

## Interdicto De Obra Nueva Prohibicion De Innovar Suspension Cautelar De Obras Peligro De Derrumbe Informe Tecnico Turbacion De La Posesion

### JURISPRUDENCIA

### Interdicto de obra nueva. Prohibición de innovar. Suspensión cautelar

de obras. Peligro de derrumbe. Informe técnico. Turbación de la posesión

Se confirma la resolución que dispuso la suspensión cautelar de las obras iniciadas en un inmueble, al estimarse que los elementos indiciarios, aportados por el informe técnico así como las explicaciones brindadas por el arquitecto, han sido convincentes del peligro de derrumbe. Ello así, máxime cuando el referido informe dio cuenta de una verdadera turbación de la posesión y no de simples molestias de la construcción de una obra, o de un velado reclamo referido al límite y/o muros de los respectivos predios.

Buenos Aires, 12 de septiembre de 2017.- Y VISTOS: Y CONSIDERANDO: I. Que en el marco del presente interdicto, por resolución de fs.113/114, en los términos del artículo 619 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Sra. Juez en turno durante la feria decreta medida de prohibición de innovar, disponiendo la suspensión de las obras iniciadas en el inmueble sito en la calle Gaona ... de esta ciudad; e intima a los demandados a que se abstengan de continuarlas, bajo apercibimiento de pasar los antecedentes a la justicia penal. Medida preventiva cuya traba reafirma a fs.117, luego de ameritar las explicaciones que requirió a la profesional que elaborara el informe técnico aportado la actora al promover la acción. II. Disconforme con el decreto de la medida de suspensión preventiva de las obras, el codemandado Y. J. S. deduce a fs.139/145 recurso de reposición con apelación en subsidio. Desestimado el primero a fs.146 por el Sr. Juez interviniente, se concede en el mismo acto el recurso de apelación subsidiario, cuyos fundamentos son replicados a fs.155/156 por la accionante. Los agravios del codemandado apelante se centran en la falta de concurrencia de los recaudos necesarios para el dictado de una medida cautelar como la impugnada, aseverando en primer término que el accionante no ha demostrado el peligro en la demora, afirmando que es inexistente el peligro de derrumbe alegado por la actora y la turbación en la posesión de aquélla. Respecto de la concurrencia de este primer recaudo, critica la valoración del informe elaborado por la Arquitecta E. L. R., del cual se valió el actor para denunciar los daños y un supuesto riesgo de derrumbe, aseverando que a tenor de lo declarado por dicha arquitecta a fs. 115 y a fs.116, aquélla contradujo su informe cuando fue llamada a ratificarlo. Se queja, además, de que en el informe se omite considerar que en buena parte del muro medianero, el actor no posee materializados los 15 centímetros de muro correspondiente, utilizando como cerramiento de su propiedad los 15 cm del muro privativo de su parte. Reprocha la falta de otorgamiento de la debida contracautela, ante la concurrencia de las circunstancias en que basa sus quejas. Asimismo, con miras a la impugnación de la verosimilitud del derecho invocado por el actor, se manifiesta en punto a las dudas que le suscita la representación que invoca aquél en legitimación de su reclamo y señala la irrelevancia de las fotografías que aduna al promover la acción. Finalmente, en el entendimiento de que ha sido trabada sobre la base de una premisa falsa y sin ninguna contracautela, el apelante pone de relevancia los daños que el cumplimiento de la medida cautelar le acarrea al verse frenado el desarrollo inmobiliario, a la par de sostener la improcedencia de la vía intentada por el actor dado la forma en que ha sido planteada la acción, al advertir que aquél ni siquiera ha requerido que en la oportunidad de concluirse el proceso y dictarse sentencia, se mande a deshacer lo hecho. III. En cuanto concierne a la cuestión venida a conocimiento, es menester destacar que el interdicto de obra nueva, no obstante ser autónomo con respecto a la acción normada en el artículo 2242 del Código Civil y Comercial -que legisla sobre la acción de mantener la tenencia o la posesión y establece que esta acción comprende la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra-, tiene como dicha acción la finalidad característica ?de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho?. Recuérdese que, al efecto, el derogado artículo 2500 del Código Civil prescribía que la acción de obra nueva tiene, ?en tal caso?, el objeto ?de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho?. Así, tal como la antes llamada acción de obra nueva que legislaban los arts.2498 a 2501 del derogado Código Civil, como defensa ante los actos materiales ?de inminente producción? que, de manera probable, sufrirá la relación de poder, la norma crea una acción de mantener contra la turbación producida por los actos ?que anuncian la inminente realización de una obra?. Es decir, la turbación puede estar representada por una probabilidad (cuya seriedad será ameritada por el juzgador) de sufrir un futuro desapoderamiento por la obra que se comenzará a realizar de inmediato. Debido a que esta acción, de mantener por inminente realización una obra, ha sido legislada como una de las acciones posesorias, el legitimado activo deberá acreditar la relación de poder que podría ser agredida por la obra, pero resultará inútil la prueba del derecho real (art.2270 CCyC) (conf. ?Código Civil y Comercial. Comentado?, Herrera-Caramelo- Picasso (direc), Ed. Infojus, T.V, pág.366). Se entiende, entonces, que existe una prohibición de innovar en esta acción. Concordante con este criterio, la ley adjetiva establece que el juez puede ordenar la

suspensión preventiva de la obra (art.619 del Código Procesal, in fine) (conf. Falcón, Enrique M., ¿Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias?, t.II, n° 619.7, pg.1011; íd. Colombo Carlos J. y Kiper, Claudio M., ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado?, T.VIII, págs.612 y 613 y sus citas). Se trata, en rigor, de una medida cautelar innovativa, ya que el juez innova al estado de hecho existente al promoverse el proceso (Reimundín, Ricardo, ¿La acción posesoria de obra nueva?, JA.1974-591, Sec. Doctrina; íd. ¿Prohibición de innovar como medida cautelar?, p.85), y aunque la medida participa de todos los caracteres de las medidas cautelares, no es aplicable al caso el art.203, inc.2°, del Código Procesal que autoriza la sustitución de otra menos perjudicial. Esta diligencia es tan particular que no puede reemplazarse por otra que produzca efectos similares o garantice igual la eficacia de la sentencia (conf. Gabás, Alberto A., ¿Juicios posesorios. Acciones e interdictos?, Ed. Hammurabi, ps.150 y 151; y en ¿Derecho práctico de propiedad horizontal?, t.2, p.330 y ss. y 346). Sólo resta señalar que, a fin de solicitar la paralización de la obra nueva mediante el respectivo interdicto, dado la responsabilidad que ello trae aparejado, es necesario el debido asesoramiento técnico (ver Falcón, Enrique M., ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado...?, t.II, n°619.7, pág. 1011).

IV. Frente a lo explicitado, en lo que concierne a los reproches formulados por el apelante, es dable recordar que el punto de partida que debe conceptuar su examen, se impregna del restrictivo criterio que debe privar al apreciar los mismos elementos de convicción que ha ponderado el sentenciante de grado para decidir como lo hizo (art.277 Cód. Procesal), dado la factibilidad de decretar, en el contexto planteado, una medida como la cuestionada. Repárese en que rige de manera absoluta la prohibición del ¿ius novorum?, pues la alzada tiene una función revisora pero no renovadora del proceso (Palacio, Lino E., ¿Derecho Procesal Civil?, t.V, p.82, Abeledo-Perrot), limitada, eminentemente al examen de justicia o regularidad de la sentencia impugnada, teniendo en cuenta, únicamente, el material fáctico y probatorio colectado en la instancia de grado (ver Kielmanovich, Jorge L., ¿Improcedencia de la agregación de prueba documental ...?, LL.1990- C-24). A su vez, no puede perderse de vista que, en tanto la finalidad de esta medida cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia, la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, lo cual permite al juzgador expedirse sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica. Ello es lo que permite, en el marco de todo proceso cautelar, que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica involucrada. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir, de no emitir una opinión o decisión anticipada a favor de cualquiera de las partes sobre la cuestión sometida a su jurisdicción. Recuérdese que, como señeramente lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, dado su naturaleza, las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, ya que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad. Es decir, no puede exigirse una prueba plena y concluyente de la bondad del derecho, sino sólo que se justifique una apariencia que invista a la pretensión de una credibilidad razonable. El análisis de dicho requisito, aun con este alcance preliminar, también llamado ¿superficialidad del conocimiento judicial? (conf. Palacio, ¿Derecho Procesal Civil?, t.VIII, p.47, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989), que configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, debe persuadir en términos suficientes de la razón que asistiría a quien peticiona el auxilio jurisdiccional. Por tanto, del mismo modo que no es posible exigir certeza, tampoco es apropiado declarar su procedencia sin una demostración convincente respecto de su admisibilidad.

V. En ese orden de ideas, de analizarse la medida decretada a la luz de los principios reseñados, se advierte que el ¿a quo? a ponderado, con buen criterio y dentro de las limitaciones propias de la ¿sumaria cognitio?, los elementos indiciarios que aporta el informe técnico acompañado por el pretensor, así como las explicaciones que a su respecto le han sido requeridas a la arquitecta que lo elaborara. En efecto, de la valoración del informe técnico de fs.8/17 y lo aclarado en las actas de fs.115 y fs.116 por la arquitecta firmante, donde se sostiene y ratifica el posible derrumbe del muro lindero y la consiguiente afectación a terceros, de continuarse con las obras, emerge la procedencia de la medida preventiva en estudio. Más aún, cuando el apelante, quien se encuentra en mejores condiciones de acreditarlo, no ha justificado de forma técnica la inexistencia de la afectación de la estructura y estabilidad del muro lindero, o aportado otros elementos que permita inferir la posibilidad de revisión de la medida.

Si bien es cierto que debe impedirse que esta medida puede ser usada en forma abusiva y que este tribunal no cuenta con los elementos de juicio técnicos y urbanistas propios -por ejemplo- de los órganos administrativos comunales, corrobora la convicción de la procedencia de medida atacada, la circunstancia de que el referido informe da cuenta, ¿prima facie?, de una verdadera turbación de la posesión y no de simples molestias de la construcción de una obra, o de un velado reclamo referido al límite y/o muros de los respectivos predios. Repárese en que lo expuesto no equivale a afirmar que el planteo cautelar de la actora promedia un grado de verosimilitud de atendible, sino que tan singular tutela se explica en la existencia de cierta certeza técnica sobre los

efectos y posibles consecuencias disvaliosas que acarrearía la prosecución de la obra, lo que impone actuar de modo preventivo, con el alcance previsto por el art.619 del Código Procesal. En función de ello, cuando la protección cautelar del tipo solicitado obedece a la necesidad de amparar un derecho que no puede ser resguardado por otro tipo de medida, y se ha justificado ?prima facie? la turbación de la posesión y que la obra no se halla terminada, no pueden atenderse los reproches que formula el apelante en punto a la falta de concurrencia de los recaudos propios de esta medida. VI. Sin desmedro de lo explicitado, dada la importancia del asunto y a fin de robustecer la conclusión a que se arribe en la decisión final, no puede dejar de destacarse que a la fecha de conocer de esta cuestión, otro de los emplazados se ha presentado a contestar la demanda y oponer sus defensas, arrimando al proceso un informe ingenieril relativo a las obras suspendidas. A su respecto, es de destacar que sus conclusiones no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de la dilucidación del recurso bajo análisis, en tanto rige de manera absoluta la prohibición del ?ius novorum?, pues la alzada tiene una función revisora pero no renovadora del proceso (Palacio, Lino E., ?Derecho Procesal Civil?, t.V, pág.82, Abeledo-Perrot), limitada, eminentemente al examen de justicia o regularidad de la sentencia impugnada, teniendo en cuenta, únicamente, el material fáctico y probatorio colectado en la instancia de grado (ver Kielmanovich, Jorge L., ?Improcedencia de la agregación de prueba documental ...?, LL.1990-C,24). En efecto, este tribunal de alzada no tiene la extensión omnímoda del juez de primera instancia, sólo delimitada por la ?litis contestatio?. La concepción renovadora y revisora identifican precisamente sistemas donde la pretensión apelatoria es un ?novum iudicium? o donde el nuevo examen se circunscribe a las cuestiones habilitadas por el recurso concedido y la medida de los agravios vertidos, con exclusión de nuevas defensas y pruebas (ver Guasp., J., ?Derecho procesal civil?, p.1400 y sigtes., Madrid, 1956). Debemos, pues, fallar sobre la base de lo articulado y probado en primera instancia; lo contrario implicaría exceder indebidamente la competencia funcional habilitada por el recurso subsidiario concedido, al abordar una cuestión que, si bien se encuentra estrechamente vinculada a la presente, ha de ser materia de decisión en la oportunidad procesal pertinente. No obstante, entendemos del caso apuntar que, a nuestro entender, la ley adjetiva no impide el debate con relación a la modalidad implementada para mitigar el posible perjuicio de quien ve turbada su posesión. Más aun, cuando deben ameritarse los distintos derechos en juego, atendiéndose no sólo al daño que provocaría la prosecución de las obras, sino también, a si su paralización ocasiona un daño económico injustificado a los demandados. En función de ello, con miras a evitar que no se causen perjuicios innecesarios al demandado cautelado, a eventuales terceros y se mantenga adecuadamente protegida la efectiva posibilidad de ejecución de la eventual sentencia favorable al accionante, sobre la base del principio precautorio propiciamos que en el caso de reeditarse el debate atinente al levantamiento de la suspensión de las obras, a más de la inspección ocular de las mismas con acompañamiento de los expertos nombrados de oficio propuestos por las partes, pueden ordenarse diversas medidas instructoras para echar luz sobre el punto en debate; siempre que no resulten ajenas a la presente acción y que su ejercicio no vulnere las garantías de defensa y debido proceso, amparadas en la Constitución Nacional. En mérito a lo expuesto y a lo considerado, el tribunal RESUELVE: Confirmar la resolución apelada, en todo cuanto decide y fuera materia de agravio. Con costas de alzada a la apelante vencida (arts.68 y 69, Cód. Procesal). Se deja constancia de que la Vocalía n°29 se encuentra vacante (art.109, R.J.N.). Regístrese. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N°15/13, art.4°) y devuélvase a la instancia de grado. Fecha de firma: 12/09/2017 Firmado por: BEATRIZ ALICIA VERON, ZULEMA WILDE, JUEZ Correlaciones: Gallo, Amanda y otros c/Municipalidad de Tapalque s/intedicto - Cám. Civ. y Com. Azul - 20/12/2016 - Cita digital IUSJU012662E

022074E