

Recurso De Nulidad Características Procedencia Requisitos Medida Cautelar Innovativa Características Procedencia Requisitos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Rafaela, 2 de febrero de 2.017. AUTOS Y VISTOS: Estos caratulados "Expte. N° 52/16 - VERA, Eduardo E. c/ GIROMINI, Pedro M. y/u Otra s/ ACCIONES POSESORIAS"; y RESULTA: La parte demandada interpone recurso de revocatoria y apelación en subsidio, contra la medida urgente ordenada en el proveído de fecha 04/08/2014 (fs. 300). La "a quo", no hace lugar a la revocatoria, fundando su decisión en su notoria extemporaneidad y rechaza la apelación interpuesta (ver fs. 41). Vía recurso directo de queja por ante esta Cámara de Apelaciones, el demandado logra se le conceda el recurso de apelación (fs. 350/351). Previo trámite de ley, los autos quedan radicados por ante esta Cámara. A fs. 363 a 368, la parte recurrente expresa agravios para fundar los recursos de nulidad y de apelación. a) Agravios referidos al Recurso de Nulidad: El recurrente dice que la nulidad se sostiene por la falta de fundamentación, tanto para el despacho de la cautelar como para el rechazo de la revocatoria interpuesta. Agrega que no se ha exigido la debida contracautela, y que la medida afecta el derecho que vienen ejerciendo los demandados en forma pública, pacífica, ininterrumpida y con antigüedad que data del año 2.008, y en calidad de legítimos y verdaderos poseedores del inmueble sobre el cual constituyen su propia obra. Concluye afirmando que la nulidad es procedente porque los defectos evocados revisten trascendencia, son violatorios de disposiciones legales, arrojan perjuicio concreto, real, jurídico y patrimonial a la impugnante, y subsisten. b) Agravios referidos al Recurso de Apelación: Para el caso que no se admita la nulidad, expresa agravios para fundar la apelación. En tal sentido dice que la improcedencia de la medida cautelar se sustenta en la falta de los presupuestos exigidos necesariamente para su despacho: verosimilitud del derecho, -o fuerte grado de probabilidad del derecho-, por ser carácter innovativo, peligro en la demora y contracautela. Asegurando que ninguno de estos recaudos se dan en el caso de autos. A continuación realiza una crítica detallada de la demanda, pasa a analizar la falta de contracautela, lo que aseguran la cautelar se torna ineficaz o improcedente su ejecución. Hace lo propio con los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Analiza los Arts. 2.500 y 2.501 del C.C. y lo compara con las disposiciones del C.C.C. y arriba a la conclusión de que la medida ordenada debió respetar los presupuestos exigidos en la ley local de rito. Finalmente solicita se declare la nulidad de la medida ordenada, o en su defecto se revoque por procedencia de la apelación. A fs. 371 a 380 vto. la parte actora contesta los agravios, resistiendo tanto la procedencia del recurso de nulidad como el de apelación. En este estado pasan los autos a resolución. Y CONSIDERANDO: a) Que corresponde en primer lugar tratar el recurso de nulidad. En nuestro Código de rito el Art. 360 reconoce la procedencia del recurso de nulidad "contra las resoluciones pronunciadas con violación u omisión de las formas prescriptas en este código bajo esa penalidad o que asuman carácter substancial". Esta Cámara tiene dicho en anteriores pronunciamientos, que la jurisprudencia ha sostenido reiterada y unánimemente que la finalidad última de este recurso es el resguardo de la garantía constitucional del debido proceso y que procede siempre que exista una indebida restricción al derecho de defensa en juicio, por violación u omisión de las formas y solemnidades sustanciales que preceptúan las leyes. También es pacífica la calificación del recurso como remedio excepcional, de interpretación restrictiva, taxativa y limitada a los casos expresamente previstos en la ley. La nulidad que torna procedente el recurso puede provenir de un vicio en el procedimiento -la que queda subsanada con el consentimiento o con el llamamiento de autos-, o de la forma o contenido de la resolución. En ambos casos, si son de orden público quedan purgadas por la cosa juzgada. Aclarado el marco legal dentro del cual debe resolverse el planteo y luego de analizar los agravios, se afirma que la quejosa intenta fundar el recurso en generalizaciones, sin señalar concretamente los vicios que a su criterio contaminan el fallo descalificándolo como acto jurisdiccional válido. Y revisado de oficio, tanto el procedimiento como la resolución en crisis no se advierte defecto alguno que justifique la declaración de nulidad. Por último se deja en claro que cualquier error que pueda enmendarse a través del recurso de apelación, no puede sostener el de nulidad. Por lo tanto el recurso de nulidad debe ser desestimado. b) Pasando al estudio del recurso de apelación, se entiende oportuno aclarar en primer lugar, que no resulta necesario dilucidar si es de aplicación el C.C.C. o el C.C. cuya vigencia feneció el 31/07/2.015, porque cualquiera de los dos caminos llevan al mismo resultado, a saber: El Art. 2.500 del C.C. que expresamente ordena (debe) al Juez a disponer de inmediato la suspensión de la obra durante la duración del juicio. "La cuestión es grave, por los perjuicios que la paralización de la obra trae aparejados. Pensamos que demostrados prima facie los requisitos de la acción (posesión o tenencia del actor, obra en ejecución, que no esté a punto de terminarse, perjuicio actual o futuro para el actor), la medida debe ser decretada por el juez; y en previsión de los perjuicios que puede sufrir el demandado por una suspensión decretada como consecuencia de una acción que en definitiva resulta rechazada debe exigirse contracautela, como

corresponde a toda medida precautoria? (BORDA; Guillermo A., ?Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales - T. I?, Editorial La Ley, págs. 188/189). En igual sentido: C. Fed., La Plata, 25/04/1.941, L.L. t. 22, pág. 565 y J.A., T. 74, pág. 393; Salvat, t. 1, N° 528; Spota, nota J.A., 1.946-IV, pág. 118. La jurisprudencia también se ha inclinado por esta corriente de análisis. ?Coincide la doctrina procesalista en que este interdicto es una suerte de medida cautelar, que tiende a evitar turbaciones futuras o, por lo menos, a impedir que se completen como tales, siendo su finalidad la suspensión de los trabajos que producen una turbación en la posesión o tenencia ... (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. V, p. 91/93)?. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén, Sala I, ?El Rincón Club de Campo S.A. c. García Miralles, Claudio s. interdicto?, 12/11/2013, La Ley Online; AR/JUR/90537/2013). Como es fácil advertir de la doctrina y jurisprudencia transcripta, se puede deducir que si se aplica el Art. 2.500 del C.C., la suspensión queda asimilada, desde el punto de vista procesal, a una medida innovativa, razón por la cual cabe requerir el cumplimiento de los presupuestos que son comunes a las cautelares: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela. Tal como lo requiere nuestro Código Procesal Civil y Comercial. Si por el contrario, se aplicara el C.C.C. se debe recurrir a las disposiciones del Art. 2.242, el que ?no legisla como lo hacía el Art. 2.500 del Código Civil, la suspensión de la obra durante el juicio, por lo que deberá, en tal caso, recurrirse a las normas procesales para lograr la suspensión bajo la forma de una medida cautelar? (BUERES, Alberto, ?Código Civil y Comercial de la Nación?, Editorial Hamurabi, T. 2, págs. 488/489). Como se adelantara, cualesquiera sea el Código de fondo que se entienda corresponde aplicar, la suspensión de la obra debe considerarse como una medida cautelar innovativa. Peyrano nos enseña que dicha medida es la contracara de la prohibición de innovar, y tiene por fin lograr que el órgano jurisdiccional, sin que medie sentencia firme disponga que se haga o se deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente. Es una medida de naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva por cuanto constituye ?una injerencia de oficio en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor? (CCCR. 1: Zeus, T. 35, pág. J-170); y es por ello que sean mayores los requisitos necesarios para el despacho de la medida, más aun cuando su tratamiento se realiza <inaudita pars>. Dichos requisitos son: fumus bonis juris, periculum in mora y contracautela, más la demostración de la irreparabilidad del perjuicio (PEYRANO, Jorge W. - VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ?Código Procesal Civil y Comercial?, Editorial Juris, T. 1, págs. 805/806). Volviendo al caso de autos es inevitable concluir que no se han cumplido con los presupuestos que habilitan el despacho de la cautelar. La apariencia de buen derecho, a los fines acá analizados, no implica la prueba acabada de los hechos narrados en la demanda. Se entiende que con las pruebas reunidas en las presentes actuaciones y en los autos caratulados ?Expte. N° 110 - Año 2.008 - Vera, Eduardo E. c/ Sosa, Celina G. y/u Ots. s/ Usucapión? (Cuerpos 1 y 2) y ?Expte. 376 - Año 2.014 - Vera, Eduardo E. c/ Petrucci, Miriam y/u Ots. s/ Ordinario?, que corren agregados por cuerda, se han aportado elementos suficientes para tener prima facie cumplido el mismo. Se considera que el peligro en la demora no se ha siquiera invocado en la demanda, y el solo hecho de hablar de los daños y perjuicios que la conducta de los accionales le acarrea no resulta suficiente. Más aún si se toma en consideración que la sentencia, de serle favorable, ordenará la destrucción de lo construido o la solución que el Juez entienda más ajustada a derecho. En cuanto a la contracautela, su no ofrecimiento ni requerimiento traba indefectiblemente la procedencia de la cautelar. Por todo ello la CÁMARA DE APELACIÓN CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RAFAELA, RESUELVE: Hacer lugar al recurso de apelación opuesto por la parte demandada y dejar sin efecto la medida urgente ordenada. Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora. Fijar los honorarios de la Alzada en el 50% de los que se regulen en baja instancia. Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen. Beatriz A. Abele Juez de Cámara Lorenzo J. M. Macagno Juez de Cámara Alejandro A. Román Juez de Cámara Héctor R. Albrecht Secretario Notas: (*) Sumarios elaborados por Juris online 016491E