

ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO A LA ACCIÓN DE OBRA NUEVA Y LA OBRA VIEJA O RUINOSA

Por Gabriel B. Ventura *

SUMARIO:

I- INTRODUCCIÓN. II- EL ATAQUE A LA POSESIÓN. III- EL ATAQUE POSESORIO EN LA OBRA NUEVA. IV- EL ARTÍCULO 2499 C.C. - EL MENOSCABO POSESORIO EN EL ATACADO Y EL BENEFICIO DEL ATACANTE. a) MENOSCABO PARA EL ATACADO. b) BENEFICIO O VENTAJA PARA EL ATACANTE. V- OBRA VIEJA O RUINOSA

I- INTRODUCCIÓN

Entre todos los conflictos que de por sí genera ya la posesión, respecto de su naturaleza y efectos, sin dudas el que más doctrina controvertida ha generado es el que atañe al fundamento mismo de su protección¹.

· Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

¹ IHERING, Rudolf V.; "Teoría de la Posesión – El Fundamentos de la Protección Posesoria". Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1892, pág. 1; dice: "Cuando una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho, la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado a un acuerdo unánime respecto de sus motivos".

Pero no escapan al conflicto la regulación concreta de las acciones que la tutelan en los diversos Códigos Procesales, y los pronunciamientos judiciales, que niegan o afirman, según los casos, las legitimaciones tanto activas como pasivas.

Sin embargo, el verdadero grado de confusión llega a su plenitud cuando, dentro del esquema de Vélez al regular las acciones posesorias, ingresa a su vez la acción de obra nueva en sus dos versiones. Es decir el ataque por obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que sean del poseedor, artículo 2498 C.C. (supuesto que los romanos conocían como “in meo”) y ataque por obra nueva que se comenzare a realizar en terrenos que no son del poseedor, artículo 2499 C.C. (“in suo”).

Para más, al Código originario de Vélez, ya controvertido en materia posesoria, le tocó recibir agregados que aumentaron las divergencias. Así recordamos el párrafo añadido al artículo 2355, que pretendió transformar en legítima la posesión mediante boleto de compraventa inmobiliario, cuando el poseedor fuere de buena fe. De allí se derivó a la desacertada idea de que el boleto de compraventa pudiera ser justo título a los fines de la usucapión decenal y otros tantos desatinos. Si bien el desacierto legislativo, en este punto, ya ha sido superado doctrinariamente, se generó sin embargo un grado de confusión tal que todavía aparecen algunos fallos y autores que no se resignan a ver en el dispositivo un dislate legal, con toda la inseguridad jurídica que de esta situación deviene.

Igualmente en materia de acciones posesorias se formula el agregado al artículo 2499, por la ley 17711, que también será objeto concreto de nuestro análisis. Esta modificación, en efecto, en nuestra opinión, amén de contradecir abiertamente lo sentado en la regulación de los daños causados con las cosas, tira por tierra la didáctica claridad del principio generado en el artículo 2497 del C.C. que, sin dudas, clarifica la idea misma de lo que debe entenderse por ataque a la posesión.

II- EL ATAQUE A LA POSESIÓN

Como una primera aproximación a nuestro desarrollo deseamos dejar contundentemente aclarado que no creemos que ninguna acción posesoria puede iniciarse sin que se haya producido un ataque a la posesión misma o a las ventajas que de ella devienen. Si la agresión no tiene por fin hacerse poseedor o mejorar la posesión del atacante, simplemente habrá un daño, reparable por vía de la acción indemnizatoria. Es lo que expresamente surge del artículo 2497 del Código Civil. Lamentablemente este pronunciamiento legal solo aparece en el marco de la acción de manutención. Justamente por el hecho de que frente a esta acción y su correlativo ataque, no hay pérdida de la posesión, el legislador ha creído conveniente reforzar la idea de lo que debe considerarse un ataque posesorio, ya que se podría llegar a confundir éste con un simple daño ocasionado al poseedor, cuando el atacante no tiene la intención de desposeer o de privar de alguna ventaja posesoria al atacado.

Estimamos sin embargo, que debería haber quedado claro que todas las acciones posesorias solo corresponden en la medida en que el ataque sea contra la posesión del actor, y no cuando la intención del atacante no fuere la de efectuar actos posesorios sobre el bien ocupado por el actor.

Además, en nuestra opinión, el ataque a la posesión quedaría incompleto si no agregáramos, tal como hicimos en el párrafo precedente, que también resulta un ataque posesorio el supuesto en el que se priva o se podría privar al poseedor de alguna ventaja proveniente de la posesión. Esto a su vez evoca todos los derechos y obligaciones inherentes a la misma, regulados a partir del artículo 2416 del C.C. Así, por ejemplo, la privación del ejercicio de las servidumbres activas, según lo sentado en el artículo 2421

C.C., aunque no será frecuente, constituirá un típico ataque posesorio. Daremos otros ejemplos más adelante².

Para nuestra posición pues, la norma general del artículo 2497, que exige la pretensión posesoria del atacante, es un dispositivo genérico aplicable a todas las acciones posesorias. Debería haber estado entre los postulados generales junto a la prohibición de obrar de propia autoridad (2468 C.C.). Este presupuesto, la intención de ejercer actos posesorios u obtener una ventaja posesoria para el atacante y un menoscabo correlativo, también posesorio, para el atacado, será de aplicación para todo el título, y aún al analizar la procedencia de las acciones reales.

En todos los casos, en efecto, cuando el ataque no intenta privar de la posesión, debe repercutir en una mengua de las “ventajas posesorias” para el atacado y en un beneficio, también posesorio, para el atacante. No compartimos, como veremos más adelante, que no sea menester como requisito para hacer procedente la acción, el beneficio posesorio para el atacante. La sola exigencia del artículo 2497, cuando dice que si el acto no tuviese por fin hacer poseedor al que lo ejecuta deberá procederse por la acción de daños y perjuicios, determina que siempre el demandado deberá obtener una ventaja posesoria.

III- EL ATAQUE POSESORIO EN LA OBRA NUEVA

Respecto de la acción posesoria de recuperar y la de manutención (arts. 2487 y 2495 C.C.), así como de las policiales de despojo e innominada de manutención (arts. 2490 y 2469 C.C.) la necesidad de que el ataque sea efectivamente a la posesión, resulta incuestionada. Se exige la intención de desposeer para la manutención en sus dos versiones (2496), y la desposesión efectiva en los supuestos de desposesión y despojo (2487).

² VENTURA, Gabriel B.; “Derechos y Obligaciones del Poseedor de Inmuebles”, en “Liber Amicorum”, en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, Tomo I, pág. 649.

La expresa norma del artículo 2497, que priva de la acción de manutención al simple damnificado, y la pérdida de la posesión en el caso de la acción de recobrar, clarifican la situación de manera palmaria. Pero, lamentablemente, no ocurre lo mismo respecto de la acción de obra nueva, tanto sea en su versión de ataque por construcciones efectuadas en terrenos que son del poseedor (“in meo”), supuesto consagrado en el artículo 2498, como cuando consiste en construcciones que se comenzaren a efectuar en terrenos que no son del poseedor (“in suo”) regulado en el artículo 2499. En estos supuestos no aparece norma que aclare la situación.

Sin embargo, no pueden quedar demasiadas dudas que al comenzar a ejecutarse obras en terrenos que son del poseedor (2498) hay una verdadera invasión que hace patente el ataque posesorio; pero en el supuesto de la obra ejecutada en terrenos que no son del poseedor, aparece la duda ante la falta de manifestación expresa de la aplicación, también en estos supuestos, del artículo 2497 del C.C. exigiendo la intención posesoria en el ataque³.

Entendemos que la sola remisión de las normas, nos referimos a los arts. 2498 y 2499, al despojo y a la turbación, debería sin más evocar toda la regulación de las acciones respectivas, incluido el artículo 2497 del Código Civil que de nuestra parte hacemos aplicable; sin embargo no ha ocurrido así para algunas interpretaciones.

Por ello han aparecido posturas doctrinarias, que de nuestra parte no compartimos, y que confunden las cosas en grado sumo, a pesar de los esfuerzos del legislador por evitar que esto suceda. Así, hay quienes consideran que no es menester un menoscabo posesorio en el atacado, sino

³ No creemos que en la acción de manutención común, el beneficio posesorio para el atacante no sea exigido, como sostiene LAFAILLE; todo lo contrario, la intención de ejercer actos posesorios que requiere la norma del 2496 supone justamente dicha consecuencia, pues que significará una mayor dimensión de la posesión o más libertad en la misma. En efecto, el citado autor, cuando se refiere a la exigencia del beneficio para el agente, pero ya en el ámbito del artículo 2499 C.C., expresa “Este nuevo requisito, *que no se encuentra en la acción de mantener*, no parece justificado, ya que sería suficiente la condición anterior (se refiere al menoscabo en la posesión del atacado) para explicar el interés en el demandante”. (Hemos resaltado con bastardilla el párrafo que nos interesa). Ver LAFAILLE, Héctor; “Derecho Civil – Tratado de los Derechos Reales”, Ed. Ediar, Bs.As. 1943, Tomo I, pág. 327.

que bastaría con un simple daño. Usamos la locución “simple daño”, expresamente para hacer hincapié en que este ataque haría procedente la acción de daños y perjuicios y no una acción posesoria, tal como lo determina el artículo 2497 del que veníamos hablando. No es que sostengamos que el poseedor en tal caso, quede desprotegido; a él le competará la acción fundada en el artículo 1109 del Código, bien alejada como se ve, de una pretensión posesoria⁴.

IV- EL ARTÍCULO 2499 C.C. - EL MENOSCABO POSESORIO EN EL ATACADO Y EL BENEFICIO DEL ATACANTE

Como puede advertirse, la norma que más dudas deja en relación a lo que debe entenderse por ataque posesorio, es la que prevé la acción de obra nueva como manutención por construcción o destrucción de obras que se comenzaren a hacer en inmuebles que no sean del poseedor.

De nuestra parte reiteramos, y ello es general para todas las acciones posesorias, siempre debe haber intención de desposeer: sea por privación directamente de la posesión, sea por la privación de algunos de los derechos inherentes a ella. En fin, para que el perjuicio sea de tipo posesorio, es decir el supuesto de hecho típico para hacer procedente las defensas posesorias, forzosamente se darán dos consecuencias: un menoscabo o perjuicio posesorios para el atacado, y un beneficio o ventaja posesorios para el atacante. Vélez fue clarísimo en estos pronunciamientos. Veamos por separado cada una de estas consecuencias exigidas por las normas:

a) MENOSCABO PARA EL ATACADO: Obviamente nos referimos, tal como hemos venido exponiendo, al perjuicio que sufrirá el poseedor tutelado por el dispositivo, frente a la culminación de la obra o la destrucción

⁴ LAFFAILLE, Héctor; Id. Nota anterior, pág. 327. Dice: “...- Extremo necesario, porque de otro modo, faltaría interés para demandar - y tampoco estaríamos dentro del artículo 2495, cuando define la ‘turbación’”.

de las construcciones existentes. El atacante pues, se encuentra construyendo una obra que privará de derechos inherentes a la posesión. Un buen ejemplo de lo dicho será el caso en que el vecino colindante se encuentra cerrando una ventana que da aire, luz y vista al inmueble del atacado en virtud de una servidumbre convenida. En tal caso, por imperio del artículo 2421 del Código Civil, correlativo del 2419, la posesión del atacado sufrirá la privación de la ventaja real que le significaba la servidumbre. Merced a la previsión normativa, el actor podrá, en tal caso, iniciar una acción de obra nueva por turbación en la posesión.

b) BENEFICIO O VENTAJA PARA EL ATACANTE: Es imprescindible para encontrarnos en el ámbito de las acciones posesorias o policiales, que del accionar del atacante provenga una ventaja en su posesión; caso contrario, como hemos dicho reiteradamente, nos encontraríamos en el ámbito de la simple acción por daños. Así, en el mismo ejemplo que hemos dado, el cerramiento de una ventana que provee de aire y luz previamente convenida como servidumbre, la posesión del atacante tendrá la ventaja posesoria, en caso de concretarse la obra, de evitar la limitación de su posesión; hasta podría techar la zona de ubicación de la ventana. La liberación en los hechos, del gravamen que lo sometía, constituye sin dudas, la ventaja posesoria que aleja por completo este ataque de un simple daño. Otro ejemplo ilustrativo, y quizás más frecuente, lo puede constituir el hecho del cerramiento de un paso, sujeto a servidumbre, o la obstaculización del mismo, angostando el ancho o entorpeciendo su recorrido con sembrados u otras ocupaciones. Sin dudas la ventaja posesoria para el atacante aparece prístina si puede llegar a sembrar en el terreno que antes debía dejar libre para el paso del titular activo de la servidumbre, que resulta ser el agredido posesoriamente mediante ese accionar.

Fundamos nuestra posición, es decir la exigencia del beneficio posesorio del atacante y el perjuicio posesorio para el atacado, en la

expresión técnica usada por el legislador al final del primer párrafo del artículo 2499 C.C. cuando exige que la posesión del atacado "... sufriere un menoscabo". No creemos que el cuidado por parte del legislador, de no usar la palabra "perjuicio", haya sido casual. Estimamos que lo hace justamente para alejar la idea de una defensa posesoria cuando solo hubiere un daño. Es decir que, amén de aclarar expresamente que no hay acción posesoria cuando solo hay daño en el 2497, luego toma el recaudo expreso que estamos remarcando, para lo cual se refiere a "sufrir menoscabo que ceda a favor de quien ataca". Por ello remarcábamos el afán del codificador para evitar la confusión que, sin embargo, como se ve, no se logró totalmente.

Esta opinión nos obliga a disentir con Segovia cuando, anotando el artículo 2499 C.C. (el 2501, en los tiempos de Segovia), expresa que "Lo que caracteriza la procedencia de la acción no es precisamente el beneficio que resulte al que ejecute la obra nueva, sino (sic) el perjuicio que cause al inmueble vecino, pues de otro modo el poseedor no tendría en que fundar su acción. *Sans intérêt point d'action*."⁵ Con esta opinión, compartida igualmente por Highton, no se puede justificar la inclusión de la norma en el título "De las acciones posesorias"⁶. Ya hemos dejado sentado que siempre el atacante procura un beneficio posesorio. Por otra parte creemos que el sólo hecho de exigirse la ejecución de actos posesorios, conforme a la norma del artículo 2496 que exige el ejercicio "con intención de poseer", ya basta para advertir el beneficio posesorio que, para sí, procura el atacante.

Por idéntico motivo tampoco acordamos con Musto, cuando explica que, para la procedencia de la acción de obra nueva en terrenos que son del poseedor afectado, "... es irrelevante que se cause un perjuicio al poseedor o que la obra implique un beneficio para el innovador"⁷; y luego, al referirse a la acción cuando la obra se realizare en terrenos que no son del poseedor,

⁵ SEGOVIA, Lisandro; "El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Tomo 2, Ed. Coni, Bs.As. 1881, pág. 71, nota 91.

⁶ HIGHTON, Elena I.; "Derechos Reales", "La Posesión", Ed. Ariel, Bs.As. 1979, Vol 1, pág. 276.

⁷ MUSTO, Jorge N.; "Derechos Reales", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, Tomo I, pág. 442-443.

al igual que Segovia, agrega que "... el hecho de que la obra '*cediese e beneficio del que ejecuta...*' no es a nuestro juicio indispensable"⁸.

Estamos de acuerdo, en cambio, con Salvat, quien agrega otros ejemplos interesantes a los que hemos puesto. Dice el citado autor que el menoscabo aludido en la norma del 2499 podría consistir en el desvío de agua que naturalmente deba llegar al fundo del poseedor, y merced a dicha obra las aguas serán aprovechadas por el atacante. Surge claramente del ejemplo de Salvat, el menoscabo o desmedro de prerrogativas posesorias del actor, y al mismo tiempo la ventaja del autor de la obra⁹. Cita además muchos casos jurisprudenciales en los que se ha resuelto sobre la improcedencia de la acción a causa de la falta de alguno de los elementos citados, la ventaja para el autor y el menoscabo posesorio al poseedor¹⁰.

También López de Zavalía remarca la necesidad del beneficio al atacante. "(...) Entendemos –dice el prestigioso jurista tucumano– que lo de *cediese en beneficio* debe entenderse con la inteligencia de que se diera un quid productor de una controversia de posesión, lo que se encuentra en armonía con la norma del artículo 2497, primer precepto"¹¹.

VI- OBRA VIEJA O RUINOSA

Como habíamos dicho al comienzo, el esquema de Vélez en materia posesoria, lejos de haberse clarificado por la reforma de la ley 17711, se ha visto complicado en grado sumo. En el tema de las acciones posesorias esta ley agrega al artículo 2499 del Código, un párrafo en el que se expresa: "Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes

⁸ MUSTO, Néstor J.; Ob.cit. pág. 444. También LAFAILLE, Héctor, Ob.cit. pág. 327 y MOISSSET DE ESPANÉS, Luis; "Clases de Derechos Reales", Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, pág. 176.

⁹ SALVAT, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino – Derechos Reales", Ed. TEA, Bs. As. 1961, Tomo I, pág. 404.

¹⁰ SALVAT, Raymundo M. Ob.cit., pág. 405.

¹¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Derechos Reales", Ed. Zavalía, Bs. As. 1989, Tomo 2, pág. 495.

puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

Se trata de la acción de daño temido, como le llama la doctrina; sin embargo, de nuestra parte preferimos asignarle el clásico denominativo de “obra vieja o ruinosa”, porque se elimina así el riesgo de lo puramente subjetivo, que implica el temor a un daño. El juez evaluará las posibilidades reales del riesgo y concederá la acción solo frente al peligro cierto en los bienes de un sujeto, para que se adopten las oportunas providencias cautelares¹².

Decíamos que el esquema se complica, sobre todo en lo que concierne a los ataques posesorios, que viene siendo el tema central de nuestras reflexiones, por el hecho de que la procedencia de la acción regulada en esta norma, como puede apreciarse, no se aviene a responder ni a tutelar posesión alguna, puesto que no exige esta relación real para legitimar al sujeto, ni evoca tampoco ningún ataque posesorio, usando lacónicamente la expresión “daño”. Por ello vemos en el dispositivo una suerte de “tiro de gracia” disparado por la reforma a la endeble coherencia del título¹³.

No tenemos ninguna duda que la norma se encuentra completamente fuera de lugar. No hay aquí ataque posesorio, ni hay un beneficio en el supuesto atacante, ni mucho menos existe exigencia al legitimado para la acción en cuanto a ser poseedor de un bien inmueble. Para más tampoco el riesgo que motiva el temor aludido por la norma, ha de provenir necesariamente de un inmueble. Como puede advertirse, son muchos los motivos por los que la norma se aleja del tema de la protección posesoria. Se percibe claramente que es una norma preventiva cuyo verdadero lugar se halla entre las que regulan y previenen los daños con las cosas a partir del artículo 1113 del Código Civil.

¹² ADROGUÉ, Manuel; “Obra vieja o ruinosa”, en “Temas de Derechos Reales”, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1979, pág. 54, 55.

¹³ MUSTO, Néstor J.; Ob.cit., pág. 446, dice: “La deficiente técnica de la ley 17.711, en ningún caso –en nuestra materia– más perceptible que en éste...”

En efecto, adviértase que la norma concede la híbrida acción no solo al poseedor, sino a cualquier persona que pudiere sentirse en el riesgo de sufrir un daño; y, para más, no necesariamente proveniente de un edificio, sino que puede emerger de cualquier cosa, sea mueble o inmueble. Además, en este punto resta reprochar a la ley 17711 que omite armonizar el dispositivo agregado con el viejo 1132 del C.C. que establece: “El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio”.

A este respecto disentimos con López de Zavalía que interpreta que las dos normas se refieren a situaciones diferentes. De nuestra parte no dudamos en señalar una flagrante contradicción entre el dispositivo transcrito en el párrafo precedente y el agregado al artículo 2499. Mientras la norma originaria de Vélez, el artículo 1132, expresamente prohíbe al dueño colindante exigir alguna garantía por el daño eventual que pudiere sufrir frente a la ruina del edificio, el 2499 en cambio, admite expresamente que se tomen todas las medidas cautelares que fueren menester para evitar el dicho daño¹⁴.

Al mismo tiempo no podemos dejar de criticar la vieja norma del 1132 del Código civil, puesto que advertimos en ella un alejamiento total de la llamada “responsabilidad preventiva”, aquella que exige que los sujetos tengan el cuidado y diligencia suficientes para evitar que se cause daño a terceros. Es casi como si el legislador le estuviese diciendo al justiciable: “espere que se le ocasione el daño y recién proceda”.

Resulta asimismo llamativa la insistencia de Vélez en regular el supuesto sólo frente a la aparición patológica del daño; pues reitera el pronunciamiento cuando en el artículo 2616 expresamente exige que “Todo

¹⁴ LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J. Ob.cit., pág. 500, considera que no hay contradicción. Dice: “... se ha creado un falso problema, y el conflicto no existe, porque cada uno de los textos supuestamente en pugna, legisla sobre casos distintos. El artículo 1132 se refiere al daño temido resultante de edificios existentes, en tanto que el art. 2499, al daño temido resultante de obras nuevas consistentes en edificios u otras cosas”.

propietario debe mantener sus edificios de manera tal que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causaren”. Pareciera que al legislador no le interesara prevenir el daño sino solo su reparación posterior una vez acaecido.

No creemos acertada esta forma de regulación, que apunta solo a la que de nuestra parte denominamos “responsabilidad patológica”. Aquella que hace procedente la reparación del daño ocasionado, responsabilidad resarcitoria, regulada en el artículo 1109 o 1077 según provenga de un cuasi delito o de un delito respectivamente, pero únicamente frente a la producción de un daño.

Por ello no dudamos en asignar una mayor justicia al nuevo dispositivo del 2499 que, aunque totalmente desubicado, apunta a la llamada “responsabilidad diligencia” o preventiva. Toda norma justa debe prevenir el daño antes que procurar su reparación una vez producido. El dispositivo agregado confiere, en efecto, las oportunas acciones para lograr, por parte del eventual damnificado, que se tomen las medidas del caso; y no solo las garantías o cauciones que estaban prohibidas en el 1132, sino también medidas materiales, como pueden serlo según los casos, la colocación de bandejas contenedoras de los materiales que puedan caer de la obra, o directamente solicitar la destrucción controlada de los muros ruinosos, árboles o ramas en riesgo de caída y que podrían causar el daño¹⁵.

Frente a normas contradictorias, como lo son, según nuestra opinión, las de los arts. 1132 y 2499 segundo párrafo, corresponde hacer una interpretación. Pues bien, de nuestra parte fácilmente puede advertirse que lo que prohibía el artículo 1132, ahora el 2499 segundo párrafo, expresamente lo admite. En efecto, cuando el 2499 autoriza a quien tema el

¹⁵ Corresponde distinguir tres instancias dentro de la responsabilidad: la responsabilidad normal, preventiva o diligencia, que exige obrar con el cuidado y diligencia suficientes para evitar causar un daño. La responsabilidad resarcitoria que es la que trabaja en el ámbito de las obligaciones incumplidas y los daños ya ocasionados para reparar el perjuicio ocasionado (artículo 1109 y 1077 C.C.); y, finalmente, la responsabilidad sancionatoria que, sin dejar de apuntar a la reparación, pone más énfasis en el castigo o sanción a quien hubiere ocasionado el perjuicio.

daño, a solicitar al juez las “oportunas medidas cautelares”, se está refiriendo tanto a las garantías prohibidas en la norma anterior, aunque más no sea aplicando la expresión en sentido amplio, a través de embargos por ejemplo, y también a la posibilidad de requerir medidas cautelares físicas, como en los ejemplos que hemos dado más arriba; es decir la destrucción de las obras ruinosas que generen el riesgo, la colocación de bandejas o el derribe controlado de árboles o ramas.

En consecuencia, ante esta flagrante antinomia, no nos queda más remedio que aplicar la regla “norma posterior deroga norma anterior”, aun cuando integre el mismo cuerpo normativo. De nuestra parte creemos además, reforzando el argumento interpretativo expresado, que también por ser más valioso y justo el pronunciamiento, debe prevalecer el segundo párrafo del 2499.

Ello no implica que no reiteremos nuestra crítica sobre la ubicación de la norma que, de poderse concretar una reforma al respecto, no dudamos deba subrogar el viejo 1132 del Código Civil. Se dará así la coherencia necesaria al concepto de ataques posesorio, y se perfilará adecuadamente la procedencia de sus correlativas defensas.

Gabriel B. Ventura