

Logo

Voces: INTERDICTO DE OBRA NUEVA - CONSTRUCCIÓN DE OBRA - MENORES - ESPACIOS COMUNES - PROPIEDAD HORIZONTAL - UNIDAD FUNCIONAL - PRUEBA

Partes: Aguirre Sonia Noemí c/ Maidana Walter | interdicto de retener - recobrar. obra nueva

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes

Sala/Juzgado: III

Fecha: 14-abr-2021

Cita: MJ-JU-M-132060-AR | MJJ132060

Producto: MJ

El accionado no debe destruir las obras realizadas sobre espacios comunes del edificio que habita la actora, al no estar acreditado que la unidad funcional de ésta hubiera sufrido daños.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia que condenó al demandado a destruir lo construido sobre los espacios comunes en violación al Reglamento de Propiedad Horizontal -loza que extiende los límites de su unidad hacia la calle-, pues desde el punto de vista fáctico resulta discutible que la unidad funcional de la actora haya sufrido un detrimento económico concreto al no haberse ofrecido ni producido prueba que sirva para acreditar tal circunstancia alegada como fundamento de la demanda, esto es, que la construcción haya provocado una desvalorización económica del inmueble de la actora y/o un gravamen patrimonial y ni siquiera que haya colocado en estado de peligro a la estructura edilicia o que tales obras hayan afectado la seguridad, salubridad o solidez del edificio, las instalaciones para desagües o caídas de agua, o violentado la circulación de aire o falta de luz, por lo cual falta un requisito de la pretensión como es el interés particular en obtener la destrucción de la obra.

2.-El demandado no debe destruir lo construido sobre espacios comunes en violación al Régimen de Propiedad Horizontal -loza que extiende los límites de su unidad hacia la calle- porque no se acreditó el perjuicio que alega la actora como titular de otra unidad funcional y no puede desconocerse que con el demandado habitan dos menores de edad, uno de los cuales posee diagnóstico de trastorno generalizado en su salud, siendo necesario tener presente que la niñez y las personas en situación de discapacidad conforman un grupo de vulnerables que, por imperio constitucional, resultan destinatarios de una mayor protección.

En la ciudad de Corrientes, a los catorce días del mes de abril del año dos mil veintiuno,

encontrándose reunidas en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, las Sras. Vocales Titulares de la Sala N° 3, Dra. Claudia Kirchhof y Dra. Andrea Fabiana Palomeque Albornoz con la Presidencia subrogante de la Dra. Analía I. Durand de Cassís, asistidas de la Secretaria autorizante, tomaron en consideración el juicio caratulado: "AGUIRRE SONIA NOEMI C/ MAIDANA WALTER S/ INTERDICTO DE RETENER - RECOBRAR. OBRA NUEVA", Expte. N° EXP-163852/18, venido a conocimiento de la Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 201/212.

Practicado sorteo para determinar el orden de votación resultó el siguiente: 1°) Dra. Claudia Kirchhof y 2°) Dra. Andrea Fabiana Palomeque Albornoz.

Seguidamente la primera de las mencionadas hizo la siguiente:

RELACION DE LA CAUSA:

Omito volver a efectuarla por razones de brevedad, dando por reproducida en esta Instancia la practicada por el a quo en el fallo recurrido.

A fs. 194/198 la Sra. Juez de 1ra. Instancia a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 6 dicta el Fallo No 252 del 01/11/2019 que en la parte resolutive reza: "1) Hacer lugar a la demanda instaurada por la Sra. Sonia Noemi Aguirre y en su mérito condenar al demandado Sr. Walter Maidana a destruir lo construido sobre los espacios comunes en violación a la disposiciones del Reglamento de Propiedad Horizontal y las normas referentes a la Propiedad Horizontal (una loza que extiende los límites del monoblock G, piso 1, departamento 2, hacia calle Leloir de aproximadamente 11 m de largo por 6,5 m de ancho, con columnas de hormigón que sostienen la construcción, conforme acta de reconocimiento judicial obrante a fs. 146). Todo ello en el término de 30 días de notificado, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 513 del CPCC. 2) Costas a cargo de la demandada perdidosa (art. 68 del CPCC)". A fs.201/212 el demandado interpuso nulidad y recurso de apelación contra el mencionado decisorio. Corrido el traslado de ley, fue contestado a fs. 214/215. A fs. 216 se concedió el recurso en relación y con efecto suspensivo. En la Alzada se corrió vista a la Asesoría de Menores e Incapaces, quien manifestó que no corresponde expedirse respecto de la cuestión y del recurso impetrado (fs. 223 y vta.), teniéndosela por apartada a fs. 233. Por Resolución No 154 se fijó audiencia con las partes, no arribándose a acuerdo alguno (fs. 242). A fs. 243 se llama autos para sentencia. Esta causa se encuentra en estado de resolución definitiva.

La Dra. Andrea Fabiana Palomeque Albornoz presta conformidad con la precedente relación de la causa.

CUESTIONES PRIMERA: Es nula la sentencia?

SEGUNDA : En su caso debe ser confirmada, modificada o revocada?

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. CLAUDIA KIRCHHOF DIJO:

En el escrito impugnativo se menciona expresamente que no sólo se formula recurso de nulidad sino que se plantea la nulidad del procedimiento.

Si bien, formalmente el planteo no se sustanció como incidente de nulidad sino como recurso de nulidad (fs. 213), lo cierto es que la actora evacuó el traslado contestando la vía

impugnativa impetrada.

De todos modos, la nulidad así entablada es manifiestamente inadmisibles por extemporánea, pues ese mismo hecho aparentemente irregular ya hubo sido denunciado al contestar demanda (sirvió de sustento para interponer la excepción de falta de legitimación activa); ahora en cambio, es evocado como fundamento nulificador, recordando que el procedimiento estaría viciado desde el inicio de la causa, ya que no se habría acompañado documentación respaldatoria de la legitimación activa por parte de la actora. Es decir que desde el punto de vista formal de la nulidad esgrimida, se constata que el demandado no promovió el incidente dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto viciado (escrito de demanda), sino que lo hace mucho después al conocer el contenido de la sentencia en su contra. Por esta razón, corresponde rechazar el planteo de nulidad.

Por otro lado, si bien el recurso de nulidad ha sido expresamente deducido, no ha sido fundado en forma autónoma, siendo conteste la doctrina y jurisprudencia nacional y provincial en sostener que: "si bien el recurso de nulidad se encuentra subsumido en el de apelación, ello no releva al recurrente de la carga de satisfacer los presupuestos de admisibilidad que consagra el art. 172 del ordenamiento procesal, vale decir, la invocación concreta del perjuicio sufrido y del interés que se pretende satisfacer" (CNFed. Civ. y Com. Sala III, DJ T 1997-2, pág.412; SJ 1363; Cám. Lab. y Paz Letrada Corrientes, La Ley Litoral Juris, febrero 2000, pág.59), por lo que la falta de planteo concreto -como aconteció en la especie- implica el abandono del recurso expresa o implícitamente interpuesto (Louftayf Ranea, El Recurso Ordinario de Apelación, T. II, pág. 410; De Santos, Tratado de los Recursos, Recursos Ordinarios, T. I, pág.460; Bs.As. 1999). Finalmente, y es lo relevante, no se advierte la existencia de vicios de sentencia que ameriten un pronunciamiento de oficio, por lo que no cabe su consideración.

A LA MISMA CUESTION LA DRA. ANDREA FABIANA PALOMEQUE ALBORNOZ DIJO:

Que adhiere al voto de la Sra. Vocal preopinante.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. CLAUDIA KIRCHHOF DIJO:

I.- Por Sentencia No 252 (fs. 194/198) se hacer lugar a la demanda y se condena al demandado Walter Maidana a destruir lo que hubo construido sobre los espacios comunes en violación a la disposiciones del Reglamento de Propiedad Horizontal y las normas referentes a la Propiedad Horizontal, con costas a su cargo.

Para así decidir la juez aplicó las normas atinentes a la propiedad horizontal previstas actualmente en el CCCN. Estimó adecuada la vía elegida por la accionante de conformidad con el art. 2069 del CCCN.

Rechazó la excepción de falta de legitimación activa fundándose en que la acción puede ser intentada por cualquiera de los propietarios afectados (art.2069 del CCCN), y en el hecho de que la actora acreditó ser heredera del propietario del Departamento No 1, piso 3, Monoblock G del Barrio Independencia "100 Viviendas", de esta ciudad. Afirmó que, como heredera forzosa y continuadora de la persona del causante (art. 2337 del CCCN), tiene plena legitimación para promover la acción.

Sostuvo que el pedido de paralizar la construcción se tornó abstracto por haberse concluido la misma. Y en relación a la solicitud de su destrucción, agregó que no estaba en discusión que

la obra fue realizada por el demandado sobre espacios comunes del conjunto de monoblocks, modificando el contrafrente del edificio y afectando un espacio perteneciente al conjunto de monoblocks que integran el complejo habitacional. Puso de resalto que el reglamento de copropiedad dispone en su artículo quinto que cada copropietario podrá usar de los bienes comunes conforme a su destino, sin perjudicar ni restringir el legítimo derecho de los demás. Que ningún copropietario podrá realizar trabajos o reformas que afecten las partes comunes, ni las exclusivamente suyas, si con ello quedaran afectados los derechos de otros copropietarios; y que en caso de haber ejecutado los trabajos sin la debida autorización de los copropietarios, los responsables, a su costa, reconstituirán las partes afectadas, volviendo la construcción a su estado anterior.

Por otro lado, indicó que el demandado al contestar demanda reconoció que realizó la obra sin el acuerdo de la actora, por lo que no alcanzó el acuerdo unánime que exige el art. 2052 del CCCN, cuando la mejora u obra nueva sobre cosas o partes comunes se realiza en interés particular que sólo beneficia a un propietario. Finalmente puntualizó que al pertenecer, el espacio común afectado, al conjunto de monoblocks, se debía conseguir el consentimiento de todos los propietarios que integran el complejo habitacional.

Es así y por ello que admite la demanda entablada en autos.

II.- Dedujo la parte demandada recurso de apelación contra el fallo mencionado, que luego de sustanciado y contestado fue concedido en relación y con efecto suspensivo.

Los agravios refieren: Que el juez tiene por acreditada una situación que fue consecuencia de la apertura del período probatorio, cuando en realidad la actora al momento de presentar la acción simplemente invocó su calidad de heredero del titular del inmueble, pero en tal oportunidad no presentó documentación alguna que acredite tal condición. Que no se discute la calidad de heredera de la actora pero sí el hecho de que la misma no acreditó en la oportunidad procesal indicada tal calidad motivo por el cual el juez debió haber rechazado la acción promovida por no haberse acreditado en debida forma la calidad invocada.

Agrega que la actora nunca, ni siquiera en forma tácita, denuncia la existencia de algún perjuicio en contra de su propiedad o de los espacios comunes; simplemente referencia la supuesta

violación al reglamento de propiedad el cual expresamente reconoce que no existe puesto que no está conformado el consorcio en el edificio en cuestión.

Arguye que la realización de obras en infracción a lo establecido en el artículo 2069 del Código Civil y Comercial y al Reglamento de Copropiedad da lugar a una acción de naturaleza contractual en atención a que el mencionado reglamento no es sino un contrato que vincula a los copropietarios entre sí. Que la facultad de pedir la demolición de una obra realizada unilateralmente por alguno de los propietarios o de reclamar por el uso no autorizado de bienes comunes corresponde al consorcio y no a los dueños obrando individualmente, salvo cuando la actividad ilegal o antirreglamentaria les produzca a estos últimos un daño cierto y personal. Que la actora no ha demostrado, por el contrario ha reconocido expresamente la inexistencia de un consorcio legalmente constituido, además no ha probado la existencia de perjuicio directo y personal contra sus intereses por lo que no se dan los presupuestos requeridos por el artículo 2069.

Alega que el fundamento en la sentencia es parcializado y carente de sustento, pues la construcción de columnas de 30 cm de espesor no afecta la circulación. Que se dicta la sentencia haciendo una interpretación estricta y fría de la letra de la ley, sin observar el contexto en el cual la situación se ha planteado. Que la ley es fuente del derecho pero también existen otras fuentes a considerar tales como los usos y costumbres. Que no es lo mismo tener esta conducta en un moderno edificio del centro o de un barrio residencial que en un Monoblock del barrio Independencia donde la gran mayoría de los habitantes ha tomado como uso y costumbre el hecho de ampliar sus viviendas aún sobre espacios que no le son exclusivos. Expresa que en el mismo monoblock existen veinte garajes o más y habitaciones construidas sobre espacios que no son exclusivos de quienes lo han construido. Que es agravante que la juez considere que está preservando la convivencia pacífica, cuando en realidad no tiene cuenta que en el mismo monoblock existían desde antes e incluso después de la promoción de la demanda innumerables construcciones conviviendo armónicamente entre los vecinos. Que, por el contrario, ordenar la demolición de una importante obra, provocará irremediablemente la alteración de la buena convivencia paz y armonía entre los comuneros, máxime cuando se trata de un capricho de la actora.

Dice que se trata de una sentencia que no se ajusta al principio de la sana crítica racional. Que la juez se ha extralimitado, fallando ultrapetita al ordenar una demolición que no ha sido peticionada fundadamente por la accionante. Que la actora manifestó expresamente que la construcción ha sido realizada con el consenso de todos los vecinos, excepto el de ella.

Recalca que la juez no ha tenido en cuenta que el motivo de dicha construcción no es un antojo, por el contrario su intención ha sido otorgar una mejor calidad de vida a sus hijos menores especialmente a Mateo Salvador quien tiene 7 años de edad y posee una discapacidad provocada por un trastorno generalizado del desarrollo conforme surge debidamente acreditado en el expediente.

Se expide sobre los derechos del niño que merecen ser objeto de protección. Menciona la Convención de los Derechos del Niño, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la ley No 26.061, el derecho del niño a ser oído y gozar de asistencia de un profesional que garantice la protección de sus intereses tales como la figura del abogado del niño.

Además señala que el fallo recurrido resulta de una interpretación y valoración parcializada del plexo probatorio. Que la

sentencia refiere a la existencia de una obra cuya construcción ha sido expresamente reconocida por su parte, sin embargo no se ha probado ni siquiera someramente, algún daño específico sufrido por la señora Aguirre.

Que la obra en cuestión se ha realizado sobre un primer piso y está ubicada en la parte trasera del monoblock; es decir que el ingreso a estas viviendas se realiza por una calle paralela a la calle Leloir y ningún comunero, menos aún la accionante cuyo departamento queda en la parte diametralmente opuesta al del accionado, cruza, pasa, ni siquiera ve la obra en cuestión. Sostiene que esta ampliación de la vivienda no altera ni mínimamente la visión de cualquier transeúnte y menos aún la de los vecinos del propio monoblock.

Señala que el fallo en cuestión ha sido dictado en un proceso donde la señora María Lucrecia Iriondo no ha sido llamada a juicio, no se ha otorgado la intervención correspondiente a ella ni

a ningún otro habitante del inmueble. Finalmente se agravia de la imposición de costas peticionando que sean impuesta a la actora.

III.- La contestación de fs. 214/215 refiere que al iniciar la demanda adjuntó las documentales pertinentes que acreditan la legitimación activa (declaratoria de herederos) e indicó el expediente a los fines de solicitar su remisión.

Que la juez apreció el perjuicio para la parte accionante, tal como lo expresara en la demanda, al considerar que se trata de una construcción inarmónica que desvaloriza el inmueble de la actora y que además violenta el Reglamento de Copropiedad. Que el reglamento vincula a los propietarios entre sí pero en dicho monoblock algunos tienen tenencia precaria, en consecuencia resulta injusto que los que están conforme a derecho, tengan que aceptar lo que dispongan quienes se mantienen al margen de la ley.

Que las columnas son obstáculos puestos por ocurrencia sólo del demandado y además no acreditó que esas columnas realmente puedan sostener la construcción o sean necesarias de mayor grosor.

Que la demandada no puede sentirse agraviada porque la juez aplique la ley. Donde quedaría la igualdad ante la ley garantizada por la Constitución. Que se está sugiriendo que hay ciudadanos de primera y de segunda. Que está insinuando que para determinados sectores de la sociedad no deben existir las leyes sino la ley del más fuerte.

Que el demandado ignora que debía haber conformado el consorcio de copropietarios, aprobación de planos ante la Municipalidad, etcétera.

Que con respecto al menor, no está acreditado ni siquiera con acta de nacimiento debidamente legalizada, sólo fotocopias simples. Tampoco se encuentra desprotegido ya que no se trata de dejarles sin vivienda. Insinúa que el Estado y los vecinos deben hacerse cargo de comodidades del menor. Que el propio demandado reconoce que realizó la construcción y ello desvaloriza al inmueble porque a su vez dará lugar a que cualquiera haga cualquier cosa sin tener en cuenta el marco jurídico. Solicita el rechazo del recurso con costas.

IV.- Hechos. En primer término es necesario mencionar que el monoblock G, donde viven las partes, integra un complejo habitacional en el Barrio Independencia de la Ciudad de Corrientes, donde el Instituto de Vivienda de la Provincia construyó 13 edificios de propiedad horizontal, sometidos al régimen de Propiedad Horizontal.

El Reglamento de Copropiedad y administración del respectivo monoblock ha sido otorgado por escritura No 10 del 15/03/1997, cuya copia obra a fs. 5/20. Según dichos de la actora, el Consorcio de copropietarios no se hubo constituido en la práctica. El edificio se

compone de una planta baja y 3 pisos en la que se distribuyen 2 unidades funcionales por planta. La accionante habita en la unidad funcional 1° del tercer piso, mientras que el demandado vive en el primer piso unidad funcional 2°.

La actora Aguirre denuncia que el demandado ejecutó una construcción inarmónica, ampliando el departamento 2° que habita, afectando de este modo la propiedad común y desvalorizando la propiedad. El accionado Maidana reconoció haber realizado la obra pero aduce que no afecta el inmueble de Aguirre. Que la realizó con la anuencia de todos los vecinos del

departamento, excepto el de la actora y que la misma se encuentra concluida.

V.- La solución. La cuestión se centra en precisar si la actora se encuentra legitimada para promover esta especial acción, en saber si se reúnen los presupuestos necesarios para su procedencia y en determinar si las obras llevadas a cabo unilateralmente por el demandado en el monoblock que ambas partes habitan, pueden o no subsistir.

En cuanto a la legitimación activa, tenemos que la actora Sonia Aguirre al promover demanda denunció su domicilio real en el inmueble que se trata y también adujo ser heredera del Sr. Rodolfo Aguirre (propietario del departamento 1° del piso tercero), circunstancia que fue acreditada mediante prueba informativa (fs. 176/178). Y si bien el apelante se queja de la tardía oportunidad en que se probó la legitimación, lo cierto es que la actora acompañó documental pertinente junto a la demanda y además ofreció oficio informativo a ese fin dirigido al juzgado donde se encuentra radicado el sucesorio. Por otro lado, este tipo de proceso sumarísimo puede ser promovido por el poseedor o tenedor (art. 619 del CPCC), y no admite excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 498, inc. 1 del CPCC), por lo que la falta de legitimación denunciada al contestar demanda debe resolverse en la sentencia, como aconteció en la especie. Por ello, considero que Aguirre se encuentra legitimada para la promoción de la acción y la queja del apelante no procede.

VI.- Dicho esto, ya no corresponde detenerse en la legitimación activa de Aguirre ni discutir sobre la construcción en sí misma, que avanzó sobre un espacio común perteneciente al complejo habitacional, sino que ahora debemos indagar respecto del perjuicio concreto que pudo haber sufrido la actora en el inmueble de su propiedad a consecuencia de la ampliación hecha por Maidana.

En el presente pleito, desde el punto de vista fáctico resulta discutible que la unidad funcional de la actora haya sufrido un detrimento económico concreto con motivo de la ampliación realizada por el demandado en su respectiva unidad funcional.

En ese sentido, no se ofreció ni se produjo prueba que sirva para acreditar tal circunstancia alegada como fundamento de la demanda. Esto es, que la construcción hecha por el demandado haya provocado una desvalorización económica del inmueble de la actora y/o un gravamen patrimonial. Ni siquiera que haya colocado en estado de peligro a la estructura edilicia o que tales obras hayan afectado la seguridad, salubridad o solidez del edificio, las instalaciones para desagües o caídas de agua, o violentado la circulación de aire o falta de luz.

Así, faltaría un requisito, un presupuesto a su pretensión. Es decir, el interés particular en obtener la destrucción de la obra en discusión.

Conforme resulta del contenido de la pretensión, la actora en su condición de propietaria de un departamento, ha interpuesto un interdicto de obra nueva en los términos del Código de Rito; resultando de aplicación las normas referentes a la propiedad horizontal. Así, lo señala expresamente la juez en su sentencia.

La cuestión concerniente a la legitimación y recaudos de admisibilidad de la acción no es novedosa y se han ensayado distintas soluciones sobre el punto. La doctrina -en parte- entiende que el propietario -a diferencia del consorcio- debería probar, además, que las obras realizadas le ocasionan un perjuicio directo, no siendo suficiente invocar como perjuicio el mero incumplimiento del reglamento. Por el contrario, ello no sería necesario, cuando la acción

es intentada por el consorcio de propietarios.

Enrolándome en esta postura, considero que aún cuando ha quedado demostrada la existencia de la violación al reglamento de copropiedad que se le imputa al demandado, la acción interdictal no ha de prosperar.

Como sustento del criterio que antecede, se ha dicho que "la facultad de pedir la demolición de una obra, realizada unilateralmente por alguno de los propietarios, o de reclamar por el uso no autorizado de bienes comunes, corresponde al Consorcio y no a los dueños obrando individualmente, salvo cuando la actividad ilegal o antirreglamentaria les produzca a estos últimos un daño cierto y personal" (Racciatti, Hernán, "Comentario a ley 13.512", en E. Zannoni (dir.), A. Kemelmajer de Carlucci (coord.), Código Civil Comentado, t. 11, Bs. As., Astrea, 2007, p. 588). El subrayado es mío.

"Resultaría antieconómico ordenar la destrucción de obras ejecutadas en infracción al artículo 7 de la ley de Propiedad Horizontal, para resguardar el interés atendible de los accionantes, si la construcción cuestionada no afecta la seguridad, salubridad o estética del edificio y teniendo en cuenta además, que la acción fue promovida por algunos consorcistas del edificio y no por todos o por el representante legal del consorcio (C.Nac. Civ, Sala E, JA- 2003-III- 734, en el mismo sentido C. Nac. Civ, Sala C, lexis 10/456, etc.).

Es que no advierto, mas allá de la invocación a la violación del reglamento y de la propiedad pública, que se haya demostrado la existencia de un perjuicio concreto para la actora. Máxime si la acción no ha sido promovida por el consorcio. Por el contrario, algunos de los vecinos del demandado han prestado su conformidad para con la realización de la obra (fs. 48). Dicho de otro modo, no existe en el expediente una demostración del perjuicio real que afecte personalmente a la propietaria demandante.

Este Tribunal ha dicho: "Respecto a la normativa aplicable, tenemos que el art. 619 del CPCyC habilita al coposeedor del inmueble a promover el interdicto cuando el mismo fuere afectado por una obra nueva, a efectos de obtener la suspensión definitiva de ésta o, en su caso, su destrucción y restitución de las cosas al estado anterior de conformidad al art. 620 del Código de rito. A ese fin, en principio, resultaría ajeno indagar en mayor medida acerca del supuesto incumplimiento de la reglamentación municipal vigente en la materia, porque lo que se juzga es la obra en sí misma, independientemente de que se haya materializado o no conforme a dicha reglamentación" (De mi voto en autos caratulados: "NUÑEZ KUROKI NORMA HARUMI, NUÑEZ KUROKI NIYI ELIZABETH Y OTROS C/ AQUINO PORFIRIO ANTONIO S/ INTERDICTO DE OBRA NUEVA", Expte. N° EXP-109919/14, Sentencia N° 126 del 13/08/2019).

En el presente proceso mandan las pruebas y en su defecto, rige la carga de la prueba, por lo que la actora correrá con las consecuencias de su orfandad probatoria.

"La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito" (Couture, Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal", pág. 242. Ed. Depalma. Año 1993).

"A la parte que "afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal tenga el deber de conocer, incumbe probarlo", prescribe el apartado 1 del

artículo 375 del código procesal civil, agregando en el siguiente pasaje: "Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción". De ahí que: a) Las partes son las que toman el riesgo de probar las afirmaciones de hecho que han incorporado al proceso y en la medida que fueren controvertidas (desconocidas, impugnadas o discutidas) y conducentes, y no oficialmente conocidas como ciertas." (Morello-Sosa-Berizonce "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", Ed. Abeledo Perrot. T. V-A. Pág. 29. Año 2015).

VII.- También sabemos, en lo que al tema respecta, que el consorcio de propietarios a la fecha no se hubo organizado, mucho menos que funcione su consejo de administración. Por otro lado, el INVICO no fue citado ni tuvo injerencia en la presente causa (sólo obran informes requeridos de adjudicación de viviendas, fs. 141/145 y 240), y el poder de policía por parte del Municipio no ha sido ejercido. únicamente se advierte una intimación al Sr. Maidana para paralizar todo tipo de avance de obra hasta obtener el permiso correspondiente, efectuada por la Municipalidad en el expediente administrativo No 927 iniciado por Aguirre, pero sin que a la fecha se haya dictado resolución alguna respecto de las obras irregulares denunciadas (fs. 164).

Digo esto, porque en el barrio que se trata, a más de constituir un hecho de público conocimiento y a tenor de las fotografías que acompaña la actora y la demandada, es frecuente apreciar construcciones de este tipo de obras que se erigen sobre espacios comunes y públicos. Ante la evidencia, podría concluirse que esta práctica difícilmente cuente con los permisos correspondientes y que -además- es en cierta medida tolerada por la Municipalidad, pues muchas de ellas resultan de vieja data, se pueden identificar y apreciar a simple vista en zonas de alta densidad poblacional y de muy fácil control por parte de la autoridad urbana; no obstante ello, no son erradicadas (verbigracia: cerramientos de terrazas y balcones, locales comerciales sobre la vereda pública, ampliaciones, cocheras cerradas y perímetros cercados con rejas o muros, etc.). Es más, ingresando al sitio oficial y al visor de mapas del ejido urbano de la Municipalidad de la ciudad de Corrientes, se pueden observar tales construcciones irregulares en el Barrio Malvinas Argentinas, San Gerónimo, 536 Viviendas, entre tantos otros (<https://gis.ciudaddecorrientes.gov.ar/>).

VIII.- Por otro lado, me veo obligada a explicitar algunas circunstancias que no es dable perder de vista al momento de decidir. Sostuvo Maidana, al contestar demanda y ante la juez durante la audiencia de conciliación (fs. 127/128), que el motivo de dicha construcción no ha sido un antojo sino otorgar una mejor calidad de vida a sus hijos menores de edad especialmente a Mateo Salvador de 7 años de edad quien posee una discapacidad provocada por un trastorno generalizado del desarrollo. El destino final de la construcción ha sido observada desde el exterior y desde el interior, y detallada por la magistrada en el acta de constatación obrante a fs. 149 y vta. Allí se lee que una parte de la ampliación sirve de habitación para uno de los hijos y que otra pieza (exceptuada de la ampliación) se encuentra ambientada con decoración infantil. La Asesora de Menores e Incapaces, sin embargo, manifestó que mas allá de asumir formal intervención en autos por los niños Mateo y Lautaro, se trataría de una cuestión que involucra a personas adultas, no siendo los mismos partes en el proceso (fs. 122/123).

Así las cosas y mas allá de la falta de presentación formal de las actas de nacimiento respectivas, a esta altura resulta innegable la existencia de los dos hijos menores de edad del demandado, como así como también la patología que afecta al niño Mateo (trastorno generalizado de desarrollo), elementos que han sido nuevamente traídos a consideración en la audiencia celebrada en esta instancia revisora. El estado de vulnerabilidad en la que se

encuentra el niño Mateo con motivo de su problema de salud permite realizar el ajuste formal necesario en el procedimiento a fin de no afectar sus derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales.

Dicho esto, tenemos que la pretensión se articula respecto de Maidana, solicitando la destrucción de la ampliación del departamento objeto de la controversia ocupada por él, su conviviente y también por sus dos hijos menores de edad, uno con diagnóstico de trastorno generalizado en su salud. En este punto, también es necesario tener presente que la niñez y las personas en situación de discapacidad conforman un grupo de vulnerables que, por imperio constitucional, resultan destinatarios de una mayor protección. Debiendo el Estado, esta magistrada y todas las personas velar por la tutela y el respeto de sus derechos por considerarse personas más susceptibles de ser lesionadas, por cualquier medio, en sus respectivos intereses.

Actuar de otro modo, sería atentar contra las recomendaciones y los estándares de protección contemplados en las Reglas de Brasilia tendientes a fomentar el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes cuando interactúan con el sistema de justicia. Esto es así, ya que por su sola condición de edad merecen una especial protección.

Ello supone, en lo jurisdiccional, que al momento de resolver se considere y se tenga especialmente presente las puntuales circunstancias del caso en lo que hace a la subjetividad de las personas involucradas. Así, esta especial protección para el grupo etéreo que se trata podrá ponerse de manifiesto mediante tutelas diferenciadas, ajustes procedimentales y formales razonables, y/o juzgando sin perder de vista las particularidades y subjetividades del conflicto que se presenta.

"Las niñas, niños y adolescentes conforman un grupo que ha merecido una atención especial por parte de la comunidad internacional debido a su situación particular de vulnerabilidad basada en la dependencia necesaria del adulto para las condiciones de su desarrollo. La infancia y la adolescencia se caracterizan por ser el tiempo de crecimiento integral y desarrollo de potencialidades. En estas etapas, son especialmente necesarios los cuidados de los padres o los adultos referentes en un entorno familiar, que aseguren un saludable y completo desenvolvimiento físico, psíquico y mental para alcanzar una vida adulta plena. Brindar estos cuidados es una responsabilidad por la que debemos velar tanto el Estado como la comunidad en su conjunto" (http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf).

"Los niños y niñas con discapacidad gozan de protección especial. "La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconocen que los niños discapacitados se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, lo que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad. Esas obligaciones reforzadas tienen por fin garantizar que los niños discapacitados gocen los derechos humanos fundamentales reconocidos en esos instrumentos y en el resto de las normas nacionales e internacionales. Esta consideración también es receptada por el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección, esto es, medidas que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". (<https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2016/07/Cuadernillo-3-Derechos-de-las-personas-con-discapacidad.pdf> Pág 41).

Arriba a esta conclusión en el caso que se trata, efectuando una ponderación de los derechos

en juego, afirmando además que no existe norma procesal que otorgue legitimación activa al actor para ejercer un control de legalidad, como si existen en otros sistemas tales como la acción popular u otras figuras procesales relativas a los derechos difusos. En este proceso, pesaba sobre la actora la carga de acreditar el derecho subjetivo que pretendía resguardar y el agravio concreto y actual que el acto del demandado le ocasionaba.

Si hipotéticamente existiera la legitimación para proteger la legalidad o en el caso de oficio debiera ejercer dicho control, pondero los derechos enfrentados, ante un poder de policía abandonico y no albergo dudas de la decisión que he de adoptar. En esta línea de pensamiento no se puede ignorar que tanto los textos constitucionales como la Suprema Corte de Justicia vienen desarrollando una línea de protección tuitiva hacia los grupos vulnerables en el marco de la sociedad. En tal sentido los niños, niñas y adolescentes y las personas con discapacidad son foco de especial protección legal tanto interna como internacional.

No es desconocer el texto de una norma que impide actos de este tenor realizados por el demandado ni reconocer mayores derechos que los que en esta acción interdictal se discuten, sino más bien darle prioridad al ejercicio de derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad tales como un niño menor de edad con ciertos padecimientos o incapacidades. Las normas relativas al régimen de propiedad horizontal también deben interpretarse en clave constitucional y convencional. De igual manera, insisto, no se acredita el perjuicio concreto como presupuesto necesario para la procedencia de esta acción interdictal, y como contrapartida surge evidente la ausencia de ejercicio del poder de policía urbano por parte de quien debe determinar si se ha cumplido o no la reglamentación en materia edilicia.

IX.- En cuanto a las costas, atento lo opinable y controvertido del asunto y que las partes pueden haberse creído con razones suficientes para litigar, soy de la opinión de imponerlas por su orden en ambas instancias.

X.- Por todo lo expuesto, propicio:

- 1) Rechazar el planteo de nulidad.
- 2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en su mérito, revocar la Sentencia No 252, rechazando la demanda interpuesta.
- 3) Costas en el orden causado en ambas instancias. Así voto.

A LA MISMA CUESTION LA DRA. ANDREA FABIANA PALOMEQUE ALBORNOZ DIJO: Que adhiere al voto de la Sra. Vocal preopinante. Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, pasado y firmado, todo por ante mí, Secretaria Autorizante, de lo que doy fe.

Concuerta con su original obrante en el Libro de Sentencias de la Sala N° 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, expido el presente en la Ciudad de Corrientes, a los catorce días del mes de abril del año dos mil veintiuno. Conste.

Dra. LEONOR MERCEDES ITATI PONCE

Corrientes, 14 de abril de 2021.

Por los fundamentos de que instruye el acuerdo precedente; SE RESUELVE: 1º) Rechazar el

planteo de nulidad interpuesto a fs. 201/212. 2º) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 201/212 y, en su mérito, revocar la Sentencia No 252 del 01/11/2019, rechazando la demanda interpuesta. 3º) Costas en el orden causado en ambas instancias. 4º) Insértese, regístrese y notifíquese.

Dra. ANDREA FABIANA PALOMEQUE ALBORNOZ

Dra. CLAUDIA KIRCHHOF

Juez de Cámara

Dra. LEONOR MERCEDES ITATI PONCE

Secretaria Cám. de Apel. Civil y Com. - Sala III