

## Construcción De Edificio Lindero Obstrucción Del Espacio Aereo

### JURISPRUDENCIA

### Construcción de edificio lindero. Obstrucción del espacio aéreo

Se modifica el monto indemnizatorio por ocupación del espacio aéreo y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios derivados de la construcción de un edificio lindero. En la ciudad de La Plata, a los 28 días del mes de febrero de 2019 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro, Ricardo Daniel Sosa Aubone y por disidencia, el doctor Leandro Adrián Banegas Vocal de la Sala Segunda (art. 36 de la ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: "CIARMELA NICOLAS ALBERTO Y OTRA C/ESPACIOS CONSTRUCTORA SRL Y OTROS S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM C/LES.O MUERTE (EXC.ESTADO) PLAN ORALIDAD " (causa: 124103 ), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor Sosa Aubone. LA SALA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES: 1ra. ¿Es justa la apelada sentencia de fs. 556/572, aclarada a fs. 577 y vta.? 2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A la primera cuestión planteada el doctor Sosa Aubone dijo: I. Antecedentes. 1.1. Demanda. Los Sres. Nicolás Alberto Ciarmela y la Sra. Noemí Galván de Ciarmela, en su calidad de propietarios del inmueble sito en la calle ... nro. ..., entre ... y ..., La Plata, promovieron demanda de daños y perjuicios derivados de la construcción de un edificio lindero, contra Constructora La Plata S.R.L., el arquitecto Rafael Alejandro Yague y el Sr. Gustavo Fabián Coronel. Sentencia. En la sentencia apelada se resolvió hacer lugar a la demanda iniciada por Nicolás Alberto Ciarmela y Elba Noemí Garvan de Ciarmela contra Espacios Constructora La Plata S.R.L., Rafael Alejandro Yague y Gustavo Fabián Coronel, a quienes condenó a pagar dentro de los diez (10) días, la suma de \$ 1.277.255 -conforme aclaratoria de fs. 577 y vta.-, más intereses a la tasa pasiva más alta. Impuso las costas a los demandados en su calidad de vencidos. El importe de condena esta compuesta por los siguientes rubros: 1) ocupación del espacio aéreo: \$ 750.000; 2) desvalorización de la propiedad: \$ 240.120; 3) reajuste por costos de materiales: \$ 177.1356; y 4) daño moral por la suma de \$ 55.000 para cada actor. A fs. 577 y vta. dictó aclaratoria, aclarando los montos de condena y ordenando la colocación de chapas derivadoras de aguas pluviales. 1.2. Recurrieron los demandados (fs. 581), quienes expresaron agravios digitalmente, los que no fueron contestados. 1.3. Se llamó autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida. II. Análisis de los agravios. 2.1. La demandada cuestiona los montos indemnizatorios fijados, salvo aquel indicado como reajuste por costo de materiales. 2.2. Sostiene que no hubo intención en la generación del daño y que se debe encontrar una solución justa al conflicto, en base a la equidad y razonabilidad de los montos que se acuerden al actor. Considera que los valores fijados exceden en mucho las pautas de justicia, generando un enriquecimiento indebido. Luego anuncia que ingresará a la crítica pormenorizada de la sentencia en cuanto al rubro "ocupación del espacio aéreo" en forma conjunta con el de "desvalorización de la propiedad". En dicha tarea dice que el actor determinó para el primer ítem la suma de \$ 275.000, y para el segundo la suma de \$ 150.000 (fs. 327 vta., 328), lo que considera que es el límite máximo de su pretensión, ya que no se lo supeditó a lo que "en más o en menos se fije?". Cita un precedente de esta Sala. Considera que la asignación de una suma más alta importa un exceso que viola el principio de congruencia y genera un enriquecimiento sin causa. Dice que ambos rubros lo que pretenden reparar es la invasión del espacio aéreo por parte de la demandada en los 8 cm que ocuparon indebidamente al construir. Explica los motivos por los cuales se construyó de ese modo: se solicitó un estudio a un arquitecto, quien informó un corrimiento de 20 cm., procediendo de ese modo en base a dicho informe, a fin de recuperar los centímetros perdidos. Agrega que no hubo intención de invadir, sino que se lo hizo en base a un informe equivocado. Dice que en la pericia ingenieril de fs. 525 se dijo que "cada torre posee una longitud de invasión de 7,4 metros. Esta área se repite en siete pisos de altura, es decir la cantidad de metros cuadrados que se pierden por la invasión es de 8,28 m2. El costo por metro cuadrado de construcción de acuerdo a la zona y a mi experiencia tiene un rango de valores entre 28.000 y 30.000 pesos. Lo que daría un valor total de aproximadamente 240.120 pesos. Es decir la depreciación del inmueble por invasión del espacio de aproximadamente 240.120 pesos?". En base a ello considera que la reparación del espacio aéreo que no utiliza el actor importa una resolución impropia del conflicto, ya que -según su tesis- si no lo usa no tiene motivo para reclamo alguno, ya que la casa habitación de la actora no ha sido afectada ni invadida. Sostiene que dicho importe debe conformar la indemnización por ambos conceptos y que se esta generando una doble reparación. Expresa que se confunden los conceptos al incluir en la reparación del espacio aéreo y desvalorización de la propiedad los ruidos y la suciedad. Agrega que por su antigüedad, la propiedad de la actora no puede elevarse y que la invasión del espacio aéreo solamente genera una desvalorización de la propiedad, por cuanto el actor no ha acreditado ser una empresa constructora, tener intenciones de construir, ni tampoco lo ha reflejado en su escrito de

demanda o ampliación. Solamente ha fundado su pretensión en la pérdida del valor del inmueble al verse limitado en las posibilidades constructivas. Por último, cuestiona el rubro daño moral por improcedente y excesivo. 2.3. Tratamiento.

2.3.1. Plataforma fáctica. Llega firme a esta instancia que la construcción atribuida a la demandada, realizada en la parcela ..., sobrepasa el límite de la propiedad por sobre la parcela ... (del accionante) a partir del primer piso, en una longitud de 0,08 metros, con una ocupación total del espacio aéreo de 8,28 m<sup>2</sup>. En cuanto a la ocupación del espacio aéreo, cabe destacar -tal como lo hizo la sentenciante de origen con sustento en las pericias de autos (ver en especial fs. 323/325)-, que no existe corrimiento en su emplazamiento de la parcela ... (accionante) dentro de la manzana, pero que de la mensura surge que la edificación emplazada en la parcela ... (del demandado) sobrepasa su límite de propiedad sobre la parcela ... (de la parte actora) a partir del primer piso del edificio en una longitud de 0,08 metros (fs. 567 vta.). También destaca la sentenciante de origen, que en los informes complementarios se consignó lo siguiente: el edificio de la parcela ... tiene 2 torres, ambas con una longitud de 7,40 metros, mientras que la Torre 1 mide 20,55 metros y la Torre 2 tiene una altura de 18,90 tomada desde el punto de vista más alto del sector y hasta el techo de la vivienda de la parcela de la actora (fs. 568). Tal plataforma fáctica no ha sido cuestionada y arriba firme a esta instancia (arts. 260 y 261, C.P.C.C.), por lo que será el piso de marcha para el análisis de los agravios.

2.3.2. Ocupación del espacio aéreo y desvalorización de la propiedad. Concuero con la jueza de origen en que tal invasión y aprovechamiento debe ser indemnizado. Parto de la base que la propiedad del suelo se extiende al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares (art. 2518, Código Civil). Es indiscutible que tal utilización del espacio aéreo configuró una especie de "despojo" para la actora (si por despojo entendemos que se hace referencia a la acción de privar a alguien de lo que goza o tiene), término que suele ser vinculado con la desposesión (aunque para algunos es sinónimo de desposesión violenta). Dando respuesta al primer agravio, destaco que en los supuestos de daños ocasionados en las relaciones de vecindad, ya sea que se considere que tienen su fundamento en el uso abusivo o antifuncional de los derechos, o que derive del principio general del art. 1113 del Código Civil, no exigen elemento subjetivo alguno (dolo o culpa) (SCBA, Ac. 33.953, 27/11/84, DJBA 128-297; Ac. 25.525, 23/11/93). El reproche se sustenta en el genérico principio jurídico de "no dañar" (art. 19, C.N.) (Cám. Civ. y Com. Sala II, San Martín, 60.11|0, RSD. 76/2008, 10/4/2008). Ahora bien, el mentado despojo emergente del uso del espacio aéreo no debe confundirse con las otras molestias que la obra de autos le pueden haber ocasionado a la actora, como pueden ser los ruidos, suciedad, etc., máxime cuando no tienen relación causal alguna con la mentada privación (arts. 901, 902, 903, 904, 1109, 1113, 2506, 2507, 2508, 2511, 2513, 2514, 2518 y 2618, Código Civil). Es que en materia de responsabilidad, es carga del reclamante probar la existencia del daño cuya reparación reclama, el daño, la relación causal adecuada entre el perjuicio y la conducta del demandado, y desde ya el factor de atribución, que consiste en la culpa del infractor (arts. 375, C.P.C.C.; 901, 902, 903, 904, 905, 906, 1066, 1067, 1068, 1071, 1072, 1083, 1109, 1113 y cctes. Código Civil). No se entiende cuál es la relación causal entre el ruido y los daños emergentes de objetos caídos durante la construcción de la obra -al igual que el polvo y suciedad originados por la obra-, con despojo emergente de la invasión del espacio aéreo, por lo que tales aspectos que no pueden integrar la reparación en análisis, cuya exclusión declaro. Tampoco explica la resolución cuestionada cómo es que se arribó a la suma de \$ 750.000. Es que en la sentencia de primer grado, luego de manifestar que la ocupación del espacio aéreo configuró una especie de "despojo" para la actora, que sufrió molestias por la realización de la obra en el lote lindero, que fueron de cierta magnitud que sobrepasaron los niveles de tolerancia: los daños, ruidos e incluso el apoyo a partir del primer piso del edificio en la propiedad de la actora, suciedad, etc., la jueza consideró que estaba justificado el reclamo efectuado por "Ocupación del espacio aéreo" y, sin más, lo fijó en la suma de \$ 750.000 como reparación, sin cita de alguna norma legal. Dicho rubro fue incorporado en la demanda con sustento en que se ha privado a la actora de un derecho y que la invasión desnaturaliza el formato del lote de la actora, requiriendo una reparación de \$ 175.000. En la ampliación de fs. 327 vta./328, punto III-a, el actor dijo que para establecer esta compensación se debe tener en cuenta no sólo la superficie de invasión, sino también que el mismo fue imprevisto, artero, intempestivo y configura un despojo que debe ser reparado, más aún teniendo en cuenta que el actor jamás podrá hacer uso completo de su propiedad. Si bien concuerdo que la propiedad del actor tuvo un desmedro en su valor de venta a raíz de la invasión del espacio aéreo, no considero -en contra de lo sostenido por el apelante- que el carácter "imprevisto" o "intempestivo" pueda tener incidencia en la reparación. En cuanto a que la ocupación fue con intención de dañar (dolo), que puede actuar como un agravante de la reparación, el mismo no fue probado, por lo que tampoco constituye un factor atendible (arts. 375 y 384, C.P.C.C.). Considero que es razonable, como parámetro a los efectos de reparar el uso del espacio aéreo, partir del costo por metro cuadrado que puede tener para el causante del daño. Dicho rubro fue requerido en la demanda en la suma de \$ 175.000 (ver fs. 199, punto 3). Si bien en la ampliación de demanda de fs. 327/329 no se supeditó su importe a lo que en más o en menos surja de la prueba de autos, como en la demanda se requirió la suma de \$ 600.000 "o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos" (ver fs. 193 vta.), lo cual fue reiterado en el petitorio (ver fs. 202, punto 4), considero que el reclamo ampliado está cubierto por tal reserva y no tiene tope en el importe indicado en la demanda.

No cabe duda que habiendo sido ampliados los importes reclamados en la demanda, la reserva inicial ¿de lo que en más o en menos? se aplica a la ampliación precitada, situación que no es la misma respecto del ítem ¿Desvalorización de la propiedad?, que no formó parte del reclamo original, y fue recién introducido a fs. 328, punto III-b, sin hacer referencia alguna a una posible condena por un importe mayor. A mayor abundamiento destaco que el monto de la demanda no actúa como tope indemnizatorio si lo pedido lo es con la salvedad de ¿lo que en más o en menos resulta de la prueba?, no resultando lesiva de garantías constitucionales la sentencia que, sobre la base de tal reserva, acuerda una suma mayor a la reclamada (CSN, 25/2/75 L.L. 1975-B, 382; CNCiv., Sala A, 11/6/70, L.L. 139-351; ídem, Sala F, 16/11/78, L.L. 1979-B, 229; ídem, Sala G, 17/2/81, E.D. 94-451; CNFed., Sala II, cont. Adm., 11/10/79, LL. 1981-B, 250, con nota; SCBA, ¿Ac. y Sent.? 1976-III, pág. 157; 1977-II, 662; ambas citadas por MORELLO-SOSA-BERIZONCE, ¿Códigos...?, 2da. edición, ed. Platense, 1986, comentario al art. 163 inc. 6, tomo II-C, págs. 81 y 49). En estos casos no se incurre en el vicio de ¿ultra petita?. En efecto, desde antaño la Suprema Corte provincial tiene dicho que si la actora -como ocurre con la demanda- al justipreciar el monto de los perjuicios reclamados lo supeditó a lo que "en más o en menos" resultare de la prueba, no media infracción legal a lo establecido en el art. 163 inc. 6 del ordenamiento procesal, aun cuando la sentencia otorgue una indemnización mayor a la cifra reclamada en la demanda (conf. ¿Ac. y Sent.? 1959-II, pág. 66; ¿Ac. y Sent.? 1963-II, pág. 1144; causas Ac. 42.935, 4/6/91, "Ac. y Sent.", 1991-II, pág. 9; Ac. 48.970, 20/4/93; Ac. 53.743, 5/12/95; Ac. 65.214, 4/3/97; Ac. 67.732, 24/2/98; Ac. 74.082, 13/6/2001; Ac. 81.476, 23/4/2003; C. 102.310, 27/4/2011; C. 102.641, 28/9/2011; Ac. 108.764, 12/9/2012; C. 110.037, 11/3/2013). Es de recordar, a propósito de ello, el pronunciamiento de esta Cámara, Sala I (causa B. 50.510, RSD. 52/82, citada por MORELLO-SOSA-BERIZONCE, en la obra ¿Códigos...?, t. IV-B, 2da. edición, 1990, pág. 25), donde se destacó que a partir del año 1966 in re, ¿Pribluda de Hurevich, Beatriz c/Hernández, Martin G. s/Cobro de pesos por indemnización de daños y perjuicios?, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió la pertinencia -sin óbice constitucional- de los pronunciamientos que condenaban a un monto que sobrepasara ¿lo que en más o en menos resulte de la prueba? (30/11/66, Fallos 266:223, J.A. 1967-II, 58). En dicho leading case se estableció, además, que es igualmente razonable el derecho a petionar, que ¿se tenga en cuenta los valores al tiempo en que se dicte el fallo?, y que un pedimento de tal naturaleza y la decisión consecuente no lesionan la garantía constitucional de la defensa en juicio. Este es el criterio al cual cabe ajustarse al interpretar el segundo apartado del artículo 330 del ordenamiento procesal. En consecuencia, siendo que las sumas reclamadas en la demanda fueron sujetadas por la legitimada activa a lo que en más o en menos resulte de a prueba a producirse en autos (ver fs. 193 vta. y 202), considero que los rubros ¿Daños emergentes en la propiedad?, ¿Daño moral? y ¿Uso del espacio aéreo? no encuentran límite en lo reclamado en la demanda, a diferencia del importe por ¿Desvalorización de la propiedad?, que al haber sido introducido en la ampliación de fs. 328 sin reserva alguna, encuentra como límite el reclamo (arts. 163, 164, 330, 331 y 384, C.P.C.C.). Cabe ahora analizar si es excesiva la suma fijada de \$ 750.000 por el uso del espacio aéreo. En tal tarea tengo presente que la invasión de la construcción lindera avanzó un total de 8,28m2, cuyo costo constructivo ha sido cuantificado por un perito en \$ 240.120 en base al costo del metro cuadrado de construcción en la zona. No me parece razonable limitar la reparación al costo del metro cuadrado, sino que se debe sumar a dicho importe la renta que le podría haber producido al demandado su utilización (lo que determinaría el valor de mercado del espacio invadido), por lo que considero más razonable sumar al costo de la construcción el provecho económico en base a un rendimiento del 20% (la ausencia de prueba al respecto me impone tomar un porcentual bajo, muy prudente de rendimiento), esto es de \$ 48.024, que hace un total de PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO (\$ 288.144), que hace a la reparación del uso del espacio aéreo (que representaría el mayor valor asignado al espacio invadido de la propiedad del demandado, y que por ser contigua a la del actor se podría utilizar para ponderar el desmerecimiento que ha sufrido la propiedad de la actora en ausencia de otros elementos de prueba). Sentado ello, la reparación del ¿Uso del espacio aéreo?, esto es la reparación de la invasión aérea de 8 cm, que hace un total de 8,28 m2, y el despojo que ello implica en el uso del mismo para el propietario del fundo invadido, se debe limitar al valor de lo construido por el demandado en la porción invadida. Se reitera que a fs. 525 el perito arquitecto informó que la depreciación del inmueble por invasión del espacio aéreo es de aproximadamente \$ 240.120, con sustento en una invasión aérea de 8,28m2 y un costo por metro cuadrado de construcción en la zona de entre \$ 28.000 y \$ 30.000, en función de ello la jueza de primer grado determinó la indemnización por desvalorización de la propiedad a raíz de la invasión del espacio aéreo. Tal como lo destaca el perito a fs. 525 vta, la actora se verá limitada en su posibilidad de levantar una pared en altura para una edificación multifamiliar, perdiendo de construir un total de 8,28 m2 en todo el largo de la medianera (que es el espacio aéreo invadido). Tal merma constructiva a los efectos de realizar una construcción en altura, si bien produce indudablemente -tal como lo dijo el perito a fs. 494, puntos 3 y 4- una restricción en las posibilidades de diseño y la cantidad de unidades funcionales posibles por planta en el dueño de la parcela ..., si bien disminuye su valor de venta (arts. 384 y 474, C.P.C.C.), ello se ve compensado con la reparación del uso del espacio aéreo construido, ya que de lo contrario se estaría duplicando la reparación. Así el rubro "uso del espacio aéreo" se determina en la suma de \$288.144, sin que

corresponda adicionarle otro importe por desvalorización de la propiedad (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 375, 384 y 474, C.P.C.C.). 2.3.3. En consecuencia, por el uso del espacio aéreo considero que se debe la reparación precitada (\$ 288.144), que es el importe por el cual ha de prosperar el reclamo por uso del espacio aéreo, lo cual absorbe la desvalorización de la propiedad.

2.3.4. Procedencia del daño moral. Cabe destacar que el art. 2618 del Código Civil establece que "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. ...?". Todo titular de dominio puede realizar la actividad que desee en su fundo, siempre que la misma no produzca efectos que perjudiquen a los inmuebles vecinos. La norma no se refiere a la invasión directa o corpórea del fundo ajeno -lo que conduciría a la turbación o despojo posesorio-, sino a la emanación y envío de distintas sustancias o energías que, generadas en el inmueble propio, penetran en el del vecino (conf. BUERES-HIGHTON, "Código Civil", t. 5, pág. 481, comentario al art. 2618). La enumeración de la norma no es taxativa. El ordenamiento de la vida social en vecindad impone soportar ciertas molestias derivadas de las características o las actividades desarrolladas en inmuebles o edificios contiguos o aledaños, como, por ejemplo, ruidos, olores, luminosidad, sombras, calor o trepidaciones. Sin embargo, esta obligación no está exenta de límites. El art. 2618 del Código Civil, precepto cuya aplicación resulta independiente de toda idea de culpa en la generación de las molestias (conf. Mariani de Vidal, Marina, "Curso de Derechos Reales", Ed. Zavalía, Bs. As., 1993, t. II, p. 21), acuña como estándar valorativo la llamada "normal tolerancia", con el objeto de centrar el marco de protección sólo en derredor de aquellas situaciones que exceden ese piso tolerable de ordinarios trastornos (a los que todos, en particular la mayoría de la población de zonas urbanas, estamos insorteablemente expuestos) (SCBA, C. 94.644, 12/7/2006). En consecuencia, la responsabilidad que emerge del art. 2618 del Código Civil, de mediar una molestia del grado de la indicada, ya sea que se considere fundada en el "uso abusivo o antifuncional de los derechos", del art. 1071, o que derive del principio general del art. 1113, ambos del Código Civil, no exige la concurrencia de elemento subjetivo alguno a título de dolo o culpa (SCBA, Ac. 33.953, 27/11/84, "Ac. y Sent.", 1984-II, 356, J.A. 1985-IV, 451, "D.J.B.A.", 128-297, L.L. 1986-A, 648; Ac. 52.525, 23/11/93; C. 94.644, 12/7/2006); de consiguiente la responsabilidad no nace, en estos casos porque el acto esté prohibido por la ley expresamente, sino porque está vedada la ejecución u omisión de conductas que puedan interferir en la esfera patrimonial o moral de otra persona, generando el entuerto perjudicial o dañoso, lo cual es así en virtud de que la ejecución de una actividad lícita no conlleva, como indispensable corolario, la licitud de todas las consecuencias resultantes, ni legitima indiscriminadamente todos los perjuicios causados. (Cám. Civ. y Com. 1ra., Sala I, La Plata, sala I, 5/6/86, J.A. 1986-IV, 139). Sin perjuicio de ello, cabe destacar que a partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron explícitamente a la nuestra Carga Magna los denominados derechos de tercera generación, lo que conlleva interpretar la normativa infraconstitucional -arts. 1113, 2618 y cctes. del Código Civil y demás normas aplicables- a través del prisma del artículo 41 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, derecho fundamental también consagrado en el art. 28 de la Constitución Provincial. Esto implica que sin perjuicio de los valores jurídicos en eventual pugna -derecho a un ambiente vs. exigencias de la producción-, corresponda analizar si se trata de un número muy grande de víctimas e impacto en generaciones futuras, supuestos en los cuales corresponde dar prevalencia a preservar y mantener un ambiente sano, de aquellos casos en que -como sucede en autos- están en juego las inmisiones circunscriptas, originadas en relaciones de vecindad. Ahora bien, la jueza de primer grado, luego de analizar la prueba de autos, en base a los perjuicios derivados de la construcción (fisuras, suciedad, escombros, caídas de material, roturas del canalón del garaje, rotura en el techo con membrana, filtraciones y humedad en cielorrasos) y lo manifestado por los testigos Lobo, López y Tinto (ver audiencias videograbadas en el C.D. de fs. 555), fijó el daño moral en la suma de \$ 55.000 para cada actor. Los agravios de la accionada, en orden al rubro en análisis, no cuestionan el razonamiento del a quo, sino que considera excesivo el monto, aduciendo la falta de intencionalidad y una actitud de reparar que no sirven como eximente. Considero que el monto fijado no es excesivo por lo que propicio su confirmación (arts. 163, 164, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384, 456 y 474, C.P.C.C.; 1078, Código Civil).

2.4. En consecuencia, corresponde modificar el fallo apelado en el sentido indicado (arts. 163, 164, 165, 260, 261, 266, 330, 354 inc. 1, 375, 384, 456 y 474, C.P.C.C.; 505, 901, 902, 903, 1109, 1113, 1078, 2616, 2618 y 2627, Código Civil). Voto por la NEGATIVA. A la primera cuestión planteada el señor Juez doctor Jaime Oscar LÓPEZ MUÑOZ dijo que: Coincido con la solución dada al recurso traído por mi distinguido colega en cuanto a lo que se fija como indemnización por daño moral, pero me permito disentir con relación a lo que propone como cuantificación del daño sufrido por la ocupación del espacio aéreo y desvalorización de la propiedad, conforme las razones que paso a exponer. a) En primer lugar debo señalar que, conforme el Código Civil, que rige el derecho de los actores, éstos bien pudieron "reclamar la demolición de las obras

del vecino que a cualquier altura avancen sobre el espacio del fundo propio? (art. 2518 C. Civil) habiendo optado por la indemnización sustitutiva de tal ocupación (ver demanda, fs. 199 punto 6,3 y ampliación de demanda fs. 328 III- a). Conforme llega el planteo a esta Alzada, tanto los actores como los demandados han admitido que el otorgamiento de una indemnización sustitutiva es la solución adecuada, por cierto más acorde con los lineamientos que propone la nueva legislación Civil (art. 1945 CCCN). Se cuestiona la magnitud de la misma. b) Orientado entonces al mencionado aspecto, he de señalar que la restricción que sufre el terreno de los actores por la intromisión del inmueble vecino a partir de la altura del primer piso en adelante, debe ser compensada por el equivalente a la pérdida del valor que tal intromisión causa al inmueble de Ciarmela. Pero en este sendero debo precisar que, al fijar tal compensación, se está compensado el valor del patrimonio en la medida que ha sido disminuido por la intromisión. Y por la forma en que se valora en nuestro medio un terreno, la compensación por ocupación del mismo, como la desvalorización de la propiedad coinciden pues, como se verá en lo que sigue, un terreno en la zona en que se encuentra el de los actores (calles 15 y 63) es cotizado por su superficie, siendo indistinto para esta valoración que se exista una construcción que por su antigüedad y características, no agrega valor al terreno. b) Existen a mi juicio dos formas básicas para estimar tal valor del rubro? ocupación del inmueble?. La primera es tomar como referencia los precios de plaza de terrenos similares a fin de determinar el valor del metro cuadrado y con ello, el valor de lo ocupado. La segunda es calculando la cantidad de metros cuadrados que se podrían construir en el terreno ocupado (en planta baja y en altura) y la pérdida de posibilidades constructivas que se genera por la indicada invasión. En principio ambos valores se aproximan, habida cuenta de que los terrenos disponibles son utilizados para construir propiedades en altura, sometidas al régimen de horizontalidad. Analizaré el problema en base a estas dos hipótesis. b.1. En términos de los cálculos que resultan de la sentencia y pericias, la invasión ha sido de 8 cm y ésta ha ocurrido solamente en la parte construida por ambas torres de 7,40 m de profundidad cada una (los patios intermedios no generan afectación, ver plano a fs. 517/518), por lo que la superficie invadida representa la totalidad de 1,18 metros cuadrados. Los lotes ofrecidos vía internet en la zona que nos ocupa y que he tomado como referencias son los siguientes:

Dirección de internet

Inmobiliaria Dacal <https://www.zonaprop.com.ar/propiedades/terreno-en-venta-en-la-plata-calle-18-e-65-y-66-dacal-43340255.html>  
 Inmobiliaria Dacal  
<https://www.zonaprop.com.ar/propiedades/terreno-en-venta-en-la-plata-calle-11-e-57-y-58-dacal-43582936.html>  
 Inmobiliaria Dacal <https://www.zonaprop.com.ar/propiedades/terreno-en-venta-en-la-plata-calle-65-e-4-y-5-dacal-44068211.html>

	Ubicación	18 E/ 65 y 66	11 e/ 57 y 58	65 E/ 4 y 5 D
9	24 E/68 y 69	Precio USD	380.000	1.300.000
	400.000	Superficie	600	1200
	600	Precio prom.	633	1083
667	361	De acuerdo a ello, el precio promedio del metro cuadrado de terrenos está en el orden de USD 801, importe que correspondería abonar a los actores en el supuesto de que la invasión hubiera ocurrido desde la misma planta baja.		

b.2. Conforme la segunda metodología propuesta correspondería calcular la cantidad de metros cuadrados que el actor se vería privado de construir. En este caso el daño no está dado, como ha indicado la juez de grado, por la cantidad de metros cuadrados construidos por la demandada y menos aún por el valor de costo de tales construcciones. Por el contrario: la cantidad de metros cuadrados habrá de calcularse sobre los que podría haber construido el actor en su terreno que, como resulta de la documentación de marras, es de un frente menor a su lindero y sobre el que la perito se ha expedido indicando expresamente tal circunstancia (fs. 494 vta.pto 4 in fine). En segundo lugar, el daño no puede calcularse en función del costo, sino del eventual ?beneficio? que se obtendría por la construcción de esos espacios en altura, y que a valores de plaza es la diferencia entre el costo de construcción y el precio de venta. Toda vez que la mayoría de las publicaciones de terrenos arriba señalados incluyen, como dato significativo de valoración, una descripción de la cantidad de unidades funcionales (departamentos) que pueden construirse en cada uno de los terrenos ofrecidos, resulta que el valor de venta de los terrenos es proporcional a su aptitud constructiva. En consecuencia, la pérdida de aptitud constructiva puede estimarse en correspondencia con los metros invadidos y su valor de plaza equivale al precio de la superficie perdida por el terreno (o invadida). La perito arquitecta no llegó a determinar el alcance de este perjuicio eventual, aunque señaló que para ello era necesario una mayor precisión por parte del perito Agrimensor así como tomar en cuenta los índices urbanísticos de la zona (ver pericia arquitectónica a fs. 492 vta punto 6). En consecuencia, y a falta de una determinación específica, considero adecuado aproximar el valor de la afectación según el precio del metro cuadrado del terreno invadido. c) Debo destacar que el cálculo que he realizado tiene múltiples impresiones y es conveniente advertir algunas: c.1.- La apuntada al final del párrafo anterior (falta de prueba de los metros cuadrados que se podrían construir, su valor de costo y

su valor de mercado, del que resultaría la eventual utilidad) que doy por reproducida en este apartado. c.2.-Tampoco se ha probado ni se puede afirmar que, al construir en el lote del actor, será disminuirá el espacio aprovechable en altura, habida cuenta que los índices urbanísticos a que se refiere la pericia arquitectónica indicada, toman en cuenta solamente la superficie del terreno y zonificación urbana a fin de admitir una cantidad de plantas y los factores llamados FOT y FOS (factor de ocupación del Terreno y de ocupación del Suelo, respectivamente ver pericia fs. 494 punto 3, y 4). En consecuencia, al no haber sido invadido el terreno en planta baja la afectación podría resultar inexistente. Ello sin perjuicio de las limitaciones o dificultades constructivas que pudieran derivarse de la ocupación a partir del primer piso, tampoco probadas. (ver fs. 493 vta. punto 1) c.3. Señalo también que las publicaciones tomadas como referencia no consideran el valor de las construcciones existentes en los terrenos, pues toda construcción de una sola planta se descarta o demuele para edificar en altura y no incide en el precio del lote. En virtud de lo expuesto estimo que la apreciación que realizada cumple acabadamente con el deber de fundar razonablemente y dentro de las apuntadas limitaciones, una apreciación crematística en los términos del art. 165 CPCC, habida cuenta de que el daño se aprecia probado. Dejo a salvo que la estimación la he realizado, como se ha dicho, considerando la invasión como generada desde la superficie, esto es, como si el terreno de los actores hubiera perdido 1,18 metros cuadrados de superficie. d) Con respecto al rubro ?desvalorización de la propiedad? y en función de lo expuesto, observo que según los términos de la demanda la compensación solicitada por los actores por la ocupación del terreno (superficie perdida), agota sus derechos, toda vez que equivale a desinteresarlos por la propiedad que se les ha invadido en una suma igual a la pérdida del valor de plaza de la misma. Como se dijo más arriba, el valor del lote no se ve afectado por la existencia en él de una vivienda de gran vetustez como la de los actores (ver pericia, fs. 494 vta. punto A y fs. 495 Vivienda unifamiliar y fs 497 vta punto 5) Consiguientemente si se ha fijado una indemnización que equivale a la disminución del valor de plaza de la propiedad por la invasión parcial de la misma, no teniendo en ella importancia la construcción existente, la indemnización por ?desvalorización? pedida duplicaría la anterior. En consecuencia no corresponde asignar otro monto por este rubro. Consecuentemente promoveré indemnizar a los actores con la suma de U\$SD 810 o su equivalente en pesos, según cotización vigente al momento de efectivizarse el pago, comprensiva de los rubros ?ocupación del espacio aéreo? y desvalorización de la propiedad? reclamados. Voto en tal sentido por la NEGATIVA. A la misma primera cuestión planteada, el Dr. Banegas dijo: que I.- Atento la disidencia parcial planteada en las presentes actuaciones por los distinguidos colegas de la sala I de este Tribunal, es sólo en dicho marco que voy a emitir el mío en las mismas (art. 35 Ley 5827; 168 últ. párrafo de la Carta Magna provincial) en tanto y en cuanto habiendo mayoría de opiniones en las restantes cuestiones, lo que satisface la exigencia dispuesta para los Tribunales Colegiados por el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, deviene innecesario pronunciarme sobre las mismas, ya que mi eventual opinión y voto en éstas no alterará la suerte del presente litigio sobre dichos aspectos. II.- Adhiero pues, en lo puntual que concita mi intervención en los presentes obrados por la disconformidad parcial de opiniones, al voto del Dr. Sosa dando el mío, con el alcance indicado, en igual sentido. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Sosa Aubone dijo: Atendiendo al acuerdo logrado, por mayoría, corresponde y así lo propongo, revocar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto al rubro ?Ocupación del espacio aéreo?, que se fija en la suma de PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO (\$ 288.144), dejando sin efecto la reparación autónoma del rubro "Desvalorización de la propiedad", confirmando lo demás decidido en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. Postulo que las costas de segunda instancia, atento el resultado del recurso, se impongan a la demandada por haber resultado vencida en lo sustancial (arts. 68, 260, 272 y 274 C.P.C.C.). ASI LO VOTO. En un todo de Acuerdo, los doctores Lopez Muro y Banegas adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, y demás fundamentos expuestos, por mayoría, se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto al rubro ?Ocupación del espacio aéreo?, el que se fija en la suma de PESOS DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO (\$ 288.144), y se deja sin efecto la reparación autónoma del rubro "Desvalorización de la propiedad", y se la confirma en todo lo demás decidido en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. Costas de segunda instancia a la demandada. REG. NOT y DEV.

038411E