

DENUNCIA DEL DAÑO TEMIDO

CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACRÉSCADO AL ART. 2499 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 17.711

MARINA MARIANI DE VIDAL

Profesora Adjunta (1) de Derecho Civil IV

Sumario: I. — Derecho romano; II. — Derecho español; III. — Derecho patrio a. La Ley 50; IV. — Otros cuerpos legales a. Código Alemán, b. Código Civil de la República Portuguesa, c. Código Civil Italiano de 1942, d. El Anteproyecto Biliboni y el Proyecto de 1936, e. Anteproyecto de Código Civil de 1964, f. Anteproyecto De Gasperi, g. El Esbozo, V. — Vélez Sarsfield, VI. — La Ley 17.711, a. Finalidad de la acción, b. Legitimación activa, c. Legitimación pasiva-Procedimiento, d. Juez competente, e. La contradicción con el art. 1132 cód. civil.

I. *Derecho romano*

En Roma existía un remedio para garantizar a una persona contra un daño aún no causado, pero inminente: la "*cautio damno infecti*"¹.

Por ella, en el caso de que una casa o pared amenazara ruina, de modo tal que pudiera resultar un perjuicio al propietario del fundo vecino, el pretor le permitía —así como también a todo tenedor responsable de la custodia de la cosa en peligro— exigir al dueño del edificio ruinoso que se comprometiera, mediante estipulación, a pagarle, llegado el caso, los correspondientes daños y perjuicios, dentro de un plazo determinado.

Si no se suministraba la caución en dicho plazo, mediante decreto, el pretor otorgaba al reclamante la tenencia de la cosa, como medida conservatoria. Y si se prolongaba la resistencia del

¹ Según GAYO —IV-431— se podía también usar, en caso de daño temido de una acción de la ley, que parecería estar aún en vigor en la época clásica, pero de la que no se tiene ningún otro dato.

intimado, el pretor podía transformar la tenencia en una verdadera posesión, que posibilitaba la usucapción y que traía como consecuencia la expulsión del propietario.

II. *Derecho español*

La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855, de conformidad con los arts. 389 y 390 del Código Civil, disponía, en sus arts. 748 a 758, sobre el "interdicto de obra vieja", al que se podría definir como el "juicio sumarísimo que tiene por objeto la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna u otro objeto semejante, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas, o la demolición total o parcial de una obra ruinosa que pueda ofrecer peligro para nuestras personas, propiedades, intereses o para el ejercicio de nuestros derechos"².

Se otorgaba a todos aquellos que inmediatamente podían temer un daño en virtud del mal estado de una construcción³ a fin de que se adoptaran las "medidas urgentes para evitar" esos riesgos o para obtener la demolición de la misma —art. 748—.

Cualquiera que no se encontrara comprendido en los supuestos del art. 748, debía recurrir a las autoridades administrativas, ya que el interdicto se otorgaba solamente en el interés privado.

La ley establecía un distinto procedimiento según que la demanda persiguiera simplemente la adopción de medidas urgentes o la demolición del edificio.

En el primer caso, el juez podía decretar las pertinentes medidas interinas de seguridad —previa una inspección ocular que debía realizar acompañado por peritos que nombraba al efecto— medidas a cuya ejecución podían ser "compelidos el dueño, su administrador o apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres, y en defecto de todos estos, se ejecutarán a costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasione" —art. 751—.

Las resoluciones del juez decretando o denegando estas medidas cautelares eran inapelables —art. 752—.

Para el supuesto de que el interdicto tuviera por objeto la demolición de la construcción, se debía convocar a las partes a un juicio verbal, y en él, el juez debía oír sus "alegaciones y tes-

² "Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1881, concordada y anotada por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia", bajo la dirección de EMILIO REUS, Madrid, 1882, tomo 3, p. 431.

³ Art. 748: "Sólo podrán intentarlo: 1º Los que tengan una propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina; 2º Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenace ruina".

tigos y examinará los documentos que se le presenten”, —art. 754—.

En caso de considerarlo necesario, el juez tenía la facultad de practicar, acompañado de peritos, una inspección ocular, a la que podían concurrir los interesados.

Las resoluciones dictadas en estos casos eran apelables en ambos efectos, —art. 757—, pero antes de remitirse los autos al Superior, si de la inspección ocular realizada surgiera la urgencia en procederse a la demolición, debía el juez hacer ejecutar las medidas de precaución necesarias, a fin de prevenir el daño.

Los mayores recaudos y la citación del dueño de la obra peligrosa para este supuesto, estaban justificadas, aunque la demolición fuese urgente, teniendo en cuenta la trascendencia del punto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil que comentamos, no hizo sino recoger disposiciones que ya se encontraban en Las Partidas⁴.

La misma fue reformada por una ley del 3 de febrero de 1881.

Con respecto a la figura que estudiamos, se mantuvieron, en líneas generales los dispositivos de la ley de 1855, salvo que se mudó el nombre de “interdicto de obra vieja” por el de “interdicto de obra ruinosa”, considerándose que no sólo las obras “viejas” podían traer peligro de daño inminente, que el interdicto tendía a conjurar, y también porque se amplió el ámbito de su aplicación, autorizándose su iniciación no sólo en caso de edificios o construcciones en mal estado, sino también cuando árboles, columnas o cualquier otro objeto análogo en mal estado, pudiese caer y causar daño a las personas o a las cosas⁵.

Comentando la ley —en consideraciones que resultan aplicables a la de 1855— y especialmente en lo relativo a los fines que podía perseguir el interdicto —medidas precautorias o demolición— dice Manresa⁶ que “la mayoría de las veces no será posible

⁴ Así, por ejemplo, en la Partida 34, título 32, ley 10, se consideraba “obra vieja” no sólo a los “edificios antiguos que fallacen o quiérense derribar por vejez”, sino a los edificios o “labores nuevas que se abren, porque se fienden de los cimientos o porque fueron fechos falsamente, o por flaqueza de labor”. Y en la ley 12 del mismo título se declara aplicable el interdicto también en caso de “paredes flacas e árboles grandes mal raigados son a las vegadas cerca de heredades o de casas ajenas que se temen los vecinos que si cayeren, que les farán daño”, ordenando que si con ese motivo se presentare querrela ante el juez, éste, asesorado por peritos, debía reconocer las paredes o árboles y resultante cierto, “que pueden agna caer e fazer daño... dévelos fazer cortar e derribar”.

También contenían disposiciones al respecto las leyes 11 y 21 y la ley 15 del título 30 de la misma Partida.

⁵ Art. 1676, inc. 17.

⁶ “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada”. Madrid, 1947, tomo VII, p. 488.

al demandante precisar si bastará el aseguramiento del edificio o si será necesario la demolición, pues esto dependerá de reconocimientos periciales que no estará a su mano practicar previamente¹, considerando que, en consecuencia, el actor podía demandar las medidas urgentes o la demolición en juicios separados, o bien intentar uno solo, solicitando las medidas de seguridad y, para el caso de resultar necesario conforme a las probanzas rendidas, la demolición.

Como en cualquier interdicto, y teniendo en cuenta el carácter provisorio de éstos, podían los interesados iniciar posteriormente el correspondiente juicio declarativo de sus derechos o reclamar la indemnización del perjuicio en caso de haberse pedido y acordado la demolición sin derecho o sin ser urgente².

III. *Derecho patrio*³ ⁴

Por Real Cédula del año 1530 se mandaron aplicar en América las leyes de Castilla —las Indias fueron anexadas a la Corona de Castilla y León en 1519—.

En consecuencia, el denominado "derecho patrio" está constituido por la legislación castellana, con las modificaciones introducidas por los distintos gobiernos, nacionales o provinciales, desde 1810 hasta la organización definitiva del país, luego de dictada la Constitución Nacional.

El "derecho patrio" perduró, en materia civil, hasta la sanción del Código de Vélez, y en materia procesal, con respecto al fuero federal, hasta el 14 de septiembre de 1883, en que se dictó la ley n° 50 y con respecto al fuero de la ciudad y provincia de Buenos Aires, hasta la sanción, en octubre de 1878, del Código de Procedimientos redactado por la Suprema Corte de la Provincia, sobre la base del proyecto de José L. Domínguez.

Para conocerlo, en consecuencia, debemos tener en cuenta principalmente las leyes de Partidas y las obras doctrinarias de Álvarez⁵, de la Serna y Montalván⁶, Escriche⁷ y en modo muy especial para nuestro tema, la de Esteves Seguí⁸.

A fin de conjurar el peligro de daño que podía ocasionar a

¹ Conf. MANRESA, *ob. cit.*, p. 468.

² ³ Sobre estos y otros aspectos del derecho patrio, puede consultarse el trabajo de MOLINARIO, ALBERTO "Interpretación de la protección posesoria actual en función de la historia interna", en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, Tomo XXI, 1962, pág. 281 y ss.

⁴ "Instituciones de Derecho Real de España", ed. 1834, que tiene además, importancia por haber sido adicionada por VELEZ SARRFIELD.

⁵ "Elementos de Derecho Civil y Penal", ed. 1843.

⁶ "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", ed. 1855.

⁷ "Tratado Elemental de Procedimientos Civiles en el foro de Buenos Aires", ed. 1850.

los inmuebles la ruina de edificios contiguos o "de otras cosas afectadas al suelo", se otorgaba en el "derecho patrio" y de conformidad con las Leyes de Partidas, un remedio breve y sumario: la denuncia o interdicto de obra ruinosa, que tenía lugar "antes de suceder el daño y por la sola existencia del riesgo"¹².

En este procedimiento, luego de formulada la denuncia del peligro, el juez, previa inspección ocular que debía realizar asesorado por peritos, podía "mandar siendo cierto el peligro de ruina o daño— derribar la obra o cortar los árboles o cosa por ese estilo que lo cause"¹³.

Si el dueño o intimado a proceder a la demolición no hacía efectiva la orden, o no diese fianzas de resarcir los daños eventuales, se debía poner al denunciante en posesión del fundo ruinoso¹⁴.

Si el peligro no fuera tan inminente y se pudiera asegurar la obra ruinosa sin necesidad de demolerla, podía obligarse a su dueño a rendir fianza de responder por los daños que pudieran acontecer, "salvo caso fortuito y acaso de la Providencia"¹⁵.

El interdicto de obra ruinosa —como los demás— era un procedimiento expedito, en el que se resolvía "in audita parte", pudiéndose luego intentar el correspondiente juicio ordinario¹⁶.

c. La Ley 50

La primera Corte Suprema de Justicia Nacional —instalada el 15 de enero de 1863— tuvo como primera misión, por encargo del Poder Ejecutivo, la de redactar los proyectos de leyes necesarias para el funcionamiento de la justicia federal: ese fue el origen de la ley n° 50, de procedimientos civiles en el fuero federal, cuyas principales fuentes fueron las leyes españolas de enjuiciamiento civil de 1855 y la de enjuiciamiento comercial de 1830.

En su título XXIX —arts. 343 a 351— la ley 50 trata "del interdicto de obra vieja", siendo sus normas copia literal de los arts. 748 a 758 de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, que ya comentamos¹⁷.

IV. Otros cuerpos legales

Repasaremos brevemente algunas legislaciones que contemplaban el problema en cuestión.

¹² ESTEVES SEGUI, *ob. cit.*, n° 1466/1467.

¹³ ESTEVES SEGUI, *ob. cit.*, n° 1468/1469.

¹⁴ ESTEVES SEGUI, *ob. cit.*, n° 1470.

¹⁵ ESTEVES SEGUI, *ob. cit.*, n° 1471.

¹⁶ ESCRICHE, *ob. cit.*, p. 386.

¹⁷ Ver concordancias entre la ley 50 y la española de 1855 en SARTORJO, "La ley 50", ed. 1863, p. 753 a 757.

a. Código alemán

El art. 908 del Código Civil alemán¹⁹ consagra el derecho de seccionar judicialmente a fin de requerir del dueño las medidas de prevención necesarias en caso de temerse un derrumbamiento de un edificio u otra obra semejante.

Dice la mencionada disposición:

"Si amenaza a una finca el riesgo de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra obra que está unida a otra finca vecina, o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario pueda exigir de aquél que sería responsable de los daños causados, según el art. 824, párrafo 1º, o los arts. 837 y 838, que tome las previsiones necesarias para evitar el riesgo".

A su vez, los arts. 836, 837 y 838 consagran la responsabilidad del poseedor a título de dueño —art. 836—, del poseedor en finca ajena en ejercicio de un derecho, —art. 837— y del que asume por el poseedor la conservación de la cosa —art. 838—.

b. Código Civil de la República portuguesa

Interesante, por ser el más moderno código civil, dado que fue aprobado por decreto ley n° 47.344 del 25 de noviembre de 1966.

Siguiendo las aguas del Código alemán, en su art. 1350, ubicado en el Libro III "Derecho de las cosas", Título II "Del derecho de propiedad", capítulo III "Propiedad de inmuebles", en su sección 1ª "Disposiciones generales" leemos:

"Si cualquier edificio u otra obra ofrece peligro de ruina, en todo o en parte y del desmoronamiento pudieran resultar daños para el predio vecino, es lícito al dueño de éste exigir de la persona responsable por los daños en los términos del art. 492, las providencias necesarias para eliminar el peligro".

Y los arts. 492 y 493 disponen que serán responsables por los daños causados por edificios u otras obras, el propietario o poseedor o la persona obligada por la ley o por contrato a conservar el edificio u obra que, en este supuesto, responde en lugar del propietario o poseedor.

c. Código Civil italiano de 1942

En el Libro III "De la propiedad", título IX "De la denuncia de obra nueva y daño temido", el art. 1172 dispone:

"El propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor, que tiene razón para temer que de cualquier edificio, árbol u otra cosa se origine peligro de daño grave y

¹⁹ Ubicado en el Libro III, "Derecho de cosas", Sección 3ª, "Propiedad", Título primero, "Contenido de la propiedad".

próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea del caso, dispondrá garantías idóneas por los daños eventuales²⁸.

Por su parte, los arts. 688 a 691 del Código de Procedimientos Civiles, fijan el procedimiento a seguir en caso de "denuncia de daño temido".

En él, el juez ante quien se formula la denuncia, puede tomar, sin dar intervención a la otra parte, las providencias inmediatas necesarias, debiendo luego citar a las partes, especialmente en caso de practicar una inspección ocular, en la que puede hacerse asistir por peritos.

Puede también oír las declaraciones de los testigos propuestos por las partes que encuentre en el lugar en ocasión de la inspección.

Posteriormente, el juez fija una audiencia, a la que concurren las partes, y en la cual confirma, modifica o revoca la providencia dictada en el primer momento.

Conforme al art. 691, si la parte a quien se ha prohibido cambiar el estado de los hechos, contraviene esa prohibición, el juez, a pedido de la otra, puede disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, a costa del contraventor.

La "denuncia de daño temido", al decir de Massineo²⁹, constituye una aplicación de la "cautio damno infecti" romana, siendo una medida de prevención de un daño, que debe ser grave e inminente, y que pueden sufrir los inmuebles.

Debido a que se tiende simplemente a la obtención de medidas de naturaleza cautelar, no se considera a esta acción como posesoria. Lógicamente, las decisiones tomadas en ella son provisionales, pudiendo intentarse luego el pertinente "juicio de mérito".

d. El Anteproyecto Bibiloni y el Proyecto de 1936

Bibiloni tiene dos disposiciones referentes a la materia de que estamos tratando: una, la reforma al art. 1132 de nuestro código civil, la que redacta así³⁰:

"Los vecinos de una heredad contigua a un edificio que amenaza ruina no pueden pedir al dueño de -ste garantía alguna por el perjuicio eventual que les causaría su ruina.

El propietario vecino podrá exigir judicialmente las medidas que autoriza el art. 3º (restricciones al dominio)".

²⁸ "Derecho Civil y Comercial", ed. 1962, tomo III, p. 562/63.

²⁹ Libro Segundo, Sección segunda, "Fuentes de las obligaciones", Parte I, Título III, "De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos", Capítulo V, "De los daños causados por cosas inanimadas".

La otra, contenida en el art. 3º del título destinado a las restricciones y límites del dominio, y que dice:

"En caso de que haya peligro de perjuicio para la propiedad vecina, su dueño podrá exigir las medidas de seguridad necesarias".

Y en las notas respectivas tenemos:

"No puede depender de la autoridad administrativa, más o menos activa, el derecho del vecino para impedir el peligro inminente, que no solamente le amenaza, sino que también le perjudica actualmente por el hecho de sus locatarios que abandonan el bien ante la amenaza de un derrumbe, por ejemplo".

"...Si la autoridad administrativa no procede, el particular amenazado, en la persona y en los bienes, tiene el derecho invariable de defensa en juicio que le asegura el art. 18, Constitución Nacional".²¹

Igual solución a la de Bibilóni adopta el Proyecto de 1936, en sus arts. 868 y 1561.

e. Anteproyecto de Código Civil de 1934

Se elimina la disposición del art. 1132 del código civil y se dispone en el art. 1563, ubicado en la Sec. 1ª "De los derechos reales", Libro V "De los derechos reales e intelectuales", Título V "De las restricciones y límites al dominio":

"Denuncia de obra nueva y de daño temido.

Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede en el ejercicio de su derecho de propiedad o no usa del mismo diligentemente, puede exigir que las cosas se restituyan al estado anterior o que se adopten las medidas de seguridad necesarias, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido".²²

f. Anteproyecto De Gásperi²³

En el Anteproyecto de Código Civil paraguayo, redactado por Luis De Gásperi, encontramos dos disposiciones afines a nuestra materia:

En el Título LIV "Del daño causado por cosas inanimadas", del Libro Segundo dedicado a los contratos en general, vemos en el art. 2507:

"Los vecinos de un edificio que amenace ruina no pueden pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que la ruina podría causarles".

²¹ BIBILÓNI, "Anteproyecto de reformas al Código Civil", ed. Abeledo, 1929, tomo III, p. 263 y tomo II, p. 563, respectivamente.

²² "Anteproyecto de Código Civil de 1934 para la República Argentina, elaborado por el Ex-Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación", ed. 1938 de la Universidad Nacional de Tucumán.

²³ DE GASPERI, LUIS, "Anteproyecto de Código Civil", Asunción, 1964.

Y a su vez dispone el art. 2576, ubicado en el capítulo destinado a dar normas generales sobre la propiedad:

"Si un inmueble corriese peligro inminente de ser perjudicado por el derrumbamiento... de un edificio u obra, levantada en el predio vecino, o por la caída de parte de este edificio u obra, podrá su propietario exigir de aquel que sería responsable del perjuicio, adopte las medidas necesarias para evitar el peligro o preste caución por el daño inminente".

No podemos dejar de hacer notar la contradicción entre la última parte del art. 2576 y el art. 2567.

En las notas a las disposiciones transcritas, se expresa:

"El presente artículo... contempla el peligro inminente como una turbación al derecho de propiedad... no va dirigida precisamente contra el propietario del inmueble en que se halla la construcción en ruina, sino contra el que resulta responsable del perjuicio que su desmoronamiento podría causar —arts. 2568 y 2569—. Poco importa que el peligro provenga de un hecho del poseedor o de un caso de fuerza mayor... pero sí que el propietario produzca la prueba de la existencia del peligro, que reemplaza a la antigua "cautio damno infecti".²⁴

Se denota claramente la filiación de estos artículos: Biliboni y el Código alemán.

g. El Esbozo

Su art. 3695 dispone:

"No será tomado en consideración el que solicitare en juicio caución del daño que teme a causa de derrumbamiento de edificios o construcciones en ruina o por otro peligro.

El que quisiere evitarlo podrá únicamente solicitar medidas policiales para la demolición o reparación, o para el fin que le conviniere según la naturaleza de los casos.

Aunque no las solicite, aunque no formule protesta alguna, no queda inhibido de exigir la indemnización del daño que llegare a sufrir".

V. Vélez Saraffield

Nuestro Código Civil contenía una sola disposición referente a nuestra figura, capítulo II, título IX, sección 2ª, del Libro segundo al tratar sobre los daños causados por las cosas unánimemente: el art. 1132, inspirado en el art. 3695 del Esbozo de Freitas:

"El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio".

²⁴ DE GASPERI, ob. cit., p. 784.

Siendo la nota al artículo su mejor comentario:

"La caución *"damno infecti"* del Derecho Romano (L.4, Dig., De damni inf.), cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufre. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenazan ruina".

Concordante con la solución del art. 1132, la disposición del 2616:

"Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída o los materiales que de ellos se desprendan no puedan causar daño a los vecinos o transeúntes, bajo pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare".

Pensamos que esta solución era coherente con la línea individualista de Vélez, pues al suprimir las acciones judiciales relativas a eventuales daños, trató de proteger al propietario de intromisiones que de lo contrario estaría expuesto a sufrir, todo en concordancia con el carácter exclusivo del dominio, establecido en el art. 2508.

Debido, precisamente a la terminante solución del art. 1132, doctrina y jurisprudencia consideraron derogadas, luego de la sanción del Código Civil, las disposiciones de la ley 50 relativas al interdicto de obra vieja.²⁵

VI. La ley 17.711

La ley del epígrafe agregó un último párrafo al art. 2489, que ha quedado redactado así:

"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 fueran, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediere en beneficio del que ejecuta la obra nueva.

Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño o sus bienes pueda denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares".

²⁵ "El Código Civil ha derogado las disposiciones sobre interdicto de obra vieja contenidas en la ley 50: arts. 22, 1132, 2616 y conc."; O. Fed. Cap., J.A.-11-974; conf. SARTORI, ob. cit., p. 753; ALSINA, Tratado de Derecho Prefeal, 1ª ed., tomo III, p. 499/493; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, "Código de Procedimientos Civiles y Comerciales Comentado", ed. 1955, tomo II, p. 112; CAMMAROTA, "Responsabilidad extra-contractual", ed. 1942, tomo II, p. 675/617.

Lo que está en letra cursiva es la parte agregada por la ley Nº 17.711.

Evidentemente, se ha incorporado a nuestro derecho civil la acción de "denuncia de daño temido" (denominación que nos parece ajustada a la propia letra del artículo), que tra el interdicto "de obra vieja" o "ruinosa" de la legislación española y de nuestra ley 50.

Consideraremos algunos de los problemas que trae aparejados, a nuestro juicio, esta innovación:

a. *Finalidad de la acción*

Como resulta de la simple lectura del artículo, la acción tiende a hacer saber al juez —"denunciar"— la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adopten las medidas necesarias para conjurarlo.

Pensamos que, tal como lo consagra "in terminis" el Código italiano, el peligro debe ser grave e inminente, puesto que la ley autoriza a tomar las "oportunas medidas cautelares" y es presupuesto de ellas el "periculum in moram".²⁶

b. *Legitimación activa*

Pueden iniciarla todos aquellos que teman un daño a sus bienes, según los términos del art. 2499.

Siendo el concepto de "bienes" genérico y comprensivo de todos los derechos —reales o personales— de contenido patrimonial —art. 2312 y su doctrina—, pensamos que tienen legitimación pasiva los titulares de derechos reales y aún personales que de cualquier forma podrían sufrir un detrimento en sus derechos si el daño temido llegara a concretarse.

Ello, repetimos, teniendo en cuenta la forma genérica de redacción de la disposición y no obstante estar formulada la modificación como agregado a un artículo en el que se legisla sobre acciones posesorias —específicamente, donde se define el concepto de turbación de la posesión causado por una obra nueva iniciada en terrenos que no fueran los del poseedor, y que autoriza la interposición de las pertinentes acciones posesorias de manutención (arts. 2487, 2495 y ss. y 2469).

Es más, ello estaría de acuerdo con la extensión de la protección posesoria, por lo menos relativamente a las acciones policiales²⁷ a los tenedores, consagrada por la ley 17.711.

²⁶ Ver ALSINA, HUGO, ob. cit., última edición, tomo V, p. 452, ap. c).

²⁷ Ver MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Las defensas contra la turbación o exclusión de la posesión y la tenencia en el Código Civil y las leyes 17.711 y 17.484", La Ley del 12 de mayo de 1969.

Considerado, pues, el daño temido, como un caso de turbación de la posesión, podrían "denunciarlo" los poseedores legítimos (art. 2355) o ilegítimos, aunque fueran viciosos y aún los tenedores (arg. art. 2469 cód. civ.).²⁸

No podemos dejar de aclarar que en la legislación comparada, tal como resulta del somero análisis realizado "supra", este remedio se otorga a los propietarios de las fincas vecinas, a los titulares de derechos de goce de cosas ajenas y a los poseedores de inmuebles amenazados.

En este sentido es de aplaudir la disposición de la ley 17.711, porque si bien es cierto que podría el tenedor lograr la conjuración del peligro a través de la persona de quien obtuvo la tenencia,²⁹ la solución que da nuestra ley es mucho más ágil y dinámica, pues una más rápida protección de su derecho la obtendrá el tenedor accionando "iure proprio", que debiendo requerirla a un tercero.

c. *Legitimación pasiva. Procedimiento*

Nada dice la ley acerca de los sujetos que pueden ser pasibles de esta acción, mas esto nos lleva a otro interrogante: ¿Cuál es el procedimiento por el cual se ventila?

Recordemos que en la legislación española y también en nuestro derecho, ley 50, siempre que se tratara de la obtención de medidas urgentes de precaución, ellas podían tomarse previa la pertinente inspección ocular e informe pericial, "in audita parte", art. 751, Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855 y art. 345 de la ley 50 y sólo se disponía el "juicio verbal", para el caso de solicitarse la demolición de la cosa "ruinosa".

Para resolver nuestro problema, debemos tener en cuenta la ubicación del agregado de la ley 17.711: el art. 2499 comienza diciendo que "habrá turbación de la posesión..." y continúa refiriéndose al supuesto de obra nueva en terrenos que no fueran los del poseedor.

Pensamos que, a pesar de lo que opina algún autor,³⁰ la segunda parte del art. 2499 es un supuesto completamente independiente de la acción de obra nueva y es, precisamente, otro supuesto de turbación de la posesión, tal como lo dice la primera frase del artículo.

²⁸ El art. 2469 reformado dice: "La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente. Si ello ocurriera, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales".

²⁹ Por ejemplo, para el caso de la locación, de acuerdo a lo que surge del art. 1818 y sus concordantes.

³⁰ GARRIDO, ANDORNO, "Reformas al Código Civil - Ley 17.711 Comentada", tomo II, p. 37 a 38.

En consecuencia, debemos buscar en los remedios contra la turbación de la posesión, el trámite procesal a seguir en esta acción de "denuncia de daño temido".

¿Y cuál es este remedio?

Pues, a nuestro juicio, el que surge del art. 2469, teniendo en cuenta la naturaleza policial de esta acción,²¹ que muy bien se compadece con la naturaleza "cautelar" de las medidas que por la "denuncia del daño" se persiguen.

Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 17.454 de procedimientos civiles y comerciales, relativamente al interdicto de retener arts. 610 a 613 que juzgamos la reglamentación procesal de la acción policial de manutención del art. 2469,²² la vía procesal por la que deberá tramitarse la acción de denuncia de daño temido, es la del juicio sumarísimo, —arts. 611 y 498, ley 17.454.

Es, por otra parte, la que resulta apta, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 321 de la ley 17.454.

Naturalmente que, siendo el presupuesto de la acción que estudiamos, justamente la obtención de medidas que neutralicen el peligro grave e inminente que padece el demandante, el juez, previa demostración, por vía de inspección ocular, informe pericial, declaraciones testimoniales, etc. podría tomar las medidas precautorias que considerara pertinentes, de acuerdo con las circunstancias del caso, las cuales medidas, naturalmente, estarían sujetas a las normas rituales pertinentes —arts. 613 y disposiciones del cap. III del Tit. IV, del Libro 1º de la ley 17.454, especialmente los arts. 232 y 233.

Imprimiendo la citada tramitación a esta acción se obvia el peligro de que de otro modo pudiera alegar el demandado el hecho de no haber sido oído, art. 18 de la Constitución Nacional y en el mismo proceso podrían declararse a su cargo los gastos ocasionados por las medidas de precaución decretadas, sin tener que recurrir a un nuevo juicio, tal como lo prevale el art. 345, parte 2º, de la ley 50 y sus fuentes.

¿Pero y en el caso de que fuera necesario, para la conjuración del peligro, proceder a la demolición de un edificio o de la cosa peligrosa?

No sino después de ciertas vacilaciones. Llegamos a la conclusión de que, tal como lo disponían las sabias leyes españolas y nuestra ley 50, esta resolución no puede tomarse sino después de ser oído el titular de la cosa a demoler, y no como medida cautelar.

Lo contrario atentaría contra la garantía del debido proceso y más aún, de la propiedad, arts. 17 y 18 de la Constitución Na-

²¹ Ver mi trabajo, citado en nota 27.

²² Ver trabajo cit. en nota 27.

cional, y si la urgencia del caso así lo requiriera, podría disponer el juez incluso una abreviación de los plazos, echando mano de las facultades que le otorgan los arts. 34 inc. 5º y 36, especialmente inc. 2º, ley 17.454.

Lógicamente que, teniendo en cuenta la naturaleza provisoria de los interdictos, sería posible iniciar luego el pertinente juicio de conocimiento, en reconocimiento de los derechos propios del vencido, o para lograr la correspondiente indemnización de daños y perjuicios para el caso de que las medidas precautorias o la demolición, hubieran sido solicitadas y acordadas en disconformidad con las exigencias legales.

Volviendo al tema de la legitimación pasiva, pensamos que podrían ser demandados aquellos que, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación, determinación que surge de los arts. 1113 (ref. por la ley 17.711) y 1135 Cód. Civ.

d. Juez competente

Atento a que, según nuestra opinión, no se trataría en el caso sino de una extensión del interdicto de retener, sería juez competente el civil del lugar donde estuviera situada la cosa peligrosa art. 46 inc. e), dec. ley 1285/58 y art. 5 inc. 1º de la ley 17.454.

e. La contradicción con el art. 1132

Evidentemente, por lo menos según nuestro parecer, el agregado al art. 2499 está en contradicción palmaria con el art. 1132 del Código de Vélez, que no ha sido derogado.

Recordemos que, por ejemplo Bibiloni, al admitir la posibilidad que se ha incorporado ahora al art. 2499, reformaba el art. 1132 del Código, para su solución fuera armónica con la nueva posibilidad que autorizaba.

A este respecto, ha dicho el inspirador de la reforma:

"Lo cierto es que deliberadamente el Código no fue expurgado de todos los textos contradictorios con la reforma. Se juzgó, con acierto o error, que esa era tarea de la jurisprudencia. Pero de lo que no cabe dudar es de que cuando un texto de la ley 17.711 sea contradictorio con otro del Código, los jueces no vacilarán en aplicar el primero"... Pero repito, establecida la contradicción, la solución es inequívoca. Porque díjase lo que se diga, la realidad es que la ley 17.711 es posterior al Código Civil y que, como toda ley, modifica o deroga cualquier disposición contraria anterior"¹⁹.

¹⁹ BORDA, GUILLERMO, "La ley 17.711 de reformas al Código Civil", en *El Derecho* del 14 de agosto de 1969, p. 3.

Creemos, sin embargo, que en este sentido es acertada la posición de Llamblas, quien expresa: ²⁶

"Esto habrá de suscitar grandes entorpecimientos en la interpretación legal, pues la innovación de referencia no ha sido sancionada como norma distinta que implique la derogación de todas las anteriores que se le opongan, sino como integrativa de un cuerpo único, en el que siguen rigiendo los preceptos no derogados expresamente por el legislador: es claro que mediando el empleo de esa técnica legislativa no juega la derogación tácita, porque todo el cuerpo de un Código tiene la misma virtualidad, siendo inconcebible que algunos preceptos puedan quedar derogados por otros, que, sin embargo, tienen la misma eficacia normativa".

Es lamentable que se haya incurrido en semejante defecto de técnica legislativa, que una próxima reforma deberá, incuestionablemente, remediar.

²⁶ LLAMBLAS, JORGE J., "La reforma del Código Civil", p. 428.