

Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata

Expte. Nº 167420.-

Autos: "CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO CALLE SAN MARTIN Y CHILE C/ CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO CALLE SAN MARTIN Y CHILE SECTOR C S/ MATERIA A CATEGORIZAR".-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 21 días de Mayo de 2019, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez y 2º) Dr. Ramiro Rosales Cuello, se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos "CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO CALLE SAN MARTIN Y CHILE C/ CONSORCIO DE COPROPIETARIOS EDIFICIO CALLE SAN MARTIN Y CHILE SECTOR C S/ MATERIA A CATEGORIZAR".

Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes

A N T E C E D E N T E S :

A fs. 89 la Sra. Jueza de la instancia de origen dicta resolución mediante la cual dispone la remisión de las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes a fin de proceder a la apertura de la mediación prejudicial obligatoria y al correspondiente sorteo del mediador.

Contra dicho pronunciamiento, la parte actora interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio mediante el escrito de fecha 20/02/2019 (03:15:00 p.m.). Desestimado el remedio procesal intentado en primer término, la apelación subsidiaria es concedida a fs. 90vta.

En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S :

1ª) ¿Es justa la sentencia de fojas 89?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

I.- Mediante la resolución apelada se dispuso que no resultaba posible en este estadio el dictado de una medida autosatisfactiva como la solicitada, que amerite la omisión de la instancia de mediación previa obligatoria; en consecuencia, se ordenó la remisión de las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes a fin de proceder a la apertura de la mediación prejudicial obligatoria y al correspondiente sorteo del mediador. Para así resolver, la Sra. Jueza de grado tuvo en consideración lo siguiente: 1) que del escrito inicial, y en

particular del encabezado obrante a fs. 77, se desprende que la presente acción ha sido promovida como preventiva de daños (cod. 625); 2) que la Receptoría General de Expedientes informó que resulta ser una materia mediable, lo cual se condice con la ley 13.951 que establece en su art. 2 el carácter obligatoria de la mediación previa a todo juicio, con excepción de los supuestos enumerados en el art. 4, dentro de los cuales no encuadra la presente acción; 3) que de la documental acompañada surgen discordancias respecto de las causas que ocasionarían el problema denunciado, ello es el desborde del sistema cloacal ubicado en la cochera común a las torres I (consorcio actor) y II (consorcio demandado); 4) que la arquitecta D'Ambra manifestó que dicho desborde se produce en determinados momentos, sin precisar su periodicidad y/o frecuencia por lo menos aproximada, por insuficiencia en las instalaciones cloacales de la torre II; 5) que mediante la carta documento de fs. 76 la demandada disiente con el informe presentado por dicha profesional y manifiesta que los desbordes han sido ocasionados como consecuencia de intensas lluvias que provocaron el rebalse en el portón principal de la torre I (consorcio actor); 6) que no surge de la documentación acompañada si ha tomado intervención o no el ente administrativo correspondiente (OSSE).

II.- El recurrente en su memorial sostiene lo siguiente: 1) que el procedimiento previsto en el Código Civil y Comercial para la "tutela preventiva" no admite diferimiento alguno y mucho menos una mediación prejudicial; 2) que derivar la cuestión a una mediación implicaría diferir del tratamiento de lo peticionado encausado como medida autosatisfactiva, es decir un proceso urgente; 3) que la resolución puesta en crisis vulnera sus derechos ya que se está desnaturalizando el mandato preventivo al imponerse una mediación previa; 4) que el art. 4 de la ley 13.951 establece que quedan exceptuados de la mediación el amparo (inc. 5) y las medidas cautelares hasta que se encuentren firmes (inc. 6); 5) que si a criterio de V.S. el asunto es mediable no debió adentrarse al análisis del objeto principal de la acción; 6) las ligeras observaciones que V.S. hace en relación a lo que denomina "peligro en la demora" tienen una contracara que no sólo está plasmada en la documentación presentada sino que además pudieron ser evacuadas mediante la producción de la prueba sumaria ofrecida al efecto; 7) que la problemática no le incumbe a OSSE atento a que el inconveniente está dentro de la propiedad.

III.- En atención a la cuestión que es materia de debate, me permito rememorar aquí lo dicho en la sentencia dictada en fecha 09 de octubre de 2018 en la causa 166.332 "Rasinsky, Sebastián David c/ La Constructora SRL s/ Acción preventiva de daños".

En efecto, la medida autosatisfactiva es un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento (Peyrano, Jorge "La medida autosatisfactiva. Forma diferencia de tutela que

constituye una expresión privilegiada del proceso urgente” en aut. cit “Medidas autosatisfactivas” págs. 13 y sgtes.; cit. por Ramírez Jorge Orlando “Función Precautelar” Ed. Astrea pág. 111).

Se trata de una figura profusamente tratada por la doctrina autoral, mas con dispar recepción jurisprudencial atento a la falta de una regulación específica, aún dentro de nuestro Superior Tribunal Provincial, fundamentalmente porque afecta los derechos de defensa y debido proceso, de raigambre constitucional (del voto en minoría de la Dra. Kogan en Ac. c.119.234). En el mismo sentido, en Ac. 90.868 (voto del Dr. Roncoroni).

Su procedencia está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes: a.- urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios; b.- fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre al inicio del requerimiento o en su caso de sumaria comprobación; c.- superposición de la medida urgente con el objeto principal, lo cual hace que se agote con su admisión por haberse consumido el interés jurídico del peticionario (Galdós “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas” en Peyrano ob. cit. p. 61 y sgtes.).

Para quienes admiten esta figura, a diferencia de las medidas cautelares, cuyos presupuestos de admisión son la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, más la contracautela; en las medidas autosatisfactivas esas exigencias son mayores: en lugar de verosimilitud, se exige una posibilidad cierta o fuerte verosimilitud de que lo postulado por el peticionario resulta cierto y atendible. En cuanto al peligro en la demora, no basta con esgrimir la mora judicial, es necesario acreditar prima facie una urgencia impostergable, una situación que reclame una expedita intervención del órgano judicial por haberse acreditado una inminente frustración de un derecho o un daño si no se ordena la medida solicitada (Ramírez “Función Precautelar” Ed. Astrea. Pág. 112 inc. b; Arias Gibert, Enrique “La medida autosatisfactiva...” en www.infojus.gov.ar SAIJ: DAF 130230; arg. CC0202 LP c. 117922 Reg. 264 sent. del 2/12/2016).

Enfatizando lo dicho, entre los requisitos de procedencia figura que el derecho del postulante sea manifiesto y suficientemente probado ab-initio (arg. esta Sala c. 133468 Reg. 322/2005; CC0100 SN c. 7889 Reg. 211/2006).

En suma, la medida autosatisfactiva no puede operar como un simple “atajo” para alcanzar, por un camino más corto, aquello que debe ser objeto de debate en un proceso de conocimiento, sino que sólo puede acudir a ella cuando, por un lado, esté en juego el valor “eficacia” y, por otro, se halle en una situación que revele, liminarmente, una fuerte probabilidad de que el reclamo del accionante constituya un interés tutelable, cierto y manifiesto (esta Cámara, Sala II, c. 126689 Reg. 235 sent. del 29/4/2004).

IV.- En la resolución en crisis la Sra. Jueza de primera instancia entendió que, en función de las constancias de autos, no resultaba posible el dictado de una medida autosatisfactiva "que amerite la omisión de la instancia de mediación previa". Es decir, en primer lugar evaluó si era factible el dictado de una medida autosatisfactiva y, ante su resultado negativo, decidió que debía procederse a la apertura de la mediación prejudicial obligatoria.

De ahí que yerra el recurrente cuando afirma que "si a criterio de V.S. el asunto es mediable no debió adentrarse al análisis del objeto principal de la acción". Es que justamente la Sra. Jueza de grado ingresó a analizar la viabilidad del reclamo como medida autosatisfactiva para así poder determinar si la cuestión debía ser sometida o no a mediación. Es decir, en la resolución en crisis no se resolvió sobre el fondo del asunto, sino que se expidió sobre el encauce de la pretensión como medida autosatisfactiva.

De hecho, en dicha resolución no se rechazó "in limine" la pretensión, sino que se dispuso que se transite por la mediación previa obligatoria (arts. 2, 4, y ccdts. de la ley 13.951).

Por otro lado, se equivoca el apelante cuando sostiene que "el procedimiento previsto en el Código Civil y Comercial para la "tutela preventiva" no admite diferimiento alguno y mucho menos una mediación prejudicial", pues dicho cuerpo normativo no prevé procedimiento alguno para acción preventiva (arts. 1711/1713 del CCyC).

Además, no puede soslayarse que la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no incluyó a la acción preventiva -daños- (cód. 625) como una de las materias excluidas de la mediación previa obligatoria (Ac. 3397, Anexo A, de la SCBA). Incluso, el quejoso en su libelo inicial sostiene que "la acción promovida puede encuadrarse también dentro del supuesto contemplado por el art. 1973 del CCyC (en lo que hace a los olores y gases cloacales)". Señalo esto porque el cese de inmisión (cód. 607) tampoco se encuentra en el listado de materias excluidas de la mediación (Ac. 3397, Anexo A, de la SCBA).

En cuanto a que el art. 4 de la ley 13.951 establece que quedan exceptuados de la Mediación el amparo (inc. 5) y las medidas cautelares hasta que se encuentren firmes (inc. 6), debo decir que la parte actora no ha promovido una acción de amparo y la medida autosatisfactiva peticionada, como ya se dijo, fue desestimada.

Por otro lado, en relación a que el a quo debió producir alguna de las medidas de prueba ofrecidas, entiendo que por el tipo de medida solicitada y las características particulares que reviste esta causa, los extremos fácticos que hacen viable su acogimiento debieron probarse ab-initio (art. 375 del CPCC). Además, es dable mencionar que el recurrente no ha criticado la valoración que la Jueza de primera instancia realizó sobre informe de fs. 70/71 (art. 260 del CPCC).

Por último, no puedo dejar de mencionar que más allá del rechazo de la medida autosatisfactiva solicitada y del trámite que eventualmente se le asigne a este proceso ante un

hipotético fracaso de la instancia de mediación, nada obsta al actor a que pueda solicitar la medida cautelar que considere pertinente, demostrando -claro está- las circunstancias exigidas por la ley para su procedencia (arts. 195, 375, y ccdts. del CPCC)

Por las razones dadas, considero que resulta ajustado a derecho la resolución apelada, razón por la cual propongo su confirmación.

Por lo expuesto

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO:

Corresponde: 1) Confirmar la resolución de fs. 89, en cuanto fuera materia de agravio; 2) No imponer costas, por no mediar controversia (art. 68 del CPCC).

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

----- S E N T E N C I A -----

Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo:

I.) Se confirma la resolución de fs. 89, en cuanto fuera materia de agravio; II.) No se imponen costas, por no mediar controversia (art. 68 del CPCC). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.-

Si-//

//guen las firmas (expte. n° 167420).

RAMIRO ROSALES CUELLO ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ

JOSÉ L. GUTIÉRREZ

-Secretario-