NEUQUEN, 18 de Diciembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados **"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"** (Expte. Nº **505395/2014**) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI,** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 21/27 obra el memorial del actor fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del 10 de noviembre de 2014 (fs. 8/9); pide se la revoque y se haga lugar a la acción interpuesta.

Considera confusa y poco clara las causales expuestas por la juez de grado para rechazar la medida autosatisfactiva, denuncia la falta de análisis de la prueba, fundamentalmente, la documental presentada, que se descarte la urgencia y gravedad del caso; critica que en el caso se requiera la acreditación del daño, incurriendo en contradicción al soslayar la vulneración del derecho constitucional de usar y disponer libremente de su propiedad.

La decisión de grado rechaza in limine la demanda autosatisfactiva interpuesta para que el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo de Neuquén cumpla las reparaciones necesarias en el inmueble de propiedad del actor, como consecuencias de los líquidos que fluyen desde un inmueble de su propiedad. Se funda en la falta de concurrencia de los requisitos de admisibilidad que habilitan su trámite, como son la urgencia, tratándose de un conflicto que data de veinte años y requiere de la producción de un profuso número de pruebas, así como, por la existencia de un proceso entre las mismas partes que se encuentra concluido, donde se demandó

la indemnización de daños y perjuicios y no la realización de reparaciones.

II.- Que el actor plantea demanda autosatisfactiva para que el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de Neuquén cumpla con su obligación de hacer, consistente en todas las reparaciones necesarias en su inmueble del que es titular, identificado como Departamento 7 sito en el primer Piso, Tira F 2, Módulo “F”, B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier, y el cese el daño que ocasionan los líquidos que fluyen a él desde ubicado en la planta superior, individualizado como Departamento 9.

Que resultan antecedentes de la presente las constancias del **Expediente Administrativo N° 4100-011237/2009-00004/2012** emitido por los funcionarios y profesionales de la propia entidad pública, entre ellos, el informe de la inspección realizada el 23 de agosto de 2012 en la que observan anomalías, se hacen recomendaciones y se indican los trabajos a realizar para que el edificio esté habitable y prevenir daños (fs. 63/74).

Así, en el departamento 7 de propiedad del actor, se comprobó seriamente afectado por el ingreso de agua sobre los locales húmedos, cocina y baño, por su depósito en períodos prolongados, llegando a la marca de 30cm sobre su nivel, provocando la destrucción de sus solados y con manchas de humedad en todas sus paredes; al igual que en el dormitorio contiguo al sanitario, con marcos de puerta con deformaciones y corrosión, que dificultan su apertura.

Luego en el departamento 9, se halló como anomalía que las paredes de la cocina presentan machas de humedad proveniente de alguna rotura de las instalaciones, la cañería de desagüe de la pileta de cocina en contrapendiente, el baño con manchas de humedad, con afectación del sistema eléctrico.

El dictamen, concluye que:

“El Dpto.7 presenta daños que lo hacen inhabitable. Previo a la reparación del mismo deberá realizarse un estudio excautivo de las instalaciones de provisión de agua y de desagüe del edificio en general, incluyendo al menos los departamentos 7, 9 y 11 (este último, al que no se pudo acceder, está ubicado inmediatamente superior al dpto 9). A partir de dicho estudio surgirán las reparaciones que se necesita realizar y su magnitud.

“Será conveniente también realizar un estudio del estado de la losa sobre el baño y la cocina, ya que la exposición a la humedad directa por un tiempo prolongado puede provocar patologías de importancia en el hormigón.

“Los deterioros observados en el Depto 9 son menores y afectan sólo a la pintura de las paredes. Debería, no obstante, verificar el estado de la instalación eléctrica para ratificar o rectificar lo expresado por la habilitante. La anomalía que presenta el desagüe de la pileta de cocina debería ser corregida a partir del estudio de las instalaciones.

“Los deterioros en el Dpto. 7 son de importancia y deberían realizarse, luego de realizar los estudios en las instalaciones y la losa previamente indicados, los siguientes trabajos:

-Reconstrucción de revoques.

-Reparación de la instalación eléctrica.

-Provisión y colocación de nuevas aberturas.

-Provisión y colocación de nuevos pisos en baño, cocina, estar, lavadero, pasillo y un dormitorio.

-Pintura en general.

-Provisión de muebles de cocina.

-Limpieza general”.

Precede a este informe y conclusión, el **estudio de la estructura resistente** realizado en el departamento del

actor que cumpliera el **Ing. Civil Eduardo A. Skop**, a instancia del organismo público entre noviembre y abril de 2013 (fs. 47/62), del que resulta un mayor detalle de los daños, y la aplicación del método de "Ensayos No Destructivos" para recabar datos, que le permitió concluir que: "la estructura resistente del edificio no manifiesta síntoma alguno que haga presumir que la misma se encuentre comprometida en su estabilidad frente a solicitaciones externas como las ocurridas hasta la fecha" (5).

De todas formas en el punto siguiente (6) amplió sus conclusiones y formuló recomendaciones que resultan de interés para los presentes:

"El desprendimiento de material y la presencia de humedad en el interior del departamento guardan relación con posibles pérdidas en las cañerías del departamento superior" (2), y refiriéndose al proceso de corrosión del acero utilizado en el hormigón, determina que "Este tipo de patologías bastante frecuentes ponen en peligro la solidez de los elementos afectados. Por lo que sería necesario interrumpir de manera inmediata las pérdidas de agua y reparar los elementos afectados como son las losas sobre lavadero, baño y cocina.".

Lo reseñado se corresponde con los mismos daños y causa que constituyó la controversia decidida por sentencia del 23.02.2005 dictada en **"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2)**– confirmada por la Alzada con fecha 31.10.2005, causa que requerida, se tiene a la vista, y de la que resultó la condena de la aquí demandada para que le abone al actor la indemnización del daño provocado en su departamento, incluyendo lo que ya había erogado como los necesarios para volver a repararlo.

Acerca de los daños constatados en el inmueble de propiedad del actor, su nexo causal con las condiciones del departamento del piso superior, la juez de grado en aquella

ocasión avaló lo dictaminado por sucesivos profesionales del arte:

"En cuanto a los daños materiales que el actor invoca, así de la pericia realizada en autos "Trebino Fernando C/ I.P.V.U. s/ Prueba Anticipada" Expte. 263908/1, a fs. 48 el Perito Gardés detalla como deterioros existentes en el inmueble de propiedad del actor deterioro de pintura y afectación de revoques finos en el cielorraso de cocina, baño, lavadero, un dormitorio, living comedor y asimismo en sus paredes superiores, observa además que los marcos de aberturas de la puerta de cocina, baño y lavadero se encuentran oxidadas.

"A fs. 385 el Perito designado en autos, informa que el departamento 7 de planta baja presenta un grave deterioro en cielorrasos y revoques superiores de cocina, lavadero, baño y antebaño, observa además manchas de humedad en el encuentro de cielorrasos y muro en dormitorio y en el local estar, pintura en muros y marcos metálicos en dichos locales.

"A las informaciones brindadas por los peritos cabe agregar las declaraciones testimoniales de autos, así el Sr. Joel López a fs. 378 relata que efectuó trabajos en el departamento de propiedad del actor, menciona que pintó la casa completa y que estaba destruida por la humedad, dichas tareas según sus dichos las realizó en el año 1997, menciona textualmente "me parece que revocaron el baño porque entraba mucha humedad del departamento de arriba y la cocina también por lo que me acuerdo.

"De lo expuesto, tengo por acreditado que efectivamente la vivienda del actor presenta los deterioros por él descriptos, resta considerar el origen de los mismos.

"Al respecto nuestro Código Civil adopta la teoría de la causalidad adecuada y, en consecuencia, se atribuye la categoría de causa solamente a aquella condición

que generalmente es apropiada para producir el resultado, es decir la condición adecuada al resultado.

“Bajo está óptica, estimo que las pericias son concluyentes al respecto: A fs. 48 del Expte. 263908/1, el Perito Gardes en cuanto al origen de las filtraciones expone “por el sitio donde se observan las filtraciones (cielorraso y parte superior de las paredes con los ambientes húmedos como baño, cocina y lavadero) se deduce que las mismas están originadas en las instalaciones del departamento inmediatamente superior al afectado” descarta toda posibilidad de pérdidas en otras instalaciones, cabe agregar que no es posible descalificar tal conclusión por el solo hecho de que el mismo afirme se deduce, ya que dicha afirmación es suficiente para tener por acreditado que el factor eficiente del daño proviene del departamento 9.

“A fs. 363 el perito de autos, es aún más determinante en sus afirmaciones, el mismo expresa “Existen filtraciones en el departamento 7. El origen de las mismas, no quedan dudas, provienen del departamento superpuesto ubicado en el nivel inmediatamente superior (departamento 9)”, agrega que no advierte mantenimiento periódico en el departamento 9 y que el uso ulterior de las instalaciones del mismo trae aparejado problemas de habitabilidad en el departamento 7.

“El ingeniero Sosa al estimar las reparaciones a efectuar se refiere además a las necesarias en el Departamento 9 y afirman que las filtraciones provienen de las cañerías de agua fría caliente y deficiencias en desagües.

“A fs. 440 el Sr. Domina arquitecto dependiente de la demandada, declara que la humedad se transmitía por los caños de agua y descarga de cloacas.

Luego, sobre la atribución de responsabilidad, argumentó:

“Acreditado el nexo de causalidad, cabe considerar la responsabilidad que le cabe a la demandada. En

este sentido, la misma resulta responsable en su carácter de dueña, al efecto me remito al informe obrante a fs. 324/325 que da cuenta que la misma era su titular registral (por lo menos hasta el momento en que se admitió la escrituración en el expediente iniciado por dicha parte contra el Sr. Tojo), no obstante diré que resulta irrelevante que la posesión sea ejercida por el tercero citado, al menos en lo que hace a la responsabilidad de la demandada, ya que la misma contaba con facultades de inspeccionar la vivienda y en todo caso de proceder a la desadjudicación de la misma en caso que el tenedor precario no cumpliera las obligaciones a su cargo.

A ello se suma que la demandada conocía el problema, al respecto basta considerar los diversos reclamos administrativos efectuados por el actor para obtener una solución, más aún conociendo el problema la demandada implícitamente admite su responsabilidad al disponer que se arbitren los mecanismos para que el adjudicatario del departamento 9 escriture; adviértase que a fs. 50 del Expte 2714-22513/99 el Asesor letrado Dr. Goncálvez dictaminaba “en otro orden de ideas ha de tenerse presente que se rechazó el reclamo articulado por el Sr. Trebino Fernando Abel, justamente por el hecho de haber transmitido la propiedad del inmueble que causa daños, al Sr. Tojo Ricardo, seguramente el Sr. Treviño Fernando Abel intentará un recurso jerárquico ante el Sr. Gobernador de la provincia con el objeto de agotar la vía administrativa y eventualmente acudir a la justicia, por lo que es imprescindible determinar la conducta a seguir, es decir instar a la escrituración del inmueble a favor del Sr. Tojo Ricardo desplazando de esta forma la responsabilidad del organismo o bien proceder a su desadjudicación con lo que sin más recaería sobre éste organismo la responsabilidad por los daños causados”, la transcripción expuesta es casi una confesión del demandado en cuanto a la responsabilidad que le compete en el caso de marras y descarta los argumentos de

dicha parte en su responde como eximente de responsabilidad toda vez que la misma era admitida con anterioridad al inicio de la presente (el dictamen data del 8 de Agosto de 2000).

Así, interpuesta la demanda el 17.12.2002 recién luego del requerimiento elevado a la Honorable Legislatura del Neuquén, la accionada se presenta depositando el monto de la condena el 10.07.2006.

A.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la calidad de propietarios y ocupante de unidades funcionales afectadas a propiedad horizontal se acredita con los antecedentes reseñados y de ello, legitimados para ser acreedores y deudores conforme derechos y deberes derivadas de tal situación jurídica, por ser sustancial conforme lo enunciado por el nuevo Código Civil y Comercial en el Título V "PROPIEDAD HORIZONTAL" de su Libro Cuarto –DERECHOS REALES, aplicable a los presentes por expresa previsión de su artículo 7º.

Precisamente, el informe de dominio de fs. 35/37 da cuenta que, a pesar del tiempo transcurrido y la advertencia realizada por la juez de grado se ha mantenido en cabeza de la demandada la propiedad de la unidad funcional de la que provienen los fluidos, calidad por la que se le impone responder por los deberes relacionados al mantenimiento de la cosa de tal forma que ello no genere daño a terceros, y sin perjuicio de que el guardián u ocupante del bien concurra en la responsabilidad derivada de la conducta ilícita, habiéndose identificado en este último carácter al adjudicatario administrativo del bien, el Sr. Ricardo Oscar Tojo, todo ello conforme previsiones de los arts. 2046, 2047, 1973 y 1757 del nuevo C.Civil y Comercial.

B.- Que dentro de las reglas establecidas en el régimen de la Propiedad Horizontal, el artículo 2047 prohíbe "perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia" (inc. b) y "ejercer

actividades que comprometan la seguridad del inmueble" (inc. c), entendido ello todo en el marco más amplio, que es poder usar las unidades funcionales, obviamente, conforme el reglamento de propiedad horizontal (inc. a).

Se agrega en el inc. e) del art. 2046 la obligación dirigida al propietario de permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, también para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación.

A su vez, el art. 1757 contempla la responsabilidad por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, a la que califica como objetiva, señalando taxativamente que no deben considerarse eximentes la autorización administrativa para su uso; la norma que le sigue -1758- individualiza a los sujetos responsables, estableciendo la concurrencia del dueño con el guardián, y a este último como "quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella".

Todas estas previsiones, por cierto, son derivación de la regla axiológica que impone el deber general de no dañar, receptado en el principio *alterum nom laedere*, el que por sobre todas sus interpretaciones, no causar el daño comprende la de evitar que se produzca.

Este precepto fue afirmado en origen por algunos juristas paganos y luego por el pensamiento medioeval cristiano, supone un deber general de abstención que pesa sobre todos los individuos enderezados a que estos respeten los derechos absolutos y relativos (y toda situación jurídica relevante). A tal deber, no corresponde por contrapartida derecho subjetivo alguno -asunto que ha inquietado a algunos juristas-, pues es falso que, de forma inexorable, todo deber tenga por correlato un derecho. Por su lado Trigo Represas

reafirma el sentir dominante en nuestro país sobre que el alterum non laedare constituye el primer precepto jurídico y moral que debe respetarse en una sociedad civilizada (conf. Mónica Barrera, La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces, 16 de Julio de 2015 www.infojus.gov.ar Infojus Id Infojus: DACF150372).

Que prevista para supuestos especiales en el C.Civil la función preventiva del daño (art. 1067, art. 1071 -lesión a la intimidad-, art. 2499 -daño temido-, art. 2618 –inmisiones-; y en en las leyes N°13.512 -propiedad horizontal-, N° 22262 -competencia desleal- y N° 24240- defensa del consumidor, entre otros) en el nuevo código Civil y Comercial se produce un avance relevante cuando se enuncia su aplicación en forma general para todos los casos.

Regula el nuevo art. 1710 que es deber de toda persona, en cuanto de ella dependa:

a)evitar causar un daño no justificado;

b)adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c)no agravar el daño, si ya se produjo.

Y el art. 1711, que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, y sin exigir la acreditación de un factor de atribución a los fines de su procedencia.

También en estos casos se admite una legitimación amplia, por la que sólo se debe acreditar un

interés razonable en la prevención del daño -art. 1012-, regulando finalmente que la sentencia a dictarse debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1013).

Finalmente, el artículo 1973 del mismo cuerpo normativo, contempla bajo el título “Inmisiones”, enunciadas como aquellas molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, poniendo como limite, que no excedan la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Y que, según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación, debiendo en este último caso, ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

C.- A tenor del plexo fáctico y jurídico desarrollado, y sin perjuicio que el régimen de la propiedad horizontal para hacer cesar las infracciones dota al propietario o consorcio afectado de una acción urgente “que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local” (art. 2069 CCyC), anticipo la procedencia de la presente como “acción preventiva” (art. 1710/1711 CCyC.) asignándole el trámite dentro de la categoría de un proceso voluntario y urgente, por dirigirse a que la demandada cumpla con la obra que haga cesar en forma definitiva la ruina de un edificio destinado a viviendas familiares (Tira F 2, Módulo “F” del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier), como

consecuencia del paso de fluidos de la unidad de la que es propietaria (Departamento N° 9), a la del actor, situada en la planta inmediatamente inferior (Departamento N° 7), todo ello respetando las directrices establecidas en el expediente administrativo citado (4100-011237/2009-00004/2012).

Conforme a lo expuesto, el recurso de apelación habrá de prosperá, sólo que parcialmente.

A tal fin, en la etapa de ejecución de esta sentencia, la accionada podrá requerir todas aquellas medidas que estime necesarias hasta la culminación de la obra, inclusive obtener el deshaucio temporario del o los ocupantes, del o los inmuebles afectados que integran la estructura edilicia (Tira F 2, Módulo “F” del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier) y en particular los Departamentos 7 y 9, debiendo informar mensualmente sobre la evolución, a cuyo fin en la instancia de grado se procederá a notificarlos con adjunción de una copia de este pronunciamiento.

1.- Para decidir favorablemente la admisibilidad de esta acción preventiva y condena de hacer, considero acreditados el riesgo cierto de ruina que amenaza la construcción evidenciados por los daños actuales por indicar que los defectos constructivos e instalaciones existentes en el bien de la demandada poseen vicios o defectos de funcionamiento, situación que no han variado en lo sustancial a la fecha de interposición de la demanda; ello aún luego de los reclamos administrativos de larga data, el posterior trámite de la citada causa “TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2) e inútiles los arreglos que fueron realizados en la propiedad del actor según la sentencia dictada y la erogación realizada transcurridos más de 20 años.

Luego, si bien el posterior y más reciente planteo administrativo que derivó en actos durante los años

2012/2014, y revelarían que la accionada seguiría un proceder coherente con su deber de actuar de buena fe, enfocándose en la etiología del daño, sus consecuencias y necesidad de una oportuna reparación -que además fue justipreciada- conforme el último informe del 23.04.2014, llama la atención la absoluta inacción, que lleva al actor a interponer esta demanda el 06.11.2014.

Así, mientras el reclamo indemnizatorio y por reparación de los daños comprobados en la propiedad del actor requerirá de ser bilateralizado –y en punto a ello la acción no prosperará- son precisamente la información, situaciones relevadas, datos, conclusiones, dictamenes y, fundamentalmente, la modalidad de saneamiento para evitar la ruina del edificio, los que definen la innecesariedad de renovar o reeditar su debate en un proceso de conocimiento -aún de plazos acotados- debiéndose priorizar en los presentes el “hacer” dirigido a evitar que se concrete la amenaza o certeza futura de que los daños habrán de impactar no sólo en los intereses del actor, sino a las restantes unidades funcionales, por la cierta probabilidad de que se esté afectando la estructura de todo el edificio, con riesgo para las personas, además por la degradación del sistema eléctrico, y que en definitiva acabe en una mayor ruina si no se adoptan de manera inmediata las medidas eficaces a tal fin.

La particularidad es que, en el caso, el bien comprometido es “la vivienda destinado a uso familiar”, socialmente preciados y cuyo acceso enunciado en los art. 38, inc. k), 45 inc. 4) es objeto de especial y máxima tutela, que se integra con el derecho personal de propiedad reconocido en el art. 24, y al de gozar de una familia en el art. 46, y a la más amplia garantía del art. 14 bis de la Carta Magna Nacional.

Y no menos que el sujeto sometido al deber de prevenir el daño en tales bienes, sea el Instituto Provincial

de la vivienda y urbanismo de Neuquén, el que a tenor del art. 1 de la Ley N° 1043 fue creado como ente autárquico para funcionar como organismo descentralizado del área del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, con relevantes objetivos a cumplir que son enunciados en su art. 2°, entre otros: proveer soluciones y atender las necesidades de los sectores en situación de desamparo, a fin de permitir su acceso a la vivienda; regularizar la situación dominial de las viviendas adjudicadas y a adjudicar por parte de este Instituto, así como continuar con las acciones necesarias para el cumplimiento de los contratos ejecutados o en curso de ejecución, y/o toda otra vinculación jurídica originada en la actividad desarrollada por el mismo, con competencia y capacidad para realizar todos los actos administrativos y negocios jurídicos que sean necesarios para el desarrollo de sus fines y el ejercicio pleno de sus facultades como personas jurídicas de derecho público, con encuadre en las normas legales de la Nación y de la Provincia.

Así la urgencia que impone la obligatoria remediación no se encuentra disociada de los objetivos, fines, especialidad, profesionalidad y capacidad que detenta la entidad en la construcción de viviendas, cuando por un lado la edificación fue concebido por la misma accionada como un plan de vivienda para uso familiar.

Y también que, según las constancias de las últimas actuaciones administrativas, los propios funcionarios y expertos contratados, dictaminaron con certeza que de seguir el proceso de degradación de los bienes e instalaciones, se alterará incluso la situación que detentan los restantes propietarios y ocupantes del edificio, todo ello conforme haberse informado un incremento constante del daño que hace suponer razonablemente que lo llevará a su ruina de no abordarse inmediatamente la remediación de sus causas; y en

punto a ello, las pruebas colectadas en sede judicial lo habían avalado.

2.- En el caso, definida ya la legitimación, lo mismo cabe concluir en relación a los requisitos de procedencia de la acción preventiva, al confluir:

a)Una omisión antijurídica: Consistente en no haber realizado la demandada aquellas obras en su propiedad destinadas a evitar que continúe produciéndose el proceso dañoso constatado, así como el futuro y cierto agravamiento del estado del inmueble del piso inferior por filtraciones provenientes de aquel, con alcance a la ruina de toda la estructura. Máxime cuando era de su conocimiento, y en este sentido, fueron suficientemente claros los argumentos de la sentencia dictada donde se indemnizó al actor por los daños sufridos al comprobarse qué los originaba.

b)La amenaza: Si bien en el caso ya se verifica el daño en el bien del actor, existe la amenaza de que ello no sólo perdure sino incluso, se agrave, probabilidad objetiva informada por los profesionales especialistas (Ingenieros Aguilar y Skop), que además se extienda a objetos comunes de relevancia estructural del edificio, como son las columnas y lozas de hormigón armado, donde el hierro que es su fortaleza se encuentra sometido a la oxidación y corrosión, formando parte las últimas del piso y techo de las unidades funcionales.

c)La lesión a un interés: Como anticipara, se ha evidenciado que la omisión de la accionada se vincula inmediatamente con la amenaza de mayores daños para el futuro, atento a que los dictamenes justifican que se seguirá produciendo, sin descartar que alcance cosas comunes del edificio e impacto en otros departamentos linderos.

d)La posibilidad de detener la actividad: Los datos relevados, conclusiones y propuestas de abordaje tanto en sede judicial como administrativa, son suficientemente indicativos

de los actos necesarios para hacer cesar el estado de las cosas y, en la práctica, factibles de concretar atento la capacidad profesional y económica de la demandada frente al actor, como víctima, y parte más débil a los fines de acceder a la solución.

e)El factor de atribución: En el caso, y aún cuando no constituya un requerimiento, el Registro de la Propiedad Inmueble informa la calidad de propietaria del inmueble de cuyos vicios provienen los fluidos, con lo que se tiene por concretada la exigencia (arts. 1757 y 1758 del CCyC), condición que se ha mantenido invariable en el tiempo, al igual que la presencia de un tercero también advertido y objeto de análisis en la sentencia dictada en los autos “TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2), sobre el que se expresó: “…. resulta irrelevante que la posesión sea ejercida por el tercero citado, al menos en lo que hace a la responsabilidad de la demandada, ya que la misma contaba con facultades de inspeccionar la vivienda y en todo caso de proceder a la desadjudicación de la misma en el caso que tenedor precario no cumpliera las obligaciones a su cargo. A ello se suma que la demandada conocía el problema, al respecto basta considerar los diversos reclamos administrativos efectuados por el actor para obtener una solución, más aún conociendo el problema la demandada implícitamente admite su responsabilidad al disponer que se arbitren los mecanismos para que el adjudicatario del departamento 9 escriture a pesar del tiempo transcurrido”.

Con el análisis hasta aquí desarrollado, estimo superado el test de probabilidad respecto del deber de prevención del daño a cargo de la perseguida.

3.- Los antecedentes reseñados permiten tener por acreditado que mas allá de un interés –exigencia mínima en las acciones preventivas- el actor titulariza un derecho cuya procedencia resulta palmaria conforme a las normas citadas,

tratándose de una de las víctima del ilícito por omisión en que incurre la accionada, derivándose en cierta la amenaza de sufrir un mal mayor al ya constatado, pudiendo llega a la degradación total del bien, que se suma a la actual frustración de su destino por la imposibilidad de usufructuarlo.

Este derecho –más que verosímil- evidente y ostensible se integra con urgencia derivada de la amenaza de ruina acreditada.

Queda así habilitar un proceso en el que se otorga preferencia a la celeridad, confiriendo la tutela efectiva en tiempo útil de tal forma de evitar que se frustre un derecho palmario o líquido, con desplazamiento de la garantía de defensa en juicio, que se difiere en la impugnación posterior por vía de los recursos, quedando así asegurada la igualdad.

Por ello, aún cuando la doctrina y jurisprudencia han sostenido que planteos como el que nos ocupa sean sustanciados previamente, ello habrá de ceder frente al peligro cierto e inminente de que se concrete un perjuicio mayor y que se frustre la efectividad de la tutela; máxime dados los recaudos que justifican la orden para que se cumplan de manera inmediata y urgente aquellas obras necesarias para que, eliminando la fuente del daño, cese el estado de amenaza de la ruina del edificio, y cuya concreción estará a cargo la demandada, como sujeto pasivo legitimado en lo sustancial, en su carácter de dueño y autorizante de que la unidad funcional de la que se derivan los fluidos, sea ocupada por un tercero, y más allá de que éste eventualmente concurra en la responsabilidad por el ilícito (arts. 1757/1758).

Los arts. 58 y 59 de la Carta Magna Provincial aseguran la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la justicia mediante acciones expeditas y rápidas para remediar todo acto de acción u omisión de las autoridades

públicas o de particulares, en aquellos supuestos donde compruebe una lesión, o la amenaza actual e inminente, a derechos y garantías constitucionales, comprobándose en el caso su afectación y en los que la ilegalidad manifiesta radica en la injustificada omisión de realizar aquellos actos destinados a prevenir el daño o mitigar su agravamiento, conforme se lo impone con precisión a toda persona el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1710 y sgtes).

4.- En relación a la naturaleza misma de acción preventiva, su admisibilidad y modalidad de cumplimiento que aquí se decide es el resultado de flexibilizar los exactos alcances del principio de congruencia y el debido proceso adjetivo, como consecuencia también de haber ponderado la profesionalidad de la accionada en la actividad de construir viviendas –enunciada en su propia ley de creación- y su ilimitada existencia como entidad estatal tanto como su capacidad económica, mientras el actor es una persona humana, con una vida limitada tanto como la posibilidad que ha tenido de gozar de la vivienda que tenía destino el uso familiar, y el no menor antecedente de haberse visto obligado a instar en los últimos 14 años diversas causas contra la misma demandada, siempre bajo el mismo sustento fáctico: la acreditada omisión injustificada con amenaza de ruina del inmueble, aún en su conjunto.

III.- Es sabido que pretensiones como la aquí introducida y admitida, no constituyen una medida cautelar, sino un proceso de especialísimas características que se agota con su admisión, y quien más se ha aproximado a su conceptualización, Jorge W. Peyrano, en su obra “Medidas Autosatisfactivas” (Ed. Rubinzal Culzoni 2004) lo ha definido como “un procedimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable no siendo necesario entonces, la iniciación de una ulterior acción

principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma" (pag. 13).

Coincidimos con Hernan Martinez en su concepto sobre la jurisdicción voluntaria y, más aún, nos tientan los efectos a que refiere como "consecuencias de interpretar las autosatisfactivas como actos de naturaleza administrativa" (por ende, de jurisdicción voluntaria), pero creemos que no lo son. Dice Santiago Sentis Melendo: "No constituye ninguna confesión atrevida ni desfachatada el decir que yo no sé con calidad lo que es la jurisdicción voluntaria" y acota: "Al fin y al cabo, el problema me lo he planteado muchas veces; lo que ha sucedido es que no lo he podido resolver". Bien, a nosotros nos pasa lo mismo, sólo que ni siquiera han sido muchas las veces que nos lo hemos planteado. En realidad, nos parece acertado el método de clasificación y, por ende de conceptualización, que enuncia el siempre vigente Francesco Carnelutti. En lo que aquí resulta de interés, sólo recodaremos las diferencias entre la función represiva o preventiva que puede tener el proceso. Carnelutti comienza enunciando cómo cuando los intereses de los coasociados dejan de ser compatibles y colisionan se genera un peligro para la paz social pero no un daño, porque puede ocurrir que uno de los interesados tolere su insatisfacción, o que, entre ambos, medie un acuerdo. Pero ese "peligro" se convierte en "daño" (para la paz social) cuando, no mediando ninguna de aquellas hipótesis, los interesados pasan a ser contendientes. Allí, el conflicto de intereses se ha actualizado, ha estallado, se ha transformado en litis y la jurisdicción debe utilizar su herramienta típica (el proceso) de manera represiva, es decir, que de sofocar inmediatamente esa alteración de la paz social. Si el conflicto sólo existe en potencia (está latente, pero no ha estallado), la función del proceso puede ser preventiva de

la litis, es decir, puede operar para que la paz social no se dañada y exija salir a apagar el incendio. Los mecanismos predispuestos para actuar la función represiva del proceso reciben, en su conjunto, el nombre de procesos contenciosos y los predispuestos para actuar la función preventiva, se denominan procesos o actos de jurisdicción voluntaria. Ugo Rocco, quien sostenía que ”La diferencia entre jurisdicción verdadera y propia (contenciosa) y jurisdicción voluntaria está, por lo tanto, en esto: que la primera es verdaderamente jurisdicción, al paso que la segunda es “actividad administrativa”, criticó la posición de Carnelutti diciendo que “No es tampoco verdad que la distinción esté en esto, que la jurisdicción verdadera y propia tenga la finalidad de reprimir las violaciones del derecho, y la jurisdicción voluntaria la de prevenirlas. Hay, por el contrario muchos casos en que la jurisdicción verdadera y propia tiene la finalidad de prevenir la violación de los derechos (por. Ej., proceso de simple declaración de certeza, proceso cautelar o de conservación)”. Indudablemente, Rocco no reparó en que jamás Carnelutti habló de “… reprimir las violaciones del derecho” sino de reprimir el estado de alteración (daño) de la paz social componiendo la litis, como que tampoco se refirió a prevenir violaciones de derechos, sino de litis (conflictos intersubjetivos, actuales, de intereses). De allí que no sean incompatibles una y otra teoría, porque ningún desatino configura que el proceso contencioso (esto es, con función represiva) sea verdaderamente jurisdicción, y el proceso voluntario (aquel con función preventiva) de actividad –materialmente-administrativa. Lo cierto es que cuando se previene la litis por medio del ejercicio de esta actividad administrativa en cabeza de órganos del Poder judicial, dando eficacia jurídica a la voluntad privada (inter volentes) ya sea, simplemente, documentando dicha voluntad (vgr., protocolización de instrumentos), ya comprobando si se cumplen

todos los requisitos establecidos para que le sean otorgados efectos jurídicos (homologación de convenios), etcétera, el Estado interviniente en la formación de las relaciones jurídicas declarando la certeza en una forma característica y determinada, no de la existencia o inexistencia de las relaciones jurídicas (jurisdicción verdadera y propia o contenciosa), sino de la conveniencia o de la legalidad, o de la verificación de las condiciones establecidas por la ley, para que un acto cumplido o por cumplirse por los particulares. De ello puede concluirse que, en la función preventiva de la litis, cuando el Estado ejerce función administrativa por medio de los órganos del Poder Judicial, esa intervención es una conditio sine qua non para la producción de efectos jurídicos. Y es allí, justamente, en donde creemos que no encajan las medidas autosatisfactivas, y ello por la simple razón de que los efectos jurídicos –administrativos- no podrían cumplirse sin la intervención del órgano judicial, circunstancia que no se presenta en los ejemplos típicos de medidas autosatisfactivas. Efectivamente, el perturbador de la intimidad de otras personas puede cesar en su actividad sin la intervención de órgano judicial alguno; de la misma manera, los administradores de la sociedad pueden –en realidad: deben- permitir el examen de los libros a los demás socios sin que el juez decrete “las medidas necesarias”. … “Para distinguir los actos de jurisdicción contenciosa de los actos de jurisdicción voluntaria –dijo allí Chiovenda-, es necesario mirar a la sustancia más bien que a la forma. Cuando el magistrado no es llamado a suplir capacidades jurídicas defectuosas, y a cooperar en la formación de estados jurídicos, o al desarrollo del comercio jurídico, sino a actuar derechos, a comprobar y reparar la infracción de deberes jurídicos de partes frente a partes (inter nolentes), los mismos son de jurisdicción contenciosa” Con lo que hasta aquí se ha expresado, y con el compromiso de un estudio

profundizado, queda fijado el ascenso a una de las disyuntivas ¿Puede, desde esta posición, lograrse consecuencias prácticas tan importantes como las que destaca Hernán Martinez?. En realidad creemos que si, pero ello a condición de respetar a ultranza una serie de presupuestos; la evidencia del derecho, la urgencia de la tutela (la presencia de estos dos postulados hará que la medida sea de excepción), y la estructura monitoria. Es que nosotros creemos, y no de ahora, que hay realidades litigiosas que no soportan la pendencia, es decir, que no resisten todo un período de tramitación y requieren una respuesta inmediata. (Pag. 715/719) … La medida autosatisfactiva es para nosotros las sentencia que obviando (o, en su caso, difiriendo) el contradictorio (estructura monitoria) decide, de manera inmediata y con vocación de definitividad, sobre la insatisfacción de un derecho evidente. De allí que consideramos, al igual que Hernán Martinez, que estas medidas no admiten sustanciación; pero ello, no porque lo resulto no tenga carácter declarativo, sino porque entendemos que la declaración de un derecho evidente exime de toda tramitación (¿o será, acaso, menester discutir con los administradores el derecho de un socio a examinar los libros de la sociedad?). También admitimos que nacerán de la ley porque, necesariamente, los derechos serán evidentes en la medida que se conformen con una pauta rígida del ordenamiento jurídico objetivo que se demuestre incumplida (vgr. El derecho a la intimidad, el caso del futbolista Maradona que plantea J. Peyrano, etc) (Pag. 723)(Conf. Gustavo Alejandro Ríos, “Las medidas autosatisfactivas como proceso jurisdiccionales excepcionales caracterizados por dar respuesta inmediata a conflictos surgentes calificados por la evidencia de los derechos”, obra citada, “Medidas Autosatisfactivas”).

El proceso de cognición plena y exhaustiva resulta absolutamente incapaz de garantizar una tutela preventiva adecuada. Este modelo de proceso clásico es fiel

reflejo del modo como se concibió el rol del juez a partir de la revolución francesa. El juez sólo era la “boca de la ley” (Montesquieu), la función de las sentencias era sólo “declarativa” del Derecho, no admitiéndose que el juez diera órdenes. Este modo de ver las cosas subordinaba al Poder Judicial al Legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho. Tal concepción reflejaba la idea de una rígida delimitación de los poderes de intervención estatal en la esfera privada, respondía al temor a los excesos de cualquiera de ellos ya la certeza de que la “legalidad” aseguraría el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Sin embargo, casi doscientos años después se produce una reacción que sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII confía al juez la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa, razonable y eficaz dentro de lo que el sistema jurídico le permite hacer. Hoy no es concebible la función del juez limitada a la mera declaración del derecho sino que se admite su poder para dar órdenes, lo que ha aproximado la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona, regida por la tradición del “Common Law”. Sin embargo nuestra tradición jurídica es renuente a permitir la tutela preventiva, que involucra conferir al juez un rol que excede de la mera declaración del derecho. Adviértase verbigracia que ello resulta del propio texto del art. 1142 del Código de Napoleón, por el cual toda obligación de hacer o no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en pérdidas y daños. Sin embargo la tutela declarativa, precisamente porque no determina un hacer o un no hacer, resulta impotente para permitir la prevención del daño y principalmente la tutela de las nuevas situaciones jurídicas que en su mayoría poseen contenido extrapatrimonial. Todo esto revela que el sistema clásico no fue pensado para permitir la tutela preventiva, o más aún que la doctrina clásica no se

preocupaba por la tutela preventiva de los derechos, pues entendía que la única tutela contra el ilícito se constituía mediante la reparación del daño. Actualmente se ha destacado que prevenir el daño o su agravamiento constituye una de las funciones más excelsas del sistema jurídico y que si es imprescindible una tutela preventiva también es necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela. Vale decir: es preciso contar con un procedimiento ágil, adaptable a la urgencia inherente al caso y que culmine con una sentencia que ordene bajo pena de multa y que admita una tutela jurisdiccional anticipatoria de igual naturaleza. Se trata de una tutela que mira siempre hacia el futuro (Mabel De los Santos, El amparo y la medida autosatisfactiva como vías procesales para la prevención del daño, en Rev. de Der. Proc., Nº 2, p. 377 y ss, Edit. R. Culzoni, oct de 2002).

IV.- Que conforme a las consideraciones expuestas, haciendo lugar parcialmente al recurso interpuesto y en la misma medida admitida la acción preventiva en el contexto de un proceso voluntario y urgente, se condena a la accionada a que dentro del plazo de ciento ochenta (180) días de notificada la presente cumpla con la obra que haga cesar en forma definitiva el proceso de ruina al que afecta el edificio destinado a viviendas familiares identificado como Tira F 2, Módulo “F” del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier, como consecuencia del paso de fluidos de la unidad funcional de la que es propietaria (Departamento N° 9), a la del el actor (Departamento N° 7) situada en la planta inmediatamente inferior, todo ello respetando las directrices establecidas en el expediente administrativo citado (4100-011237/2009-00004/2012) y las reglas del arte, así como, asumiendo la totalidad del costo o gasto que ello requiera.

A tal fin, en la etapa de ejecución de esta sentencia la accionada deberá informar entre los días 1 a 5 de cada mes sobre la evolución de la obra, pudiendo requerir todas aquellas medidas que estime necesarias, inclusive obtener el deshaucio temporario del o los ocupantes de las Unidades funcionales o Departamentos de la edificación, en particular los Departamentos N° 7 y 9, a quienes también se les notificará la presente sentencia en la instancia de grado y a la demandada con adjunción de las copias de la demanda y documental en el domicilio real denunciado, todo ello a cumplirse en la instancia de grado. Debiendo restituirse al actor los seis sobres cerrados consignados como pliego declaración testimonial.

V.- Atento a la forma en cómo se decide, las costas se imponen a cargo de la condenada en su carácter de deudora de la obligación de hacer dirigida a hacer cesar el daño (art. 68 del CPCyC).

VI.- Regúlanse los honorarios profesionales del Dr. ..., por la actividad cumplida en su calidad de letrado patrocinante del actor en la suma total de $7.400, tratándose de un proceso voluntario sin valor determinado o determinable (arts. 6, 7, 9, s.s. y c.c. Ley 1594).

A fs. 75: Estese a la sentencia que antecede.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto de conformidad a lo explicitado en el punto IV de los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la condenada en su carácter de deudora de la obligación de hacer dirigida a hacer cesar el daño (art. 68 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., por la actividad cumplida en su calidad de letrado patrocinante del actor en la suma total de PESOS SIETE MIL CUATROCIENTOS ($7.400), tratándose de un proceso voluntario sin valor determinado o determinable (arts. 6, 7, 9 y s.s. y c.c. Ley 1594).

4.- Al escrito de fs. 75, estese a la presente resolución.

5.- Disponer que se cumpla en la instancia de grado con las notificaciones dispuestas en el punto IV y la devolución al actor de los sobres cerrados.

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA