000013/2012

Comodoro Rivadavia, de junio de 2012.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

Estos autos caratulados: **"B., V. H. c/I. S.A. s/SUMARISIMO Art. 252 inc. 2° Ley XIII N° 5 -Anexo A", Expte. N° 13/2012,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 2, Secretaría N° 4 (Expte. N° 206/2011).-

I.- Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs.91 contra la sentencia interlocutoria N° 101/11 de fs.86/87 y a fs. 90 los letrados apoderados de ésta por su propio derecho contra la misma resolución y respecto a los honorarios regulados.

A fs.94/96 expresa agravios la actora recurrente y afirma que le agravia que el a quo haya tenido por allanada a la demandada respecto a la demanda por ella interpuesta, por cuanto tal acto unilateral no ha satisfecho las pretensiones reclamadas por su parte.

Así sostiene que las pretensiones de la demanda no han sido satisfechas en su totalidad, por cuanto la demandada ha utilizado materiales usados para la construcción del muro divisorio.

Señala que yerra el juez a quo al entender que la actora puede efectuar sus convide-raciones sobre la calidad del muro construido en otro juicio de mayor amplitud probatoria, por cuanto el principio procesal de cosa juzgada que rige en estos procesos lo impide.

A fs.98 la parte demandada contesta los agravios.

En uso de las facultades otorgadas por el ordenamiento procesal, a fs.104 se dispone, en esta Alzada, la realización de una prueba pericial de especialidad ingeniería. En consecuencia, el Perito es designado a fs.107 y a fs.109 presenta su informe, del que surge que el muro divisorio se encuentra construido con material nuevo y usado en buen estado, de calidad aceptable que debería estar revocado.

Corrido el traslado de ley a ambas partes, éstas no efectúan ninguna observación a la pericial, con lo que queda el trámite en estado de resolver.

II.- Por ello, en forma preeliminar, corresponde efectuar un breve detalle de las actuaciones cumplidas. Así, surge que la actora ha iniciado el presente trámite a fin de que la demandada a) demuela las obras iniciadas en la parte que afecta o perturba su posesión, y b) se ejecuten las obras para volver las cosas al estado anterior.

Así a fs.78 detallo la actora los trabajos que debía realizar la demandada.

Corrido el correspondiente traslado de ley, a fs.70 toma participación la parte demandada y se allana a las pretensiones de la actora y, a fin de dar cumplimiento a lo requerido por ésta, acompaña acta notarial que trascribe. Seguidamente, pero en el mismo escrito, la demandada manifiesta que su parte se allano a la pretensión de la actora en cuanto a construir el muro divisorio nuevamente, sin poder revocarlo ni rellenar la zanja, o retirar la columna, por cuanto la actora le niega el paso para poder trabajar.

A fs.73/74, la actora afirma que el allanamiento ha sido parcial y no total, por cuanto la demandada no ha cumplido al no construir el muro que

destruyó, conforme las reglas del arte de la construcción y tal cual fuera pedido en el escrito de inicio.

En esta oportunidad la actora señala que el demandado construyó el muro, pero utilizó a tal fin el mismo material con que había construido el anterior. Por ello, no satisface las pretensiones a las que se allanó.

A fs.77 la parte demandada señala que si ha utilizado pedazos viejos del muro, en la construcción del nuevo es porque los mismos servían a tal fin. A fs. 81 el juez a quo dispuso la apertura a prueba del trámite y la realización de una inspección ocular en la obra, la cual se realiza conforme surge del acta agregada a fs. 82.

A fs.86/87 el juez a quo, mediante sentencia interlocutoria resuelve que en atención al allanamiento efectuado por la demandada, la naturaleza y contenido de la pretensión incoada por la actora y el reconocimiento de lugar efectuado por el juzgado, corresponde hacer lugar al allanamiento, implicando éste, un sometimiento voluntario a la pretensión del actor, entendiendo que conforme la naturaleza sumarísima del trámite, no corresponde ingresar al análisis de cuestiones tales como la propiedad de los materiales utilizados para construir el muro medianero.

Contra esta resolución se alza la actora.

III.- Dos son las cuestiones que corresponden dilucidar a fin de resolver el presente caso, primero, cuál es el objeto de la acción intentada por la actora recurrente y, segundo, si el allanamiento del demandado, resulta útil a las pretensiones de la actora. Sólo así podrá concluirse si la sentencia de la instancia de grado es ajustada a derecho o no.

Ambas partes son contestes en el alcance y naturaleza de la acción intentada, no resultando esto motivo de controversia ni agravios, por lo que ha quedado firme el sometimiento de la acción a las pautas dadas por el interdicto de obra nueva.

De ahí que podemos colegir la necesidad, para la procedencia de este remedio precautorio, de la concurrencia de dos requisitos: que la obra esté comenzada (arts. 2498 y 2499, Cód. Civil), o sea, que se encuentre en estado de ejecución; y que a raíz de la ejecución de la obra nueva, la posesión de la actora sufra un menoscabo.

De las constancias de autos, surge, que al momento de la iniciación de la presente demanda la construcción se encontraba en ejecución y obligó a su suspensión, por lo que se configura uno de los dos requisitos (art. 625, 1°. Parte del CPr. [DJ]).

A continuación, la norma (2ª parte) no proporciona una pauta rígida para determinar la admisibilidad del interdicto de obra nueva, sino que la apreciación de cuando la obra se halla próxima a su terminación debe efectuarse prudencialmente, de acuerdo con las particularidades de cada caso. En autos, la obra cuya detención y demolición se requiere, es el muro divisorio de ambos inmuebles cuya posesión detenta la actora.

Coinciden las partes en que debe reconstruirse el muro divisorio destruido o modificado por la parte demandada, no coinciden en si los trabajos efectuados son los pretendidos por la actora en su escrito de demanda o no, básicamente, difieren en la calidad del muro divisorio reconstruido por la demandada.

Claramente surge del escrito de expresión de agravios que la actora no esta conforme con los materiales utilizados por la demandada a fin de cumplir con la pretensión contenida en la demanda, en atención al allanamiento de ésta. Partiendo de tal disconformidad, entiende que el allanamiento no ha sido total sino parcial.

Ahora bien, en miras a la naturaleza del trámite sumarísimo iniciado por la actora, y las pruebas efectivamente rendidas en autos –especialmente la pericial de ingeniería-, tal oposición a los materiales utilizados por la parte demandada, aparece, insistimos, en el marco procesal elegido por la actora, como un abuso del derecho.

La teoría del abuso del derecho, entra en juego cuando alguna de las partes de una relación jurídica, utiliza una prerrogativa o facultad brindada por el legislador, con un uso distinto al fin tenido en vista por el mismo. Toda institución tiene un destino, que constituye su razón de ser y contra la cual no es lícito levantarse; cada derecho está llamado a seguir una dirección determinada y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente (ver Cárdenas, Kelmemajer de Carlucci, Lavalle Cobo, Smith, "Código Civil", t. 5, Astrea, 53).

En la misma línea se lee que: “El interdicto de obra nueva no resulta admisible cuando las cuestiones litigiosas se refieren al lugar en que fue construido el muro divisorio o a una supuesta invasión de terreno invocada por los accionantes, controversias estas que, dada la limitación de la vía procesal intentada, tienen reservadas otros procesos específicos, caracterizados por un debate más amplio y, por ende, un mayor ámbito de conocimiento” (cf. Falcón,

Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado, Concordado y Comentado", ed. Abeledo-Perrot 1986, T. IV, págs. 53/9, coment. art. 619, & 9.2 a 9.9, con abundante cita jurisprudencial; Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", ed. Abeledo-Perrot 1982, T. VII, págs. 56/7, & 943-c y citas), a igual conclusión puede arribarse cuando lo que se pretende es discutir la calidad de los materiales utilizados en el cumplimiento de la reconstrucción de la obra nueva, demolida o destruida, como en el caso de autos.

No obstante, a fin de aclarar, en el presente caso al no haberse sometido al juzgado de grado la acumulación accesoria y eventual de la acción contenida en el art. 1136 y concs. del C.C. (posibilidad admitida por autores del prestigio de Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce en “Códigos...”, t. VII, p. 105 y a la que se le oponen, v. gr., Fassi y Falcón, tal como señala este último en “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, ed. Rubinazal Culzoni 2007, t. VI, págs. 153/4, ps. c) y d), no permite avanzar en el tratamiento de dicha cuestión.

Por ello, corresponde observar, que el objeto de la acción así definido a fs.41, precisó que se condene al demandado a destruir el muro construido en invasión de la medianera y la restitución de las cosas al estado anterior, cuestiones que, a tenor del reconocimiento de lugar efectuado por el juzgado, como asimismo la prueba pericial agregada a fs.109, se encuentra cumplido.

Es que si los trabajos pretendidos y detallados por la actora a fs.46, tales como el revoque del muro medianero y el rellenado de la zanja, no se encuentran concretados por la demandada, conforme surge expresamente sostenido por ambas partes a fs.59, 70, 73

vta. y 77, esto se debe a la actitud adoptada por la actora quien, expresamente, impidió el ingreso del personal de la demandada a cumplir con el trabajo, por encontrarse disconforme con los materiales utilizados para construir el muro medianero.

En tal sentido, que no se encuentren satisfechos los trabajos requeridos por la actora en su totalidad, por la propia actitud de ésta, no significa, atento el allanamiento del demandado, que deberán ser cumplidos en los términos indicados. Ello así, por cuanto el allanamiento, entendido como reconocimiento de la pretensión de la contraparte, ha sido homologado en autos y adquirido fuerza de ejecutoria.

Por las razones expuestas, el recurso de la actora será rechazado, con costas, procediéndose a regular honorarios por los trabajos efectuados en esta instancia, conforme las pautas brindadas por el art. 13 de la Ley XIII N° 4, que rige la materia.

IV.- Ahora bien, en cuanto a la apelación de honorarios efectuada por los letrados de la actora, por considerar que se ha omitido la aplicación de la normativa específica en materia de interdictos judiciales (art. 31 ley XIII N° 4) ni se ha cumplido con el procedimiento previo establecido por el art. 22 de la mentada ley, corresponde adelantar que les asiste razón.-

Es que, teniendo en cuenta la naturaleza que reviste el presente trámite, interdicto de obra nueva, asiste razón a los apelantes en tanto señalan la procedencia de la aplicación de los arts. 31 y 22 de la Ley XIII N° 4, a fin de determinar, en primer lugar el monto del proceso y posteriormente regular los honorarios de los profesionales intervinientes, mediante los cálculos matemáticos correspondientes teniendo en

cuanta la base regulatoria establecida numéricamente y demás pautas generales de la ley arancelaria.-

Las sumas reguladas por el a quo no han sido dispuestas dentro del marco normativo expuesto, en este entendimiento las críticas efectuadas habrán de prosperar.

Por todo lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs.90 y disponer, que en la instancia de grado, se corra vista a los profesionales y al obligado al pago de los honorarios para que en el plazo de 3 días estimen el valor del bien objeto del interdicto, (art. 31 y art. 22 de la Ley XIII N° 4).-

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que aún cuando no se ha determinado el monto del proceso, procede regular los honorarios profesionales en términos porcentuales de conformidad con lo prescripto por el art. 46 de la Ley XIII N° 4. Teniendo en cuenta la labor de los letrados en primera instancia, la actividad desarrollada, éxito obtenido, situación económica de los obligados al pago y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles, regúlanse los honorarios profesionales de los Dres. F. A. V., E. M. A. y D. O. H., conjuntamente en el 12% y los honorarios del Dr. S. E. T. en el 9% de la suma que resultare monto del proceso, una vez efectuado el procedimiento referido en el considerando que antecede.-

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

**RESUELVE:**

1).- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.91 y confirmar la

sentencia de grado, haciendo lugar al allanamiento de la demandada, conforme considerandos respectivos.-

2) Hacer lugar al recurso interpuesto a fs.90 y ordenar que en la instancia de grado se corra vista a los letrados apelantes y a la parte demandada obligada al pago de los honorarios para que en el término de tres días estimen el valor del inmueble identificado como obra nueva.-

3) Regular los honorarios profesionales correspondientes al trabajo efectuado en primera instancia, a los Dres. F. A. V., E. M. A. y D. O. H., conjuntamente en el 12% y los honorarios del Dr. S. E. T. en el 9% de la suma que resultare monto del proceso una vez efectuado el procedimiento referido en el considerando respectivo.-

4) Costas de la alzada y por el recurso que se rechaza, a la actora vencida, regulando los honorarios de los Dres. F. A. V., E. M. A. y D. O. H., conjuntamente en el 25% y los honorarios del Dr. S. E. T. en el 25% de los que correspondan a la instancia de grado.-

5) Regístrese, notifíquese y devuél-vase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, y concordar en la solución del caso (Ley 17 N° V del DJPCh).-

**REGISTRADA BAJO EL N°  DEL AÑO 2012**

**DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS**