

Nro de Orden:

Libro: S-202

Juzgado de origen: Juzg Civ y Com N° 4 Dptal

Expte: SI-117624

Juicio: ZABALOY ANA MARIA C/ MARCHI LUIS MIGUEL Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJUICIOS PROV. EXPLOTACION AGRICOLA

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 31 días del mes de Octubre de 2019, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° **SI-117624**, en los autos: **“ZABALOY ANA MARIA C/ MARCHI LUIS MIGUEL Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJUICIOS PROV. EXPLOTACION AGRICOLA”**.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

#### **VOTACION**

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.-El demandado, Luis Miguel Marchi, apela la sentencia en lo relativo a la medida preventiva dispuesta de oficio.

II.-El magistrado rechaza la demanda por daños y perjuicios supuestamente derivados del uso de agroquímicos para fumigar en ocasión de encontrarse la actora dando clases en una escuela rural.

El juez, luego de expresar que la actora carga con el deber de probar el nexo causal existente entre el daño y el riesgo o vicio de la cosa de propiedad o guarda del demandado (máquina fumigadora), concluye que la accionante no ha acreditado los hechos controvertidos.

No obstante lo anterior, expresa que se encuentra fuera de los hechos controvertidos que el demandado –por sí o por terceros- realizó y realiza cuando son necesarias, tareas de fumigación en las cercanías de la escuela. Expone que el uso de agroquímicos se encuentra bajo investigación y que no son pocas las voces que se levantan contra los mismos debido a los efectos nocivos en la salud. En consecuencia y hasta tanto exista un pronunciamiento formal de las autoridades sanitarias provinciales o nacionales acerca del tema, en los términos de lo normado por el art. 1711 C.C.C. y conchs, dispone la prohibición de la aplicación de cualquier tipo de agroquímico en un radio de 1000 metros de la escuela rural n° 11 ubicada en el cuartel IV, Paraje La Rosada, del Partido de San Antonio de Areco para los días en que haya clases, debiendo realizarse dichas tareas los días sábado, domingo o feriados educativos. A su vez, fija una multa equivalente a 500 jus ley 14.967 para el caso de incumplimiento.

III.-El apelante expresa que la medida le causa un gravamen irreparable. Sostiene, fundamentalmente, que la medida dispuesta de oficio y por tiempo indeterminado (“...hasta tanto haya un pronunciamiento formal de las autoridades sanitarias provinciales o nacionales acerca del tema..”), excede el objeto de la demanda que ha sido rechazada y ello ha quedado firme.

Dice que el presunto hecho ocurrió antes de la vigencia del C.C.C., por lo que resultan inaplicables sus previsiones.

Expresa que el juzgador argumentó escuetamente –sin apoyo en información ni certeza científica- que el uso de agroquímicos se

encontraba bajo investigación Afirma que ello implica ignorar por completo el análisis en el caso concreto de los presupuestos exigibles para la procedencia de la medida; dice que han transcurrido cinco años desde la situación que motivó este proceso, desconociendo si la misma persiste. Sostiene que no hubo acción u omisión antijurídica ni violación del deber genérico de prevenir el daño ni amenaza ni relación de causalidad probada. Entiende que las razones esgrimidas en la sentencia no alcanzan ni habilitan para ejercer de oficio “tamaño medida que limita la acción del demandado.”

Remarca que el juez no tuvo en cuenta el marco legal vigente, especialmente la ley provincial 10.699 que regula la utilización de los agroquímicos y la resolución 246 MAGP-18 del Ministerio de Agroindustria que entró en vigencia el 1/1/2019. En particular, recalca que dentro del ámbito de la localidad de San Antonio de Areco donde habría tenido lugar la fumigación –lo que, insiste, no se demostró-, existe la ordenanza 3919/14 modificada -en lo relativo a la aplicación aérea- por la ordenanza 4226/17.

Concluye que en función de la normativa que regula la cuestión en debate la medida es improcedente.

Sus agravios no son contestados.

IV.- En primer lugar, cabe señalar que no se ha rebatido la afirmación del juez relativa a que no es un hecho controvertido que el demandado realiza tareas de fumigación cerca de la escuela y los días en los que se imparten clases. De todas maneras, es claro que si al demandado le causa agravio la medida dispuesta es porque aplica agroquímicos en las cercanías de la escuela en esos días.

Con relación a la aplicación del C.C.C., es dable aclarar que el mismo establece el deber de prevención del daño y recepta la acción preventiva que puede interponer quien acredite un interés razonable (arts. 1710, 171, 1712 C.C.C.).

El art. 1713 C.C.C. prevé que la sentencia puede disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer. Es decir, el C.C.C. contempla una acción promovida por el legitimado con el objeto de evitar que un perjuicio se produzca.

No obstante ello, se señala que si bien las disposiciones citadas se refieren específicamente a la acción preventiva, podrían aplicarse analógicamente para fundar, en casos excepcionales, un “mandato preventivo”, es decir, una orden judicial oficiosa, de carácter excepcional, y cuyo objetivo es que, en el marco de un proceso cuyo fin no es la prevención del daño, y el magistrado tome conocimiento de la posibilidad cierta de que el perjuicio se produzca, repita o agrave, pueda adoptar las medidas necesarias para que ello no suceda (comentario al art. 1713 C.C.C. en [www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_IV.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf))

A diferencia de lo que sostiene el apelante, las disposiciones del C.C.C. pueden aplicarse -por analogía- dado que la medida apunta a restringir acciones futuras (art. 7 C.C.C.)

De todas maneras, con anterioridad a la vigencia del C.C.C., el mandato preventivo ya había sido admitido por la doctrina y la jurisprudencia.

La mayoría de la doctrina aceptaba sobre la base del C.C., la función preventiva y otros autores sostenían que esa finalidad podía obtenerse por medio de las vías procesales (ver Galdós, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, L.L. 12/10/2017, 1; L.L. 2017-E, 1142). El autor explica que, desde el aspecto procesal, se diseñaron distintos institutos de naturaleza adjetiva, entre ellos, el mandato preventivo que consiste en la imposición judicial de medidas para impedir, hacer cesar o mitigar el daño. Se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro

o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador.

En el mismo orden de ideas, se explica que en el texto originario del C.C. no se había contemplado ningún aspecto preventivo pero con la reforma efectuada por la ley 17.711, se incorporó como institución tendiente a la prevención, a la denuncia de daño temido del derogado art. 2499. Si bien se trataba de un instituto que estaba emplazado en la normativa correspondiente a los derechos reales, su aplicación fue extendida con el paso del tiempo a otros ámbitos. Asimismo, comenzó a tomar auge la doctrina de la tutela civil inhibitoria, entendiendo por tal a la orden o mandato dictado por la autoridad judicial que se afincó en el Derecho de Daños con el paso del tiempo y que puede ser sustancial (basada en el derecho de fondo) o procesal (impuesta por la ley adjetiva), y puede ser llevada a cabo de oficio o a pedido de parte. (Calvo Costa, Carlos A., “Acción preventiva”, L.L. 19/02/2018, 1).

Ambos autores destacan que el *alterum non laedere* (no dañar a otro) es la piedra basal de la admisión de la función preventiva de la responsabilidad civil, y halla su fundamento en los arts. 19, 42 y 43 de la C.N.; ello así, puesto que las acciones que son susceptibles de perjudicar a terceros están sujetas a la autoridad de los magistrados, y, además, se debe respetar el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, también de origen constitucional.

Es que evitar que el daño ocurra es, en suma, la forma más perfecta de respetar el “*alterum non laedere*” (Camps, Carlos Enrique, “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015).

Conforme al principio de prevención los daños deben ser evitados, puesto que si la Justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar; Hoy, en la alternativa de evitar el daño o de resarcirlo una vez producido, se elige evitarlo (Alterini, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto

de Código en materia de responsabilidad civil”; L.L. 30/07/2012, 1; L.L. 2012-D, 1154).

Por su parte, también la prevención tuvo recepción en la jurisprudencia (“Altamirano, Elsa c. Cerámica San Martín SA y otros”, 08/07/1986 dictado por el doctor Héctor P. Iribarne, Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Morón; C.S.J.N: “Camacho Acosta”, 1997, y “P., H. P. y otro”, 2011; todos fallos reseñados por Calvo Costa).

También puede citarse el conocido precedente “Carrizo” fallado por la S.C.B.A. (causa Ac. 82.656, “Carrizo Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo Javier y otra s. Daños y perjuicios”, 30/3/2005). En ese caso, el máximo tribunal provincial hizo lugar al recurso extraordinario y rechazó la demanda por considerar que no mediaba relación de causalidad entre la falta de señalización del cruce ferroviario y el accidente sino que fue el actuar de la propia víctima que causó el evento dañoso por circular a elevada velocidad y con una gradación alcohólica de 1,5 gr/l. No obstante ello, por mayoría, mantuvo la medida de prevención de daños dispuesta de oficio por la Cámara de Azul. Dijo el ministro De Lazzari (citando a Peyrano)”...repugna que por el solo hecho de que nadie hubiera peticionado remover una fuente productora de daños futuros para la comunicad, el juez interviniente con motivo de un proceso generado por dicha fuente se limite a resarcir los perjuicios devengados, cerrando así los ojos a la inminencia de daños futuros evitables...” Más adelante puntualizó que el derecho a la prevención está asegurado por la C.N. como garantía implícita. A su vez, explicó que la congruencia no había sido infringida, que la cuestión transitaba por carriles que desbordaban el marco clásico de los procesos; que los poderes inherentes al juez respaldaban su actuación; que era inobjetable la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas como la aplicada y que no mediaba afectación del principio de congruencia dado que la observancia de este último correspondía al conflicto particular pero no era atingente al segundo de los tramos del proceso: la función preventiva de daños asumida por el juez.

Sentado lo anterior y con relación al requisito de antijuridicidad que exige el C.C.C. y que, según los agravios, no estaría configurado, se ha puntualizado que el hecho generador debe ser, en principio, ilícito. Empero, si bien la ilicitud del hecho conlleva la presunción de su procedencia, no está excluido el caso del acto lícito dañoso o con potencialidad dañosa, aunque debe ser apreciado más restrictivamente porque en tal supuesto no rige la presunción de admisibilidad. (Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto” ; L.L. 11/06/2012 , 1). No es necesaria la concurrencia de la antijuridicidad formal, o sea de norma expresa, bastando con la configuración de la antijuridicidad material; la autorización administrativa no opera como eximente (v.gr. art 1757 C.C.C. sobre actividades riesgosas habilitadas) (Galdós, trabajo citado más arriba).

En definitiva, debe tratarse de una antijuridicidad material, la prevención del daño puede aplicarse a una actividad riesgosa —aun lícita— cuando el interés amenazado prevalezca sobre el interés amenazante; es decir, la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño operaría sin problema alguno. Y allí es donde la amenaza del daño debería ser analizada a la luz del *alterum non laedere* (y no de una prohibición legislativa expresa), ya que la antijuridicidad radica en tal caso en la injusticia de dicha amenaza. El *alterum non laedere* se erige en una directiva esencial en pos de la prevención de los daños, ya que más allá de estar referido al daño ya ocasionado, alcanza también a la amenaza de un daño injusto, lo que justifica la intervención de la justicia para determinar directivas preventivas para evitar, de tal modo, la producción del daño. (Calvo Costa, antes citado).

Conforme con estos lineamientos, en el caso concreto para analizar la antijuridicidad, se advierte que, además de la legislación provincial, en el partido de San Antonio de Areco, la aplicación de fitosanitarios y

fertilizantes se encuentra regulada por la Ordenanza 3919/14, citada por el apelante.

Dicha ordenanza establece, entre otras, las siguientes restricciones: “Art. 17: Sin perjuicio de la necesidad de fortalecer el uso racional, eficiente y sustentable de los productos fitosanitarios y fertilizantes, propendiendo a la optimización de su aplicación, de manera de mitigar lo máximo posible los potenciales riesgos a la salud y el medio ambiente, mediante la presente ordenanza se establecen las siguientes restricciones en las distancias de aplicación: ...a) Establézcase una prohibición absoluta para la aplicación de fitosanitarios y fertilizantes, bajo cualquier modalidad de aplicación, en una franja de CIEN METROS (100 m) contados a partir del límite de la zona urbana y/o complementaria y establecimientos educativos. Dicha franja se denominará, a los efectos de la presente ordenanza, “zona de exclusión”; b) Defínase como “zona de amortiguamiento” a una franja de DOS MIL METROS (2000 m) contados a partir del límite de la zona de exclusión; c) Dentro de los primeros MIL METROS (1000 m) de la zona de amortiguamiento, únicamente podrán aplicarse, bajo la modalidad de aplicación terrestre, productos fitosanitarios y fertilizantes clase toxicológica III y IV, según clasificación de SENASA. ...Art. 18: Quienes apliquen productos fitosanitarios y/o fertilizantes deberán cumplir con las siguientes obligaciones de aplicación: ...d) Las aplicaciones que se efectúen en predios lindantes a establecimientos educativos, sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, deberán ser obligatoriamente notificadas a la Autoridad de Aplicación, a las autoridades del establecimiento educativo y al Consejo Escolar, con una antelación mínima de CUARENTA Y OCHO (48). Durante el periodo escolar deberán realizarse aplicaciones sábados, domingos y/o feriados. La junta evaluadora resolverá sobre las excepciones que pudieran plantearse” (la negrita no está en el original).

Es del caso remarcar que la referida ordenanza fue modificada por la nro. 4226/17 que directamente prohibió toda fumigación aérea en el territorio del Partido dado que, según surge de sus considerandos, se ha



advertido un preocupante crecimiento de las enfermedades oncológicas directamente vinculado a dichos productos. En los considerandos también se expone que se encuentran cada vez más acreditados científicamente los riesgos a la salud humana que se generan tanto por la cercanía en la aplicación de agroquímicos como en el residual que queda en el suelo y, sobre todo, en el agua de consumo habitual en las zonas rurales. Por último, los considerandos se refieren al relevamiento realizado en la localidad por más de 200 médicos de la Universidad Nacional de Rosario, que revela que la causa de muerte más frecuente es por enfermedades oncológicas (32,3%) y respiratorias (9,6%); que el cáncer es el problema de salud más referido (40%), y que las fuentes de contaminación más referidas son el río contaminado (13,3%) y las cerealeras (12,7%).

De lo anterior surge que la medida dispuesta por el sentenciante está en consonancia con las restricciones que se imponen por las ordenanzas municipales, por lo que está cumplido el requisito de antijuridicidad previsto por el art. 1711 C.C.C. A su vez, es de destacar que la medida cumple con el criterio de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en obtención de la finalidad (art. 1714 C.C.C.).

Por último, no puede dejar de mencionarse que se está protegiendo no solamente al personal docente sino a los niños, sujetos vulnerables, que por mandato constitucional deben ser especialmente protegidos (art. 75 inc. 22 C.N.; C.I.D.N.; ley 26.061, ley provincial 13.928).

En consecuencia, debe confirmarse el pronunciamiento apelado en lo que fue materia de agravios (art. 266 C.P.C.C.)

V. No se imponen costas de esta segunda instancia al vencido por no haber mediado contestación de los agravios (art. 68 y concs. C.P.C.C.).

VI. Aclaración.

La sentencia ordena el cumplimiento de la medida preventiva, además de a los demandados y al tercero citado, "a los propietarios o

usufructuarios de los inmuebles alcanzados por la medida", delegando la notificación a la comisaría o destacamento con jurisdicción en el lugar, "haciendo saber a los afectados por la misma que para el caso de incumplimiento se fija una multa equivalente a 500 Jus, Lye 14.967".

No surge de autos que dichos propietarios o usufructuarios de inmuebles lindantes hayan sido identificados y que se les haya notificado la sentencia. Por tal razón, se instruyó por Secretaría que se averiguara en el Juzgado de origen si existían actuaciones - no elevadas a la Cámara - de cumplimiento de tales notificaciones, recibiendo el actuario una respuesta negativa (fs. 250).

Dada la naturaleza y urgencia de la medida preventiva dictada, se dicta este pronunciamiento dejándose constancia que no implica prejuzgamiento sobre eventuales planteos que pudieran hacer terceros que no han sido parte en las presentes actuaciones.

Corresponde, en cambio, teniendo en cuenta lo prescripto por la ordenanza 3919/14, notificar la presente sentencia (junto con la de primera instancia) a la Municipalidad de San Antonio de Areco a los fines que se adopten las medidas que correspondan.

#### **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA,** el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que se decide la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1º) Confirmar la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios, sin costas. 2º) Notificar la presente sentencia junto con la de primera instancia a la Municipalidad de San Antonio de Areco.

**ASI LO VOTO.-**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

**Y VISTOS:**

**CONSIDERANDO:**

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser confirmada.

**POR ELLO** y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios, sin costas.

2°) **NOTIFICAR** la presente sentencia junto con la de primera instancia a la Municipalidad de San Antonio de Areco. **NOT. Y DEV.-**

*Firmado: Dr. Emilio A. Ibarlucía – Dr. Roberto A. Bagattin*

*Ante mí, Gabriela A. Rossello - Secretaria*