano o invaden la mano contraria. La desembocadura del camino lateral en plena curva es un error de ingeniería de tránsito, ya que debe ser anterior y posterior (bifurcación) a la plena curva. Otro error que aprecia el suscripto es que al ser una curva de 90° se debe agrandar el radio de giro, ya que ello permitiría que los rodados puedan doblar a mayor velocidad, con lo que se baja el peralte y se evita que los rodados 'corten' la curva" (sic, fs. 151 expte. penal). Esa opinión técnica, que se corresponde con lo que resulta claramente de las fotos agregadas, conlleva a que deba declararse un mandato preventivo, a fin de procurar la evitación de daños futuros -a las personas y a los bienes- derivados del estado actual de la ruta que fue escenario del lamentable hecho. Advierto que de la descripción que realiza el perito algunos defectos de señalización -verbigracia, la demarcación de la doble línea amarilla- pueden haberse subsanado desde la fecha de constatación pero no está descartada la subsistencia de los otros peligros graves (v. gr., la falta de señalización horizontal, el radio de giro, etc., o sea peligrosidad intrínseca)... Omissis. 3. Por ello y ante la constatación del peligro que exhibe el estado de la curva existente en el kilómetro 162 de la Ruta Nacional N° 3, procede emitir un mandato preventivo atípico para poner en conocimiento de la autoridad de aplicación la situación de hecho mencionada para que, en el marco de sus facultades, adopte las medidas pertinentes para evitar la reiteración de accidentes -derivados de su estado de conservación y señalización- y garantizar la seguridad vial. En efecto, esta medida se trata, más bien, de un mandato preventivo atípico (porque no importa una orden judicial pura) emplazado en las facultades oficiosas (en la prevención específica, al decir de algunos autores, porque son asumidas por funcionarios del Estado; conf. Acciarri y Tolosa, ob. cit.) tendientes a preservar la vida, salud e integridad física y psíquica de las personas (conf. Seguí, Adela, ob. cit.). Esta propuesta supone adecuar el criterio de este Tribunal a la doctrina vinculante de la Suprema Corte... Omissis. Por ello procede: poner en conocimiento (es decir, hacer saber o advertir) de las autoridades competentes el peligro existente en el lugar para que proceda, de conformidad con sus deberes, a evaluar y disponer, en su caso, las medidas conducentes para evitar la reiteración de accidentes. O sea, se trata de instar o exhortar a la Agencia Nacional de Seguridad Vial (el organismo al que la ley 26.363 confiere "la misión de reducir la tasa de siniestralidad" de la seguridad vial) para que tenga conocimiento efectivo del estado de conservación y mantenimiento de esa parte de la Ruta Nacional N° 3 a fines de adoptar y ejecutar -si correspondiere- las medidas que, en el marco de su competencia, atribuciones y deberes, procuren evitar la reiteración de accidentes (arts. 36, inc. 2° y conchs., CPC; arts. 1°, 2°, 3°, 4° y conchs., ley 26.363). Concluyo reiterando que el acotamiento del objeto del presente mandato preventivo -o como se lo prefiera denominar en doctrina- (y que no ordena sino que pone en conocimiento) se ajusta a lo decidido anteriormente por la Suprema Corte de Buenos Aires, por lo que deviene en mandato preventivo atípico o exhortatorio.

Omissis. VI. Por todo lo expuesto corresponde [...] 7) Librar oficio a la Agencia Nacional de Seguridad Vial (autoridad de aplicación de las políticas y medidas de seguridad vial; art. 3°, ley 26.363) a fin de poner en su conocimiento la situación fáctica existente en la curva sita en el kilómetro 162 de la Ruta Nacional N° 3 la que por su estado de conservación y por su señalización reviste peligro para la vida e integridad física y psíquica de las personas, a fines de que evalúe y disponga, conforme sus atribuciones y deberes, las medidas conducentes para evitar la producción de accidentes. A esos fines se adjuntará copia de esta sentencia (art. 36, inc. 2° y conchs., CPC) y la Agencia Nacional de Seguridad Vial, si correspondiera, dará intervención a otros órganos del Estado.

B) El mandato preventivo (ordenativo) en la cabina de peaje. El caso "Biordo" [72]. La evolución de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

La medida de prevención que corresponde adoptar en este proceso es un mandato preventivo o de prevención, prevista en los artículos 1708, 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil no hay obstáculo formal para su admisión procesal (por unanimidad, voto de los Dres. Galdós y Peralta Reyes).

Omissis. V. El mandato preventivo.

1. La función preventiva de la responsabilidad civil del sistema actual (arts. 1710 a 1713, CCCN) resulta de aplicación como doctrina interpretativa del régimen anterior, lo que significa que no hay obstáculo normativo para acudir al instituto del mandato preventivo. Más aún: la primera medida de esta naturaleza fue adoptada por este Tribunal en el año 2001 aunque entonces se la denominó -tal vez no muy apropiadamente- medida cautelar innovativa (esta sala, causa 42.433, 15-5-2001, "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y perjuicios") y que fue confirmada por la Suprema Corte (SCBJA, Ac. 82.656, 30-3-2005, "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y perjuicios", voto de la mayoría del Dr. De Lázari, L. L. B. A. 2006-451). Señalo, de paso, que la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la figura admite que actualmente algunos autores distinguan al menos cuatro variantes ("mandato preventivo clásico", "mandato preventivo constitucional", "mandato preventivo complementario" y "mandato preventivo facilitador"; ver Peyrano, Jorge, El mandato preventivo y sus variantes, en L. L. del 20-10-2015). Otros distinguen la "pretensión preventiva propiamente dicha" de la "pretensión preventiva de cese" -que opera frente al daño ya ocurrido-, la que a su vez puede ser autónoma o incidental (conf. Camps, Carlos Enrique, La pretensión preventiva de daños, en R. C. C. y C., 2015 [agosto], p. 3, AR/DOC/2482/2015).

Luego de otros antecedentes [...] hace más de dos años esta sala se pronunció otra vez por la admisibilidad actual de la llamada tutela preventiva o de prevención (también denominada tutela civil inhibitoria o tutela inhibitoria o tutela inhibitoria contra daños) con fundamento en la interpretación íntegra y armoniosa de varias normas del Derecho Privado patrimonial argentino (esta sala, causa 57.090, 27-3-2013, "P., y otros c/Z., S. y otro s/Daños y perjuicios"). Omissis. También en este último precedente se tuvo en cuenta que la Corte Nacional, de modo reiterado, destacó la primacía de la tutela de la persona humana en el marco del derecho constitucional a la seguridad (arts. 42 y 43, Const. Nac.; CSJN, 6-3-2007, "Mosca", Fallos: 330:563, L. L. 2007-B-363; CSJN, 22-4-2008, "Ledesma", Fallos: 331:819; CSJN, 9-3-2010, "Uriarte", Fallos: 333:203, con nota de Sagarna, Fernando, El deber de seguridad de la empresa ferroviaria en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en R. C. y S. 2010IV-61; CSJN, 20-12-2011, "Migoya", AR/JUR/84373/2011; CSJN, 2012-2011, "Molina", AR/JUR/184375/2011; ver La relación de consumo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada, t. III, p. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011).

Omissis. Los dos institutos esenciales comprendidos en la tutela o acción preventiva son las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada (ver El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas, en J. A. 1998-III-659; Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva, en L. L. 1997-F-482, en anotación a fallo de la CCCom. de Rosario, sala III, 5-5-97, "M. L. N. c/R. C."). Así, y con la denominación de "anticipo de jurisdicción", en un elogiado leading case (CSJN, 7-8-97, "Camacho Acosta, Máximo c/Grafi Graf SRL y otro", L. L. 1997-E-652, J. A. 1997-IV-620, D. J. 1997-3-59, E. D. 176-62, con nota de Augusto M. Morello, La tutela anticipada en la Corte Suprema), la Corte Nacional durante el proceso y antes de la sentencia principal ordenó una tutela anticipada o la provisión al actor de una prótesis, debido a la urgencia y a las singularidades del caso. Esa doctrina fue reiterada por la Corte Nacional y hace hincapié en la eficacia del proceso y en el carácter instrumental de sus normas a fines de hacer efectivos los derechos sustanciales "especialmente para la adecuada protección de la integridad psicofísica de las personas, la que tiene reconocimiento supraconstitucional en diversos tratados internacionales" (CSJN, 6-12-2011, "P., H. P. y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 del CPC", L. L. 2012-A-352 y con notas de Peyrano, Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros, en R. C. y S. 2012-II-191; Carbone, Tutela anticipada por daños derivados del tránsito, en L. L. 2012-A-351; Medina, Tutela anticipada y daño vital, en L. L. del 15-2-2012, p. 7, y Sosa, El activismo procesal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: tutela anticipatoria en el caso "Pardo", en R. C. y S. 2012-III-170).

2. En este marco, a la tutela anticipada y a las medidas autosatisfactivas -reitero: las típicas tutelas de urgencia- emplazadas en la denominada flexibilización del principio de congruencia (Berizonce, Roberto O., El objeto de

la decisión y cuestiones que integraron la litis [Flexibilización del principio de preclusión], en Revista de Derecho Procesal, N° 2007-2, Sentencia - I, p. 85; De los Santos, Mabel, La sentencia anticipada, en Revista de Derecho Procesal, N° 2008-1, Sentencia - II, p. 103), cabe añadir no sólo las medidas cautelares clásicas y las atípicas sino también el mandato preventivo. Se trata, en lo esencial y para lo que aquí importa, de una orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros (en este caso a requerimiento del Sr. Fiscal General reemplazante) "cuando la sustanciación de un proceso le ha dado al juez 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" (conf. Peyrano, Jorge W., La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable, p. 103, nota 12, en Revista de Derecho Procesal, N° 2007-2, Sentencia - I, ps. cits.). La medida, y como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia, es aplicable particularmente en casos en los que está en juego el derecho a la seguridad y de las personas (derecho a la vida), a la salud y a la integridad física y psíquica (conf. Berizonce, Roberto Omar, Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas, en Revista de Derecho Procesal, N° 2009-1, Tutelas procesales diferenciadas- II, p. 29).

Omissis.

5. La medida que corresponde adoptar en este proceso, con fundamento en el sistema preventivo actual, será necesariamente diferente de la dictada en anteriores ocasiones, toda vez que las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial importan la modificación implícita de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del Derecho Comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en Revista Jurídica UCES, N° 17, 2013, ps. 7/37, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales).

En efecto en el caso del año 2001 este Tribunal, con apoyo en las opiniones de Morello, Stiglitz y Peyrano, en el caso de un cruce ferroviario peligroso, ordenó "verificar el estado de constatación del lugar (el cruce o paso a nivel) y, de mantenerse el cuadro fáctico, intimar a la demandada para que en el plazo de 30 días dé cumplimiento a las medidas de seguridad a su cargo, con la fiscalización de la Sra. juez de la causa (art. 36, inc. 2°, CPC)". "La adopción de estas medidas, que se sustentan en las facultades oficiosas del juzgador -se sostuvo- no vulneran el principio de congruencia y procuran impedir la consumación de probables futuros efectos nocivos" (esta sala, causa 42.433, 15-5-2001, "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y perjuicios"). Por mayoría, y a partir de un voto del Dr. De Lázari, la Suprema Corte lo confirmó decidiendo que "en el marco de una demanda de daños y perjuicios entablada por la víctima de un accidente ferroviario, el juez se encuentra facultado para dictar una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar el siniestro, y en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, intimar a la empresa demandada a que cumpla con éstas ya que, el referido mandato implica el ejercicio de la función preventiva de daños que incumbe a los magistrados" (SCJBA, Ac. 82.656, 30-3-2005, "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y perjuicios", L. L. B. A. 2006-451). Con relación a la obligación legal de cumplimentar medidas de seguridad la mayoría sostuvo, interpretando las normas legales específicas involucradas, que "la demandada no cumplió con todas las obligaciones a su cargo: la omisión comprobada sobre la insuficiente señalización en el paso a nivel revela la falta de coordinación entre los organismos encargados de prevenir el daño en vista del riesgo generado por el tránsito ferroviario".

Luego, otro precedente de la sala I de esta Cámara (parecido, aunque no idéntico, porque disponía la instalación de barreras o señales lumínicas o sonoras para preservar la seguridad del lugar; conf. esta Cámara, sala I, causa 45.268, 25-4-2003, "Saladino, Olga Lucía y otros c/Balcabao, Oscar Santiago y otros s/Daños y perjuicios"), fue revocado por la Suprema Corte (que modificó su composición), prevaleciendo como mayoría la opinión antes minoritaria, y sostuvo que "si bien los jueces cuentan con poderes inherentes a la función para adoptar medidas tendientes a prevenir la proliferación del daño ocasionado o la producción de perjuicios futuros, éstos deben ser ejercidos con mesura, atendiendo particularmente las características del caso en juzgamiento, más allá de la buena fe y real conciencia social inspiradora de los mandatos en cuestión" (conf. SCJBA, C. 88.669, 11-6-2008, "Saladino, Olga Lucía y otros c/Balcabao, Oscar Santiago y otros s/Daños y perjuicios"). "Infringe el principio dispositivo -se concluyó- el tribunal que oficiosamente y a título de medida cautelar, impone a la empresa ferroviaria la realización de diversas medidas de seguridad en un paso a nivel, máxime cuando de la legislación respectiva no surge que resulten obligaciones a su cargo".

Como consecuencia de ello en ulteriores sentencias y en estricto acatamiento de la doctrina legal, se dispusieron mandatos exhortativos, es decir aquellos que no imponen u ordenan medidas concretas (las que el art. 1713 denomina obligaciones de dar, hacer o no hacer) sino que requieren, instan o reclaman a los destinatarios el cumplimiento o acatamiento de las obligaciones o deberes legales propios. Se seguían así las directivas de la Corte Nacional (en los casos "Badaro", "Halabi", entre otros) para solicitar que se arbitren otras soluciones que derivan del ejercicio y cumplimiento de las facultades y deberes del destinatario de la medida. Se trataba de lo que este Tribunal denominó "mandato preventivo atípico o exhortatorio" (porque carece de emplazamiento concreto y de apercibimiento en caso de incumplimiento), que no ordena sino que pone en conocimiento de una situación de riesgo o peligro. Por ejemplo la Corte Nacional, siguiendo la tendencia de "Badaro", exhortó a las autoridades nacionales y provinciales "a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual y a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente" (CSJN, 13-3-2012, "F., A. L. s/Medida autosatisfactiva", L. L. 2012-B-198). En otro precedente un tribunal provincial comunicó al Superior Tribunal que la situación planteada (numerosas demandas individuales contra el mismo legitimado pasivo y en razón de los daños derivados de las inundaciones) tornaba conveniente analizar la procedencia de instrumentar el proceso y las acciones colectivas (C1ªCCom. de Santa Fe, voto del Dr. Saux en la causa "Langhi" en R. C. y S. 2010-IV-72, con nota La inundación de Santa Fe, los daños masivos y el proceso colectivo [Repercusiones de "Halabi"]). De ese modo en otro caso este Tribunal, ante una situación de riesgo comprobada en una ruta nacional, decidió lo siguiente: "en acatamiento de esa doctrina legal vinculante -y dejando a salvo mi opinión en contrario- corresponde poner en conocimiento de la autoridad de aplicación, la Comisión Nacional de Transporte, la situación fáctica existente en el citado Paraje 'La Colorada', sito en el kilómetro 295/298 de la Ruta Provincial N° 51, a fines de que adopte las medidas pertinentes conforme sus atribuciones y deberes, adjuntándose copia de esta sentencia (arts. 36, inc. 2° y conscs., CPC)" (conf. esta sala 2ª de Azul, sentencia única en causas 51.481, "Gatti, Natalia Soledad y otro c/Ocampo, Juan Antonio y otros s/Daños y perjuicios" y 51.482, "Ocampo, Juan Antonio c/Ferrosur Roca SA y otros s/Daños y per-juicios"). Empero y dado que la Suprema Corte revocó la sentencia de condena resarcitoria, la medida de prevención quedó sin efecto (conf. SCJBA, C. 109.753, 5-6-2013, causas cits. anteriormente).

Así las cosas, en el último caso juzgado en el año 2013, acatando siempre la doctrina casatoria, ante un supuesto de peligrosidad en el estado de conservación y mantenimiento de un tramo de una ruta nacional, con defectos de su estructura, se dictó otro mandato preventivo exhortativo decidiendo "poner en conocimiento (es decir, hacer saber o advertir) de las autoridades competentes el peligro existente en el lugar para que proceda, de conformidad con sus deberes, a evaluar y disponer, en su caso, las medidas conducentes para evitar la reiteración de accidentes. O sea, se trata de instar al órgano de aplicación para que tenga conocimiento efectivo del estado de conservación y mantenimiento de esa parte de la Ruta Nacional N° 3 a fines de adoptar y ejecutar -si correspondiere- las medidas que, en el marco de su competencia, atribuciones y deberes, procuren evitar la reiteración de accidentes (arts. 36, inc. 2° y conscs., CPC; arts. 1°, 2°, 3°, 4° y conscs., ley 26.363)" (esta sala, causa 57.090, 27-3-2013, "P., N. y otros c/Z., y otro s/Daños y perjuicios"). De todo lo expuesto se desprende claramente que corresponde retomar la tendencia jurisprudencial inicial de "Carrizo...", la que también fue compartida y aplicada por otros prestigiosos tribunales bonaerenses; por ejemplo para arbitrar mandatos preventivos en caso de defectos en la ruta (conf. CCCom. de La Matanza, sala 1ª, 14-6-2013, "Orsini, Liliana Patricia y otro c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", Infojus) o de riesgo de daños en un estadio (conf. CCCom. de Mar del Plata, sala 3ª, 9-5-2013, "Guerra, Griselda D. c/Club Atlético Once Unidos y otros s/Ds. y ps.", publ. en Juba).

6. En definitiva, y tal como se desprende de la prueba pericial analizada; del informe técnico sobre el "Análisis de las condiciones de entorno del puesto de peaje Hinojo", realizado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, en julio de 2006, conjuntamente con el Distrito III del Colegio de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires y cuyas propuestas fueron elevadas en su oportunidad al OCCOVI, a la empresa demandada y al Ministerio de Planificación (conf. fs. 220/232); de la sentencia recientemente dictada por este Tribunal en la que se condenó a la aquí accionada por otro siniestro vial similar, ocurrido el día 8 de agosto de 2004, también en esa estación de peaje y en día de niebla cerrada (conf. copia de la sentencia que se tiene a la vista del Registro de este Tribunal N° 151, causa 59.625, 20-10-2015, "Braszka, Carlos Jorge y otros c/Rutas Al Sur SA s/Daños y perjuicios"), en la que -señalo de paso- el Tribunal no adoptó ninguna medida de oficio en razón de no contar con el citado informe técnico y porque los peritos allí intervinientes manifestaron que se habían modificado parcialmente el sistema de iluminación y señalización vial;

de la reiteración de siniestros viales que se produjeron en la zona, especialmente los días de visibilidad reducida por la niebla (conf. detalle de todos los hechos ocurridos el 9-6-2007 relatados en el diario El Popular del 10-6-2007, sic. fs. 214/217), corresponde dictar un mandato de prevención que se asentará sobre las siguientes bases: 1° disponer que sean las autoridades de aplicación y los órganos competentes del Poder Ejecutivo quienes efectúen el relevamiento técnico e implementen las medidas conducentes, con control judicial. Esto supone seguir la tendencia jurisprudencial (CSJN, 20-6-2006, "Mendoza", Fallos: 329:2316) consistente en transferir la responsabilidad de la elaboración del relevamiento de la situación y de la ejecución de las medidas conducentes a los órganos competentes del poder administrador que es el que cuenta con los recursos técnicos, materiales y humanos y con la idoneidad científica necesaria para su efectivización; todo sujeto al control judicial. Ello quiere decir que el Poder Judicial debe controlar pero no ejecutar las medidas. En ese sentido señala Matilde Zavala de González, en su obra póstuma, que "no se trata de convertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos. Sin embargo, normalmente puede esclarecer que una determinada situación es peligrosa (por ejemplo, cables de electricidad sin coberturas de protección en lugares públicos) y que debe subsanarse mediante resortes adecuados. Sobre esa base, se encuentra en condiciones de ordenar que se elimine el riesgo mediante la adopción de medidas idóneas, aunque no siempre se encuentre en condiciones cognoscitivas de detallar en concreto las que resultan procedentes" (conf. Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, t. I, p. 277); 2° fijar plazos, fechas y apercibimientos para la ejecución de las medidas ordenadas, es decir que se efectivizan bajo apercibimiento de aplicar apercibimientos y sanciones conminatorias (arts. 37, CPC y 804, CCCN) y disponiendo que la ejecución e implementación se lleve a cabo por la autoridad de aplicación (el OCCOVI y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios), con conocimiento de la Facultad de Ingeniería de la Unicen que elaboró las propuestas de mejoramiento (ver, en ese sentido, la importancia que le asigna a esos estudios científicos Matilde Zavala de González en ob. cit., p. 277), y con intervención de la demandada, siendo el OCCOVI quien deberá coordinar la intervención entre ellos y con los restantes organismos del Estado, dando intervención -en su caso- a otras dependencias técnicas.

VI. Por todo lo expuesto corresponde: 1° Disponer que en el plazo de sesenta (60) días corridos contados a partir de su notificación el OCCOVI (autoridad de aplicación en materia de concesiones viales) y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (órgano que por delegación de facultades otorgó la concesión de la red vial y dictó luego la reglamentación administrativa pertinente) procedan a efectuar un informe técnico documentado acerca del relevamiento y condiciones del entorno de la estación de peaje Hinojo, sito en la Ruta 226, aproximadamente kilómetro 276, y verificar si las señalizaciones horizontales y verticales y la iluminación del lugar, y todas las medidas de seguridad y prevención, cumplen con los requisitos, condiciones y demás especificidades técnicas previstas en los contratos administrativos y en la normativa vigente (entre otros: Contrato de Concesión, Pliego de Condiciones Generales y Particulares, Reglamento de Explotación y Reglamento del Usuario vigentes en el momento de los hechos -resolución 41/91 de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos [SSOySP] y resolución 221/89 del Ministerio de Servicios Públicos-) y en la restante normativa de la concesión pública de los corredores viales, según decreto 425/03, otorgada por el Estado Nacional a la empresa demandada como concesionario -conforme piezas fotocopiadas de la normativa agregada a fs. 290/496-, incluso reglamentaciones posteriores y ahora vigentes (por caso, resolución 581/2008 de la Secretaría de Obras Públicas -SOP- que establece el Reglamento del Usuario y resolución 582/2008 de la SOP que establece el Reglamento de Explotación). A tales fines se acompañarán fotocopias certificadas de esta sentencia, del informe expedido por la Facultad de Ingeniería de la Unicen glosado a fs. 220/232 denominado "Análisis de las condiciones de entorno del puesto de peaje Hinojo", de julio de 2006, de la sentencia recaída en la causa recientemente dictada "Braszka, Carlos Jorge y otros c/Rutas Al Sur SA s/Daños y perjuicios", todo con intervención y audiencia de la demandada y con notificación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad citada. El informe precitado deberá verificar si el puesto de peaje Hinojo cumple con los estándares vigentes y exigibles sobre la base de los principios de información al usuario, prevención, evitación de riesgos y adecuada señalización que garanticen la seguridad vial.

2° El informe mencionado deberá incluir el estudio y análisis de la viabilidad de la instalación de la señalización prevista en el decreto reglamentario 779/95, reglamentario de la ley 24.449 (especialmente Anexo L, Marcas Especiales H 18 para Niebla).

3° Con su resultado, y de verificarse incumplimientos, la autoridad de aplicación (OCCOVI), el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los restantes organismos competentes -a los que en su caso dará intervención el OCCOVI- deberán disponer las medidas que corresponda adoptar fijando plazos y apercibimientos para su ejecución.

4°) Cumplido, y en el plazo de sesenta días corridos a partir del vencimiento del indicado en el punto 1°, se deberá analizar la viabilidad técnica y económica de la implementación de las propuestas del citado informe de la Facultad de Ingeniería de la Unicen, con intervención de los demás organismos competentes -si correspondiere-, cuya coordinación deberá instrumentar la autoridad de aplicación. A esos fines se deberá también considerar si las medidas propuestas son exigibles por la normativa legal o administrativa vigentes y, en caso negativo, la conveniencia de su implementación en función del análisis económico de su incidencia en el contrato administrativo.

5°) Los informes precedentes deberán ser presentados en este expediente, y estarán sujetos a su fiscalización y aprobación por la Sra. juez de la causa.

6°) Poner en conocimiento al Sr. decano de la Facultad de Ingeniería de Olavarría perteneciente a la Universidad Nacional del Centro, en cuanto organismo técnico que propuso medidas técnicas para mejorar las condiciones de seguridad del entorno de la estación de peaje Hinojo y al Colegio Público de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires, entidad que adhirió y también suscribió el estudio de la Unicen.

7°) Disponer que la Sra. juez de primera instancia lleve adelante la tarea de contralor judicial de cumplimiento efectivo de los puntos anteriores a cuyo fin podrá adoptar todas las medidas conducentes (arts. 34, inc. 2°, CPC y 1713, CCCN).

8°) Disponer que el cumplimiento del presente mandato de prevención se efectúe bajo apercibimiento de lo dispuesto en los artículos 37 del CPC y 804 del Código Civil.

[1]

Con la colaboración de Gustavo Higinio Blanco, María Eugenia Venier y Julia Iriarte.

[2]

MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, Función preventiva del Derecho de Daños, en J. A. 1988-III-116 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Función preventiva de daños, en L. L. 2011-E-1116; ANDORNO, Luis O., El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano, en J. A. 1995-II-887; NICOLAU, Noemí L., La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, en L. L. 1996-A-1245; LORENZETTI, Ricardo L., La tutela civil inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, en L. L. 1995-C-1217; del mismo autor, La tutela inhibitoria, en L. L. 1995-C-1217.

[3]

LORENZETTI, La tutela civil inhibitoria... cit. Remitimos a GALDÓS, Jorge M., El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas, en J. A. 1998-III-659; Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva, en L. L. 1997-F-482, comentario a fallo: CCCom. de Rosario, sala III, 5-5-97, "M. L. N. c/R. C."

[4]

NICOLAU, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional cit.

[5]

ANDORNO, El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano cit. Respecto a la amenaza del daño como contenido del daño injusto ver

DE LORENZO, Miguel F., El daño injusto en la culpabilidad civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, esp. p. 17, nota 11, y ps. 69 y 77.

[6]

BERIZONCE, Roberto, Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, en Revista de Derecho Procesal, N° 2008-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 39; MORELLO, Augusto, ¿Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas?, en Revista de Derecho Procesal, N° 2008-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 18.

[7]

PEYRANO, Jorge W., Lo urgente y lo cautelar, en J. A. 1995-I-89; La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular, en E. D. 163-788; Las medidas autosatisfactivas en materia comercial, en J. A. 1996-I-823; Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas, en J. A. 1997-II-926; La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada, en L. L. Supl. Esp. Cuestiones Procesales Modernas, 2005 (octubre), p. 151; AR/DOC/2729/2005.

[8]

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Precisiones y pareceres sobre la tutela diferenciada, en L. L. 2009-D-255, y La tutela anticipada y el debido proceso, en L. L. 2012-B-1094.

[9]

MORELLO, Augusto Mario, La cautela material, en J. A. 1992-IV-314; del mismo autor, La cautela satisfactiva, en J. A. 1995-IV-414, comentario a fallo: CNCiv., sala G, 4-5-94, "Zambardieri, Juan C. c/Municipalidad de Buenos Aires"; La tutela judicial provisoria durante el desarrollo del proceso, en L. L. 1994-E-848; ¿Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas? cit., p. 15; MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, Buenos Aires, 1986, ps. 82, 155 y ss.

[10]

VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, 19 al 22-4-95, La Paloma, Rocha, <http://openlibrary.org/works/OL3205779W/VIII>.

[11]

Remitimos a GALDÓS, obs. cits. supra y en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. VIII, Arts. 1614 a 1881, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 271 y ss.

[12]

MORELLO y STIGLITZ, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos cit., p. 160, punto III; MORELLO, La cautela material cit.; La tutela judicial provisoria durante el desarrollo del proceso cit.; La cautela satisfactiva cit., en ano-tación a fallo de la CNCiv., sala G, 4-5-94, "Zambardieri, Juan C. c/Municipalidad de Buenos Aires"; La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario, en E. D. 169-1341; Anticipación de la tutela, Platense, La Plata, 1996, ps. 47, 60 y 92; PEYRANO, Jorge W., Vademécum de las medidas autosatisfactivas, en J. A. 1996-II-709, y Reformulación de la teoría de las medidas

cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas cit.; DE LÁZZARI, Eduardo N., La cautela material, en J. A. 1996IV-651; BERIZONCE, Roberto O., Tutela anticipada y definitiva, en J. A. 1996-IV764; DE LOS SANTOS, Mabel, La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados "procesos urgentes", en J. A. 1996-I-633; GOZAÍNI, Precisiones y pareceres sobre la tutela diferenciada cit.

[13]

BERIZONCE, Tutela anticipada y definitiva cit., y en Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI, Ediar, Buenos Aires, 1997, ps. 58 y ss.; DE LÁZZARI, La cautela material cit.; MADARIAGA, Rodolfo E., La llamada "cautela material", en E. D. 171-1062.

[14]

RIVAS, Adolfo A., La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional, en L. L. Actualidad del 22-2-96, p. 2.

[15]

ARAZI, Roland, en Medidas cautelares, p. 4; en parecida orientación BERIZONCE, Tutela anticipada y definitiva cit., p. 741; DE LÁZZARI, La cautela material cit.

[16]

BARACAT, Edgar J., Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial, en L. L. del 13-7-2015.

[17]

CAMPS, Carlos Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado, comentado, concordado, t. I, Arts. 1° a 237 ter, Prólogo de la 1ª ed. de Lino Enrique Palacio, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 598.

[18]

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en PEYRANO Jorge W. (dir.) y ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 382.

[19]

Ver GALDÓS, Jorge M., Responsabilidad civil de los concesionarios viales y relación de consumo, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 791.

[20]

SOZZO, C. Gonzalo, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Gabriel (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, t. III, p. 196.

[21]

LEIVA, Claudio Fabricio, Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial, en L. L. del 27-7-2016, AR/DOC/ 2244/2016.

[22]

Remitimos a GALDÓS, Jorge Mario (con la colaboración de Gustavo Higinio Blanco), Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la sanción pecuniaria disuasiva, en L. L. Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación, noviembre de 2014, p. 143.

[23]

KEMELMAJER DE CARLUCCI, en PEYRANO (dir.) y ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación cit., ps. 371 y ss.

[24]

PEYRANO, Jorge W., Noticias sobre la acción preventiva, en L. L. 2015F-1230, AR/DOC/4310/2015.

[25]

DE LOS SANTOS, Mabel A., Acciones de protección a las personas, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y BENAVENTE, María I., Reparación de daños a las personas. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 245; COMPIANI, María Fabiana, Las funciones de la responsabilidad civil, en TRIGO REPRESAS y BENAVENTE, Reparación de daños a las personas. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales cit., 2014, t. I, p. 97; CALVO COSTA, Carlos, La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso adelante y un interrogante, en R. C. y S. 2013-VI, Tapa, AR/DOC/1853/2013; La prevención y el actual Derecho de Daños, AR/DOC/1240/2014; LEIVA, Una propuesta de de-limitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial cit.; ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.); ALFERILLO, Pascual E.; GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; SANTARELLI, Fulvio G. (dirs. del tomo) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, t. VIII, Arts. 1708 a 1881, La Ley, Buenos Aires; PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis R., en HERRERA, Marisa; CA-RAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, Libro Tercero. Artículos 1251 a 1881, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, ps. 412 y ss.; antes de la reforma ver SAGARNA, Fernando A., Funciones de la responsabilidad civil, en Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad civil. Parte general, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 301; LORENZETTI, Ricardo L., La responsabilidad civil, en L. L. 2003-A-973; HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, Daños en las relaciones de familia a la luz del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, en Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad civil. Parte especial, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 365.

[26]

CSJN, 6-12-2011, "P., H. P. y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 del CPC", Fallos: 334:1691.

[27]

GALDÓS, en LORENZETTI (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado cit., t. VIII, Arts. 1614 a 1881, ps. 296-297.

[28]

PEYRANO, Jorge W., Más sobre la acción preventiva, en L. L. 2016-A-1221.

[29]

DE LOS SANTOS, Mabel A., en PEYRANO (dir.) y ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación cit., ps. 207 y 208.

[30]

KEMELMAJER DE CARLUCCI, en PEYRANO (dir.) y ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación cit., ps. 363/365.

[31]

ACCIARRI, Hugo A., Funciones del Derecho de Daños y de prevención, en L. L. 2013-A-717; TOLOSA, Pamela, Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial, en R. C. y S. 2012-XII-14.

[32]

LOUTAYF RANEA, Roberto G. y SOLÁ, Ernesto, en PEYRANO (dir.) y ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación cit., ps. 414 y 415.

[33]

ARAZI, Roland, en PEYRANO (dir.) y ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación cit., p. 198.

[34]

CAMPS, Carlos Enrique, La pretensión preventiva de daños, en R. C. C. y C., 2015 (agosto), p. 3.

[35]

SEGUÍ, Adela M., La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino, en J. A. del 26-12-2012, p. 9; J. A. 2012-IV.

[36]

MEROI, Andrea A., Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños, en R. C. C. y C., 2016 (abril), p. 70; AR/DOC/956/2016.

[37]

Ver en el Apéndice: CCCom. de Azul, sala II, 11-11-2015, "Biorde, Miguel Ángel c/Rutas al Sur Concesionario Vial s/Daños y perjuicios", causa 59966, www.ru-binzalonline.com.ar, RC J 7657/15.

[38]

CSJN, 8-8-2006, "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES", Fallos: 329:3089; 27-11-2007, "Badaro II", L. L. 2007-F-688. Ver GALDÓS, Jorge Mario, La inundación de Santa Fe, los daños masivos y el proceso colectivo (Repercusiones de "Halabi"), en R. C. y S. 2010-IV-72.

[39]

Ver en el Apéndice: CCCom. de Azul, sala II, 27-3-2013, "P. N. y O. c/Z. S. O", causa 57.090, Abeledo-Perrot, AP/JUR/264/2013.

[40]

PEYRANO, Jorge W., La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable, en Revista de Derecho Procesal, N° 2007-2, Sentencia - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103; Acerca del mandato preventivo facilitador, en J. A. 2008-IV.

[41]

Ver en el Apéndice la causa "Biorde" en la que medió petición del fiscal general.

[42]

Ver en la casuística: C1^oCCom. de San Isidro, 26-5-2016, "Fideicomiso Italia 426 Tigre c/Tot Fusta SRL s/Diligencia preliminar", MJJ 98629.

[43]

Ver en la casuística el antecedente en el que el tribunal discrepó si la medida la debía controlar el juez de primera instancia o la autoridad de aplicación: CNCom., sala C, 8-7-2003, "De Blasi de Musmeci, Claudia c/Sevel Argentina SA y otros", L. L. 2004-B-308.

[44]

CSJN, 20-6-2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros", Fallos: 328:2316, L. L. 2006-D-281.

[45]

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, t. I, Arts. 1708 a 1723, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, Alveroni, Córdoba, ps. 268 y ss.

[46]

Ver en casuismo: C4^aCCom. de Córdoba, 28-4-2016, "M., M. M. E. c/Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) s/Ordinario. Daños y perjs. Otras formas de respons. extracontractual. Recurso de apelación", expte. 1279260/36, E. D. del 14-6-2016, N° 13.977.

[47]

CCCom. de Santa Fe, sala I, 28-4-2016, "P., J. C. y otros c/B., A. P. y otros s/Medida autosatisfactiva. Recurso de apelación", E. D. del 26-5-2016, N° 13.964.

[48]

CSJN, 7-8-97, "Camacho Acosta, Máximo c/Grafi Graf SRL y otro", L. L. 1997-E-652, J. A. 1997-IV-620, D. J. 1997-3-59, E. D. 176-62, con nota de MORE-LLO, Augusto M., La tutela anticipada en la Corte Suprema; CSJN, 6-12-2011, "P., H. P. y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 del CPC", L. L. 2012A-352, con notas de PEYRANO, Jorge W., Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros, en R. C. y S. 2012-II-191; CARBONE, Carlos, Tutela anticipada por daños derivados del tránsito, en L. L. 2012-A-351; MEDINA, Graciela, Tutela anticipada y daño vital, en L. L. del 15-2-2012, p. 7, y SOSA, Toribio, El activismo procesal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: tutela anticipatoria en el caso "Pardo", en R. C. y S. 2012-III-170.

[49]

JCCom. N° 8 de Morón, 8-7-86, "Altamirano, Elsa c/Cerámica San Martín", L. L. 1987-D-373; el fallo fue revocado por la CCCom. de Morón, sala II, 5-2-87, "Altamirano, Elsa R. c/Cerámica Martín SA y otros", L. L. 1987-D-373, con nota de Augusto M. Morello y Gabriel A. Stiglitz; AR/JUR/1701/1987.

[50]

CNFed.CC, sala III, 8-8-88, "Giménez, Domingo y otra c/Estado Nacional (Ejército Argentino)", J. A. 1988-III-96, Abeledo-Perrot, N° 2/28524.

[51]

JCCom. N° 1 de Azul, 10-11-93 (sentencia firme), "Arouxet, Arnoldo E. c/Durañona, Ernesto y otros", L. L. B. A. 1994-18, AR/JUR/175/1993.

[52]

C4^aCCom. de Córdoba, 28-4-2016, "M., M. M. E. c/Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) s/Ordinario. Daños y perjs. Otras formas de respons. extracontractual. Recurso de apelación", expte. 1279260/36, E. D. del 14-6-2016, N° 13.977.

[53]

CNCom., sala C, 8-7-2003, "De Blasi de Musmeci, Claudia c/Sevel Argentina SA y otros", L. L. 2004-B-308. La minoría delegó esa función en el juez de la causa.

[54]

CSJN, 20-6-2006, "Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros", Fallos: 329:2316, L. L. 2006-D-281.

[55]

CSJN, 26-3-2009, "Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional", L. L. del 8-4-2009, p. 11, con nota de Sebastián Aguirre Astigueta; L. L. 2009-B-683, con nota de Sebastián Aguirre Astigueta; L. L. del 6-11-2009, p. 5, con nota de Andrea Mendivil; L. L. 2009-F-470, con nota de Andrea Mendivil; LJU 147, JCom. 68, con nota de Hugo Díaz Fernández.

[56]

C1ªCCom. de San Isidro, 26-5-2016, "Fideicomiso Italia 426 Tigre c/Tot Fusta SRL s/Diligencia preliminar", causa 41137, MJJ-98629.

[57]

SCJBA, 25-2-2009, "Scaldeferri, Miguel Ángel y Cacabellod, Marcela y por sus hijos M. y M. S. c/Municipalidad de Pergamino s/Daños y perjuicios", LP C 86727 S, R. C. y S. 2009-VI-88, L. L. B. A. 2009-515.

[58]

SCJBA, 8-8-2012, "D. J. E. F. s/Acción de amparo. Actor: M., M. y otro".

[59]

CPContrav.Faltas de la CABA, sala I, 25-11-2015, "G. B., R. s/Infr. ley 14.346", L. L. del 16-2-2016, p. 8; L. L. 2016-A-352; L. L. del 29-2-2016, p. 5, con nota de Carlos Muñiz; L. L. 2016-A-547, con nota de Carlos Muñiz; R. C. C. y C., 2016 (marzo), p. 278.

[60]

CCCom. de La Matanza, sala 1ª, 14-6-2013, "Orsini, Liliana Patricia y otro c/Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", Infojus.

[61]

JCCFam. de Recreo (Catamarca), 14-12-2014, "F. M. R. y F. R. H. c/Belgrano Carga SA y/o q. r. r. s/Daños y perjuicios", L. L. NOA, 2015 (junio), p. 561; R. C. C. y C., 2015 (julio), p. 166; AR/JUR/90088/2014.

[62]

CCCom. de Mar del Plata, sala III, 9-5-2013, "G., G. D. c/Club Atlético Once Unidos y otros", R. C. y S. 2013-VIII-117, con nota de Pablo C. Barbieri; AR/JUR/ 19543/2013.

[63]

CCCom. de Junín, 6-11-2008, "Broggi, Pedro c/Prov. de Buenos Aires y Dirección Prov. de Vialidad de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", E. D. Digital, N° 47.349 (2008), voto del Dr. Guardiola.

[64]

SCJBA, 30-3-2005, "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo Javier y otra. Daños y perjuicios", L. L. B. A. 2006-327.

[65]

CNFed.CC, sala III, 21-5-2015, "Nike International Ltd. c/Compañía de Medios Digitales CMD SA s/Cese de uso de marcas", AR/JUR/20653/2015.

[66]

JFam.Pen. de Niños, Niñas y Adolescentes de Concepción del Uruguay, 1312-2011, "A., D. C. s/Medida cautelar" (sentencia firme), expte. 7308/C/S1, elDial.com - AA72C1, del 1-2-2012.

[67]

CCCom. de Azul, sala II, 18-12-2013, "E., T. C. (Argentina) SA c/ML SRL y otros s/Ejecución hipotecaria", L. L. B. A., 2014 (abril), p. 317; AR/JUR/95426/2013.

[68]

JCAadm. y Trib. N° 2 de la CABA, 28-4-2016, "Asociación Civil de Vientos de Libertad y otros c/GCBA s/Amparo", L. L. Online, AR/JUR/15573/2016.

[69]

JFed.CCcorr. N° 12, 18-9-2015, causa 298/2013/20, E. D. del 9-10-2015, N° 13.830.

[70]

CSJN, 13-3-2012, "F., A. L. s/Medida autosatisfactiva", L. L. del 15-3-2012, p. 6; L. L. 2012-B-198; AR/JUR/1682/2012.

[71]

CCCom. de Azul, sala II, 27-3-2013, "P. N. y O. c/Z. S. O.", causa 57.090, Abeledo-Perrot, AP/JUR/264/2013.

[72]

CCCom. de Azul, sala II, 11-11-2015, "Biorde, Miguel Ángel c/Rutas al Sur Concesionario Vial s/Daños y perjuicios", causa 59.966, www.rubinzaonline.com.ar, RC J 7657/15.

