

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5

Secretaría única

Tomo:

Resolución:

Folio:

Iván Sosa Lukman, Secretario

San Carlos de Bariloche, 29 de diciembre de 2017.

VISTOS: Los autos "IGLESIAS, NATALIA DENISSE C/ FUNDACION SARA MARIA FURMAN S/ ORDINARIO (S-04)" (expte. 12906-14).

RESULTA:

A) Que a fs. 16/32 Natalia Denisse Iglesias demandó a la Fundación Sara María Furman a fin de que retire los cables, góndolas y demás elementos por medio de los cuales se desplazan las góndolas desde la base ubicada en Av. de Los Pioneros 5.000 hasta la confitería giratoria ubicada en la cumbre del Cerro Otto y que usan el espacio aéreo de su propiedad individualizada como lote 252, NC: 19-2-C-451-19.

Manifiesta que está ejercitando una acción real negatoria con el objeto de obtener una sentencia declarativa de la existencia, plenitud y libertad del derecho real de dominio de su parte respecto del inmueble mencionado, como así también, que la sentencia ordene una condena, disponiendo lo necesario para hacer cesar la situación objeto del reclamo.

Respecto de la legitimación activa, sostiene que ésta surge de su calidad de detentadora del dominio del inmueble objeto de esta demanda y sobre el cual no se le permite ejercer el dominio y la posesión en toda su plenitud. En efecto, tal limitación tiene lugar en virtud del paso sobre el espacio aéreo del inmueble de los cables y góndolas del Teleférico Cerro Otto.

En relación a la legitimación pasiva, indica que la acción negatoria puede ser dirigida contra todo aquel que atente contra el libre ejercicio del derecho de posesión del

legitimado activo, tal como ocurre en el caso de autos con el demandado en cuestión.

En cuanto a los hechos en que se funda la pretensión, señala que, como es de público conocimiento, la fundación demandada es propietaria del denominado "Teleférico Cerro Otto", el cual funciona desde hace mucho tiempo, tiene instalaciones y base de funcionamiento en el Km. 5 de la Avenida de los Pioneros; y una confitería giratoria en la cumbre del Cerro Otto.

Dicho emprendimiento turístico fue realizado por el señor Boris Furman, quien luego lo donó a la Fundación demandada. Realizó el tendido de cables que sostienen y por los que se deslizan las conocidas góndolas y, asimismo, se efectuó un tendido de cables eléctricos que cruzan por el espacio aéreo y subterráneo del inmueble cuyo dominio es de la aquí actora. Ello sumado a que los ruidos de alta intensidad se hacen intolerables.

En efecto, se trata de una servidumbre atípica o de paso que funcionó a través de los años por la tolerancia de los propietarios de los inmuebles sobre los que atraviesa. Además, los tendidos de cables se efectuaron sin solicitar autorización alguna.

Refiere que han intentado llegar a un acuerdo a través de correspondencia epistolar que acompaña como prueba y que data desde el año 2000. Además, existieron reuniones y correspondencia electrónica a fin de acordar respecto de los ruidos molestos que se incrementaron en forma desmesurada en los últimos años.

En definitiva, solicitan el cese del paso de los cables y de las góndolas, como así también se disponga la indemnización desde la fecha en que se requiere el cese de la actividad por la imposibilidad de utilización del lote.

Cita doctrina para sustentar su reclamo y ofrece prueba.

B) Que a fs. 68/74 contesta demanda Fundación Sara María Furman y, en primer lugar, opone excepción de adquisición de la servidumbre por prescripción. Por otro lado, opone prescripción para todo reclamo efectuado por la actora. Asimismo, solicita el rechazo de la demanda con costas.

Refiere que la acción es inadmisibles aun en el supuesto de que los cables, góndolas y demás elementos por medio de los cuales se desplazan las góndolas desde la base ubicada en Av. de Los Pioneros 5.000 hasta la confitería giratoria ubicada en la cumbre del Cerro Otto usaran el espacio aéreo del lote propiedad de la actora.

Sostiene que no existe ninguna invasión ni utilización del espacio aéreo del lote referido y, si hubiera tal invasión, ésta estaría ocurriendo desde 1970 -momento de la construcción del Teleférico Cerro Otto-, por lo que su parte habría adquirido la servidumbre por prescripción veintañal en el año 1990.

Aclara que al momento de la construcción del Teleférico, ese lote 19 que refiere la actora, era propiedad de la familia Sergios que, lejos de hacer reclamos, estaba complacido porque se le agregara valor a la zona, al igual que lo estaba todo el vecindario.

En concreto, remarca que la demandada lleva en posesión ininterrumpida y pacífica de ese espacio aéreo nada menos que 40 años, por lo que sucedió el doble de tiempo necesario para la adquisición por usucapión, que es lo que aquí solicita se declare.

Luego, al contestar demanda, en primer lugar reconoce ciertas afirmaciones efectuadas por la actora y desconoce otras.

Puntualmente y en relación a los hechos, indica que la Fundación Sara María Furman es una entidad ejemplar en Bariloche, concebida por Don Boris Furman y cuando éste murió, fue conducida y administrada por una organización ejemplar de la ciudad.

Agrega, que actualmente la fundación es organizada por órganos de conducción constituidos por representantes de importantes entidades de la ciudad, a fin de que sea esta ciudad quien controle y conduzca el emprendimiento.

Indica que todos los años la Fundación reparte todo el producido neto de su actividad a diversas entidades de Bariloche, siendo la base de los ingresos la explotación de la confitería giratoria y otros atractivos turísticos, a los que se accede a través de las góndolas.

Asimismo, refiere que la Fundación es propietaria de ese emprendimiento y diversos lotes que a lo largo del recorrido de los cables y góndolas quedan debajo, como así también, de los lotes ubicados en la base y en la cumbre del emprendimiento y de muchos de los atractivos turísticos de la cumbre, por haber recibido en donación la totalidad de las acciones de Cerro Otto S.A.. Esa sociedad era propietaria de la mayoría de los lotes, hasta que se le donaron las acciones a la Fundación Furman y luego se escrituraron los mismos a nombre de ésta. Algunos de los lotes fueron donados directamente por el Sr. Boris Furman, quien además donó propiedades a la Policía de Río Negro para que instale una comisaría, al Consejo de Educación para que haga un colegio y a diversas entidades.

Sostiene que al circunscribir el recorrido del cable al lote 19 de la manzana 451, se deja en evidencia que no es cierto que el cable pase por el espacio aéreo de ese lote. De hecho, el cable pasa por el lado Este del lote, en la división de éste con tierras de la fracción C. En definitiva, no pasa por el espacio aéreo del lote 252, de modo que esa es la base central para desestimar esta demanda.

Enfatiza que en caso de que en algún sitio tocara o rozara el cable con el espacio aéreo del lote de la actora (lote 252 o, según DC, lote 19) ese contacto sería nimio, insignificante, inofensivo y no causaría ninguna lesión a nadie.

Aclara que jamás los propietarios anteriores a la actora ni ningún otro vecino a lo largo de los 40 años de funcionamiento del teleférico, habían hecho ningún reclamo de ninguna naturaleza.

En definitiva, su defensa radica en que el cable no pasa por el espacio aéreo del lote 19 de la manzana 451 y, si así fuera, lo haría por una porción insignificante; y la actora no tiene ningún perjuicio por ese tendido del cable porque no tiene ninguna alteración de uso serio de ese espacio.

Además, en cualquier caso, hubo consentimiento de los propietarios del lote a lo largo de más de 40 años y la actual propietaria compró el lote en el estado actual sin hacer observación alguna durante 13 años.

Por otro lado, destaca que el valor del lote es minúsculo y, para hacer valer un ínfimo tramo del espacio aéreo, la actora pretende que se elimine totalmente la traza actual del valioso emprendimiento. En efecto, la demanda no puede prosperar, por cuanto sería un caso de abuso de derecho, dado que es imposible algún uso u ocupación por parte de la actora del espacio aéreo y, en contraposición, modificar el teleférico (si fuera posible) sería muy costoso.

C) Que a fs. 79/82 la actora contesta traslado de la defensa de prescripción adquisitiva solicitando su rechazo, por cuanto considera que las servidumbres discontinuas no son usucapibles, aun cuando mediara posesión inmemorial;

D) Que a fs. 85 se resuelve diferir el tratamiento de la defensa de prescripción adquisitiva para el momento de la sentencia definitiva; y se abre la causa a prueba, con el resultado que el secretario certificó a fs. 255

E) Que a fs. 257/263 alegó la parte actora.

F) Que a fs. 265 se llamó autos para sentencia mediante providencia que se encuentra firme.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que, en primer término, cabe aclarar, que no resulta de aplicación a este caso el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, porque ello afectaría el derecho de defensa de las partes de raigambre constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional), ya que, tanto el hecho invocado, como la demanda interpuesta y su contestación ocurrieron bajo el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield. Por lo tanto, y en virtud del principio de irretroactividad en la aplicación de las leyes, habré de aplicar la normativa vigente en ese momento.

2º) Que, sentado ello, cabe afirmar, que efectivamente los cables y góndolas del teleférico Cerro Otto se encuentran ocupando el espacio aéreo del lote que pertenece a la parte actora.

En este sentido, el perito agrimensor concluyó que “...la proyección de los cables de las góndolas de la fundación Sara María Furman invaden el espacio aéreo de la parcela 19-2-C-451-19 en 253.30m²” (fs. 192/193).

Si bien dicha pericia fue impugnada por las partes, el perito brindó las explicaciones pertinentes (fs. 247/248), las que no merecieron objeción alguna por las partes en cuanto a la conclusión referida.

A su vez, dichas impugnaciones formuladas por las partes carecen de entidad suficiente para desvirtuar la pericia llevada a cabo por el experto, toda vez que los cuestionamientos, que se refieren al procedimiento utilizado para efectuar las mediciones del lote de la actora, no fueron formulados por un profesional en la materia; siendo que ello era necesario dado el aspecto técnico puesto en crisis.

Por otro lado, a través del reconocimiento judicial realizado en el inmueble objeto de autos y con presencia del perito agrimensor (fs. 273) se pudo corroborar a simple vista que efectivamente los cables y góndolas del teleférico Cerro Otto ocupan el espacio aéreo del lote perteneciente a la parte actora.

3°) Que, establecida esa circunstancia, pasaré a tratar la defensa prescripción adquisitiva planteada por la parte demandada.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 3017 del Código Civil, sólo las servidumbres continuas y aparentes se pueden adquirir por la posesión de 20 años.

Pero, en el caso que nos ocupa, considero que estamos ante una servidumbre discontinua y aparente, no susceptible de ser adquirida por esa vía, ya que aquélla normativa dispone expresamente, para este tipo de servidumbres, que, aunque la posesión sea inmemorial, no basta para establecerla.

Entiendo que en este caso la servidumbre es discontinua, tal como lo sostiene la parte actora, porque depende de un hecho actual del hombre para que opere su ejercicio.

En este sentido, la nota del art. 2975 del Código Civil viene a aclarar la definición

prevista en la norma al señalar que "...el carácter de servidumbre continua consiste, no en el ejercicio continuo, en un hecho continuo del ejercicio de la servidumbre, sino en la "posibilidad" que hubiere para que la servidumbre se ejerza continuamente y por sí misma; mientras que la servidumbre discontinua es la que no se ejerce, sino por el hecho del hombre..."

El hecho de que las torres y los cables se encuentren fijos no modifica en nada la situación porque lo relevante para el caso es el paso de las góndolas mediante las cuales se transporta a personas, hecho que caracteriza a la servidumbre como discontinua y la torna asimilable a una servidumbre de paso.

En este sentido se ha dicho que "...las servidumbres discontinuas conservan su carácter aun en la hipótesis de que para su ejercicio se hubiese hecho obras o instalaciones de cualquier clase, por ejemplo...si se hubiese construido un camino; si se hubiese establecido un puente; etc.. La servidumbre conservaría en estos casos el carácter de discontinua, porque el ejercicio de ella depende siempre del hecho del hombre y su ejercicio cesa desde que el acto de pasar termina..." (Salvat, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino-Derecho Reales", Tomo III, Tipografica Editora Argentina S.A., cuarta edición actualizada por Argañarás, Manueñ J., 1959).

Asimismo, la servidumbre discontinua resulta aparente en este caso porque es visible para las partes, ya que se anuncia por signos exteriores (art. 2976 del Código Civil).

Por lo tanto, en base a los fundamentos expuestos, debe rechazar la defensa de prescripción adquisitiva opuesta por la parte demandada.

4°) Que, de acuerdo con ello, resulta claro, entonces, que la parte actora posee derecho a ejercitar las acciones reales que la ley le otorga para repeler cualquier acto posesorio que afecte parcialmente el ejercicio de su posesión.

Sin embargo, en este caso particular, considero que la pretensión de la parte actora, de remover los cables y los demás elementos del teleférico, importaría un ejercicio abusivo de ese derecho en los términos del art. 1071 del Código Civil en cuanto establece que: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no

puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Según cierta doctrina, dicha normativa contempla una doble directiva: una primera, que se relaciona con la índole del derecho que se ejerce y que siguiendo la opinión de Porcherot y de Josserand, se concluye que hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad, es decir, cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado. Y una segunda directiva, que es más amplia, seguida por René Savatier y Roberto Goldschmidt, compartida por Borda, que califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Tomo II-B, pág. 302, Abeledo Perrot, 1979).

De todos modos, pareciera prevalecer los llamados criterios mixtos para los cuales basta con que la ley declare que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos para que quede librado al arbitrio de los jueces decidir en cada caso donde termina el derecho y dónde empieza el abuso (Fleitas, "El abuso de derecho", N° 9, p. 5, citado por el juez de cámara Dr. Carlos Marcelo Cuellar en el caso "Beltran Simo, María Elena y otro c/ Tobal, Dana Luna y otro s/ reivindicación", SD. Del 24/11/16).

A su vez, se ha analizado el instituto desde tres dimensiones: a) desde el aspecto funcional se ha dicho que "...ningún derecho subjetivo podrá emplearse en contra de la función básica que persigue cualquier ordenamiento que no es otra que la de tender a la paz social" y que "...difícilmente pueda resultar lógico admitir que una facultad subjetiva acordada en uno o más preceptos de aquel pueda ser ejercida de una manera que, aunque sin violar formalmente la ley, resulte contraria al fin básico perseguido por el ordenamiento"; b) desde su dimensión moral, muy ligada a lo funcional, se observa que se debe velar para que el ordenamiento no admita turbaciones injustas o avasallamiento de un individuo por parte de otro. Y es allí "...donde también encontraremos reglas como la de no dañar irrazonablemente a otros y aun la de comportarse con los demás de manera leal y respetuosa; todo lo cual, nos lleva a que el principio de buena fe será uno de los cimientos sobre los que se estructurará el

sistema..." y "...el abuso de dere

En base a tales principios, considero que en este caso se configura un ejercicio abusivo del derecho, ya que la pretendida remoción -aunque sea parcial- de las instalaciones del teleférico, conllevaría al demandado a realizar una obra tan compleja y costosa que pone en evidencia la existencia de un exceso en los límites razonables en que se ejercita un derecho de propiedad. Ello, máxime cuando como en este caso tales instalaciones que pertenecen a la demandada se encuentran funcionando en nuestra ciudad hace muchos años, con fines turísticos y benéficos.

Es público y notorio que remover las torres y cables del teleférico Cerro Otto importaría realizar una obra de gran envergadura, y que si se admitiera lisa y llanamente tal pretensión se arribaría a solución totalmente disvaliosa y excesivamente perjudicial para la parte demandada, que en su magnitud no guarda relación alguna con el valor del derecho subjetivo que se pretende proteger ni respeta la finalidad que han tenido las normas protectorias del derecho de propiedad para su dictado, máxime cuando dicha pretensión bien podría verse satisfecha, en caso de corresponder, a través de otra vía menos perjudicial para el demandado, como ser un resarcimiento económico.

Por lo tanto, no puede convalidarse en esta sentencia una pretensión que sin encontrarse desde el punto de vista teórico fuera del marco legal, sí su reconocimiento en la práctica ocasionaría un evidente y desproporcionado perjuicio a la parte demandada que aparece en pugna con el orden jurídico vigente y el interés social. Es decir, que el ejercicio del derecho no sólo sería contrario al espíritu y finalidad para el cual fue creado sino que también excede los límites de la buena fe y las buenas costumbres.

En este sentido se ha dicho que el abuso de derecho "...se configura claramente cuando el acreedor que puede elegir dos o más vías para hacer efectivo el crédito opta por las más onerosa para deudor" (ver jurisprudencia citada por Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Tomo II-B, pág. 303, Abeledo Perrot, 1979).

Por otro lado, no debe olvidarse, en relación a lo expuesto, que el derecho de propiedad no posee carácter absoluto y que posee limitaciones en cuanto a su ejercicio (arts. 2513, 2514 y 2618 del Código Civil); además de cumplir una función social (arts. 29 y 90 de

la Constitución de la Provincia de Río Negro y su preámbulo).

Por ello, dentro de todo ese marco contextual señalado, el caso que nos ocupa puede encuadrarse dentro del ejercicio abusivo del derecho, pese a reconocer que el instituto debe ser aplicado en forma restrictiva y excepcional.

5°) Que la indemnización que se reclama desde la fecha en que se requiere el cese de la actividad por la imposibilidad de utilizar el lote (fs. 20, punto IV, y fs. 24, segundo párrafo) debe rechazarse porque tal pedido se entiende como accesorio del reclamo principal, con fundamento en el art. 2803 del Código Civil, por lo que, si en este caso, la acción principal -acción negatoria- es rechazada, la pretensión accesorio también debe correr la misma suerte.

Distinto sería el caso, si la parte actora hubiera reclamado en forma subsidiaria una indemnización, es decir, para el supuesto en que se desestimara su acción principal, pero lo cierto es que ello no se planteó en esos términos ni por ende integró el objeto de la pretensión.

Por lo tanto, no corresponde que tal cuestión sea tratada en esta sentencia, ya que, de lo contrario se afectaría el principio de congruencia, y por ende, el derecho de defensa, de raigambre constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional).

En este sentido se ha dicho que "...reconocer en una decisión judicial una pretensión no reclamada en el escrito inicial vulneraría el principio de congruencia establecido en el art. 163, inc. 6° del Cód. Procesal...pues el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se le pide por las partes y nada más que sobre lo que se le pide. Ello es una consecuencia del principio de congruencia, de evidente raíz constitucional, puesto que tiende a asegurar la inviolabilidad de la defensa... (Falcón Enrique, M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, pág 155 y jurisprudencia citada, Abeledo Perrot, 1992).

6°) Que lo expuesto ya es bastante para rechazar la demanda y la defensa de prescripción adquisitiva.

Según la Corte Suprema de Justicia, los jueces no están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes sino sólo aquellas que estiman conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos 308:2172; 310:1853; 310:2012; etcétera), ni ponderar exhaustivamente todas las pruebas agregadas sino sólo aquellas que estiman conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 308:584 entre otros).

7°) Que las costas del proceso deben imponerse por su orden, atento a las particularidades del presente caso y al vencimiento mutuo en cuanto a la pretensión de la actora y la defensa opuesta por la parte demandada (arts. 68 y 69 del CPCC).

8°) Que la regulación de honorarios debe diferirse hasta que se determine la base (artículo 24 de la ley G 2.212) y ésta deberá diferirse hasta que quede firme la imposición de costas porque a la audiencia necesaria para establecerla sólo debe citarse al obligado a pagar los honorarios (artículo 24, primer y segundo párrafo, de la ley G 2212) y sólo después de aquella firmeza se sabrá con certeza quién es el obligado.

Si la audiencia se celebrase sin firmeza de la imposición y después se revocase la condena en costas, resultaría que en el procedimiento regulatorio habría participado quien no debía y viceversa (artículo 24 citado).

En consecuencia, FALLO: I) Rechazar la demanda. II) Rechazar la defensa de prescripción adquisitiva. III) Imponer las costas por su orden. IV) Diferir la regulación de honorarios hasta que quede firme la condena en costas y se establezca la base regulatoria. V) Protocolizar, registrar y notificar esta sentencia.

Cristian Tau Anzoátegui
juez