

LA "DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO" A MÁS DE CUATRO DÉCADAS VISTA*

MARINA MARIANI DE VIDAL**

I. LA DENOMINADA ACCIÓN DE DAÑO TEMIDO

I.A. Breve prefacio

Cabe dar aquí por reproducido cuanto dije al abordar el instituto en aquel lejano trabajo, publicado en esta misma revista a poco de aparecer la reforma de la Ley 17711 a nuestro benemérito Código Civil de Vélez, que en este número se me ha concedido el honor de recordar, lo cual suscita mi particular agradecimiento.

Muchos interrogantes generó el breve párrafo introducido por aquella reforma en el art. 2499, destinado a regular la acción posesoria de obra nueva en inmuebles que no fueran del poseedor demandante, agregado que introdujo un remedio que –partiendo de su fuente– denominé en aquella oportunidad "acción de denuncia de daño temido". Denominación que se generalizó y que inclusive aparece en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y otras leyes de rito que siguieron sus aguas), Libro Cuarto, Procesos especiales, Título I, Capítulo 8 ("Denuncia de daño temido. Oposición a la ejecución de reparaciones urgentes").

Me dediqué con entusiasmo juvenil a plantearme distintos interrogantes y a tratar de contestarlos, en aras de su aplicación práctica. El resultado fue el estudio publicado por esta revista en su número 40/41 de 1969.

* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo de la autora "Denuncia de daño temido. Consideraciones acerca del agregado al art. 2499 del Código Civil por la ley 17711", originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 40 y 41, 1969.

** A mi inolvidable maestro Dr. Guillermo Allende, que siempre me apoyó –y me sigue apoyando desde algún lugar– en el camino del estudio y el esfuerzo.

A su turno, el art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –aunque sin referencia expresa a la norma del Código Civil– diseñó posteriormente los andariveles del proceso y tramitaciones a observar de la que denominó “denuncia de daño temido”, con lo cual facilitó que cobrara vida dicho remedio. Bien que incurriendo en una limitación poco feliz, que luego señalaré.

El profundo cambio introducido por la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación proyectó su influencia en esta figura, originando nuevas dudas que irán despejando la jurisprudencia y la doctrina.

I.B. A modo de resumen

La acción posesoria de denuncia de daño temido fue introducida en el Código de Vélez –con clara inspiración en el Código Civil y Comercial italiano de 1942– por la Ley 17711, que agregó como segundo párrafo del art. 2499 la posibilidad de que “quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar este hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.¹

Conocidos son los debates suscitados por la contradicción de este agregado con el art. 1132 del Código de Vélez² –digo desde ya que no existe norma similar en el Código Civil y Comercial de la Nación–, cabiendo advertir que se ha señalado que esta acción, por sus rasgos básicamente cautelares, desborda del marco de las acciones posesorias.³

La posibilidad aparecía ya reconocida a través del “interdicto de obra vieja” de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, de las Leyes de Partidas (que rigieron en el país como integrantes de nuestro derecho patrio que perduró hasta la sanción del Código de Vélez) y de la Ley 50 de Procedimientos Civiles aplicable en el fuero federal (arts. 343-351: “interdicto de obra vieja”).

Con un sentido amplio (comprensivo no solo de obras viejas o ruinosas), la consagran –aunque no incluida en el marco de las acciones posesorias– el Código Civil y Comercial italiano de 1942 (art. 1172; también

1. Sobre el tema ver MARIANI DE VIDAL, M., *Derechos Reales*, vol. 1, Buenos Aires, Zavalía, 8va. ed., 2009, pp. 249 y ss.

2. Al respecto ver LAFAILLE, H. y ALTERINI, J. H., *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley-Ediar, T. I, N° 408 ter, 2010, pp. 575-577.

3. *Cfr.* Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1969 (dictamen mayoritario).

arts. 688 a 691 del Código de Procedimientos Civiles), el Código Civil portugués (art. 1350) y el Código alemán (art 908).⁴ El Anteproyecto Bibiloni (reforma al art. 1132), el Proyecto de 1936 (arts. 868 y 1561) y el Anteproyecto de 1954 (art. 1563) también la incorporan, pero ubicada a regular las "Restricciones y límites al dominio". El Proyecto de 1998 la declara comprendida en la acción de mantener "la turbación producida por el temor fundado de sufrir un daño en el objeto" (art. 2192, segundo párrafo).

El art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regla –en el mismo Título (I del Libro Cuarto),⁵ pero en Capítulo distinto al dedicado a los "Interdictos y Acciones Posesorias"– la "Denuncia de daño temido", organizándola procesalmente, con algunos desaciertos,⁶ como el que subordina su procedencia a la circunstancia de que no haya mediado anterior intervención de la autoridad administrativa por el mismo motivo y el que determina la clausura de la vía judicial y el archivo del expediente en caso de intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa.

II. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. SUERTE DE LA ACCIÓN DE DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO

El nuevo Código no contiene disposición análoga al art. 1132 del Código de Vélez, con lo que un primer escollo aparece eliminado.

Pero, al regular la defensa de la posesión y la tenencia (Libro Cuarto, Título XIII– "Acciones posesorias y acciones reales"–, Capítulo 1 –"Defensas de la posesión y la tenencia"–), parece haber atestado un golpe mortal al instituto que nos ocupa.

En efecto, esta acción ha desaparecido de la constelación de las defensas de las relaciones de poder desenvueltas en el Código Civil y Comercial de la Nación,⁷ al menos al regularse estas (arts. 2238 al 2246 inclusive) y el procedimiento abreviado que para ellas prevé el art. 2246.

4. Sobre estos antecedentes ver precisamente el estudio que aquí recuerdo.

5. También lo hacen en términos prácticamente idénticos otros códigos procesales, como por ejemplo el de la Provincia de Buenos Aires (art. 617 bis), de Mendoza (art. 219 bis) o de Entre Ríos (art. 604 bis).

6. *Cfr.* MARIANI DE VIDAL, M., *ob. cit.*, pp. 255-256.

7. Según el art. 1908 del nuevo Código, "las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia".

Pues no parece ser posible encuadrar el supuesto de "daño temido" entre los ataques generadores de las defensas que allí se contempla: a) no existen en él "actos materiales ejecutados con intención de tomar la posesión" (art. 2238); b) no media desapoderamiento en los términos de los arts. 2238 y 2241; c) no se trata de "obra que se comience a hacer en terrenos del poseedor" (art. 2241); d) no concurren "amenazas fundadas de sufrir un desapoderamiento" (art. 2242), en tanto el temor de sufrir un daño en el objeto de la relación de poder no tiene por qué implicar amenaza de desapoderamiento.⁸

Tampoco figura específicamente en la regulación de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas (arts. 1757-1759 y 1760), ni en la de los límites del dominio (arts. 1970-1982).

Empero, en los arts. 1710 a 1715 podría encajar la situación descripta del daño temido.

En efecto, el art. 1710 impone a toda persona el deber de "adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud" (inc. b).

Y el art. 1711 autoriza la "acción preventiva", que procede "cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

Legitimados para promoverla son "quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712).

La sentencia favorable ha de disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

Y aquí cabría preguntarse: ¿qué vía procesal será apta para encarrilar esta acción?

Por empezar, no se halla regulada específicamente en las normas de rito, por lo que se desembocaría en el juicio ordinario (así, art. 319 CPCCN).

8. El Proyecto de Unificación de 1998 lo incluyó como una de las hipótesis de la acción de mantener, estableciendo que "Acción de mantener [...] Queda comprendida en esta acción la turbación producida por el temor fundado de sufrir un daño en el objeto..." (art. 2192, segundo párrafo).

Mas el trámite del juicio ordinario no parece compadecerse con situaciones de urgencia como son las que configuran el "daño temido".

Por tal motivo, la demanda debería acompañarse con el pedido de una cautelar adecuada (así, art. 232 CPCCN, que autoriza la adopción de "medidas cautelares genéricas"). Por ejemplo, apuntalamiento del edificio que amenaza derrumbarse.

Otra posibilidad, si el asunto cae en la órbita del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (independientemente de que podría optarse por el derrotero del art. 623 bis), y a fin de soslayar el inconveniente de la intervención de la autoridad administrativa, sería la de encuadrarla en el supuesto de juicio sumarísimo contemplado en el art. 321 inc. 2 ("cuando se reclame contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley...").

Otra, sería la de plantear una de las denominadas medidas autosatisfactivas, con sustento en los arts. 1710-1715 del Código Civil y Comercial de la Nación.⁹

III. CONCLUSIONES

En las jurisdicciones regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –o por los ordenamientos que siguen sus aguas–, el supuesto se podrá canalizar a través de la "denuncia de daño temido" contemplada en el art. 623 bis y similares, respectivamente.

En las jurisdicciones que no la regulan, o al efecto de descartar el impedimento o la clausura que desencadena la intervención de la autoridad administrativa, podría encauzarse la protección inmediata a través de las medidas cautelares admitidas en cada una de ellas, con fundamento sustancial en los arts. 1710-1715 del Código Civil y Comercial de la Nación.

9. Sobre el tema ver PEYRANO, J. W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", ED 169-1345 y "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", LL 1998-A-968; CARBONE, C. A., "Tutela judicial efectiva y el nuevo principio procesal: la razón del actor ante la urgencia y la evidencia", ED 245-1002; HERRERO, L. R., "Validez constitucional de las sentencias anticipatorias", LL 2007-B-1177.