

PROPIEDAD HORIZONTAL. CARACTERES, EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DOMINIO POR PISOS O DEPARTAMENTOS. REFACCIONES Y OBRAS NUEVAS. SOBRE LUGARES COMUNES DE USO EXCLUSIVO. PRESCRIPCIÓN. DE LAS ACCIONES EN PARTICULAR (MATERIA CIVIL). ENUMERACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRA NUEVA. ACCIONES POSESORIAS. INTERDICTO DE OBRA NUEVA. PROCEDENCIA EN CASO DE PROPIEDAD HORIZONTAL*

HECHOS:

El juez de primera instancia hizo lugar, parcialmente, al interdicto de obra nueva deducido por el consorcio contra uno de los propietarios que había cerrado uno de sus balcones y que, en un parque de propiedad común pero uso exclusivo del demandado, éste había hecho una construcción que superaba los cincuenta metros cuadrados. Ambas partes dedujeron recurso de apelación y la Cámara de Apelaciones confirmó,

parcialmente, la resolución impugnada.

DOCTRINA:

- 1) *Corresponde ordenar la demolición de la obra nueva realizada por un consorcista sobre un parque de propiedad común pero de su uso exclusivo, sin contar con la autorización unánime del copropietario ni de alguna autoridad del consorcio, cuando ello resultaba indispensable según el reglamento de copropiedad para mo-*

*Publicado en *La Ley* del 13/2/2003, fallo 105.056.

dificar la ocupación designada a las respectivas partes del inmueble y realizar toda obra nueva que afecte el inmueble común, toda vez que el acatamiento del reglamento es fundamental en el sistema de la propiedad horizontal.

- 2) *El aparente consentimiento tácito dado por el consorcio de copropietarios respecto de las obras ejecutadas por uno de los condóminos en relación con las disposiciones de la ley 13512 (Adla, VIII-254) y del reglamento de copropiedad –en el caso, respecto de una construcción antigua muy distinta a la nueva que realizó el demandado– no debe interpretarse como*

inequívoca manifestación de conformidad.

- 3) *El interdicto de obra nueva procede si se pretende la ejecución de obras en las partes comunes de un edificio dividido en propiedad horizontal –en el caso, al construir sobre una zona común de uso exclusivo más de 50 mts. cuadrados– sin contar con la unanimidad requerida por el reglamento de copropiedad.*

Cámara Nacional Civil, Sala I, agosto 13 de 2002. Autos: “Consortio de Prop. Sánchez de Bustamante 2042/46/48/50 c. Banci Gallino, Julio A.”

2ª Instancia. — Buenos Aires, agosto 13 de 2002.

Considerando: En la sentencia de fs. 382/389 se hizo lugar parcialmente a la acción promovida por el Consorcio actor, ordenándose la demolición de las nuevas construcciones de los cerramientos identificados como “1” y “2”. Según surge de la descripción realizada por el propio magistrado cuando inspeccionó el inmueble, la construcción identificada con el N° 1 –cerramiento 1– corresponde a la existente bajo el balcón del primer piso y que el perito ingeniero identifica luego como habitación “1”, y la que se identifica como cerramiento “2” corresponde al resto de la construcción existente en el fondo del lote y que el perito identifica a partir del paso “1”. El demandado se agravia de la decisión, proponiendo al Tribunal que se la revoque. La actora pretende que se modifique parcialmente el pronunciamiento, que se mande demoler la construcción que el perito describe en su dictamen como paso 1, *hall*, *kitchenette*, paso 2, baño, habitación 2 y habitación 3, manteniéndose las limitaciones que la decisión impone en lo que respecta a la llamada habitación 1 del mismo plano.

El presente litigio se origina cuando el demandado decide modificar la construcción que tenía en el fondo de su propiedad, que de carácter precario y con dimensiones semejantes a las que ahora se identifican como la habitación N° 2 en el plano confeccionado por el perito ingeniero a fs. 347, expande con otra habitación (la N° 3), baño, *kitchenette*, y los correspondientes pasos (1 y 2).

También realizó una obra de ampliación y sustitución de materiales en la zona que el perito identifica como habitación N° 1, debajo del balcón del primer piso. Respecto de tal sector también prosperó la acción, ordenándose la demolición de la nueva construcción de ese cerramiento.

I. En el punto 5) del memorial el apelante desarrolla el siguiente argumento; según lo que él interpreta del reglamento, las obras objetadas fueron realizadas en el terreno de su exclusiva propiedad y no en una propiedad común como se sostiene en la sentencia. Que por ello resultan aplicables las directivas del art. 2518 del Cód. Civil y que las limitaciones de la ley 13512 se circunscriben a cuestiones que afecten el funcionamiento del edificio y que, según entiende, las construcciones objeto del proceso en nada afectan ese funcionamiento. Agrega que el reglamento omite declarar que ese sector de su inmueble resulte de propiedad común del consorcio y que por consiguiente, la interpretación realizada por el juez atenta su derecho de propiedad, violándose así el art. 18 de la Constitución Nacional. Concluye que su jardín es superficie descubierta y que está excluido de la gestión y facultades de administración del consorcio y que por ello no paga expensas proporcionales sobre esa superficie. Culmina tal razonamiento entendiendo que su inmueble tiene características similares a las de un lindero del edificio de propiedad horizontal ya que ni reglamentaria ni funcionalmente está incluido en el consorcio.

Según lo previsto en el reglamento de copropiedad que en copia se glosa a fs. 37/83 es posible concluir, sin dudas, que el terreno donde se realizaron las obras motivo de la presente acción es de propiedad común del consorcio aunque de uso exclusivo del demandado. Surge ello de fs. 57 donde se detallan los sectores y/o cosas de propiedad común del consorcio. Se remite allí en primer término a las que individualiza el art. 2º de la ley 13512, y realiza luego otra enumeración ampliatoria de aquella que realiza la ley. Entre los supuestos que agrega se encuentra el terreno del edificio (letra “a” fs. 22), a su vez, entre los que incluye el art. 2º de la ley están los “patios solares” y “jardines” ambos en el inciso “a”. Se deduce entonces que indudablemente se trata dicho sector de un bien común del consorcio, no resultando aceptable el argumento del apelante de que es de su propiedad exclusiva.

En primer lugar y diferenciado de las restantes cosas comunes, se encuentra mencionado el terreno, es sinónimo de solar, se refiere a la superficie terrestre. Se trata de la única cosa que en todos los casos es y debe ser común. El terreno que es común es todo el lote de tierra utilizado, según títulos y catastro, aunque no se asiente el edificio en todas las partes del mismo; los sobrantes al costado de la construcción son comunes, salvo que se trate de extensiones innecesarias para el edificio que formen parcelas que puedan independizarse del terreno sobre el que recae el condominio (Elena I. Highton, *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, págs. 97 y 98, Ed. Hammurabi, año 2000).

II. Si entonces se trata de un bien común de uso exclusivo del demandado, para determinar la procedencia de las modificaciones deben verificarse las directivas del reglamento (art. 1197, Cód. Civil).

Este Tribunal tuvo oportunidad de señalar que en tanto el reglamento forma parte del título de dominio de cada uno de los propietarios y constituye la ley a la que debe ajustarse, su acatamiento es fundamental en el sistema organizado por la materia, y que el régimen se asienta sobre el funcionamiento de recíprocos intereses libremente pactados, al que se someten también los nue-

vos integrantes cuando adquieren su unidad (expte. “Buitrago, José María y otros c. Cons. Propietarios Rodríguez Peña 1414/16/18 y otros s/ acción declarativa –art. 322 del Código Procesal– del 30 de octubre de 1998, publicado en *ED*, el 8 de julio de 1999).

Según se determina en el reglamento, la unidad del demandado, la número 5, ubicada en la planta baja, debe tener una superficie cubierta de 56,20m², semicubierta de 7,64m², y una descubierta de 117,88m². Esta última superficie, la descubierta –el jardín, bien común del consorcio–, fue alterada sustancialmente con sus obras. Según el dictamen del perito ingeniero, la nueva construcción tiene una superficie de 52,17m² –ver fs. 350 pto. “b”–. La superficie descubierta dejó de serlo en la medida antes indicada por decisión exclusiva del demandado.

De acuerdo con lo estipulado en el reglamento en su artículo 19º pto. “g” acápite “a” y “b” –ver fs. 79–, se necesita la conformidad unánime de los consorcistas para modificar la ocupación designada a las respectivas partes del inmueble, para modificar los porcentuales establecidos para cada unidad de propiedad exclusiva, y para la realización de toda obra nueva que afecte al inmueble común. Según las constancias de autos, el proceder del demandado no sólo no fue autorizado en forma unánime por los copropietarios, no contó con ninguna autorización de alguna autoridad del consorcio, ni de un copropietario.

Se ha dicho asimismo que la transformación de un espacio abierto en un espacio cubierto destruye el equilibrio de la totalidad del edificio, cuya división en unidades se estructuró y organizó en función de una armonía de conjunto y de una proporcionalidad de situaciones, que no debe modificarse arbitraria y unilateralmente. De lo contrario, el régimen de propiedad horizontal corre el riesgo de desnaturalizarse y de convertirse en un semillero de conflictos y de pleitos (conf. CNCiv., Sala F, r. 261.745 del 11/6/99).

III. Cuestiona la sentencia el demandado proponiendo que la ampliación de la obra preexistente no puede considerarse como “obra nueva”. Entiende que la afectación (sic) se habría producido muchos años antes, y que por consiguiente, la acción está prescripta. Agrega que la violación de la norma que prohibiría su proceder se habría producido en ese momento –cabe apuntar que no identifica cuándo sucedió lo que describe–. Alega también que el consorcio luego de 20 años ha cambiado sorpresivamente de criterio, detallando luego otras obras del consorcio que también a su entender resultarían antirreglamentarias. Agrega que el consorcio no obró de buena fe al no avisar con debida antelación el cambio de criterio en relación a la tolerancia de las obras antirreglamentarias. Entiende que cuando él fue avisado de ese cambio de criterio su obra se encontraba en avanzado estado de construcción.

En relación con este agravio corresponde puntualizar que sólo será materia de análisis respecto de la obra que se aprecia a partir del paso (1) –según el plano de fs. 347 del perito ingeniero– ya que en lo atinente a la habitación que el experto identifica también con el N°1 se analizará luego el recurso.

Hecha la salvedad, conviene precisar que a criterio del Tribunal no es posi-

ble entender que la acción respecto del resto de la obra –a partir del paso (1)– se encuentre prescripta como propone el recurrente. Ello así porque no se trata de demoler la anterior obra que existía en ese sector y que contaba con una antigüedad de varios años. En efecto, existía antes en el mismo sector donde hoy existe la obra nueva una construcción precaria –ver posición 7ª de fs. 360– tal como surge de las fotografías que el demandado acompaña al contestar la demanda en las que se advierte la presencia de un menor de aproximadamente 12 años, que actualmente –según expresa el demandado– cuenta con más de treinta –ver en la contestación de la demanda– lo que permite inferir que esa construcción precaria contaba con varios años de antigüedad.

Se aprecia también en esas fotografías que acompañó el demandado al contestar demanda que, como se dijo, dicha construcción era precaria, ver especialmente las fotografías agregadas a fs. 110, 111, 125, 126 y 127. Se puede ver allí una estructura o cerramiento con puertas de vidrio, que posibilita observar en su interior una parrilla, una mesa y sillas, lo cual revela que se trataba de un lugar de estar, apropiado para almuerzos o cenas o para esparcimiento. Es posible tener una vista aérea de dicho sector con la fotografía de fs. 164, se ve allí el techo distinto del actual.

Esa antigua construcción fue deshecha para dar paso a la nueva obra que origina el pleito. Puede que se hayan empleado en la nueva construcción algunos de sus elementos pero lo cierto es que las diferencias son concluyentes, lo que era un lugar de estar, acondicionado para almuerzos o cenas, con una parrilla para asados pasó a ser un dormitorio (habitación 2) de una dimensión mayor a la que tenía esa “vieja” –para distinguirla de la nueva– obra.

En consecuencia, para apreciar si está prescripta o no la acción del consorcio no debe computarse como plazo de inicio de la acción la infracción que pudo haber cometido el consorcista con la realización de aquella “vieja” obra que ya no existe, sino a partir de la “nueva” obra que desplazó a aquella en forma total. Es a partir de este último emprendimiento que habrán de computarse los plazos para la prescripción que alega el demandado. Y dado que esta última refacción es de reciente data, ya que al promoverse la demanda en el año 2000 estaba en pleno trámite, sin necesidad de realizar mayores consideraciones, debe desestimarse tal pretensión, de que se declare prescripta la acción del consorcio para exigir la demolición.

En cuanto al cambio de criterio que el demandado reprocha al consorcio, debe destacarse que tal vez se debió al considerable cambio que experimentó la obra antirreglamentaria del demandado. Por otra parte, tiene dicho el Tribunal que el aparente consentimiento tácito dado por el consorcio a las obras ejecutadas por uno de los condóminos en relación con las disposiciones de la ley 13512 y del reglamento de copropiedad no debe interpretarse como inequívoca manifestación de conformidad con la realización de aquellas (expte. 82.855, “Cons. Lavalle 1615/19 c. Golpe Basaldúa s/ sumarísimo” del 2 de julio de 1993; ver en igual sentido, CNCiv., Sala M, “Cons. Billinghamurst 2494 c. Varsavsky, Paula s/ cumplimiento de reglamento de copropiedad” del 5 de febrero de 2001, publicado en *ED* el día 11 de septiembre de 2001).

IV. El demandado también sostiene que existen otras construcciones anti-reglamentarias en el consorcio, citando distintos elementos que dan cuenta de ello, como ser la constatación realizada por el juez de la causa y el dictamen del perito ingeniero, pero frente a ello es preciso recordar que las faltas de uno de los copropietarios no son compensables con las de los otros, pues ellas no autorizan a proseguir en una cadena interminable de infracciones que alterarían el orden, que es garantía del derecho generado en la ley 13512 (conf. CNCiv., Sala F, 7/10/96, *La Ley*, 1997-E, 495 y sus citas; íd., “Francone, Fernando M. y otro c. Cittadini, Paula s/ interdicto” del 11 de junio de 1999).

V. Debe pues revocarse parcialmente la sentencia y concluir tal como propone la parte actora que se impone la demolición del sector individualizado a partir del paso “1” sin las especificaciones o limitaciones establecidas en función de la antigua construcción hoy inexistente.

Ante la jurisprudencia citada por el demandado cabe puntualizar que no se está frente a una mínima infracción que permita evaluar si la orden de demolición es un exceso. Debe destacarse que se trata de una obra antirreglamentaria, sin planos de obra –ver manifestación del propio demandado a fs. 253 y por el experto a fs. 352 segundo párrafo–, que tampoco, obviamente, fue denunciada ante las reparticiones del Gobierno de la Ciudad –ver informe de fs. 264– lo cual además motivó que en sede de esta última se haya dado inicio a una actuación administrativa para regularizar esa situación irregular.

VI. Es necesario precisar que en la sentencia se ha ordenado la demolición de los nuevos cerramientos identificados con los Núms. “1” y “2”. De ese modo se identificó respectivamente a las construcciones que existían bajo el balcón a continuación del inmueble, y la que en este fallo se identificó como antigua construcción del fondo, aquel lugar de estar, hoy una habitación.

Respecto de la construcción que existía en el fondo, al no existir más, no es posible cumplir con la resolución judicial, tal como sostiene la actora en su memorial, y ante ello, procede la completa demolición a partir de lo construido desde el paso identificado con el N° “1”, lo cual incluye según identifica el perito ingeniero a fs. 347 ese paso “1”, el *hall*, la *kitchenette*, el paso “2”, el baño, la habitación “3” y la habitación “2”. Todo ello debe ser demolido porque ya no es posible volver a la construcción anterior que no existe más por decisión del propio demandado.

En cambio, respecto de lo que se ha identificado como habitación “1”, la que se advierte a continuación del living comedor del departamento llámémosle “original”, que también ha experimentado un cambio en su extensión y en su constitución –ver informe del perito ingeniero–, y que en la sentencia se condena a volverlo a su estado original, se decide lo siguiente: Asiste razón al agravio del demandado cuando señala que tal modificación no fue objeto de esta litis ya que al promoverse la acción no se había realizado. Se infiere de los términos de la demanda que la acción se promovió para obtener la paralización y destrucción de la restante obra mas no se demandó por esa modificación. Por otra parte, el propio representante de la actora, a fs. 151 vta., aclaró que la obra existente debajo del balcón del primer piso no constituía objeto de

la litis. En consecuencia, se revoca tal aspecto de la sentencia, pues esa modificación no ha sido materia de este proceso y en su caso la actora para hacer valer sus derechos deberá ocurrir por la vía y forma que correspondan. Respecto de ese punto –pto. “4” de fs. 390– se hace lugar al recurso del demandado.

VII. Cuestiona también el demandado la procedencia de la vía del interdicto para el presente reclamo. Propone que la actora para hacer valer sus derechos debe ocurrir por la vía de un juicio sumario que no tiene las limitaciones en el trámite que tiene el presente.

El art. 619 del Cód. Procesal consagra el instituto que denomina “Interdicto de obra nueva”, que se ha definido como aquella pretensión en cuya virtud quien resulta afectado en la posesión o tenencia que ejerce sobre un inmueble a raíz del comienzo de ejecución de una obra, reclama que ésta se suspenda durante la sustanciación del proceso y se disponga su destrucción en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva. De conformidad con lo prescripto por el art. 2500 del Cód. Civil, el interdicto de obra nueva “tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho” (Palacio - Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado...*, t. 10, págs. 333 y 334, Ed. Rubinzal - Culzoni, año 1998).

Se ha decidido, entre otros casos, que el interdicto procede si se pretende la ejecución de obras en las partes comunes de un edificio dividido en propiedad horizontal sin contar con la unanimidad requerida por el reglamento de copropiedad (Palacio, L. E., *Derecho Procesal Civil*, t. VII, pág. 55, pto. b), edit. Abeledo - Perrot, año 1990; ver jurisprudencia en ese sentido citada en la obra antes citada de los doctores Palacio - Velloso, en el t. 10 pág. 337, coment. al art. 619).

Por otra parte, no especifica el recurrente cuáles fueron las limitaciones probatorias que afectaron su defensa. Según se lee a fs. 136, produjo la totalidad de la prueba que ofreció (confesional, testimonial, pericial, documental) y la que no produjo fue por su propia decisión (ver desistimiento de fs. 362).

VIII. En lo atinente al avance de la obra que el demandado invoca para de ese modo cuestionar la vía del interdicto, corresponde señalar que al iniciarse el juicio, el juez que entiende en la causa decretó a fs. 97 la prohibición de innovar, disponiendo la paralización de las obras iniciadas en el inmueble del demandado. De ello fue notificado este último en persona por medio de la cédula de fs.150 el 24 de marzo del año 2000. De un modo incomprensible, días después se verificó que esa orden judicial no había sido cumplida ya que al realizarse la constatación de fs. 146/148 el día 3 de abril de 2000, casi diez días después de notificado el demandado de la medida de fs. 97, continuaban las obras, basta con remitirse a los términos del acta, especialmente cuando el oficial notificador identifica a cuatro personas que con ropa de trabajo estaban en el sector de las reformas. No sólo eso, dos días después, constataron el lugar el secretario y el juez de la causa, quienes dejaron constancia de que continuaban unos obreros trabajando, y que faltaban detalles de terminación. De

los términos del peritaje a fs. 352, en el momento en que la visitó el experto estaba “próxima a su terminación”.

Las fotos acompañadas con la demanda así como también las agregadas luego revelan el rápido avance de la obra del demandado aun luego de conocer la orden del juez que dispuso su paralización.

Es posible concluir entonces que el grado de avance de la obra no será un elemento que favorezca la posición del demandado ya que la obra en una parte significativa fue realizada luego de que el juez que entiende en la causa ordenase su paralización. Se desobedeció una orden judicial, con el agravante de que el demandado es abogado y fue quien recibió la notificación de la orden. Rige aquí la directiva del art. 902 del Cód. Civil, que vale la pena transcribir: Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. De admitirse pues su propuesta, se convalidaría su proceder anti-jurídico.

Debe recordarse que si el interesado, sin pedir autorización del consorcio u obtenido conformidad de algún grupo de propietarios, lleva adelante la reforma, este proceder resulta antijurídico y su convalidación por vía judicial no sólo crearía desorden en el régimen de propiedad horizontal sino que premiaría al que presentara los hechos consumados, dejando enseñanza de que es conveniente proceder en contra de las normas jurídicas, por lo que no corresponde admitir esas conductas (Highton, E., *Derechos Reales, v. 4 - Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*, págs. 181/184, 185 y 186, Ed. Ariel, 1979; Racciatti, H., *Propiedad por pisos o por departamentos*, pág. 350, pto. 135 y pág. 391, pto. 152; CNEsp. Civil y Com., 20/10/88 *in re*: “Cons. Córdoba c. Multiradio S. A. s/ sumarísimo”; CNCiv., Sala E, r. 261.745 del 11 de junio de 1999).

IX. En definitiva, debe hacerse parcialmente lugar al recurso del demandado, y también al recurso de la parte actora, modificándose la decisión apelada del siguiente modo; se procederá a la demolición de aquel sector que el perito ingeniero identifica como “paso (1)”, “hall”, “kitchenette”, “paso (2)”, “baño”, “habitación (3)”, y “habitación (2)”. No es posible, como se propone en la sentencia, ordenar la demolición de lo que exceda a la vieja construcción existente ya que esa vieja construcción no existe más, fue reemplazada por la nueva.

También se modifica la sentencia que ordena la demolición de la nueva construcción que excede la existente en el sector de la “habitación (1)” ya que tales obras no formaron parte del objeto de esta demanda.

Se confirma la imposición de costas dispuesta en primera instancia, y también se imponen las costas de esta instancia al demandado que ha resultado sustancialmente vencido (art. 69, Cód. Procesal). Aun cuando a su pedido se revoca la decisión de demoler la construcción existente debajo del balcón, no corresponde modificar la imposición de las costas ya que tal petición, según lo aclaró expresamente la propia actora, no fue objeto de la litis.

Avala tal decisión el proceder del demandado que desoyó la orden de un juez, y sumado a ello, la magnitud de la obra realizada sin permiso alguno, sin

planos, violando de esa manera normas del consorcio, municipales y de edificación.

En su mérito, se resuelve modificar parcialmente la sentencia de fs. 382/389, se dispone la demolición total de los siguientes ambientes –según la descripción que realiza el perito ingeniero a fs. 347–, el “paso (1)”, el “hall”, la “kitchenette”, el “paso (2)”, el “baño”, la “habitación (3)”, y la “habitación (2)”. 2) Revocarla en cuanto dispone la demolición de lo que exceda la construcción antes existente respecto de la “habitación (1)”. 3) Confirmar la imposición de costas e imponerlas también en esta instancia al demandado. — *Del-fina M. Borda.* — *Eduardo L. Fermé.* — *Julio M. Ojea Quintana.*