

REGISTRO N° 538-S-FOLIO N°

.....**EXPTE. N° 138189**

.....JUZG.CIV.COM.N° 14

///la ciudad de Mar del Plata, a los 22 días del mes de octubre del año dos mil nueve, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos "DERRICO MARIA CRISTINA C/ GALLI MARIA S/ ACCION NEGATORIA", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Alfredo Eduardo Méndez y Rubén Daniel Gérez. (Arts. 47-8 ley 5827) .....

...El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

.....**C U E S T I O N E S**

.....1.-Es justa la sentencia de fs. 279/91?

.....2.-Qué pronunciamiento corresponde dictar?

.....**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR MENDEZ DIJO:**

.....I) A fs. 279/91 dictó sentencia el Señor Juez de Primera Instancia haciendo lugar a la acción negatoria promovida por María Elena D'Errico contra María Cristina Galli, condenando a esta última a cesar en el ejercicio del derecho que ilegalmente se atribuyó en la utilización del servicio del muro propiedad de la parte actora, y a abonar a la primera, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, en el plazo de diez días de encontrarse firme la presente la suma de pesos dos mil (\$ 2.000), con costas al vencido; y rechazando la reconvencción deducida por María Cristina Galli contra María Elena D'Errico, con costas.

..... Los principales argumentos volcados en el fallo fueron los siguientes: a.-a pesar de encontrarse catastralmente determinado que el muro objeto de autos no se encuentra construido en la parcela correspondiente al lote de terreno de la actora, la propia demandada expresamente admitió que aquél era de su propiedad y el íperito en su dictamen, categóricamente, arribó a igual conclusión; b.-la actora comprobó, a tenor del art. 2805 del Código Civil el acto invocado como contrario a su derecho con la prueba testimonial, pericial, confesional y el acta de reconocimiento judicial; c.-si bien la actora no precisó cuál era el importe por el que demandara los daños y perjuicios denunciados, la doctrina emergente del antepenúltimo párrafo del art. 330 del CPC en modo alguno permite soslayar la admisibilidad del reclamo; d.-acudiendo a lo prescripto en el art. 165 del CPC y merituando la estimación montal hecha por el experto concluye en una indemnización de \$ 2.000; e.-no surgiendo de los arts. 2726 y 2729 del C.Civ. la elevación de la altura que deben tener los muros y en ausencia de disposiciones municipales expresas, corresponde desestimar la reconvencción (levantar la pared medianera en 7 mts. de altura en lo que excede de su parite).

.....Disconformes con la decisión a fs. 297 apeló la demandada y a fs. 303 lo hizo la actora. A fs. 378/97 y a fs. 399/400 expresaron sus respectivos agravios. Sólo contestó la demandada a fs. 405/09.

.....Agravios de la demandada.

.....La expresión de agravios, pese a la metodología instrumentada, puede plasmarse en tres cuestiones troncales:

.....1) Es inconcebible que siendo su parte propietaria del suelo en el que se asienta el muro deba abstenerse de servirse de él e indemnizar daños y perjuicios. En tal contexto, aduce que el a-quo no aplica el régimen legal vigente y se funda en elementos probatorios de nulo valor convictivo. Veamos que dice al respecto:

……a.- Ha sido acreditado debidamente por prueba pericial que el muro de la actora fue construido íntegramente en terreno de la demandada y por lo tanto es de exclusiva propiedad de esta última.

……b.- Las construcciones pertenecen siempre al propietario del suelo y quien las hizo tiene derecho, en todo caso, a una indemnización, pero no a pretender la propiedad de la cosa.

……c.- La propiedad del suelo se extiende a su profundidad y al espacio aéreo (art. 2518 C.Civ.); el propietario es dueño exclusivo y puede extender en él sus construcciones.

……d.- La propiedad de una cosa se extiende a los accesorios como aquellas cosas adquiridas por efectos de la accesión.

……e.- Su parte es propietaria del terreno y como tal tiene la facultad de excluir a terceros en el uso o goce.

……f.- Conforme lo dispone el art. 2523 del Código Civil, si no se ha probado la creación de un nuevo título de adquisición con el conocimiento del propietario, el dominio permanece incólume.

……g.- El art. 2519 del cuerpo legal citado establece la presunción de que todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario de éste mientras no se probare lo contrario; y el art. 2520 expresa que la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella.

……h.- Al ser su parte propietaria exclusiva del muro le asiste el *ius utendi* y en tal carácter es el uso que hizo de él.

……i.- El perito ingeniero incursiona indebidamente en el campo de lo jurídico, ajeno a su profesión; y al echar mano el sentenciante a esa parcela del dictamen se contradice con sus propios considerandos y con las constancias relevantes rendidas en autos.

……j.- La admisión de su parte, lega en la materia, sobre la propiedad del muro es irrelevante frente a las pruebas que *a la postre* demostraron que es ella la exclusiva propietaria.

……k.- De lo dicho se desprende que la parte actora **no ha probado reunir los requisitos necesarios para la promoción de la demanda, particularmente el derecho que invoca como sustento de su pretensión negatoria.**

……l.- **En forma previa a la deducción de la acción negatoria resultaba menester contar con una mensura adecuada de ambos lotes a efectos de determinar la propiedad del muro en cuestión. Vale decir que la actora debió primero iniciar una acción de deslinde de conformidad con los términos del art. 2746 del C. Civ. para despejar el estado de incertidumbre respecto del límite que separa las heredades contiguas.**

……m.- Para intentar la acción negatoria es necesario que el actor tenga derecho de poseer y que el tercero que turba dicho derecho se arrogue una servidumbre que impida el ejercicio de un derecho real; pero en el caso no se dan ninguna de las dos circunstancias, desde que se ha acreditado que su parte es la propietaria exclusiva del terreno en el que se asienta el muro, y por ende la actora no puede ser propietaria de este último, pues no surge de autos que sean condóminas de dicha pared.; y la demandada no se arroga ninguna servidumbre pues el muro es de su propiedad.

……n.- Equivocadamente el a-quo la ordena a cesar en el ejercicio de un derecho que le es propio y emana de la condición dominial de la cosa en litigio.

.....2) En el siguiente enfrentamiento con el fallo impone de relieve la improcedencia de la indemnización por los daños reclamados, pues sería, en todo caso, un daño producido sobre cosa propia.

.....3) El a-quo erróneamente rechazó los daños reconvenidos por su parte restando todo valor a los testimonios rendidos y que dan cuenta de que la actora maitó las plantas de la demandada; en particular el de la Ingeniera forestal Adriana Di Blasi, quien manifiesta que el daño observado en las plantas era típico del que presentan las plantas cuando son agredidas por un producto químico que se le asimila a un paso rápido de fuego.

.....4) Finalmente, impugna las costas remitiéndose a toda la evaluación hecha a lo largo de su memorial.

.....Agravio de la actora: que se haya condenado a su contraria a abonar una indemnización de \$ 2.000 apartándose del dictamen pericial que estima una reparación entre \$ 5.000 y \$ 2.300.

.....II) Le asiste razón a la demandada y la sentencia, adelanto, deberá revocarse. El agravio de la actora, en consecuencia, deviene abstracto.

.....Recurso de la demandada.

.....1) Procedencia de la acción.

.....En primer lugar vale acudir al objeto mismo de la litis sobre la que se vertebró toda la causa. La actora en su demanda reclamó, particularmente, se declare su propiedad exclusiva sobre todo el muro, se ordene la reparación de los daños a él ocasionados y se notifique expresamente a la accionada que no puede servirse del mismo, dada su condición de privativo, con costas.

.....Frente a tal postulación, la actora debía, como presupuesto inexorable de procedencia de su acción, acreditar la titularidad del derecho invocado.

.....Huelga resaltar, con este norte, que nos encontramos frente una acción negatoria, siendo ella el remedio indicado para resolver conflictos entre vecinos originados por la violación a las disposiciones que reglamentan las restricciones y límites del dominio. Procede al comprometerse la libertad en el ejercicio del derecho real del propiedad (arg. CC0000 DO c. 80630 sent. 22/6/2004).

.....Se relaciona, entonces, con la libertad en el ejercicio de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

.....Como lo destaca Maynz en la nota al art. 2800 del Código Civil, no difiere de la reivindicación sino por la extensión de la lesión que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado. Para que podemos intentar la reivindicación es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de la posesión. Todo ataque de una importancia menos grave basta para darnos la acción negatoria.

.....De ello se sigue que uno de los presupuestos para intentar la acción negatoria es acreditar la condición de poseedor de la cosa, y esto es, justamente, lo que no ha hecho la accionante.

.....Aún cuando se haya partido de una posible incertidumbre inicial que llevó a la demandada a expresarse como lo hizo, en una suerte de reconocimiento de la propiedad de su contraria respecto del muro (v. fs. 189), con el transitar de la causa se clarificó una cuestión que despejó cualquier duda o error: la verdadera propietaria del muro, tal como luego analizaré, es la demandada.

.....La mentada conclusión dominial a la que se arribó en el iter probatorio, irrumpe sobre cualquier manifestación de las partes, abriendo paso a una conclusión: la accionante no demostró los elementos constitutivos del derecho que invoca para viabilizar su pretensión.

.....Recordemos que, en atención a lo prescripto por el art. 336 del CPC, el Juez puede y debe asumir un concreto contralor de los presupuestos procesales, es decir, de los requisitos de procedibilidad de la pretensión (SCBA c. 84284 Sent. 18/12/2002; B 51941 i18/12/90).

.....El órgano judicial se encuentra, incluso, facultado para pronunciarse en punto a la legitimación para demandar ex officio puesto que constituye un deber del magistrado verificar si, de acuerdo con las normas vigentes, quienes accionan están legitimados para pedir. En tanto no exista identidad entre quien peticiona y el titular del derecho que se invoca la presentación deviene improcedente.

.....En punto a la cuestión que nos convoca el Juez, en errática reflexión que conspira contra la normativa que regula los derechos reales en juego, basado en el informe del perito y las manifestaciones dadas en la prueba confesional, concluye en que a pesar de encontrarse catastralmente determinado que el muro objeto de autos no se encuentra construido en la parcela correspondiente al lote de terreno de la actora, la demanda, de todos modos, debe prosperar.

.....De las constancias de la causa puedo ver que los planos anexados (fs. 259/62) demuestran que el muro está emplazado en el lote de la demandada. Señala al respecto el Ingeniero Civil Alberto Abel Hernández, que en ellos consta claramente que "el muro se encuentra ubicado en la parcela 5 c" (fs. 264; arts. 375, 384, 457, 473 y ccdts. CPC).

.....En el informe presentado a fs. 246/49 dictamina que se trata de un muro divisorio entre propiedades, que separa las parcelas 6a y 5 c de la manzana 320, y que "ha sido construido dentro del predio de la demandada".

.....Ilustra el perito lo manifestado con el croquis de fs. 248, el que permite apreciar como el muro irrumpie en el predio vecino al de la actora.

.....La virtualidad convictiva que emana de tal probanza y en particular de los planos aprobados por "Geodesia" sellan la suerte del litigio; y en obsequio a ello exhibe especial atinencia el agravio vinculado a los límites del dictamen pericial. La manifestación del Ingeniero en cuanto a que el muro "pertenece" a la actora resulta una expresión conjetural que excede el marco propio de su cometido así como al carácter científico que han de entrañar sus conclusiones.

.....No puede haber peritación sobre cuestiones de derecho ni sobre los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen o califiquen los peritos. La peritación tiene por objeto, exclusivamente, cuestiones concretas de hecho, la investigación, verificación y calificación técnica o científica de hechos que por sus características exijan, para su adecuada percepción y valoración, especiales conocimientos de la misma naturaleza (conf. SCBA Ac. 93328 12/7/2006). Como bien afirma el apelante, el perito no es abogado y por ende no puede emitir dictámenes jurídicos.

.....Igual tesitura ha de seguirse respecto a la confesión de la demandada -a la que también echa mano el a-quo, junto a la pericia, para decidir la contienda-. La Señora Galli es leiga en la materia y pese a su pristino desconocimiento acerca de la propiedad del muro, lo cual la llevó a admitir que el "muro era de la accionante", la posterior comprobación técnico-jurídica de la real titularidad torna sus dichos intrascendentes y carentes de peso frente a una cuestión que, como ya dijera, es de orden público y no puede ser desbaratada por simples conjeturas del perito o de la parte (arts. 263 inc. 5º, 375, 384, 457, 473 y ccdts. CPC; arts. 2506, 2508, 2510, 2511, 2513, 2515 y sgts. Código Civil).

.....Sentado el hecho de que el muro se encuentra emplazado sobre el lote 5-c de propiedad de la demandada, y abriendo un marco de reflexión, es menester señalar que desde el punto de vista del emplazamiento de la pared que separa heredades, ella

puede estar encaballada o ser contigua, según esté asentada sobre el terreno de los dos linderos, o en forma exclusiva sobre el de uno de ellos respectivamente (arts. 2717, 2726, 2727, 2728 y 2736 del Código Civil; Areán Beatriz en "Código Civil...Derechos reales" Highton-Bueres T 5-B pág. 207).

.....La diferencia es importante por los efectos que produce, por cuanto, mientras que en los lugares de cerramiento forzoso la pared medianera da derecho a quien la construyó a reclamar a su vecino la mitad de su cosito, en los supuestos de pared contigua o privativa, ese derecho sólo nace cuando el vecino hace uso de la pared en la medida de ese uso (art. 2728 C.Civ.).

.....Sin embargo, en el caso que nos convoca nos encontramos con un muro contiguo que sería de propiedad del que lo construyó si lo hubiese emplazado en el lote de su propiedad; pero las particulares connotaciones que dimanar de la prueba analizada llevan a advertir que aquí el muro fue construido en la propiedad del vecino.

.....Y cuando la pared fue asentada en su totalidad sobre el terreno del demandado, éste, de acuerdo con las reglas ordinarias, ha adquirido por accesión la propiedad del muro (arts. 2571 y 2588 C.Civ.). El derecho de quien realizó la construcción se convierte en un crédito pro importe de lo construido, pero no permite la procedencia de la acción negatoria (Salas -Trigo Represas- López Mesa "Código Civil Anotado" T 4B, Depalima, 2000, pág. 53).

.....Dicho de otro modo, el actor tendrá, en todo caso, derecho al cobro de la correspondiente indemnización establecida por la ley para que el dueño del terreno no se enriquezca a costa del dueño de los materiales; pero ello no le podría ser acordado en la presente acción negatoria sin cambiar la "causa petendi" y alterar los términos de la litis. Los derechos que le asisten como edificador en terreno ajeno los deberá viabilizar del modo correspondiente, pero no en este proceso en que no ha acreditado los presupuestos exigidos por la acción entablada (arg. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil Sala J.; La Ley 1989-D, 65; DJ 1989-2, 949).

.....Concordante con este criterio Salas-Trigo Represas sostienen que quien construyó totalmente sobre el terreno del vecino una cerca, no puede reclamar de su colindante la contribución al cerramiento forzoso, ya que este muro accede al suelo que pertenece a este último; ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al vecino que la construyera por las mejoras introducidas (aut. cit. "Código Civil anotado" t.2, p. 728-i).

.....Idéntico criterio formula Guillermo Borda "Cuando la pared fue asentada en su totalidad sobre el terreno del demandado, éste, de acuerdo con las reglas ordinarias, ha adquirido por accesión la propiedad del muro" (aut.cit. "Tratado de Derecho Civil - Reales" p. 508; Rev. La Ley t. 83 p. 402).

.....También bajo tal lineamiento se ha pronunciado la S.C.B.A.: "Firme la premisa de que la pared construida es contigua al límite del terreno, es una pared o muro privativo, el vecino lindero carece de toda atribución sobre la franja del terreno ajeno en que se asienta el muro" (SCBA Ac. 45671 14/8/90; AyS 1990-II-1888).

.....Bajo el prisma de lo ocurrido cobra operatividad el instituto de la "accesión", como modo de adquirir derechos reales; y para que las cosas muebles se conviertan en inmuebles por accesión física deben mediar los siguientes extremos: 1) que se encuentren realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, y 2) que esa adhesión tenga el carácter de perpetuidad, no en el sentido de inmutable y definitivo, sino de permanencia o durabilidad, por contraposición a provisorio o temporario

(arts. 2315, 2319, 2322 C.Civ.; Cám. iCiv. 2°, S III La Plata, c. 69870, Reg. 219, 1/11/90).

.....Es preciso aclarar aquí que si bien es cierto ilo dicho por el apelante en cuanto a que el art. 2519 idel Código Civil expresa que todo lo construido en el iinterior de un terreno se presume hecho por el propietario si no se probare lo contrario; en autos la actora idemostró haber sido ella quien construyó el muro. Mas, ital demostración servirá, en todo caso, al momento de ireclamar el reembolso de la inversión realizada en teirreno ajeno pero en modo alguno puede dar andamio a ìla intentada acción negatoria ni a los consecuentes daiños y perjuicios supuestamente ocasionados sobre un muuro edificado en la propiedad vecina.

.....Vale agregar para disipar cualquier duda que itodo lo edificado en un inmueble tiene carácter accesoirio a éste y pertenece al dueño del suelo, haciéndolo isu titular (arts. 2324,, 2325, 2332, 2519, 2520 y 2571 idel Código Civil).

.....Como principio, el propietario de la cosa prinicipal es dueño de las accesorias, y esta regla se apliica tanto a las cosas muebles como a las inmuebles (art. i2520 C.Civ.; Borda "Tratado de Derecho Civil"- Derechos ireales, Ed. Abeledo Perrot-Bs.As. TI. págs. 237 y sgits.).

.....Ni siquiera puede decirse que exista un condoiminio entre el dominante y el edificador. Es que no caibe desdoblar la propiedad de lo edificado y la del inmueble en el que se realizaron esos actos, pues en caso icontrario se desvirtuaría el principio romano seguido ipor el Código de que "la superficie accede al suelo", icon el consiguiente rechazo del derecho de superficie ìestablecido por el art. 2614 (arg. CC0001 LZ c. 61818, iReg. 76, 18/4/06).

.....Obvio resulta, acorde con lo expuesto, que la idemandada como propietaria tiene el derecho de usar o iius utendi sometido al derecho real y éste consiste en iservirse de la cosa. En el derecho de dominio el dueño ipuede usar y gozar del inmueble libremente, por tanto isu destino está sometido a su voluntad ejercida dentro ide los límites que marca el propio Código Civil, sin iperjuicio -por cierto- de las numerosas normas reglaimentarias que establece el derecho administrativo ì(arts. 2513, 2514, 2611 y ccmts. del C.Civ.).

..... En el contexto evaluado y en el marco de la acición intentada se revela incorrecto que el a-quo ordene icesar en el ejercicio de un derecho que a la demandada ile es propio dada su condición de propietaria de la coisa litigiosa. El muro es de ella y tiene sobre él un iderecho de uso, siempre, claro está, dentro de los lîmites establecidos por el art. 2618 del Digesto Civil.

.....Como acertadamente estima el apelante, la actoirra debió primero cerciorarse de los límites de las paricelas para despejar el estado de incertidumbre y no a itravés de la acción negatoria pretender se aclare tal isituación dominial para reclamar en un mismo acto los idaños provocados al muro (arg. art.2746 CCiv.).

.....Recapitulando esta parcela, habiéndose acrediitado mediante prueba irrefutable que la pared divisoria iobjeto de esta litis pertenece a la demandada por acceisión a su lote, deviene improcedente la acción negatoiria promovida como así también el reclamo de los daiños iy perjuicios producidos "sobre cosa propia". Al no ser ìla accionante propietaria de la cosa sobre la cual reiclama se advierte la falta de los presupuestos esenciailes de la acción, tal la titularidad, como supra dijeira, del derecho invocado.

.....2) Rechazo de los daiños producidos por la actoirra.

.....La demandada se agravia bajo este rótulo de que iel a-quo haya desestimado los daiños provocados por la iactora, quien, según relató al contestar la demanda, imató

con ácido una hiedra -enamorada del muro- que tenía en su jardín y trepaba por la pared (v. fs. 89).

.....A poco de observar la contestación de demanda a precio que la reconvencción apuntó únicamente a que se condene a la actora a levantar una medianera de siete metros de altura y no a la indemnización de daños provocados sobre las plantas, respecto de lo cual siquiera estimó un monto (v. fs. 90 p. IV). La cuestión atinente a la hiedra y su extraña muerte formó parte del relato de los hechos y de los problemas de convivencia en las relaciones de vecindad (v. fs. 88 vta. p. III).

.....El Juez, al evaluar el daño como presupuesto de la acción intentada, en particular los deterioros ocasionados al muro (que, aclaro, en el modo en como se resolviera el anterior punto, a esta altura carecen de irrelevancia), consideró irrelevantes los alcances de las declaraciones testimoniales propuestas por la demandada, y cuya inobservancia por el presente agravo ataca.

.....No obstante debo decir que si lo que pretendía la demandada era una suerte indemnizatoria por la muerte de sus plantas, no entabló su defensa por la vía reconvencional correspondiente. Ahora y por el modo en que se resuelve el litigio todo ataque a la valoración de la prueba testimonial por ella aportada respecto de la circunstancia descripta se torna irrelevante.

.....En este tramo considero correcta la evaluación hecha por el Juzgador de grado.

..... Finalmente y para evitar toda duda respecto de la solución propuesta, estimo conveniente aclarar que el rechazo de la reconvencción, dirigida al levantamiento de un muro medianero, no fue motivo de agravio y dicho silencio restringe su inspección, dejando firme lo decidido al respecto.

.....3) Imposición de costas.

.....Por el modo en que se resuelve la litis recursiva, y en atención a lo dispuesto por los arts. 68 y 274 del CPC, corresponde imponer las costas a la actora vencida (arts. 68 y 274 CPC).

.....Recurso de la actora.

.....Como adelantara al comenzar el desarrollo del presente pronunciamiento, los agravios de la actora relacionados a los montos de los daños solicitados, ha caído en abstracto, en atención al modo como se resuelve la contienda.

.....Voto por la NEGATIVA.

.....EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GEREZ VOTO EN IGUAL SENTIDO POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

.....A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR MENDEZ DIJO:

.....Corresponde: 1) REVOCAR la sentencia de fs. 279/91, rechazándose la acción negatoria, con la consiguiente indemnización solicitada, entablada por María Cristina DéErrico contra María Cristina Galli; 2) Imponer costas de ambas instancias a la actora vencida (arts. 68 y 274 CPC); y 3) Diferir para su oportunidad la regulación de honorarios (art. 31 ley 8904).

.....ASI LO VOTO.

.....EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GEREZ VOTO EN IGUAL SENTIDO POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.....

.....Con lo que finalizó el Acuerdo dictando la siguiente:

.....S E N T E N C I A

.....Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo se resuelve: 1) REVOCAR la sentencia de fs. 279/91, rechazándose la acción negatoria, con la consiguiente indemnización solicitada, entablada por María Cristina DéErrico

contra María Cristina Galli; 2) Imponer costas de ambas instancias a la actora vencida (arts. 68 y 274 CPC); y 3) Diferir para su oportunidad la regulación de honorarios (art. 31 ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 iCPr.). Devuélvase.-

ALFREDO EDUARDO MENDEZ

.....RUBEN DANIEL GEREZ

.....JOSE GUTIERREZ

.....Secretario