

ACCIÓN DE OBRA NUEVA Y DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO

OPERIS NOVIS ACTION AND CLAIM FOR EXPECTED DAMAGE

Víctor C. Martínez ()*

Resumen: El trabajo estudia dos actos que encuentran sus raíces en el derecho romano y que presentan en la actualidad dificultades en su interpretación: acción de obra nueva y denuncia de daño temido.

Palabras-Clave: Acción - Obra nueva - Denuncia - Daño temido.

Abstract: The paper studies two acts which have their roots in Roman law and currently present difficulties in its interpretation: new work action and claim of harm feared.

Key words: Action - *Operis novis* - Claim - Expected damage.

Sumario: ACCION DE OBRA NUEVA. I. Antecedentes históricos. II. Acción autónoma o no. III. Obra nueva en terrenos del poseedor afectado. IV. Legitimación activa y pasiva. V. Obra nueva en terrenos que no son del poseedor. VI. Objeto de la Acción. VII. Jurisprudencia. DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO. I. Antecedentes históricos. II. Naturaleza jurídica. III. Legitimación. IV. Objeto. V. Medidas cautelares y acción preventiva. Aspectos procesales. VI. Daño temido y poder de policía.

ACCION DE OBRA NUEVA

I. Antecedentes históricos

En el derecho romano la situación era contemplada por medio de dos procedimientos especiales; a) la denuncia de obra nueva denominada *operis novis nunciatio*; y b) la prohibición y el interdicto denominado *quod vi aut clam*.

Salvat (1) señala, citando a Van Wetter, que la denuncia de obra nueva es el acto en virtud del cual una persona lesionada por obras nuevas relativas a una construcción se

(*) Profesor de Derechos Reales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(1) SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, T. 2, Ed. Casa Editora de Jesús Menéndez, 1927, p. 314.

opone a ellas con el efecto de que los trabajos deben ser provisionalmente suspendidos. Se acordaba solamente en el caso de obras consistentes en edificaciones. Si no obstante la denuncia, el constructor seguía adelante, el denunciante tenía un interdicto especial, llamado de *opere restituendo*; el efecto era de hacer restablecer el estado de los lugares, pero el denunciante a su vez se veía obligado a promover inmediatamente la correspondiente acción petitoria.

Por su parte López de Zavalía (2) distingue entre las obras *in meo*, por la cual se disponía del mecanismo de la *prohibitio*, que en caso de ser desobedecida, permitía la utilización del interdicto *quod vi aut clam*, mientras que para la obra *in suo*, el método era de la *nunciatio*, que es una oposición a la obra, sin necesidad de acudir al pretor pero sometiéndose después a su jurisdicción. En caso de triunfar el denunciante se abría contra el demandado el interdicto *demolitorum*.

El interdicto *quod vi aut clam* suponía el caso de una obra cualquiera como una construcción o plantación sobre el suelo ajeno. La persona a quien esa obra perjudicaba tenía el derecho de oponerse a su prosecución y, si a pesar de la oposición ella era continuada, podía recurrir a este interdicto, cuyo efecto era hacerla suspender.

En la legislación española la denuncia de obra nueva, con una fuerte influencia romanista, era abordada en el título XXXII de la Partida Tercera, con el carácter de un acto eminentemente extrajudicial por la cual se lograba el *vedamiento* o suspensión de la obra nueva.

En el mismo sentido, la legislación francesa conservó durante mucho tiempo el carácter extrajudicial de la acción, por medio de la cual se podía obtener la suspensión provisional de una obra comenzada, pero más tarde acabó por fundirse con la acción posesoria llamada *complainte*.

II. Acción autónoma o no

La primera cuestión que se plantea en la doctrina es si estamos en presencia de una acción autónoma o por el contrario se trata de una variedad de las ya previstas en el código de mantener o recuperar.

La doctrina no ha sido pacífica, así el maestro Salvat (3) ha señalado que existen dos casos en los cuales la obra nueva no significaría sino el medio de producirse la turbación de la posesión: 1) el de una obra definitivamente terminada, excluida de los artículos 2498 y 2499, que queda regulada por las acciones de recobrar o de manutención; o 2) el de una obra comenzada en terrenos del propio poseedor siendo aplicables en tal caso las disposiciones de la acción de despojo. Sin embargo, el mismo autor reconoce que, en el supuesto de que la obra nueva se comenzara a hacer en terreno que no fuese del poseedor, constituye una acción propia, distinta e independiente de las demás acciones

(2) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos Reales*, T. 2, Ed. Gráfica Yanina, 1982, p. 486.

(3) SALVAT, Raymundo, Ob. cit., Nota 1, p. 314.

posesorias, ya que la ley misma la separa y diferencia de las demás acciones posesorias y porque la acción del artículo 2499 tiene caracteres particulares que no aparecen en las demás acciones posesorias. Estos caracteres son: 1) la ley acuerda la acción a base de una simple turbación futura o eventual de la posesión; 2) la ley autoriza la suspensión de la obra desde el momento mismo de la iniciación el juicio; y 3) como objeto final de la acción se persigue la destrucción de la obra.

En idéntica posición Spota (4) señala que, la acción de turbación y la de obra nueva son independientes, responden a fines distintos y quedan sometidas a requisitos legales no congruentes entre sí y concluye que tiene esta última una finalidad esencialmente precautoria: suspender la prosecución de la obra, impedir que se le dé término y recién como “fin final”, destruir lo hecho. Agrega que la medida cautelar adopta un matiz que la caracteriza, ya que nos hallamos en presencia de una medida de no innovar en el estado de la cosa litigiosa.

En posición contraria Borda (5), sostiene que los presupuestos de fondo de la acción e interdicto de obra nueva son idénticos a la acción de mantener la posesión. Recordemos que el autor se pronunció por la refundición de las acciones e interdictos posesorios, aún cuando el trámite procesal de unas y otras difiere.

Sin embargo, en posición que compartimos, Musto (6) sostiene que se trata de una acción autónoma, aunque el Código según el caso nos remita a la acción de mantener o a la de despojo. Fundamenta dicha postura en que no siempre la obra nueva hecha en terrenos que no son del poseedor, se realiza con el ánimo exigido en el art. 2496 para la turbación, y cuando la obra se realiza en terrenos del poseedor, no por ello tendrá siempre el alcance de excluir en forma absoluta al poseedor, por lo que no se dan los supuestos de una y otra lesión.

III. Obra nueva en terrenos del poseedor afectado

El Código Civil trata el tema en los arts. 2498 a 2500. En el art. 2498 habla de las obras en terreno del poseedor; en el art. 2499 de las obras en terrenos que no son del poseedor.

Después de la reforma de 1968, esos casos, además de dar lugar a las denominadas acciones policiales se pueden intentar como las denominadas acciones propiamente dichas o en sentido estricto si se cuentan con los requisitos exigidos por la ley (7).

En el primer caso, el art. 2498 establece: “Si la turbación en la posesión consistiese en obra nueva, que se comenzara a hacer en terrenos e inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes, la acción posesoria será juzgada como acción de despojo”.

(4) SPOTA, Alberto G., *La acción posesoria de obra nueva como medida cautelar*, J.A. T. IV, 1946, p. 128.

(5) BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales*, Ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 194.

(6) MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, T. I, Ed. Astrea, 2000, p. 322.

(7) Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Derechos Reales*, T. 2, Zavalía Editor, 1989, p. 489.

Si la obra nueva se realiza en terrenos del poseedor, ello implica una intromisión en su propiedad o posesión y es por ello que el Código asimila esta variante a la acción de despojo sin interesar que dicha intromisión tenga por efecto excluir en forma absoluta al titular. Agrega Salvat (Ob. cit., p. 285), que la iniciación de una obra o la destrucción de las obras existentes, constituyen en realidad una desposesión, por lo que la ley ha querido establecer que el caso está regido por las disposiciones referentes a la acción de despojo, pero sin dejar de considerarlo como acción de obra nueva.

La obra nueva puede consistir tanto en construcción comenzada en inmuebles del poseedor, según lo establece el art. 2498, como en destrucción de las obras existentes y resulta irrelevante que se cause un perjuicio al poseedor o que la obra implique un beneficio para el innovador.

IV. Legitimación activa y pasiva

Corresponde la legitimación activa al poseedor strictu sensu de un inmueble, y si éste es legítimo alcanza al propietario, copropietario y a los titulares del derechos reales desmembrados como el usufructuario, usuario y habitador.

La legitimación pasiva corresponde al autor de la obra comenzada o quién destruyó la existente.

Agrega Borda (8), que la acción de obra nueva ha sido concebida como una medida cautelar tendiente a evitar que se continúen las obras empezadas y de las que resulta un perjuicio actual o futuro para el poseedor. Por ello es que la jurisprudencia ha rechazado la acción de obra nueva cuando la obra está terminada o por terminarse; lo que entonces corresponde es interponer la acción de despojo o la de manutención, según los casos.

V. Obra nueva en terrenos que no son del poseedor

El art. 2499 establece: "Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva".

Aquí el autor de la obra nueva puede estar realizando en su propio terreno una construcción o destrucción que afecte la posesión ajena, causándole un perjuicio.

Los requisitos, en consecuencia, para la procedencia de la acción son: a) que se trate de una obra iniciada pero no terminada, b) que se realice en inmuebles que no sean del accionante, pudiendo serlo del innovador o de un tercero, c) que resulte un perjuicio o un menoscabo para la posesión y d) que implique un beneficio para el agente.

Señala Musto (Ob. cit. p. 325), en opinión que compartimos, que el último de los presupuestos de que la obra "cediese en beneficio del que la ejecuta..." no resulta indis-

(8) BORDA, Guillermo, Ob. cit. en Nota 5, p. 195.

pensable dado que de faltar, estaríamos ante lo que la doctrina llama “actos de emulación” o de exclusivo *animus nocendi*.

Los legitimados activamente son las mismas personas que se han señalado en el caso anterior y el pasivo es el autor de la obra, sea o no poseedor del terreno donde se ejecuta la obra.

VI. Objeto de la Acción

Según el art. 2500: “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho”.

Así la acción tiene un doble objeto: a) un objeto que podríamos llamar de carácter provisional que es la suspensión de la obra durante el juicio, según Salvat por lo mismo que se trata de una medida excepcional, debe concretarse a lo absolutamente indispensable y según la postura que compartimos la orden de suspensión depende de la apreciación del juez que la acordará si *prima facie* encuentra motivos para dictarla; b) En segundo lugar, y como resultado definitivo, la acción posesoria tiene por objeto la destrucción de la obra o como dice el art. 2500, que se mande a deshacer lo hecho. Esta resolución no prejuzga sobre el fondo del derecho, quedando a las partes el derecho de recurrir al correspondiente juicio petitorio.

Se pregunta Salvat (Ob. cit. p. 290), ¿podría el juez negar la suspensión de la obra y rechazar de oficio el interdicto? Contesta señalando que el pensamiento del legislador ha sido que la obra se suspenda durante el juicio, bajo la responsabilidad del actor y que solo después de tramitado el interdicto, éste podría ser rechazado, concluye que si el mismo resulta improcedente, tiene el inconveniente de una paralización ilegal de las obras, pero frente a tales perjuicios está la responsabilidad del demandante.

VII. Jurisprudencia

1) *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. 19/3/2003. Venturino, María E. y otro c. Beneyto, María C. LLBA, 2003-976.*

Corresponde hacer lugar al interdicto de obra nueva y ordenar la demolición de la nueva edificación que vulnera la privacidad de la parte actora -en el caso, desde aquella se observa su patio interno y el dormitorio- y le saca luminosidad a su unidad funcional, pues la conducta de la legitimada pasiva ha soslayado los límites establecidos en el reglamento de copropiedad, realizando inconsultamente una modificación a su inmueble que le causa a la actora un perjuicio que habilita el ejercicio de la acción.

2) *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 13/8/2002. Consorcio de Propietarios Sánchez de Bustamante c. Banci Gallino, Julio A. LA LEY, 2003-B, 46.*

El interdicto de obra nueva procede si se pretende la ejecución de obras en las partes comunes de un edificio dividido en propiedad horizontal en el caso, al construir sobre una zona común de uso exclusivo más de 50 mts. cuadrados, sin contar con la unanimidad requerida por el reglamento de copropiedad.

3) *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 16/11/2006. Agrigiani, Carlos A. c. Mazziotti, Mario F. LA LEY, 1/3/2007, 7.*

Es procedente el interdicto entablado por un copropietario que pretende la demolición de la construcción realizada por otro copropietario que transformó un espacio abierto en un espacio cubierto, si de la valoración de la pericia técnica efectuada, sus aclaraciones e informe complementario, se desprende la existencia del perjuicio alegado, y que la obra no se encuentra próxima a su finalización, sino que requeriría de nuevos trabajos a fin de dotarla de una calidad estructural que no ponga en riesgo la seguridad del edificio, máxime cuando fue realizada sin autorización y si contralor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

4) *Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, Sala H, 7/3/97. Bertoa, Alberto A. c. Quintero Dora. LA LEY, 1997-E, 473.*

El concepto de obra nueva, en los términos del art. 7º de la Ley 13.512, corresponde a aquellos actos materiales que puedan alterar sustancialmente el edificio construido. El artículo contempla supuestos específicos y uno genérico, el que también debe entenderse dirigido a obras de tal importancia que alteren sustancialmente la concepción originaria del edificio, pues de lo contrario se trataría de simples innovaciones a las que el artículo no se refiere.

5) *Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Sala II, 19/5/78. Neiburg, José c. Consejo de Administración del monoblock Salta y otro.*

El concepto de obra nueva regulado en el art. 7º de la Ley 13.512, corresponde a todos aquellos actos que realicen los propietarios sobre partes integrantes del dominio común de los consorcistas, con una finalidad particular de provecho individual, es decir innovaciones que uno o algunos de los propietarios quiera efectuar en su interés particular sobre las partes comunes.

6) *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 30/4/93. Consorcio de Propietarios Silvio Ruggieri 2916 c. Propietarios Cerviño 3421 y otro. LA LEY, 1993-D, 338.*

El interdicto denominado de obra nueva instrumenta una protección simple, urgente y expeditiva contra quien, mediante una obra en ejecución, turbare o despojare al actor de la posesión que ejerce, acotándose el análisis de la controversia al mero hecho del supuesto menoscabo de la relación real, sin que sea admisible debate alguno en torno a cuestiones ajenas a ella, como, por ejemplo, la propiedad del bien pretendidamente afectado, la hipotética indeterminación de sus límites, la errónea utilización o trazado del muro medianero existente entre dos heredades, etc., controversias éstas que, dada la limitación expuesta, tienen reservados otros procesos específicos, caracterizados por un debate más amplio, y, por ende, un mayor ámbito de conocimiento.

7) *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, 12/3/1991. Creta, Héctor J. c. Ortega, Plácido D., D.J. 1991-2, 764.*

Si bien es cierto que la conclusión de la obra impide, en principio, la procedencia tanto de la acción posesoria como del interdicto de obra nueva, tal doctrina no ha de

obstar el progreso de la demanda cuando aquella se alcanzó merced a la conducta del demandado al que no le importó la prohibición de hacerlo concretamente dispuesta por la autoridad municipal. Es claro pues que la demolición que ha de disponerse no responde a un ejercicio abusivo del derecho del accionante, sino que el sacrificio económico que ello implica se debe a la propia conducta del demandado.

8) *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, 12/3/1991. Creta, Héctor J. c. Ortega Plácido D., D.J. 1991-2, 764.*

Los interdictos constituyen medidas policiales instituidas para que nadie zanje sus conflictos por propia mano y no sea desposeído o perturbado en su posesión al margen de las vías legales. En el caso del interdicto de obra nueva, cuando ésta se hace en terreno que no es del poseedor, es de aplicación el art. 2499 del Código Civil que, en concordancia con el art. 613 del Código Procesal, determina como supuestos para su procedencia que el demandante sufra un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta aquélla; que dicha posesión resulte perjudicada en beneficio del demandado. En tal supuesto, lo mismo que en la acción posesoria, la obra habrá de suspenderse durante el juicio y a su terminación destruirse lo hecho.

9) *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala II, 9/10/1986. San Martín, Enrique c. Pancromático S.A. D.J. 1987-1, 917.*

Tanto la acción como el interdicto de obra nueva tienden a poner remedio a las turbaciones o al despojo de que es víctima el poseedor de una cosa, como consecuencia de una obra que está realizando el turbador; al ser concebidas como medidas cautelares, es ajena a este tipo de procesos toda acción que tenga una finalidad distinta, como podría ser la de daños y perjuicios derivados del despojo o de la turbación de la posesión.

10) *Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, 23/12/1996. Hiil Side S.A. c. LLapur, George N. y otro. LLBA, 1997-1317.*

La supuesta autorización municipal para construir la obra objeto del interdicto de obra nueva es indiferente a efectos de restablecer el orden alterado por la construcción ilegal realizada por la demandada, por lo que no es necesario la impugnación de dicho acto administrativo ni la presencia del Municipio en el pleito, ya que se trata de un pleito entre particulares al que se le aplican los arts. 2499 y 2500 del Cód. Civil y no teniendo la sentencia que se dicte efectos respecto de la legitimidad del acto administrativo en sí, la autorización del Estado no impide que el interdicto prospere.

11) *TSJ Sala civil y Com. Cba., Sent. 119 del 06/10/2008, Maccio, Pedro José c. Consorcio de Propietarios del Edificio Paseo de la Aldea y otro- Acciones posesorias/ Reales- Obra nueva.*

Un testimonio recogido en instrumento público notarial, sin control de la contraparte no vale como prueba testimonial, sino como una mera presunción. Ello es así, porque

en dicho acto el litigante ausente no ha podido realizar sus propias preguntas, requerir aclaraciones o ejercer el derecho de impugnación que la ley le acuerda en la audiencia respectiva. La sola circunstancia de haberse realizado el acta de constatación notarial sin control de la otra parte de juicio en todo alguno justifica -per se- la descalificación completa de la pieza convictita al punto que no se haga mérito alguno de su contenido... ello, al menos, mientras el acta no sea depreciada en su eficacia probatoria por otros motivos válidos.

12) C5a. Cba. 6/12/99 Sentencia 140. Trib. de origen: Juz. 22ª. C.C. Cba. Molinari, Graciela c. Oscar Marcelo Ayala.

La acción de obra nueva es procedente aun cuando el demandado tenga dominio perfecto sobre el predio en que va a hacer la construcción, no correspondiendo en este juicio averiguar si el mismo es título perfecto. Los arts. 2499 y 2500 C.C. contemplan el caso en que las obras comenzadas se realicen en inmueble que no pertenece a poseedor, sufriendo la posesión de éste un menoscabo que ceda en beneficio del que ejecuta la obra. Y el que realiza trabajos de construcción lo hace siempre con la intención de poseer. La realización de la obra es la ejecución de un "acto de posesión". Lo único que hay que averiguar es si las obras que se ejecutan implican una restricción a la plenitud y libertad del ejercicio posesorio del demandante.

DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO

I. Antecedentes históricos

La acción de denuncia de obra vieja o ruinoso tiene su origen en el derecho romano en la figura de la *cautio damni infecti*.

El vecino amenazado por un daño podía exigir la promesa de reparar el eventual perjuicio a su propiedad. En defecto de ello el pretor le otorgaba al denunciante la posesión de la cosa.

En el derecho español, las Leyes 10, 11 y 12 del Título 32 de la Partida 3ª regulaban la denuncia de obra vieja o ruinoso y en nuestro país en 1863, la Ley 50 de procedimientos ante los tribunales nacionales en los arts. 343 a 351 trató dicho interdicto y asimismo en diversos códigos procesales.

Al poco tiempo se dicta el Código Civil Argentino, incorporando el art. 1132, que según algunos autores como López de Zavalía (Ob. cit. p. 498), echa por tierra todo este historial al prescribir: "El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenaza ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco podrá exigirle que repare o haga demoler el edificio".

Sin embargo, esta aparente incompatibilidad del art. 1132 con el agregado al art. 2499, no es tal, por las razones que pasamos a exponer adelantando, según la postura que compartimos, que el mismo mantiene toda su vigencia.

En este sentido se puede afirmar que existen dos escuelas, una que enseña que el Decreto Ley 17.711 tiene efectos derogatorios tácitos y otra que sostiene que ambas normas, la vieja y la nueva, tienen igual jerarquía y deben ser objeto de una interpretación armónica, por lo que se rechaza que el art. 1132 se encuentre derogado por el párrafo agregado al art. 2499.

Agrega López de Zavalía (Ob. cit. p. 498 y ss.), que resultaría extraño que un legislador que derogó expresamente los arts. 1132 y 1134 se “olvidara” del art. 1132 inmediato anterior, pero tuviera la voluntad “tácita” de derogarlo.

El autor de referencia, citando distintas opiniones doctrinarias y a los fines de reducir el ámbito de conflicto de los arts. 1132 y 2499, llega a la conclusión que tal conflicto no existe, porque cada uno de los textos legisla sobre casos distintos. El art. 1132 se refiere al daño temido resultante de *edificios* existentes, en tanto que el art. 2499, al daño temido resultante de *obras nuevas consistentes en edificios u otras cosas*.

II. Naturaleza jurídica

La denuncia de obra vieja o ruinoso no reviste naturaleza posesoria sino tiene carácter cautelar. La doctrina española e italiana también niegan carácter posesorio a esta acción.

Musto (Ob. cit., pág. 328), agrega en este sentido, que se trata de una acción extraposesoria, puesto que su ejercicio no depende, en su aspecto activo de una relación con la cosa, y desde el punto de vista pasivo adquiere el carácter de una carga inherente a la posesión respecto de la cosa que amenace el daño.

Se trata, sin ninguna duda, de una medida excepcional, subsidiaria y de contenido patrimonial. No cabe recurrir a un remedio precautorio si existe otro procedimiento o acción que permita obtener el resultado querido.

También es menester destacar que el art. 2499 del Código Civil contempla los dos supuestos: el de obra vieja y el de obra ruinoso. Si bien ya no se efectúa la distinción mencionada, se impone la circunstancia de actualidad sobre obras en construcción que amenazan caer. En este caso corresponde intentar la denuncia de obra ruinoso.

Adrogué (9), con claridad meridiana, realiza el distingo entre la obra nueva y la obra vieja: respecto de la primera señala que el peligro acontece por el hecho del hombre mientras que la segunda un evento natural lo determina. En la obra nueva se trata de una construcción reciente (comenzada y no terminada), en la obra vieja es una edificación antigua; a más, en la obra nueva solo se exige un simple peligro y en la obra vieja se exige peligro grave.

Por último, en la nueva se tiende a mantener el *statu quo* durante el juicio y su ulterior demolición en caso de corresponder, mientras que en la vieja, obtener la prestación de una caución que busca preservar una eventual indemnización resarcitoria en caso de ruina.

(9) ADROGUÉ, Manuel I., *Obra vieja o ruinoso*, LA LEY, 139-925.

III. Legitimación

En cuanto a la legitimación activa es amplia por lo que compete a todo el que tema un daño a sus bienes. Pensamos que la acción compete a los titulares de derechos reales de uso y goce, a los titulares de derechos personales como el locatario o depositario, y excepcionalmente a los acreedores hipotecarios, mediante la acción subrogatoria u oblicua (art. 1196), en caso de quedar comprometida su garantía (arts. 3157 y 3158).

En cuanto a la legitimación pasiva podrán ser demandados el propietario, o poseedor de la cosa que amenace ruina o quién haya asumido el deber de conservación sea la relación de índole real o personal y siendo una carga inherente a la posesión alcanza al sucesor universal o singular de la cosa generadora del peligro. Como dice Mariani de Vidal (10), podrían ser demandados quienes en caso de producirse el daño estarían obligados a su reparación según surge de los arts. 1113 y 1135 del Código Civil, lo que incluye al guardián.

IV. Objeto

La ley habla de un edificio u otra cosa que amenace ruina o daño. No se discute en doctrina que el objeto es más amplio que el previsto en el art. 1132 del C. Civil, ya que quedan comprendidas toda clase de construcciones, columnas, antenas, instalaciones eléctricas, árboles, etcétera.

Las cosas sobre las que puede recaer el daño pueden ser muebles o inmuebles incluso sobre objetos inmateriales u otros atributos de la persona, como la salud o la integridad física.

V. Medidas cautelares y acción preventiva. Aspectos procesales

Enseña Peyrano (11) que, “en materia de jurisdicción preventiva o profiláctica, el arsenal procesal nacional es harto escueto... para completar tan escasos recursos, está surgiendo en el firmamento jurídico la denominada “acción de prevención”.. acción de condena que operan en hipótesis donde no concurren vinculaciones jurídicas anteriores y que sólo funcionan respecto de relaciones “fácticas” (cercanía, vecindad, etc.) de las que, objetivamente, deriva la posibilidad de que se afecte el patrimonio moral o material de quienes las ejercitan ...”

Sostiene el distinguido procesalista que la acción preventiva está insita y poco embozada (pero perceptible) en el texto del art. 2499, 2do. párrafo del Código Civil. Agrega que ello ha sido deliberado por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en 1969.

(10) MARIANI de VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, T. I, 1981, p. 446 y ss.

(11) PEYRANO, Jorge H., “El proceso civil que viene”. Libro de Ponencias del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, 2005, p. 811.

Pese a que la norma se limita a decir que se decretarán oportunamente medidas cautelares, debe destacarse que el órgano jurisdiccional podrá disponer, entre otras cosas, la demolición del edificio, la destrucción o remoción de cualquier cosa que ponga en peligro los bienes del demandante, el apuntalamiento de un edificio ruinoso, que se efectúen reparaciones; debiendo tenerse presente que para el supuesto de renuncia del propietario vecino para la realización de tales tareas la eventual víctima podría efectuarlas a costa de aquél previa autorización judicial.

Por su parte Devis Echandía (12) enseña que: “El perjuicio incierto, pero posible, en razón de hechos actuales (como el daño que amenace a nuestra propiedad por el estado de inseguridad de la edificación vecina, o por el tránsito de locomotoras en malas condiciones, en forma que puedan ocasionar incendios), otorga suficiente interés para la solicitud de que se tomen las medidas conducentes a prevenirlo... la situación de hecho, objeto de la decisión debe existir, pero el beneficio o perjuicio que de ella se deduzcan pueden ser posibles y futuros, y entonces el interés para obrar será suficiente...”

Saux (13) consigna, que el objeto sobre el que se requiere la medida no necesariamente debe ser lindero o estar contiguo al bien amenazado, ya que puede tratarse de una obra que obstruye el paso de una servidumbre, o la construcción de un elemento de “daño objetivo” respecto de bienes como la vida o la salud como el caso de calderas, industrias contaminantes, etc.

Concluimos, siguiendo al maestro Peyrano que de una lectura armónica de la normativa vigente la denuncia de daño temido está sujeta a las siguientes pautas: a) no se trata de una “denuncia” procesal, sino una verdadera demanda que contiene una pretensión preventiva o acción preventiva, b) la acción rebasa en parte el ámbito de la posesión, constituyendo una acción autónoma, independiente, de contenido patrimonial, c) cuando el daño denunciado es inminente, puede el magistrado interviniente dictar una medida innovativa, con sustancia de sentencia anticipada porque coincide en el caso el contenido de la cautelar con la materia sobre la cual versará la sentencia de mérito.

VI. Daño temido y poder de policía

El caso que comentamos (14), nos lleva a profundizar el estudio de la denuncia de daño temido y sus implicancias con el poder de policía comunal, ya que puede ser una herramienta útil para atender a situaciones de emergencia, siempre y cuando tengamos en claro, conforme la doctrina y jurisprudencia de los requisitos para su procedencia.

(12) DEVIS ECHANDÍA Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Ed. Víctor P. de Zavalía, 1981, p. 326.

(13) SAUX, Edgardo, “La Acción de Daño Temido como Mecanismo Preventor del perjuicio todavía no causado”, J.A. T. 1994, p. 712.

(14) Balls, Alberto A. c. Flores, Rosa y otros - Medidas Cautelares. Juzgado Civil y Comercial de Primera Nominación de Córdoba, 2008.

Antecedentes Nacionales: En nuestro derecho existe el antecedente del “interdicto de obra vieja”, legislado en la Ley 50 (arts. 343 a 351) de procedimiento ante los tribunales nacionales, que tenía por fuente el art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855. El régimen así instituido quedó derogado por las disposiciones del Código Civil contenidas en los arts. 22, 1132, 1133, 2616 y concs., y posteriormente esta acción quedó interpolada por la Ley 17.711 en el párr. 2º, art. 2499 que dice: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo: a) sobre el carácter y naturaleza de la acción (si es posesoria o extra-posesoria); b) sobre el procedimiento adecuado para ejercerla (si es sumario o sumarísimo); si es posible la adopción de medidas inaudita parte o si es necesaria la citación del propietario o poseedor de la obra ruinosa; c) respecto de la cosa de la que se puede temer el daño y también la reforma no precisa sobre si el daño debe ser inminente, ni sobre su posible importancia.

En cuanto a su *naturaleza jurídica*, no obstante el emplazamiento del art. 2499 del Cód. Civil en el Tít. III, del Libro III, “*De las acciones posesorias*”, la acción de denuncia de obra vieja o ruinosa no es de índole posesoria (15), tiene carácter cautelar, por lo tanto se trata de una medida excepcional, subsidiaria y de contenido patrimonial. Su efecto es provisional y se dejan libradas al juez las medidas cautelares a adoptar, las que podrán ser materiales o jurídicas. Entre las primeras, un apuntalamiento de la edificación, colocación de elementos protectores, etc.; entre las segundas, embargo, afianzamiento por los posibles daños, intervención de la obra, entre otros. El código no exige contracautela por parte del peticionario y tampoco establece el momento de cese o caducidad de la medida, ni el plazo para interponerla, ni tampoco el proceso subsiguiente en el cual se puede debatir el derecho en forma definitiva, por ejemplo, la destrucción de la cosa que amenace ruina.

En el caso comentado, el actor, en su calidad de propietario de una vivienda solicita se dicte una medida cautelar tendiente a evitar el derrumbe de la misma, originado en el avanzado estado de deterioro y la falta de mantenimiento en la vivienda colindante, lo que implica un riesgo inminente.

El primer interrogante que se nos plantea esta referido a quienes se encuentran legitimados tanto activa como pasivamente en la presente acción. Nuestra ley la acuerda a “Quien tema...”, pensamos, en consecuencia, que la legitimación es amplia por lo que compete a los titulares de derechos reales de uso y goce, los acreedores hipotecarios sólo en caso de quedar comprometida su garantía y con fundamento en los arts. 3157, 3158 mediante la acción subrogatoria u oblicua (art. 1196 del C.C.). Asimismo se encuentran legitimados los poseedores, tenedores, comodatarios, depositarios, etc.

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco la ley da pautas para resolver la cuestión, pero en nuestra opinión podrán ser demandados el propietario, el poseedor o quien haya asumido el deber de conservación sea la relación de índole real o personal. Además la acción es de carácter persecutorio pues alcanza al sucesor universal o singular de la

(15) ADROGUÉ, Manuel I. y otros, *Temas de Derechos Reales*, Ed. Plus Ultra, p. 55 y ss.

cosa generadora del peligro, aun cuando la responsabilidad sea distinta en uno y otro caso (16).

El actor en el libelo introductivo de la demanda aduce que comenzó a notar en su vivienda que las puertas y las ventanas no cerraban, humedades en la medianera de una de las habitaciones, surgiendo claramente que el origen del problema era el hundimiento del pozo negro de la propiedad vecina; extendiéndose luego la humedad por toda la casa, levantamiento y hundimiento de pisos, destrucción de la cañería de agua corriente y ciementos, que de no adoptarse *medidas urgentes* la casa amenazaría con derrumbarse.

En nuestra opinión, la denuncia puede hacerla, como lo venimos sosteniendo, quien tema un daño en sus bienes, que cabe considerar que debe ser grave y probable, derivado de un edificio o de otra cosa como lo preceptúa la norma.

El inmueble puesto en peligro, según la doctrina mayoritaria, debe amenazar ruina o daño, sin embargo, el código reformado, después de referirse al edificio habla de “otra cosa,” sin distinción alguna, por lo que se infiere que la protección legal es amplia y basta la vecindad sin exigirse contigüidad. Musto (17) aclara, que pueden amenazar ruina las construcciones de todo tipo, columnas, árboles, antenas, instalaciones eléctricas etc., no requiriéndose tampoco que la cosa sea vetusta o ruinosa.

Las cosas sobre las que puede recaer el daño pueden ser muebles o inmuebles e incluso sobre otros bienes o atributos de la persona como la salud o integridad física.

Frente a los hechos relatados, el actor realizó gestiones tendientes a obtener una pronta solución ante las demandadas y además solicitó la intervención de la Dirección de Defensa Civil y Protección Ciudadana de la Municipalidad de Córdoba, organismo que efectuó una inspección de la vivienda recomendando “una inmediata intervención, que deberá consistir en la demolición de las estructuras totalmente inestables”. Posteriormente la División Control de obras Privadas y Uso del Suelo, del Centro de Participación Comunal Nro. 7 de la Municipalidad de Córdoba, dictaminó y ratificó que la vivienda “Significa un serio peligro para la seguridad y salubridad pública”. Pese a ello, la actora, al no haber obtenido respuesta alguna por parte de las autoridades competentes, procedió a labrar acta de constatación sobre el estado de las propiedades, acompañado fotografías debidamente certificadas y un informe técnico pericial. Con estas medidas acciona, solicitando el Tribunal se disponga de inmediato la independización de la vivienda vecina y las medidas necesarias encaminadas a hacer cesar el peligro y se libre embargo a los fines de garantizar el resarcimiento de los daños producidos a su propiedad.

Frente a tal petición el Juez, de conformidad a los informes producidos por las reparticiones técnicas antes mencionadas, escritura de constatación e informe técnico pericial, resolvió intimar a los sucesores de los propietarios de la vivienda, para que en el término de cuarenta y ocho horas procedieran a rellenar y compactar los pozos que colindan con el inmueble del actor, como asimismo tomar las medidas necesarias para

(16) Ob. cit. en nota 2, p. 58.

(17) MUSTO, Néstor J., *Derechos Reales*, Ed. Astrea, T. 1, 1989. p. 329 y ss.

evitar que continúe colapsando la propiedad, bajo apercibimiento de autorizarlo al actor a realizarlo con el auxilio de la fuerza pública en caso necesario.

Pese a las intimaciones efectuadas por el Tribunal, las mismas no se cumplieron, por lo que a solicitud de la actora, y con la conformidad de los demandados, atento que no poseían medios para cumplir con las medidas solicitadas, se emplazó a la Municipalidad de Córdoba, para que en el término perentorio de veinticuatro horas diera cumplimiento a la orden impartida. Finalmente y luego del emplazamiento formulado por el Tribunal para que informe sobre el poder de policía ejercido por la Municipalidad en los términos de los arts. 186 inc. 7 de la Constitución Nacional y concordantes de Carta Orgánica Municipal, los informes producidos por la Dirección de Estudios y Proyectos de Arquitectura, se dispuso una inmediata intervención y urgente demolición de las estructuras inestables ya que los muros y losas representaban un auténtico peligro para los transeúntes.

Cabe agregar que el procedimiento fue sumario (art. 484 del C.P.C.), por tratarse de cuestiones que se suscitan con motivo de la vecindad y conforme su finalidad precautoria no impone que se decrete inaudita parte, sino cuando las circunstancias así lo determinan.

Asimismo, en la demanda de obra ruinosa podrá, como en el caso de autos, intimarse al obligado al apuntalamiento, reparación, o demolición, bajo apercibimiento de autorizar al actor a realizarlo con el auxilio de la fuerza pública en caso necesario.

En este caso, dichas medidas serían a costa del vencido y sin perjuicio de la repetición a quien corresponda, y en caso del rechazo de la acción podría eventualmente fundar una indemnización en favor del demandado.

Por último y con respecto a la intimación efectuada a la Municipalidad de Córdoba; su necesaria intervención radica en el deber ineludible que le asiste en el razón del poder de policía, consagrado en la Ley Orgánica Municipal que faculta a los municipios para intervenir en la reparación de edificios privados y evitar su derrumbamiento (18). Estimamos que si concurren en el caso, las circunstancias de urgencia grave, pueden los funcionarios municipales disponer las medidas necesarias, para proceder directamente a la demolición de las construcciones en ruinas, haciendo primar el principio latino "*salus populus suprema lex*", sin que esta actitud les acarree responsabilidad de ningún género.

VII. Jurisprudencia

1) C5a. CC Cba. 20/3/07. Sentencia Nro.36. Juzg. 18ª. C.C. Cba. "Asís María Fernanda c. Giorda Mario Luis y otro-Ordinario".

En la especie, está acreditado que la antena de la telefonía móvil se encuentra conforme la normativa aplicable y que las emisiones que produce se ubican por debajo de los parámetros máximos. Además, los agravios se asentaron en supuestas irregularidades

(18) BAULINA Ángel V., *El Gobierno Municipal*, Ed. Assandri, 1941, p. 161.

en la obtención de la autorización municipal, lo que escapa y constituye materia ajena a lo debatido en autos e cuanto a la potencialidad del daño temido por la actora.

2) C4a. CC Cba. 29/12/05. Sentencia Nro. 197. Trib. de origen: Juzg. 17ª. CC Cba. Milanta Marisa c. Municipalidad de Córdoba-Abreviado.

La denuncia de daño temido está sujeta a las siguientes pautas: a) no se trata de una denuncia procesal como reza el art. 2499, CC, sino una verdadera demanda que contiene una pretensión preventiva acción preventiva, b) que la acción del 2do. párr. art. 2499, rebasa en parte el ámbito de la posesión, constituyendo una acción autónoma, independiente de contenido patrimonial, c) cuando el daño denunciado es inminente, puede el magistrado interviniente dictar una medida innovativa (vgr. apuntalamiento de un edificio vecino) con sustancia de una sentencia anticipada, porque coincide en el caso el contenido cautelar con la materia sobre la cual versará la sentencia de mérito. En el supuesto de que el daño no sea inminente, se seguirá por vía sumarísima, por ejemplo el correspondiente proceso de conocimiento de condena que culminará con la orden de apuntalar una vivienda aledaña, todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 623 bis, CPCCN. ♦

