

Medida Autosatisfactiva Accion Preventiva Recurso De Apelacion Efectos De Recurso

JURISPRUDENCIA

Medida autosatisfactiva. Acción preventiva. Recurso de apelación.

Efectos de recurso Corresponde confirmar el decreto de primera instancia que concedió el recurso de apelación contra el decisorio de una medida autosatisfactiva, con efecto devolutivo, atento el carácter de proceso urgente que dichas medidas representan.

En la ciudad de Santa Fe, a los 28 días del mes de Abril del año dos mil dieciséis, se reunió en Acuerdo Ordinario la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, integrada por los Dres. Aidilio G. Fabiano, Abraham L. Vargas y Roberto H. Dellamónica, para resolver el incidente de cambio de efecto respecto de la concesión del recurso de apelación deducido por las demandadas (v. copias de fs. 132), contra la sentencia de fecha 11.03.2016 (v. copias de fs. 125/131), dictada por la titular del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 11ma. Nominación de esta ciudad, en los autos caratulados "PAOLETTI, JUAN CARLOS Y OTROS C/ BARAVALLE, ANDREA PATRICIA Y OTROS S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA - RECURSO DE APELACION" (Expte. Sala I CUIJ 21-01966107-2/1), y declarado admisible a fs. 136 de este legajo. Acto seguido el Tribunal estableció el orden de votación conforme con el estudio de los autos -Dres. Fabiano, Vargas y Dellamónica- y se planteó para resolver las siguientes cuestiones: 1era.: ¿Corresponde el cambio del efecto con el cual fue concedido el recurso de apelación deducido por las demandadas? 2da.: En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictarse? Determinado el orden de votación en cuya virtud éstos pasan a estudio, a la primera cuestión, el Dr. Fabiano (en disidencia) dijo: 1. Antecedentes: 1.1. En esta Sede se radicó el legajo de copias de referencia y, a fs. 150, el apelante solicitó con habilitación de días y horas el cambio del efecto del recurso de apelación, aduciendo que no existía disposición legal alguna que ordenara darle efecto devolutivo a la sentencia dictada en autos. Ello, porque a su juicio, el artículo 351 del CPCyC establece que siempre la apelación será con efectos suspensivos, salvo que la ley disponga que sea devolutivo, cuestión que no se modifica por el trámite sumarísimo otorgado por la A quo al caso, ni por lo dispuesto en el CCCN cuando regula la nueva acción preventiva. Conforme cédulas que corren glosadas a fs. 155/156, fueron notificadas las partes a la citación de la audiencia prevista en el art. 355 CPCyC. Asimismo, se requirió el expediente principal y las medidas de aseguramiento de pruebas, procediéndose a la extracción de fotocopias de las actuaciones verificadas con posterioridad a la elevación del presente legajo y, cumplido dicho trámite, se ordenó la remisión de los principales a su origen (v. fs. 161). 1.2. Convocadas las partes a una audiencia en el marco de lo dispuesto en el artículo 355 del CPCyC, la misma tuvo lugar el día de la fecha, ratificando el apelante lo vertido a fs. 150/150 vto., y presentando el apelado memorial que luce agregado a fs. 172/173 vto., quedando el incidente en condición de ser resuelto (v. art. 355, último párrafo, del CPCyC). 1.3. Ingresando al tratamiento de la cuestión incidental que nos convoca, corresponde analizar el planteo del apelante por el cual, a su juicio, el recurso de apelación concedido con efectos devolutivos viola el artículo 351 del CPCyC, toda vez que no surge de un texto normativo expreso el efecto concedido por la A quo y, por lo tanto, se ha violado la regla general dispuesta en el segundo párrafo de la disposición procesal citada, aunque se hubiere otorgado al caso el trámite sumarísimo. Por su parte el apelado planteó en su memorial de fs. 172/173 vto. que corresponde mantener el efecto devolutivo otorgado por tratarse, según relata, de una resolución dictada en una medida autosatisfactiva tendiente revertir los efectos de un acto ilícito, que como consecuencia persigue que el daño no se agrave. Así, consideró que el efecto devolutivo se impone en toda resolución de una medida autosatisfactiva, para asegurar el cumplimiento inmediato de la misma, a los fines de cumplir con el cometido de la acción preventiva desplegada, que consiste en evitar la continuación o agravamiento del daño. 1.4. Corresponde en este estado, y de acuerdo al trámite previsto en el artículo 355 CPCyC, exclusivamente expedirme sobre el efecto con que fue concedido el recurso de apelación intentado, sin adentrarme en los aspectos fundados del debate que resultarán materia de los agravios que serán analizados oportunamente. Se ha tramitado en autos, tal como reza la carátula de los actuados, una medida autosatisfactiva que fuera fundada por la parte actora en los artículos 1.711, ss. y cc. del CCCN. Sin ingresar en la admisibilidad y procedencia al caso de la vía intentada, corresponde considerar si la acción substanciada puede ser considerada como una excepción a la regla del artículo 351, segundo párrafo, del CPCyC. Lo cierto es que no puede brindarse una respuesta unívoca, dada la amplitud del supuesto normativo que contempla la nueva acción prevista en el artículo 1.711 del CCCN. En efecto, se sostiene que el nuevo instituto se encuentra conformado por dos figuras típicas como lo son la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada, y que de lo normado en el artículo 1713 de la nueva codificación, la sentencia podría asumir un modo provisorio (medida cautelar típica) o definitivo (sentencia definitiva), principal (en modo autónomo como la medida autosatisfactiva) o accesorios (como en la tutela preventiva), entre tantas otras posibilidades (conf. comentario a los artículos 1.711 y ss. de Jorge Mario Galdós en "Código Civil y Comercial de

la Nación comentado?, Director Ricardo L. Lorenzetti, T° VIII, pp. 305-317, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.015). Sabido es que existe consenso doctrinario y jurisprudencial que los recursos contra medidas autosatisfactivas o procesos urgentes en general deben concederse con efecto devolutivo, ya que los principios que informan dichos institutos imponen que no se suspenda la sentencia, bajo la idea que toda tutela de respuesta inmediata, debe gozar de indemnidad en sus efectos tal como acontece con las medidas cautelares, pues de otro modo se desmoronaría la naturaleza misma de la figura (conf. Barberio, Sergio: 'La Medida Autosatisfactiva?', p. 171, Edit. Panamericana, Rosario 2.006). Sin perjuicio de ello, considero que dada la amplitud de los efectos que pueden acarrear tales sentencias (que pueden disponer a petición de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda de acuerdo al artículo 1.713 CCCN), no puede establecerse una regla genérica acerca de los efectos de los eventuales recursos de apelación, 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. 1.5. En tal empresa, y reiterando que se trata de un análisis meramente liminar para considerar los efectos que deben otorgarse al recurso en danza, no puede soslayarse que el objeto de la sentencia versa sobre una orden de desalojo de un predio rural, donde ambas partes alegan derechos sobre la misma heredad y dicen contar con sendas producciones agropecuarias en curso, con peligro para las mismas en caso de desatención por falta de acceso. Tratándose, entonces, de una orden de desalojo, se considera que deben extremarse los recaudos en la vía recursiva, recordando que el código de rito local impone que para acordarle efectos devolutivos a dicha apelación se requiere la prestación de fianza para responder por los perjuicios que se causen en el caso que la sentencia fuere revocada (conf. artículo 523 del CPCC) que puede ser considerado aplicable, analógicamente, al caso. Por lo tanto, el apelado, para asegurar su posición en el transcurso del trámite de apelación podría acudir a la vía de prestar fianza para que el recurso tramite con efectos devolutivos, o bien recurrir a todas las medidas cautelares que considere pertinentes para asegurar su acceso a la heredad con auxilio de la fuerza pública, para salvaguardar su producción ganadera, máxime si existen razones de orden público como las alegadas referentes a cuestiones de sanidad animal, tramitaciones que, huelga aclararlo, deben substanciarse ante la señora Jueza del anterior grado. 2. Concluyendo, en el caso concreto y dadas las circunstancias que liminarmente han sido analizadas, considero que no corresponde en este estado excepcionar la norma del segundo párrafo del artículo 351 del CPCyC y, por lo tanto, cuanto corresponde es hacer lugar al trámite incoado por el apelado, revocando parcialmente el decreto de fecha 23.03.2016 de fs. 136 dictado por la A quo, disponiendo, en su lugar, por los fundamentos expuestos que el recurso de apelación concedido tendrá efectos suspensivos, con costas a los vencidos (conf. arg. art. 251 CPCC). A la misma cuestión, el Dr. Vargas dijo: Respetuosamente, voy a disentir con el fundado criterio del estimado colega preopinante. Es que -adelanto- en mi opinión debe mantenerse -por las razones que explicitaré- el efecto devolutivo (rectius: no suspensivo) con el cual ha sido concedido el recurso de apelación deducido por los demandados. En esa inteligencia e ingresando ya a argumentar en tal sentido, estimo necesario recordar que (más allá del acierto o error estratégico de los actores al elegir dicha novísima vía procesal para recuperar la 'posesión' de un inmueble -campo- del cual dicen haber sido 'despojados' y en el cual tienen una explotación agropecuaria -en particular, a la fecha del presunto acto ilícito, cincuenta animales en pie que precisan de vacunación, alimentación, control, etc.-) la pretensión esgrimida ha sido canalizada a través del carril de lo que no dudo en conceptualizar técnica y precisamente como 'proceso preventivo de daños' contemplado -ahora- en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación según el diseño de los artículos 1711 a 1713 [donde -equivocadamente desde mi humilde punto de vista- se lo nomina con el prehistórico rótulo de 'acción preventiva' -siendo que tal es el derecho constitucional subjetivo y abstracto que no se confunde con los 'procesos' generales o particulares que, en su caso, dilucidarán la procedencia o no de una 'pretensión preventiva' -como acertadamente la define calificada doctrina, ver Alferillo, Pascual E. su comentario al art. 1711 en Alterini, Jorge H.: 'Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético?', ed. La Ley, Buenos Aires 2015, Tomo VIII, pág. 17-; también, se la suele confundir con la 'tutela preventiva' -género que, en realidad, contiene muchas especies que coadyuvan a dicho fin, por ejemplo el 'mandato preventivo', el 'proceso preventivo', la 'tutela de remoción de ilícito', la 'pretensión mere declarativa de certeza', etc.- o, aún, con la 'tutela inhibitoria' que es la figura procesal italiana que fue -entre otras- fuente de nuestra moderna norma civil y comercial pero que, como su propio nombre lo indica, es -ahora- una especie más del género de las 'tutelas procesales diferenciadas' que remiten -todas- al derecho y garantía constitucional y convencional de la 'tutela judicial efectiva?]. Tal 'proceso preventivo de daños' está imperfectamente regulado en las normas citadas (que se ocupan de sus 'presupuestos' -art. 1711 NCCC-, la 'legitimación' para requerir la prevención del menoscabo -art. 1712, ibídem- y el contenido de la 'sentencia' así como algunas facultades genéricas de los jueces que intervienen -art. 1713, ibídem-). Una vez más -como decenas de veces se repite en el texto del corpus iuris citado- el legislador nacional invadió con 'exorbitancia' (pues la permisón del intérprete constitucional final en múltiples y conocidos fallos históricos -me refiero a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- nunca presupuso una extensión tal como para abordar tantos diseños procedimentales y, además, en muchos casos, con tamaño nivel de detalle) las competencias provinciales -o locales- para dictar las normas de procedimiento que juzgaran adecuadas para discernir

o administrar la justicia en torno de aquél fin -loable y constitucionalmente necesario- de tutelar preventivamente? la producción o agravamiento de daños (cfme. arts. 121/122, 75 inc. 12 y 5 de la Constitución Nacional). En ese sentido se recuerda que en el caso Bernabé Correa del año 1926 (Fallos 138:157) expresó el Alto Tribunal "... si bien las provincias tienen facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar?. Y agregó, analizando las reglas rituales de la ley de prenda agraria 9644 -en tramo que entendemos esencial- que tales garantías están destinadas a asegurar su inmediata efectividad y sin las cuales se comprometería la existencia misma del derecho que se ejercita. De donde se infiere que los procedimientos que la ley establece para hacer valer ese derecho son su complemento substancial pues sin dicho privilegio (...) consignado en la ley para garantizar en lo posible el cobro de la suma prestada con prenda agraria, no podría hacerse efectivo en la medida prevista si se admitiese que por cualquiera otra causa que no fuesen las expresadas en la ley, los juicios fueran sometidos a dilaciones o procedimientos extraños a los señalados en la misma? (todo el destacado es agregado). Como puede observarse del tenor de los argumentos de la Corte, el fundamento de validez de estas normas procesales situadas en la ley nacional está dado por la finalidad de asegurar la eficacia o efectividad (la existencia misma de los derechos? dirá en el caso Bernabé Correa?) de los institutos de fondo, a lo largo de toda la extensión territorial argentina? (Camps, Carlos Enrique; La pretensión preventiva de daños?, espigado en www.thomsonreuterslatam.com). De todas maneras y más allá del aludido exceso, concuerdo con quien señala que si bien la nueva legislación ha constituido un avance en la materia la regulación es bastante pobre, y si bien esto responde a los nuevos modelos de legislación sostenidos prioritariamente en los principios generales (a diferencia de la casuística a la que estábamos habituados), deja algunas dudas acerca del verdadero alcance de este instituto que poco a poco la doctrina y la jurisprudencia se irán encargando de dilucidar? (Perdía, Natali; La responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial? espigado en www.thomsonreuterslatam.com). Defecciones tales como llamar al proceso? como acción? y, en el mismo artículo 1711 a escasas cuatro palabras del inicio (donde se comienza con La acción preventiva ...?) volver ahora con la misma terminología pero que, en éste caso, significa una cosa totalmente distinta (presupuesto de la responsabilidad: una acción u omisión antijurídica ...?) o, peor, regular en el artículo 1713 el contenido? de la sentencia? indicando que debe? disponer (siendo que bien puede desestimar? la pretensión si no se han acreditado los presupuestos de procedencia aludidos) en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda? (cuando en depurada técnica legislativa debió decir -al menos en mi entender- que el contenido? de la resolución? judicial -género que involucra a las sentencias que son la culminación de un proceso ordinario? y bien se sabe que la tutela preventiva puede provenir de medidas cautelares? donde no se habla de sentencias sino de autos interlocutorios? normalmente simples- puede? ser de condena? a dar, hacer o no hacer?). Tales deficiencias confunden a la doctrina y, por ejemplo, le hacen decir (desacertadamente desde mi punto de vista) que la tutela (o acción preventiva)? tiene dos figuras típicas que la componen las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada? (Galdós, Jorge M.; ob. Cit., pág. 308). O que hay -ahora- dos tipos de acciones preventivas. La primera es la que existe ya en el derecho argentino y que se viabilizará mediante la correspondiente medida cautelar y requerirá de la promoción de un proceso principal del cual será accesoria. La segunda es más novedosa. Se trata de una acción preventiva autónoma, que no necesitará de un proceso principal y que se agotará en su dictado. Este tipo de sentencias había sido ya reconocida por la jurisprudencia como medidas autosatisfactivas y similares, pero es la primera vez que llegan al Código Civil? (López Herrera, Edgardo; su comentario al artículo 1713 en Rivera, Julio César y Medina, Graciela; Código Civil y Comercial de la Nación comentado?, ed. La Ley, Buenos Aires 2014, Tomo IV, pág. 1003). No es así, el proceso preventivo de daños? puede tramitar a través de diversos carriles procedimentales (que no es lo mismo), por caso, el proceso autosatisfactivo?, el amparo?, el habeas data?, alguna medida cautelar genérica? o innominada?, un proceso de conocimiento sumárisimo?, etc. (cfme. (Camps, Carlos Enrique; La pretensión preventiva de daños?, espigado en www.thomsonreuterslatam.com; Arazi, Roland; Síntesis de las principales disposiciones procesales en el Proyecto de Código Civil y Comercial?, en Revista de Derecho Procesal 2013-1 Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2013, pág. 59. En idéntico sentido: Alferillo, Pascual E.; ob. cit., pág. 20; Casas, Juan; en Bueres, Alberto J.; Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires 2014, Tomo II, pág. 158, etc.). Por eso, bien se explicita que El justiciable tiene libertad para escoger dentro de diversas alternativas legales para reclamar la tutela preventiva, la que le resulte adecuada según el contenido concreto de su reclamo, teniendo en consideración la urgencia de la pretensión, y la naturaleza de los derechos en juego. Según las circunstancias, son vías aptas para reclamar la tutela preventiva, las medidas autosatisfactivas, la acción de amparo y el juicio declarativo, con la alternativa para los últimos dos casos de reclamar una medida de tutela anticipada? (Leonardo González Zamar y Claudia Zalazar; su ponencia al Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy 2015, titulada El nuevo rol del Juez en la prevención en materia de daños en el Código Civil y Comercial

de la Nación?, disponible en <http://www.procesal2015.org.ar/>, las cursivas y negritas me pertenecen). Concuera con ello Reviriego para quien ?Hasta tanto se regula por los órganos competentes del Estado, el juez podrá disponer la tramitación aplicable a los procesos que se inicien en virtud del impulso de la acción preventiva, superando la inercia del legislador. Se dispondrá de la tramitación de acuerdo al procedimiento que en el caso concreto sea mas idóneo y útil para la tutela efectiva del interés ejercitado por vía de la acción preventiva. Podría ser un proceso de conocimiento, ordinario, sumario o sumarísimo, un proceso de estructura monitoria, o la utilización de los denominados procesos urgentes, o, finalmente, el trámite de las medidas autosatisfactivas. Dependerá mucho si estamos en presencia de una acción preventiva de tutelas especiales o indiferenciadas. Si bien se tratará, por lo general, de un proceso de conocimiento, en el primer caso será necesaria una vía sumarísima e incluso monitoria? (Reviriego, José Antonio; ?La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino?, espigado en www.dialnet.com). Y, por otra parte, la ?tutela anticipada? es una ?tutela diferenciada de urgencia que con base en una cognición sumaria y llenados los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente otorgándole una atribución o utilidad que pudiera razonablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material? (ver Vargas, Abraham Luis; ?Tutela Anticipatoria?, capítulo de libro ?Sentencia Anticipada? dirigido por Jorge Walter Peyrano y coordinado por Carlos Alberto Carbone, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, pág. 545) de suerte que, puede usarse ?al interior? del ?proceso preventivo de daños?. Ahora bien, el problema que ocupa momentáneamente a los titulares de la jurisdicción [hasta tanto los Código Procesales Civiles y Comerciales de las provinciales se ?adecuen? al copernicano giro que tomo el Derecho Público y Privado en los últimos tiempos merced, entre otros, al ?neoconstitucionalismo?, al renovado ?control de convencionalidad?, a los ?nuevos derechos? constitucionalizados de tercera y cuarta generación, o, en fin, a radicales cambios de la legislación común en lo civil y comercial, de consumidores, ambiental, etc.] es -como aquí- como colmar las ?lagunas normativas? de aquél imperfecto e insuficiente diseño. Una respuesta apresurada y simplista estaría dada por la lógica remisión (para tales fines) a los tradicionales y vetustos regímenes procesales locales (por caso, el santafesino data -con mínimas y superfluas modificaciones del año 1962 en el siglo pasado) [así por ejemplo, el respetado jurista y magistrado de nota, Galdós, Jorge M.; su comentario al artículo 1713 en Lorenzetti, Ricardo Luis; ?Código Civil y Comercial de la Nación comentado?, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, Tomo VIII, pág. 317]. En todo caso, dice Valeria de las Mercedes Sola: ?sabemos que esta facultad de dictar la legislación de procedimiento es facultad reservada a las provincias, por lo que habrá que estar a lo establecido en la ley procesal local. Pero cierto es, que mientras haya ausencia de normas procedimentales el juez deberá utilizar las herramientas que mejor se ajusten al instituto analizado y regulado por la norma de fondo? (su ponencia al Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy 2015, titulada ?Tutela Preventiva- Recepción en el nuevo C.C.C - Necesidad de que las Provincias legislen una vía de tramitación urgente para su efectivización: Audiencia del art. 58 CPCC de Córdoba y Garantía del Derecho de Defensa?, disponible en <http://www.procesal2015.org.ar/>, las cursivas y negritas me pertenecen). Y así, por ejemplo, si la mal llamada ?acción preventiva? hubiere tramitado a través de un ?proceso declarativo? (ordinario, sumario o sumarísimo) para saber cuáles serían los efectos de la concesión del recurso de apelación que se dedujere contra la sentencia de la primera instancia tendríamos que ?integrar? la ?laguna normativa federal? con los artículos pertinentes del ?rito local? (por caso, el artículo 351 que reza ?El recurso de la sentencia definitiva en el juicio ordinario será concedido libremente, y sólo en relación, en los demás casos. Procederá siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo. En caso de no expresarlo la resolución, se entenderá concedido en el primer efecto?). Obviamente, la operación intelectual aludida sería inválida por, entre otros, los siguientes motivos: a) desconoce la propia naturaleza jurídica -convencional y constitucionalmente consagrada- de la ?tutela sustancial inhibitoria? que ?tiene por objeto directo la prevención del daño mediante una orden para impedir (en caso de amenaza o lesión) o bien para que cese su producción (si la actividad ofensiva ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración). Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura? (Lorenzetti, Ricardo Luis; ?La tutela civil inhibitoria?, citado por Galdós, Jorge M.; ob cit., pág. 306, las cursivas y negritas me pertenecen). Por eso, bien se ha dicho que ?Constituye una protección judicial de urgencia sustantiva y no cautelar? no siendo necesario por ello (en caso que se determine su procedencia) el ofrecimiento de ?contracautela? (Andorno, Luis O.; ?El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho Argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho Italiano?, J.A. 1995-II-887, citado por Galdós, Jorge M.; ob. cit., pág. 306); b) desconoce que el ?proceso preventivo de daños? legislado en los artículos 1711 a 1713 del CNCCC tiene ?raíz constitucional? (Alferillo, Pascual E.; ob. cit., pág. 20) porque tributa a la ?función preventiva? del moderno Derecho de Daños [Zavala de González, Matilde; ?La tutela inhibitoria contra daños?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley Año I, N° 1, enero-febrero 1999, N° II, p. 2. También señala la autora que la prevención de daños injustos constituye principio general del derecho, y que reviste trascendencia la directiva de no dañar: impedir la causación de perjuicios injustos y de haber sucedido, coartar su continuidad o agravación. (Vid, su obra ?Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar?, ed. Hammurabi, Buenos Aires año 2004, pág. 239] que, como se sabe y ha sido incluso

¿normativizado? adjudica a ¿Toda persona... en cuanto de ella dependa...? (y quien más titular de esa situación jurídica subjetiva que los ¿jueces intervinientes ...?) el ¿deber ... 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? (las cursivas y negritas me pertenecen). Lógicamente, los ¿jueces? no pueden integrar la laguna normativa citada (en cuanto a los efectos de la concesión de los recursos ordinarios contra resoluciones en procesos preventivos de daños) otorgando carácter ¿suspensivo? a las ¿órdenes? jurisdiccionales pues ello no sería ¿razonable? ni adecuado a la ¿finalidad? convencional, constitucional y legal de la ¿tutela? aludida (cfme. Casas, Juan; en Bueres, Alberto J.; ¿Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado?, ed. Hammurabi, Buenos Aires 2014, Tomo II, pág. 158). Sobre el punto ya ha dicho la CSJN que ¿La justa solución del caso concreto no debe buscarse a través de la fría formulación de silogismos, sino mediante una selección axiológica que persiga la justicia del caso concreto, siendo claro que no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y de un modo distinto, pero no menos trascendentes, para el cuerpo social todo ...? (CSJN ¿Decavial SA?; TSJ Bacon Social c/ Zucaría? ¿Tamagnone c/ Brega?, etc., citado por González Zamar y Zalazar, ob. cit.). Coinciden con ésta interpretación, ponentes que se dedicaron al tema en el último Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Jujuy en el año 2015. Así por ejemplo, Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui en su monografía ¿Los Aspectos procesales de la Acción Preventiva del Daño? predica que ¿En lo que hace al efecto de los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas en el marco del proceso preventivo, entendemos que no será de aplicación la regla que establece el efecto suspensivo (Art. 243 del CPCC de la Nación; Arts. 360, 365 y 388 del CPCC de la provincia de Córdoba; 221, 387, 399 del CPCC de la provincia de Jujuy), por cuanto esto dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que por intermedio de aquella medida se pretendía evitar, con lo cual esta perdería virtualidad y se verían burlados los fines del ordenamiento sustantivo, por el simple ejercicio, sea este abusivo o no, de prerrogativas establecidas en los códigos de forma? (publicado en <http://www.procesal2015.org.ar/>, las cursivas me pertenecen). A su turno, en el mismo máximo evento nacional de la procesalística argentina, otra ponente, Laura Elizabeth Mato, postuló que ¿el proceso sumarísimo es la mejor opción para dirimir la acción preventiva. Ello así, toda vez que se trata del proceso contencioso más abreviado y que garantiza el ejercicio del derecho de defensa y celeridad en los plazos ... En la acción preventiva existe identidad con la finalidad elegida por el codificador en este juicio sumarísimo; tratar cuestiones de íntimo valor o que exige una muy rápida sustanciación. Sentado ello, son fundamentos de esta premisa, la máxima celeridad de este tipo procesal, no sólo en sus plazos, sino al negarse el trámite de previo y especial pronunciamiento a las excepciones (Inc. 1º y 2º del CPCCBA). También destacamos el principio de inapelabilidad de las resoluciones de trámite y aun las que decreten medidas precautoria; de apelarse la sentencia definitiva, el recurso se concederá en relación y en efecto devolutivo (Inc. 4º del C. cit)? (en su monografía ¿La Acción Preventiva en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación? publicada en <http://www.procesal2015.org.ar/>, las cursivas me pertenecen). c) Precisamente, tal hermenéutica ¿sistemática? y ¿teleológica o finalista? es a la que obliga el mismísimo artículo 1 del NCCC cuando dispone que ¿Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma? a lo que se aduna la pauta de ¿razonabilidad? que se desprende del artículo 3 del NCCC en concordancia con el ya citado 1710 (ibídem) cuando habla de las aludidas ¿medidas razonables?. Y, a nadie escapa que nunca puede ser ¿razonable? otorgar efecto ¿suspensivo? a recursos ordinarios deducidos en alguno de los denominados -desde hace mucho ya- ¿procesos urgentes?. Entonces, queda claro que luego de aplicar una hermenéutica ¿sistemática? y ¿finalística? de las normas sustanciales y procesales involucradas en el ¿diálogo de fuentes? no puede aceptarse el ¿efecto? previsto por el artículo 351 del Código Procesal Civil y Comercial santafesino (reitero vigente desde el siglo pasado -1962-) para regular o ¿integrar? la laguna jurídica que nos convoca (nunca mas pertinente la cita del artículo 2 del NCCC cuando prescribe que ¿La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento ?). Es más, me apresuro a decir que incluso si se estimara que el artículo 351 del C.P.C.C. sería aplicable en el sub-exámene (como postula, por ejemplo, el distinguido colega que me precede en el estudio y voto de la cuestión) tal exégesis debería descartarse por inconstitucionalidad ¿sobreviniente?. En efecto, porque (digo rápidamente) contraría flagrantemente las bases constitucionales y convencionales de la ¿tutela preventiva? como son, obvio es decirlo, los contenidos de los artículos 19, 28, 33, 41, 42, 43, 75 inc. 22 y su remisión a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, etc, entre otros (en el orden internacional encontramos la tutela preventiva, entre otras normas, en el art. XVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos de

1948, art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, etc.). Finalmente, un argumento de simple "sentido común": a tal punto el "proceso preventivo de daños" es una especie de los "procesos urgentes" [y, por tanto, en principio y como regla "no tolera el efecto suspensivo" tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten] que, precisamente, quienes suscribimos la presente estamos trabajando "con habilitación de días y horas" resolviendo la cuestión (con la consiguiente escueta fundamentación que damos, dado que, al menos quien suscribe se expide dentro de las 24 horas de que le ha sido asignado el estudio y voto de la cuestión propuesta) con una premura que demuestra, claramente, que éstas "tutelas" no admiten las dilaciones que lamentablemente ya la han perjudicado en el iter procesal que precede a ésta intervención del Tribunal de Alzada (así, por ejemplo, veo con preocupación que la magistrada actuante en la primera instancia -que debió sustanciar la cuestión como de "pleno derecho" con un simple traslado de la demanda y luego pasar los autos a resolución- a contrario de lo aconsejable dispuso la producción de medios de prueba innecesarios a más de haber decidido darle trámite "sumarísimo" y, sin embargo, sustanciar dentro de un proceso sumarísimo una "excepción de previo y especial pronunciamiento" -la incompetencia alegada por los accionados-, entre otras falencias).

Coincide con nosotros, autorizada doctrina que predica que "Pensamos, que su iniciación genera un proceso autónomo de conocimiento que tramitará por la vía sumarísima, sin perjuicio que la tutela pueda lograrse con el dictado de una medida cautelar. Siguiendo esta línea, con el traslado de la acción sería conveniente -en la medida de la urgencia del caso- fijar una audiencia en un plazo de 48 horas, la que se notificará por Secretaría, con carácter de urgente y en lo posible de forma electrónica, fijando una multa en caso de inasistencia. Esta procederá a los fines solucionar el conflicto, buscando el remedio que sea lo más justo para las partes y sujetos perjudicados (terceros). De no llegarse a un acuerdo -máxime que una de las fuentes de la responsabilidad civil es la autonomía de la voluntad (art. 1709 CCy C)-, sobre el modo en que se implementará la tutela, en ese acto el Juez, fijara la medida de prevención y protección que considere más adecuada, la que se ordenara en forma urgente. Entendemos, que el magistrado deberá apersonarse en el lugar del hecho, de ser materialmente posible, a fin de poder evaluar la magnitud de lo relatado" (Barrera, Mónica; "La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces", espigado en www.infojus.gov.ar). Por todo ello, voto por rechazar la pretensión procesal de las demandadas y, en su consecuencia, mantener el efecto devolutivo con que la A quo concedió (ahora sí con notable acierto según mi óptica) el recurso de apelación que oportunamente será sometido a consideración de esta Sala I. -debidamente integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial N° 1, con costas a los vencidos en la incidencia (v. arg. art. 251 del CPCyC). Así voto. A la misma cuestión, el Dr. Dellamónica dijo: Que por lógico razonamiento, el código procesal santafesino no contiene disposición alguna en relación al efecto en que debe ser concedido el recurso de apelación contra un decisorio emitido en el marco de la acción preventiva establecida en el artículo 1711 sig. y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto la ley de rito no ha adecuado aún sus previsiones a los institutos que la nueva ley sustancial ha puesto en vigencia. Que luego, dicha cuestión ha sido soslayada por quien comparece a solicitar el cambio de efecto del recurso concedido por la juez a quo. Que siendo ello así, si el objeto de la sentencia que admite la acción preventiva "es impedir la producción o agravamiento del daño" (conf. Galdós, Jorge, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", obra comentada bajo la dirección de Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 314), y que asimismo, el juez debe elegir "el remedio más eficaz para asegurar el cometido preventivo" (conf. López Herrera, Edgardo, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", obra comentada bajo la dirección de Julio César Rivera y Graciela Medina, Tomo IV, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2015, pág. 1004), en función de una hermenéutica "sistemática" y "finalística" de las normas sustanciales y procesales involucradas -y a cuyo análisis corresponde remitir al desarrollo efectuado por el vocal preopinante en sus fundamentos-, no debe soslayarse que tal como allí se lo sostiene -en una de sus citas-, si se aplicara la regla del efecto suspensivo se dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que a través de la medida intentaba evitarse, perdiendo virtualidad la norma y viéndose burlados los fines perseguidos por la ley sustancial, y en definitiva -en otras palabras-, de modificarse -en la cuestión traída a conocimiento- el efecto no suspensivo de los recursos concedidos en primera instancia, ello convertiría en letra muerta la tutela sustancial inhibitoria consagrada por el nuevo Código. De igual modo, siendo que "en la tutela preventiva, los tiempos, defensas y probanzas serán acotados, para que pueda alcanzarse la tutela efectiva del derecho amenazado" (conf. Wierzba, Sandra M., "Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales", Abeledo Perrot, Bs. As., 2015, pág. 263), tal como lo razona el colega preopinante, el proceso preventivo de daños -siendo una especie de los procesos urgentes-, en principio, no toleraría el efecto suspensivo tradicional de la concesión de los recursos ordinarios. Por ello entiendo que en el caso, -y adhiriendo a la postura adoptada por el Dr. Vargas-, corresponde mantener el efecto devolutivo dado al recurso de apelación concedido por la juez a quo, con costas a las incidentistas vencidas en la instancia (arg. art. 251 del C.P.C.C.). Así voto. A la segunda cuestión, el Dr. Fabiano (en disidencia) dijo: Conforme lo expuesto supra, cuanto corresponde es hacer lugar al trámite incoado por el apelado,

revocando parcialmente el decreto de fecha 23.03.2016 de fs. 136 dictado por la A quo, disponiendo, en su lugar, por los fundamentos expuestos que el recurso de apelación concedido tendrá efectos suspensivos, con costas a los vencidos (conf. arg. art. 251 CPCC). Así voto. A la misma cuestión, los Dres. Vargas y Dellamónica manifestaron sucesivamente que, de acuerdo con los fundamentos vertidos, cuanto corresponde (por mayoría) es rechazar la pretensión procesal de las demandadas y, en su consecuencia, mantener el efecto devolutivo con que la A quo concedió el recurso de apelación que oportunamente será sometido a consideración de esta Sala I. -debidamente integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial N° 1, con costas a los vencidos en la incidencia (arg. art. 251 del CPCyC). Por ello, la SALA PRIMERA DE LA CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE, por mayoría, RESUELVE: Rechazar la pretensión procesal de las demandadas y, en su consecuencia, mantener el efecto devolutivo con que la A quo concedió el recurso de apelación que oportunamente será sometido a consideración de esta Sala I. -debidamente integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la Circunscripción Judicial N° 1, con costas a los vencidos en la incidencia (arg. art. 251 del CPCyC). Insértese y hágase saber. Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online

008452E