

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. Nº 25819/12-STJ-

SENTENCIA Nº 7

///MA, 7 de marzo de 2013.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Sergio M. Barotto y Enrique J. Mansilla, con la presencia de la señora Secretaria doctora E. Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “CONSORCIO MITRE 1076 c/CONSORCIO MITRE 1090 y Otros s/ACCION CONFESORIA s/ CASACION” (Expte. Nº 25819/12-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 426/443, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaria. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Sergio Mario Barotto dijo:-----

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, mediante Sentencia Nº 49 de fecha 23 de junio de 2012 glosada a fs. 408/420, en lo que aquí importa, resolvió: “1ro.) Hacer lugar al recurso de fs. 326 y, consecuentemente, revocando el decisorio de Ia. Instancia, rechazar la demanda instaurada en todas sus partes.”-----

-----Esto es, revocó la sentencia de Primera Instancia que a/// ///.-fs. 314/323, hiciera lugar parcialmente a la demanda al sólo y único efecto de INTIMAR al CONSORCIO demandado para que remueva la chimenea ventilatoria de las bauleras, restableciendo el estado fáctico anterior a su costa de forma que el tránsito inherente a la servidumbre constituida a favor del CONSORCIO actor vuelva a ser de 4,50 mts. de ancho, en el

término de quince (15) días bajo apercibimiento de ley (art. 513, Código Procesal).- - - -

-----Contra lo así decidido, interpuso recurso de casación a fs. 426/443 la parte actora, siendo contestado dicho planteo por la demandada a fs. 452/455 de las presentes actuaciones.- - - - -

-----Al respecto, la actora fundamenta el recurso extraordinario local, argumentando que la sentencia impugnada ha incurrido: a) En autocontradicción e incongruencia, al rechazar la demanda en todas sus partes, revocando la sentencia de Primera Instancia que había admitido no en la extensión petitionada- la vigencia de una servidumbre de tránsito, cuando la propia Cámara admite al mismo tiempo la vigencia de la misma servidumbre de tránsito.- - - - -

-----Expresa que el objeto principal de la demanda fue requerir la intervención de la Jurisdicción porque el Consorcio demandado a través de su administrador, impedía a su parte el uso de la servidumbre de tránsito, en tanto argumentaba que la misma, por imperio del art. 3059 del Código Civil, se encontraba prescripta. Subsidiariamente se solicitaba la obligación de hacer, consistente en el refuerzo del techo de las bauleras y eliminación de una chimenea de ventilación, que estrechaba la amplitud de la servidumbre, a fin de posibilitar a su parte///.- ///2.-el uso de la misma en toda su extensión. b) En arbitrariedad, al expedirse en forma ilógica y mediante un razonamiento incongruente, pues revoca la sentencia de Primera Instancia, rechazando la demanda en todas sus partes e impone la totalidad de las costas a la parte actora. Sin embargo, la misma sentencia de Cámara, admite la vigencia de la servidumbre de tránsito a favor de la actora, incluso con argumentos que su parte esgrimió tanto al interponer la demanda, al formular los alegatos, como al fundar el recurso de apelación.- - - - -

-----Sostiene que, lo que no advierte el doctor Osorio al formular su voto, es que en el escrito de demanda se solicitaba como cuestión principal, que se reconociera al Consorcio Mitre 1076, la vigencia de la servidumbre de tránsito constituida oportunamente a su favor -que el Consorcio Mitre 1090-, argumentaba prescripta por el no uso.- - - - -

-----Subsidiariamente se solicitaba que la servidumbre de tránsito de ser reconocida, lo sea en toda su amplitud, es decir que se le permita hacer uso de ella con máquinas de construcción; por esto solicitaba apuntalamiento del techo de bauleras para soportar el peso de maquinaria- y además que se elimine la chimenea de ventilación de las

bauleras, obra esta que estrechaba los 4,5 mts. de ancho inicialmente establecidos como superficie de la servidumbre. c) En el vicio de falta de fundamentación motivación-, lo que genera un pronunciamiento jurisdiccional arbitrario y carente de sustento legal en derecho positivo vigente, etc.- - - - -

-----EXAMEN DEL RECURSO.- - - - -

-----Que, ingresando ahora en el análisis de las cuestiones///.- ///.-traídas a debate, se observa que más allá de los distintos agravios esgrimidos- el planteo de la actora se circunscribe a atacar la sentencia de Cámara, en cuanto ésta, no obstante reconocer en el desarrollo de sus considerandos la vigencia de la servidumbre de tránsito objeto de la acción confesoria, aunque no en toda la extensión pretendida, igualmente rechaza la demanda en todas sus partes.- - - - -

-----Como bien argumentara la actora, en lo sustancial, el objeto principal de la demanda consistía en requerir el restablecimiento, en los términos del art. 2795 y sgtes. del Código Civil, de la servidumbre de tránsito oportunamente constituida a su favor, en tanto la demandada impedía su ejercicio, pues esta última consideraba extinguida la misma por el no uso (prescripción).- - - - -

-----Subsidiariamente, y como obligación de hacer, se solicitaba que el Consorcio demandado reforzara la estructura de las bauleras, y eliminara la chimenea de ventilación de las mismas, a fin de permitir el pleno ejercicio de la servidumbre de tránsito en cuestión. Ello así, por cuanto el demandado había construido bajo el nivel sobre el cual debía realizarse el tránsito aludido- unas bauleras, lo que impedía el paso de vehículos y maquinarias de gran porte y con carga, debido al riesgo de hundimiento de la losa que hacía de techo de dichas bauleras. Y que como ventilación de tales bauleras, el consorcio había construido una chimenea, que restringía el ancho (4,5 mts.) por el cual se había instituido la servidumbre.- - - - -

-----El Juez de Primera Instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda al sólo y único efecto de intimar al Consorcio///.- ///3.-demandado para que remueva la chimenea ventilatoria de las bauleras, restableciendo el estado anterior de forma que el tránsito inherente a la servidumbre constituida a favor del Consorcio actor vuelva a ser de 4,5 mts. de ancho, e impuso las costas, en función del resultado, en un 70% a la demandada y el 30 % restante a la actora.- - - - -

-----Para así resolver, comenzó por rechazar la defensa de prescripción opuesta por la demandada, en la consideración de que la necesidad de uso del tránsito comenzó en diciembre de 2006, al iniciar el Consorcio actor, la construcción de su propiedad

horizontal, por lo que determinó que es a partir de dicha fecha que debe computarse el término del “no uso”.- - - -

-----En relación a la petición del refuerzo y/o apuntalamiento del techo de las bauleras, en función del principio del menor esfuerzo a favor del fundo sirviente, desestimó la misma. Consideró que al no especificarse el modo de uso de la servidumbre, la losa de las bauleras permite un uso normal y corriente, pero no el paso de vehículos diez veces más pesados; que las necesidades constructivas del Consorcio actor, estuvieron satisfechas desde la calle Mitre, o sea, sin necesidad de utilizar la servidumbre para los vehículos pesados. Asimismo sostuvo que la servidumbre no puede ejercerse más allá de las necesidades del fundo dominante; caso contrario, estaríamos en un supuesto de abuso de derecho.- - - - -

-----Dicho pronunciamiento fue apelado por ambas partes. Por la actora, en cuanto pretendía que se restablezca la servidumbre en toda su extensión, esto es con la amplitud originariamente concebida por los instituyentes, solicitando que, además de///.- ///.-la eliminación de la chimenea, debía imponerse a la demandada la obligación de reforzar la estructura de la losa, a todo lo largo y ancho de la servidumbre, que permita su uso a los fines constructivos.- - - - -

-----Por su parte, la demandada reiteró su postura de considerar extinguida la servidumbre por el no uso, en base a sostener que el citado derecho real se extingue a los diez años de haberse contratado. Subsidiariamente alegó que el paso del tiempo había instalado definitivamente la servidumbre con la extensión en que se encontraba al iniciarse el pleito, no correspondiendo en consecuencia, que se la condene a remover la chimenea de ventilación.- - - - -

-----La Cámara de Apelaciones, como dijera al inicio del presente voto, hizo lugar a la apelación del Consorcio demandado, rechazando la demanda instaurada en todas sus partes. Y es allí, en la parte resolutive, donde radica el error de la sentencia, pues no se puede reconocer al mismo tiempo la vigencia de la servidumbre, y rechazar la demanda en todas sus partes, cuando la accionada se oponía al uso de aquélla, por considerarla extinguida por prescripción.- - - - -

-----En tal orden de ideas, considero que la sentencia debe ser objeto de corrección, pues el error cometido en la parte resolutive tiene, inexorablemente, implicancias en la imposición de las costas.- - - - -

-----Sin embargo del iter procesal antes descripto y de la simple lectura del pronunciamiento ahora impugnado, a contrario de lo argumentado por el actor, no se

advierte que se haya incurrido en un vicio de tal naturaleza que descalifique a///.- ///4.-la sentencia como acto jurisdiccional y que tenga como único remedio la nulidad de la misma. Máxime, cuando en el recurso de casación no se cuestionó el modo de resolver el planteo de la prescripción ni el grado y/o extensión de la servidumbre, pues los agravios se circunscribieron a cuestiones procesales (incongruencia, ilogicidad, falta de fundamentación, etc.).- - - - -

-----La Cámara trató todos los temas propuestos por las partes. Así se expidió sobre el planteo de prescripción, argumentando que la discusión sobre dicha temática resulta irrelevante, en tanto y en cuanto no existe controversia respecto a que la servidumbre fue usada, hasta ahora, por el propietario del edificio de Mitre 1080 -lote también beneficiado (V. plano de fs. 205)-; lo que significó la interrupción de la prescripción en favor de todos los beneficiarios de la servidumbre de marras (conf. art. 3061 del Código Civil).- - - - -

-----Al efecto, el art. 3062 del Código Civil prescribe: “Si entre los propietarios se encuentra alguno contra el cual el tiempo de la prescripción no ha podido correr, habrá éste conservado el derecho de los otros”.- - - - -

-----En el caso, tanto la actora (fs. 391) como la propia demandada (fs. 383), coinciden en que los habitantes del edificio que se encuentra en el medio de ambos -Mitre 1080- hicieron uso de la servidumbre.- - - - -

-----En relación a la extensión de la servidumbre, la actora consideraba que el uso que hasta ahora realizaba el propietario de Mitre 1080 -además de interrumpir la extinción de la servidumbre- significaba mantenerla en toda su extensión y///.- ///.-alcance “conforme a su título”. Es decir, con aptitud para la circulación de vehículos y maquinarias propias de la construcción (tal como disponía el título constitutivo, fs. 162 vta.) y con un ancho de 4,50 mts.- - - - -

-----Fundaba su pretensión en lo dispuesto por el art. 3065 del Código Civil: “Cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme a su título, en la medida de sus necesidades o conveniencias, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado a hacer. Así, aquel a quien su título le confiere el derecho de pasar a pie, a caballo, o en carro, conserva íntegro su derecho cuando se ha limitado a ejercer el paso a pie.”.- - - - -

-----Por su parte, la demandada argumentaba que si el propietario de Mitre 1080 ha usado de la servidumbre tal como esta está, es decir, con el techo de las bauleras que

sólo soporta el paso de vehículos livianos y con la chimenea de ventilación que restringe, en parte, el ancho del paso, dicho uso “trae la extinción parcial de ella (la servidumbre) y la reduce a los límites en que ha sido usada” (art. 3064 del Código Civil).- - - - -

-----No hay controversia en cuanto a los hechos, esto es respecto al uso parcial de la servidumbre por parte del edificio de Mitre 1080; pero si disparidad en cuanto a si ese uso beneficia o perjudica al otro beneficiario (consorcio actor) que, hasta el 2007, no había hecho ningún uso de la servidumbre.- - - - -

-----La Cámara resolvió también dicha aparente contradicción entre las normas citadas - los arts. 3064 y 3065 del Código Civil- argumentando que la misma está resuelta por el propio/// ///5.-Código, cuando en el art. 3063 del Código Civil dispone que: “La modificación de la servidumbre, o sea el modo de usarla, se prescribe de la misma manera que la servidumbre”.- -

-----Es decir, considera que si durante los últimos diez años la servidumbre ha sido usada de manera restringida o parcial, esa modificación ha operado, por prescripción, la alteración o la rectificación de la servidumbre según había sido establecida en el título.- - - - -

-----Cita en apoyo de su postura, al propio Vélez, quien se encarga de interpretar -y resolver adecuadamente- aquella aparente contradicción señalada: “...serias dificultades se presentan cuando se quiere aplicar el principio de la prescripción a la restricción de la servidumbre por el modo del ejercicio de ella.”.- - - - -

-----“Nosotros decimos pues, que el derecho de servidumbre puede restringirse por la prescripción, pero que no será necesariamente restringido porque no se hayan ejercido todos los actos que autorizaba. Nuestra fórmula es: que el derecho se conserva íntegro siempre que la posesión está conforme con el título, y no haya encontrado limitación sino en la voluntad, las necesidades o conveniencias del propietario del fundo dominante.”.- - - - -

-----“Por el contrario, el derecho será restringido, cuando la posesión presente caracteres que la hagan considerar como si hubiese sido reglada sobre un derecho menor que el derecho establecido. Esto sucederá, cuando la posesión hubiese tenido por límites ciertos intereses o necesidades del propietario del fundo sirviente...Esto tendrá también lugar cuando la///.- ///.-posesión modificada concorra con una mejora permanente del fundo sirviente” (nota al art. 3065).- - - - -

-----Y por si quedaran dudas, señaló que el art. 3066 del Código Civil, prescribe:

“Cuando el ejercicio parcial de la servidumbre ha sido el resultado de un cambio en el estado material de los lugares que hacía imposible el uso completo, o por oposición de parte del propietario de la heredad sirviente, la servidumbre queda reducida a los límites en que se ha ejercido durante el tiempo señalado para la prescripción”.- - - - -

-

-----En el caso, está bien claro que el uso que hizo el propietario del edificio Mitre 1080, estuvo condicionado por las obras que el fundo sirviente (Mitre 1090) había realizado en su propio interés o conveniencia, y con carácter permanente; por lo que dicho uso restringido -tránsito sólo de vehículos livianos, atento a la obra subterránea de las bauleras, y reducido en parte por la chimenea de ventilación de estas últimas- produjo, luego del término legal, la alteración de los términos originarios de la servidumbre; con efectos para todos los beneficiarios de esta última, incluyendo al consorcio actor (conf. arts. 3059, 3061, 3062, 3063, 3064 y cc. del Código Civil). - - - - -

- - - - -

-----Y concluye la Cámara que, así como el Consorcio actor se hubo beneficiado por el uso de la servidumbre por parte del propietario o propietarios del edificio de Mitre 1080 -lo cual impidió la extinción de toda la servidumbre de tránsito-, el uso restringido realizado por este último propietario durante más de 10 años (las bauleras están construidas desde hace mucho más tiempo: V. pericia, fs. 207; planos de fs. 217/218; etc.),///.- ///6.-provocó la extinción parcial de los términos originarios, debido a la tolerancia de las obras del fundo sirviente (consorcio demandado), durante más de 10 años.- - - - -

-----En conclusión, de la reseña de la causa antes expuesta surge de modo claro que la sentencia de Cámara trató y resolvió, con adecuada motivación, todos los temas propuestos por las partes; esto es la vigencia (prescripción) de la servidumbre de tránsito, como la extensión de la misma, no verificándose de modo alguno la alegada violación del principio de congruencia, y mucho menos, la arbitrariedad y la falta de fundamentación invocadas.- - - - -

-----Sin embargo, considero que le asiste parcialmente razón a la recurrente, en cuanto sostiene que en la pretensión principal, cual era el reconocimiento de la vigencia de una servidumbre de tránsito, cuyo uso impedía la parte demandada, alegando la prescripción extintiva, ha resultado valga la redundancia- parcialmente gananciosa.- - - - -

-----Es que si la demandada se oponía al uso de la servidumbre, argumentando que la misma se encontraba extinguida por el no uso (prescripción), y la sentencia impugnada

reconoció aunque no en la extensión que el actor pretendía-, la vigencia de la servidumbre de tránsito en cuestión, resulta luego incorrecto rechazar la demanda en todas sus partes, cuando el primer propósito de la demandada fue la acción confesoria del art. 2795 C.C. (ver fs. 29 y 30 y puntos 2 y 7 del petitorio de fs. 50 y 51).- - - - -

-----En tal orden de situación, corresponde corregir la parte resolutive de la sentencia, haciendo lugar parcialmente a la/// ///.-demanda, y consecuentemente, imponer las costas en todas las instancia, conforme al resultado del pleito, en un 70% a la actora y el 30% restante a la demandada (art. 71 del CPCyC.). Tengo especialmente presente a los efectos de la graduación de las costas, que el Consorcio demandado, luego de oponer la prescripción total de la servidumbre, opuso a todo evento y en subsidio, la extinción parcial de la misma (conf. art. 3063 y nota del art. 3065 del Código Civil). MI VOTO por la AFIRMATIVA. A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique José Mansilla dijo:- - - - -

-----ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Barotto, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Sergio Mario Barotto dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido a fs. 426/443. II) Revocar el punto 1ro.) in fine de la parte resolutive de la sentencia de Cámara obrante fs. 408/420, en cuanto revoca (in totum) el decisorio de Primera Instancia y rechaza la demanda instaurada en todas sus partes. III) Confirmar el reconocimiento de la servidumbre de paso objeto de la acción confesoria articulada en el modo y extensión en que ha quedado determinada por el uso actual de la misma, implicando ello el rechazo del pedido de remoción de las ventilaciones de las bauleras y el fortalecimiento del techo de las mismas. IV) Imponer las costas en todas las instancias, en un 70% a la actora y en el 30% restante, a la demandada (art. 71 del CPCyC.). V) Dejar sin efecto la regulación de honorarios/// ///7.-efectuada a fs. 419/420, la que deberá adecuarse al resultado del presente pronunciamiento. VI) Regular los honorarios profesionales, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Juan Carlos FRANCO y Alfredo IWAN en conjunto-, en el 30% y a los doctores Ricardo José J. MAYER y Oscar Eduardo SANZ en conjunto-, en el 25%; a calcular sobre los honorarios que oportunamente se regulen a cada representación por las actuaciones desarrolladas en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ASI VOTO.- - - - - A la misma cuestión

el señor Juez doctor Enrique José Mansilla dijo:- - - - -

--

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto que antecede.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido a fs. 426/443 de las presentes actuaciones.- - - - - Segundo: Revocar el punto 1ro.) in fine de la parte

resolutiva de la sentencia de Cámara obrante fs. 408/420, en cuanto revoca (in totum) el decisorio de Primera Instancia y rechaza la demanda instaurada en todas sus partes.- -

- - - - - Tercero: Confirmar el reconocimiento de la servidumbre de paso objeto de la acción confesoria articulada en el modo y extensión en que ha quedado determinada por el uso actual de la misma, implicando ello el rechazo del pedido de remoción de las ventilaciones de las bauleras y el fortalecimiento del techo de las mismas.- - - - - -///.- ///.-Cuarto: Imponer las costas en todas

las instancias, en un 70% a la actora y en el 30% restante, a la demandada (art. 71 del CPCyC.).- - - - - Quinto: Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada a fs. 419/420, la que deberá adecuarse al resultado del presente pronunciamiento.- - - - -

- - - - - Sexto: Regular los honorarios profesionales, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Juan Carlos FRANCO y Alfredo IWAN en conjunto-, en el 30% y a los doctores Ricardo José J. MAYER y Oscar Eduardo SANZ en conjunto-, en el 25%; a calcular sobre los honorarios que oportunamente se regulen a cada representación por las actuaciones desarrolladas en Primera Instancia (art. 15 L.A.).- - - - - Séptimo:

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.- - En los términos del art. 39, último párrafo de la Ley K N° 2430 se deja constancia de que el doctor Víctor Hugo Soderó Nievas no participa en la emisión de la presente sentencia, en razón de haber cesado en su función de Juez de este Superior Tribunal de Justicia a partir del 31.01.2013 (conforme Acta del Consejo de la Magistratura art. 204 de la Constitución Provincial, de fecha 28.06.12 y Decreto Provincial N° 922/12). FDO. SERGIO M. BAROTTO JUEZ - ENRIQUE J. MANSILLA JUEZ - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: I

SENTENCIA N° 7

FOLIO N° 38/44

SECRETARIA: I