

## Denuncia De Dano Temido

### JURISPRUDENCIA

### Denuncia de daño temido

### Se rechaza la acción de daño

temido y daños y perjuicios interpuesta contra la Municipalidad en su carácter de propietaria del forestal plátano ubicado en el inmueble perteneciente a la accionante. San Rafael, Mza. 11 de junio de 2019. Y VISTOS: Estos autos N°:122.271 caratulados " Rueda, Omar Jesús c/ Municipalidad de San Rafael p/ denuncia de daño temido?, llamados para dictar Sentencia a fs. 265 de los que RESULTA: A) A fs. 66/69 se presenta Omar Jesús Rueda y conforme al art. 2499 apartado II del Código Civil y 219 bis del CPC interpone Acción por Denuncia de Daño Temido contra la Municipalidad de San Rafael, en virtud de que la misma es propietaria del forestal plátano que se ubica en el puente de su domicilio ubicado en calle Bs. A. 431 de ésta ciudad de San Rafael, disponiendo la erradicación del mismo y reparación de los daños y perjuicios. En el apartado Hechos, relata todas las actuaciones relacionadas con el árbol y su erradicación, solicitada y todos los trámites administrativos realizados en reiteradas oportunidades, así también que le fue autorizado por el Municipio para tal fin. Asimismo, señala que recursos Naturales Renovables de la Provincia no autoriza la extirpación del forestal a la Municipalidad, por cuanto incurrirían los funcionarios municipales en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, atento la existencia de la Ley 7874/08 por lo que solicita teniendo en cuenta que el arbolado público pertenece al Municipio y que existe resolución favorable del Municipio, se ordene la erradicación del mencionado árbol y pago de daños y perjuicios. También plantea la Inconstitucionalidad de la Ley 7874 (Régimen de Preservación y Control del Arbolado Público) por cuanto tal legislación no puede mantenerse en su aplicación, porque afecta su derecho de pro-piedad. Ofrece pruebas. También cabe señalar que el actor hace referencia a la supuesta inconstitucionalidad del II párrafo del art. 219 bis del CPC, que determina la subordinación del proceso judicial al trámite administrativo, el que inició sin efecto positivo a tenor de la no autorización del organismo provincial (ley 7874/08). A fs. 71 se ordena remisión de exptes. administrativos, los que son recibidos a fs. 116 vta. A fs. 117 se dispone examen judicial. A fs. 120 se realiza Inspección Judicial. A fs. 126 y vta. se cita a la Municipalidad de san Rafael y al actor a fin de proponer Perito Ing. Civil, quien deberá expedirse respecto a los apartados A), B) y D) de fs. 69. A fs. 179 el perito designado en autos Cristian Otto Bay presenta pericia. A fs. 184 Fiscalía opina respecto a la Inconstitucionalidad de la Ley 7874/08 ya que no correspondería declarar la Inconstitucionalidad solicitada, ya que debería haber solicitado la aplicación del art. 44 puntos b y c de la ley en cuestión. A fs. 189 vta. se corre traslado por 5 días a la Municipalidad de San Rafael, de la petición de fs. 66/69. A fs. 194/199 se hace parte la Municipalidad contesta y solicita la Integración de Litis con la Provincia de Mendoza y además aduce que jamás se debió demandar a al Municipalidad ya que la misma allanó el camino del demandante y no dio motivo de queja. A fs. 203 y vta. se ordena la Integración de Litis con el Gobierno de la Provincia de Mendoza y se dispone comparezca en el plazo de 5 días bajo apercibimiento de ser declarado rebelde. A fs. 206 vta. se ordena notificar a Fiscalía de la Provincia. A fs. 223/226 comparece la Provincia de Mendoza y contesta so-licitan el rechazo de la acción. Niega que se haya acreditado que el forestal se haya encontrado ocasionando al Sr Rueda y su familia menoscabos graves. Destaca que, como surge del proceso administrativo N°17.529 letra R del 4/10/2005, Erradicación Forestal se inició para realizar la construcción de un puente, nunca tuvo como causa un daño hipotético e inminente a la propiedad. También transcribe parte de lo dicho en dicho proceso administrativo cuando dice: que a raíz de haber vendido parte de su terreno que incluye la cochera, debe replantear el acceso vehicular y que debe cambiar el destino de un dormitorio en garaje y luego surge la necesidad de construir el puente. También nos dice que, de la simple lectura, nunca se habló de daño temido en el expediente N°24034 R- de fecha 27/11/13. También el Gobierno de la Provincia en el apartado 3 Improcedencia de la Acción de Daños, transcribe el art. 219 bis, y nos dice que el Sr. Rueda no solicita medidas de seguridad, necesarias de carácter provisorio, tendientes a hacer cesar el supuesto peligro ya que jamás manifestó que el árbol fuera a causar peligro en forma inminente. En el apartado 4 Inconstitucionalidad Ley 7874/08 nos dice que no corresponde en base al art. 44 y transcribe partes de la ley cuando dice: A través de la autorización de la autoridad de aplicación, se podrá efectuar tareas de erradicación, poda, tala, rebaje etc., cuando ... y transcribe en el apartado a) y luego apartado b)..., como así también cuando irremediable-mente a juicio de la autoridad de aplicación sea necesaria su erradicación por obstaculizar accesos vehiculares y c) sea necesario garantizar la seguridad de personas. Ofrece prueba. A fs. 238 Fiscalía de Estado contesta traslado y se adhiere a las pruebas ofrecidas por la Municipalidad. Finalmente, y luego del rechazo de las nuevas pruebas ofrecidas por la actora, a fs. 265 se llaman autos para dictar sentencia. CONSIDERANDO: 1) En primer lugar corresponde analizar la petición de Inconstitucionalidad de la Ley 7874/08 de Preservación y Control de Arbolado Público formulada por la actora a fs. 68 vta. pto. V. Sabido es que conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente, la declaración de

inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y sólo se estima viable cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (fallos 306: 1597; 311:394; 314:407; 319:3148; 321:441; 322:919; 842:2409, entre muchos). Que sólo cabe acudir a ella, cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de re-mover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 316:779; 2624) o cuando una estricta necesidad lo requiera; por lo tanto, cuando existe la posibilidad de una solución adecuada del juicio, por otras razones, debe apelarse a ella en primer lugar (Fallos: 305:1304).- Estando cuestionada la constitucionalidad de la norma, resulta necesario también tener presente cual es el derecho constitucional que se denuncia como conculcado por la misma para luego poder establecer si la misma supera -o no- el test de constitucionalidad. En este sentido tengo presente que el art. 14 de nuestra Carta Magna establece que: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita; .....; de usar y disponer de su propiedad; ...?". Al respecto de la petición de Inconstitucionalidad de la Ley 7478/08, el suscripto comparte plenamente las razones expuestas por el Agente Fiscal a fs. 184 y vta. En efecto, es la misma ley cuya inconstitucionalidad pretende el actor se declare por afectar su derecho de propiedad, la que en su articulado, lo protege y da solución al conflicto planteado. Así en el CAPÍTULO IX, Control, conservación y preservación. Se dispone: "Art. 44. - A través de la autorización de la autoridad de aplicación se podrán efectuar tareas de erradicación, tala, poda, rebaje, desbrote, limpieza y mantenimiento sólo cuando: a) Por su estado sanitario o fisiológico cuando no sea posible su recuperación, por raleo cuando sea necesario privilegiar el desarrollo de un ejemplar respecto a otro vecino, en aquellas especies que están consideradas como no aptas para el Arbolado Público o para proceder a la renovación del mismo, de acuerdo a las pautas que establezca la autoridad de aplicación. b) Impidan u obstaculicen el trazado o realización de obras públicas cuyos pliegos de licitación o planos se encuentren evaluados y cumplidos los requisitos establecidos por la ley 5961, como así también cuando irremediamente, a juicio de la autoridad de aplicación, sea necesaria su erradicación por obstaculizar accesos vehiculares. c) Sea necesario garantizar la seguridad de personas y/o bienes; la prestación de un servicio público; la salud de la comunidad y/o la seguridad vial. Por lo expuesto no corresponde hacer lugar al planteo de Inconstitucionalidad de la Ley 7874/08. 2) El art. 219 bis del CPC en el título del mismo Denuncia de Daño Temido, medida de seguridad lo siguiente: "Quien tema que de un edificio o de otra cosa mueble o inmueble derive un grave daño a sus bienes, pue-de solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no media intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo. Analizando el caso debemos señalar que el suscripto oportunamente realizó Inspección Judicial en el inmueble objeto de la acción pretendida y que obra a fs. 120. En dicha inspección, el suscripto verificó en fecha 21/04/2015 que en la vereda del inmueble inspeccionado se encuentran algunas baldosas (30) levantadas y que algunas ramas del árbol superan la altura de la vivienda sin entrar en la parte superior de la vivienda. Habiendo ingresado a la vivienda se advierte un desnivel de 45 cm en el piso del garaje y respecto al nivel de la casa, no advirtiendo daños. En autos y entre las pruebas ofrecidas tenemos que a fs. 179 el Ing. Civil Cristian Otto Bay nos dice que se hizo presente en el domicilio a inspeccionar y menciona la existencia de rotura de revestimiento de la acera peatonal y también de la base (contrapiso) y que los daños se producen por las raíces del forestal. Que en la cochera se observa el revestimiento cerámico dañado y levantado y deduce que las raíces del forestal han causado dicho daño. La medida planteada por la actora en definitiva es una medida cautelar y como tal requiere requisitos de las cautelares y entre ellos podemos mencionar el peligro en la demora y que derive del hecho un grave daño e inminente a los bienes. De acuerdo a la inspección ocular realizada por el suscripto e incluso de la prueba realizada a fs. 197 por el Ing. Bay no surgen los requisitos establecidos en el art. 219 bis del CPC. Por lo expuesto y normas legales señaladas y art. 10, 3, y con-cordantes de la ley 9131. RESUELVO: I) NO HACER LUGAR al planteo de Inconstitucionalidad de la Ley 7478/08, por los motivos expuesto en el considerando respectivo. II) NO HACER LUGAR a la Acción de Daño Temido y Daños y Perjuicios interpuesta a fs. 66/69 por Omar Jesús Rueda contra la Municipalidad de San Rafael. III) IMPONER las costas a la actora por resultar vencida. IV) REGULAR los honorarios de los Dres. Amanda G. Aveni, Alfredo Luis Juri Sticca y Ricardo Alfredo Caro en la suma de pesos seis mil novecientos setenta y cinco con cuarenta y seis ctvs. (\$6.975,46) para cada uno de los nombrados y los de los Dres. Gustavo A. Guarino y Cecilia A. Vega en la suma de pesos veinte mil novecientos veintiséis con treinta y nueve ctvs. (\$20.926,39) para cada uno de los nombrados. V) REGULAR los honorarios de la Dra. Pamela Natalia Matar en la suma de pesos veintinueve mil doscientos noventa y seis con noventa y cinco ctvs. (\$29.296,95).

NOTIFIQUESE por Cédula de Oficio. Fdo: Dr. Abel Pablo Rousse Juez

041586E