

## Cobro De Medianeria Rechazo De La Demanda Ley Aplicable Construccion De Muro Contiguo Prueba Del Uso

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Junín, a la fecha que

resulta de la suscripción de la presente (ac. 3975 S.C.B.A.), se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, GASTON MARIO VOLTA y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa n° ZFA-5598-2017 caratulada: ?FERNANDEZ JUAN DOMINGO Y OTRA C/MANFREDI MIRTA GRACIELA S/COBRO DE MEDIANERIA?, a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán, Guardiola Y Volta.- La Cámara planteó las siguientes cuestiones: 1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Castro Durán, dijo: I- Por medio de la sentencia dictada en fecha 7/2/2020, la Sra. Juez titular del Juzgado de Paz Letrado de Florentino Ameghino, Dra. Alejandra Marisa Bottega, dictó sentencia, por la que rechazó la pretensión por cobro de medianería incoada por Juan Domingo Fernández e Irma Lidia Avolio contra Mirta Graciela Manfredi. Impuso las costas a la parte actora y difirió la regulación de honorarios profesionales. Para adoptar tal decisión, la magistrada ?a quo? expuso: \* que el Código Civil derogado resulta aplicable en autos, dado que la pretensión se basó únicamente en el hecho de la construcción del muro lindero en el año 2014, y aunque con posterioridad se incorporó, como nuevo hecho, el abandono o abdicación de ese muro, la parte actora ni siquiera estimó la época en que la demandada habría comenzado a servirse del mismo; \* que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2728 del Código Civil, tratándose de un muro contiguo y privativo, la parte actora no tiene acción de cobro de medianería, salvo que logre acreditar que el requerido se sirve en forma efectiva de ese muro; \* que en la demanda, la parte actora reclamó el cobro de medianería por el sólo hecho de la construcción del muro contiguo, sin manifestar que la demandada estuviera usando el mismo; razón por la cual, no ofreció prueba respecto de ese uso; \* que introducido el nuevo hecho con la contestación de demanda, la actora, al contestar el traslado que le fue corrido, no ofreció otros medios probatorios para acreditar el aprovechamiento del muro por parte de la demandada, sino que se limitó a ratificar la prueba anteriormente ofrecida, agregando solamente una inspección ocular; \* que con el informe técnico de medianería y las fotografías acompañadas por la arquitecta Orteu, no quedó probado que la demandada se estuviera sirviendo del muro separativo, máxime que la profesional no se constituyó en el predio de la demanda y las fotografías fueron tomadas desde el inmueble de los actores; \* que la utilización del muro por parte de la demandada no fue constatada en la inspección ocular realizada por el actuario del juzgado, ni acreditada por medio de las declaraciones testimoniales; \* que de la contestación de la perito martillera a la impugnación formulada por la parte actora, surge que la demandada tiene construido un armazón realizado con perfiles galvanizados, los cuales no requieren la utilización de una zapata de hormigón, ni están apoyados o amurados al muro; \* que la parte actora no demostró que la demandada aprovecha físicamente del muro en cuestión; y en cambio, quedó acreditado que la construcción existente en el inmueble de la misma, es un armazón de perfiles galvanizados, que solamente se encuentra arrimada al muro, sin que exista ningún elemento que los conecte. II- Contra este pronunciamiento, la Dra. Gloria Gabriela Fernández, en su carácter de apoderada de los accionantes, interpuso apelación, por medio del escrito electrónico de fecha 13/2/2020; recurso que, concedido libremente, motivó la elevación del expediente a esta Cámara, donde la mencionada letrada presentó el 11/5/2020, también por vía electrónica, la correspondiente expresión de agravios. En dicha presentación, solicitó que, previa revocación de la sentencia apelada, se haga lugar a la demanda deducida por sus mandantes. La Dra. Fernández estructuró su crítica recursiva sobre los siguientes argumentos: \* que en la magistrada de origen debió aplicar las disposiciones del Código Civil y Comercial, ya que tanto la demanda como la contestación de demanda, están fundadas en las normas del mismo, dado que en autos se debaten las consecuencias no agotadas de una situación jurídica existente; \* que la magistrada de origen aplicó el Código Civil derogado, haciendo hincapié en que el muro se construyó en el año 2014; pero no reparó en que la obligación de la demandada nació el 6/6/2016, fecha en la que se le reclamó en forma fehaciente el pago de medianería, estando ya en vigencia el Código Civil y Comercial; \* que el muro en cuestión es contiguo y de carácter privativo; motivo por el cual, de acuerdo al régimen del Código Civil y Comercial, hasta los tres metros de altura, pertenece en condominio a ambos propietarios linderos; \* que, sin perjuicio de que en autos resultan aplicables las normas del Código Civil y Comercial, cuyo régimen no exige la demostración del uso efectivo del muro para reclamar el pago de medianería; el uso del muro por parte de la demandada, quedó debidamente acreditado con la prueba producida; \* que en la contestación del hecho nuevo, se rechazó categóricamente el planteo de abdicación formulado por la demandada, argumentando que la misma se sirve del muro, pero la sentenciante ?a quo? no valoró dicha contestación; \* que la magistrada de origen hizo una valoración absurda de la prueba

producida en autos, ya que si hubiera analizado el reconocimiento judicial conjuntamente con el informe de la arquitecta Orteu y el dictamen de la perito tasadora Orlando, con las fotografías que ilustran a ambos, hubiera llegado a la conclusión de que la demandada está sirviéndose del muro; uso que, además, fue confirmado por los testigos Jorge Daniel Antolin y Patricio Horacio Antolin; \* que la magistrada de origen rechazó la demanda, sin resolver al planteo de abdicación formulado por la demandada, decisión que torna incierta la situación de sus mandantes en relación al muro; ya que, de acuerdo al régimen del Código Civil y Comercial vigente, el mismo queda en condominio de ambas partes, sin que la demandada hubiera pagado la medianería. III- Corrido traslado de la expresión de agravios reseñada precedentemente, la demandada lo contestó por medio del escrito electrónico de fecha 26/5/2020, en el que solicitó el rechazo de la apelación de la parte actora; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver. IV- En tal labor, considero apropiado recordar que, de acuerdo al régimen del Código Civil derogado, quien construía a su exclusivo costo, un muro de cerramiento forzoso urbano, asentándolo totalmente en su propio terreno, era el propietario exclusivo de ese muro contiguo y privativo (art. 2717 CC). En tal caso, no existía condominio forzoso, sencillamente porque no existía siquiera condominio (conf. Néstor Jorge Musto, ¿Derechos Reales?, Tomo 1, pág. 651). Este régimen fue modificado por el Código Civil y Comercial; dado que, a partir de la vigencia del mismo, el muro contiguo, aunque fuera construido por uno solo de los vecinos, también es medianero hasta los tres metros de altura; motivo por el cual, hasta esa altura, pertenece en condominio a ambos propietarios linderos (arts. 2008, 2009, 2010 y 2014 CCyC). Esta importante modificación en el régimen legal de los muros divisorios, plantea inicialmente el problema de derecho transitorio referido a cuál es régimen aplicable a los muros privativos de hasta tres metros de altura, construidos durante la vigencia del Código Civil derogado, que siguen en pie al momento de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 de este último cuerpo legal, a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes, careciendo de efecto retroactivo, excepto disposición en contrario.

No caben dudas de que la aplicación de la ley es retroactiva, entre otros casos, cuando mediante su aplicación se pretende volver sobre la constitución de una situación jurídica. La situación jurídica es objetiva, dado que es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma legal, que regula dicha situación de modo uniforme para todos (conf. Julio César Rivera, ¿Instituciones de Derecho Civil. Parte General?, Tomo I, págs. 202 y 209). Sentado ello, cabe mencionar que el artículo 2728 del Código Civil disponía que el propietario que construía un muro de encerramiento, en su terreno y a su costa, en un núcleo urbano o suburbano, no podía reclamar a su vecino el reembolso de la mitad de su valor, ni de la mitad del valor terreno en el que la hubiera construido, salvo cuando el vecino quisiera servirse del muro. Considero que con la construcción del muro contiguo y privativo por parte de los actores, quedó constituida la situación jurídica regulada por el aludido artículo 2728 del Código Civil, tanto para los accionantes como para la demandada. En el marco de dicha situación jurídica definitivamente constituida, los primeros no podían reclamar a la segunda, ni ésta debía entregarle a aquellos, el reembolso de la mitad del valor del muro, ni del terreno, salvo que se sirviera del muro. Por lo tanto, si se pretendiera, mediante la aplicación del Código Civil y Comercial, volver sobre la constitución de esta situación jurídica operada de acuerdo al régimen del Código Civil, se produciría la aplicación retroactiva de aquel cuerpo legal; retroactividad que, como antes quedó dicho, está vedada por el artículo 7 del mismo. Adoptando este criterio, Claudio Marcelo Kiper sostiene que "...teniendo en cuenta que las nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos, considero que tales paredes seguirán siendo privativas. Esta idea es también la que surge del art. 7° CCyC, dedicado a la eficacia temporal de las leyes..." (www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF140864). Como corolario de lo expuesto precedentemente, emerge que bien ha estado la magistrada de origen, en aplicar al presente caso, las normas del Código Civil derogado. Al respecto, vale aclarar que, más allá de que las partes hayan invocado como soporte jurídico de su pretensión y oposición, las normas del vigente Código Civil y Comercial, bien ha hecho la magistrada de origen en aplicar el derogado Código Civil; dado que, por vía del principio del *ius novit curia*, se les concede a los jueces la facultad de determinar las normas jurídicas aplicables al caso que se les presenta, aunque las partes no las hubieran invocado o lo hayan hecho deficientemente. Esta facultad judicial tiene como límite infranqueable la imposibilidad de alterar los hechos expuestos por los litigantes, límite que fue respetado en autos (art. 163 inc. 6° CPCC). Sentada entonces la aplicación del Código Civil, queda en claro que la procedencia del reclamo formulado por los actores, debe ser dilucidada mediante la aplicación del artículo 2728 de ese cuerpo legal; norma en virtud de la cual, queda supeditado el reembolso de la mitad del valor del muro y del terreno en el que fue construido, a que la demandada se sirviera del mismo. Adelanto que de la valoración de las pruebas producidas en autos, no surge que la demandada hubiera utilizado la pared privativa de los actores. Llego a esta conclusión, asignando relevante trascendencia al reconocimiento judicial efectuado por el secretario del juzgado de origen, funcionario que inicialmente se constituyó en el inmueble de los actores y dejó constancia de que la construcción de chapa de la demandada no está dentro, ni tampoco sobre el muro de cerramiento de ese inmueble. Posteriormente, se constituyó en el inmueble de la demandada, donde constató "...sobre el lado sur de la casa ubicada en el inmueble, una construcción que se utiliza como cochera. Es una

estructura totalmente abierta y libre de construcción en sus cuatros lados. Consiste solamente en ocho columnas galvanizadas (de 15 cm aproximadamente de ancho y 5 cm aproximadamente de espesor, cada una de ellas) y sobre las cuales se asienta un techo de dos aguas (de 13 mts. aproximadamente de longitud), de chapa también galvanizado, orientado perpendicularmente al muro divisor, y con desagües fluviales dentro del mismo terreno de la Sra. Manfredi. Toda la estructura se encuentra íntegramente soldada entre sí (columnas y techo). En el lado contiguo del inmueble de los actores, el techo de chapa no se encuentra apoyado sobre el muro de cerramiento, pues mayormente está más elevado que el tapial y la parte que se encuentra en igual o menor altura se asienta, como ya se dijo, sobre columnas. Las mismas son cuatro y funcionan como sostén del techo, y se encuentran separadas por un milímetro aproximadamente de la pared divisoria. No se observa conexión alguna de la estructura metálica con el muro de cerramiento...? (ver acta de fs. 110, el entrecomillado encierra copia textual y el resaltado me pertenece). Este examen realizado personalmente por un funcionario judicial, quien concurrió personalmente a ambos inmuebles, y describió lo que apreció con sus sentidos, me persuade de que la demandada no está utilizando el muro emplazado en el inmueble de los accionantes (art. 477 CPCC). Frente a este reconocimiento judicial, carece de poder probatorio el informe técnico elaborado por la arquitecta Yamila Orteu, que fue acompañado por los actores con la demanda (ver fs. 10/12), ya que el mismo fue elaborado extrajudicialmente, sin posibilidad de contralor alguno por parte del juzgado, ni de la contraria. Tampoco puede oponerse a la fuerza probatoria del reconocimiento judicial, la declaración del testigo Jorge Antolín, quien, cuando se le preguntó si la demandada usa el muro medianero, respondió ?...Creo que sí. He visto que ha construido sobre el muro, un techo...?, ni tampoco la declaración de Patricio Antolín, quien, ante la misma pregunta, respondió ?...Sí, plantó un tinglado, lo he visto de pasada...? (ver fs. 97 y 98, el entrecomillado encierra copia textual y el resaltado me pertenece). La vaguedad de las respuestas de estos testigos, privan de eficacia probatoria a sus declaraciones; máxime que el contenido de las mismas se opone a la constatación efectuada personalmente por el secretario del juzgado (arts. 384 y 456 CPCC). Por ello, no habiendo la parte actora acreditado que la demandada se sirve o utiliza la pared que divide ambos inmuebles; se impone el rechazo de la apelación en tratamiento (arts. 7 CCyC; 2717, 2728 y ccs. CC). Por último, resta aclarar que los accionantes siguen siendo los propietarios exclusivos del muro contiguo y privativo por ellos construido (art. 2717 CC). V- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: I)- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, confirmar, con costas a la misma, la sentencia impugnada (arts. 7 CCyC; 2717, 2728 y ccs. CC; 68 CPCC).

ASI LO VOTO.- A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo: Adhiero al voto del Dr. Castro Durán. Quiero sin embargo señalar la insuficiencia en algunos aspectos del art. 7 CCyCN para resolver todas las cuestiones que suscita la derogación del anterior código civil (en esto la gran diferencia con la modificación del art. 3 introducido por la ley 17.711 ante una reforma parcial), obligando a una interpretación no siempre sencilla en lo que se refiere a la ultraactividad del régimen anterior y la aplicación inmediata de la nueva normativa. Una, sino la más importante, innovación en la medianería consiste en que el muro de cerramiento conforme el art. 2009 CCyCN estará desde su edificación en condominio, sea encaballado o contiguo. En ambos casos, a partir del nuevo código (resalto esto), al margen de toda aplicación del principio de accesión y exclusivamente por expresa disposición legal (art. 1894), ese muro divisorio hasta la altura de 3 metros es medianero (art. 2006 inc. d; ver Nelson Cossari en Código Civil y Comercial Comentado Tratado exegético Director Jorge H. Alterini La ley To. IX p. 701) Como señala mi colega en su exhaustivo análisis, ha sido el Dr. Kiper - quizás el único - quien ante el profundo cambio respecto de los contiguos, se ha ocupado de la situación de las paredes privativas preexistentes por debajo de los 3 metros, señalando además de la solución por la que se inclina, que es la aquí adoptada, como otra variante interpretativa que podría surgir ?que el propietario que era dueño exclusivo de la pared y deja de serlo, tiene derecho al cobro de la mitad de la pared y del terreno, por lo que no vería afectado su derecho de propiedad?. Desecho esta alternativa, que además conduciría a una aplicación retroactiva sin disposición legal expresa, ya que si bien mantendría incólume el derecho de propiedad en el caso del actor quien incluso con el sistema anterior siempre se veía expuesto a una venta forzosa (a raíz del servicio o utilización que hiciera el lindero ver Marina Mariani de Vidal Derechos Reales Zavalía 7ª ed. To. 2 p. 204 y nota 53) impondría una obligación de adquisición (no solo del muro sino también de la mitad del terreno art. 2014 CCyCN) inexistente al momento en que la pared fue levantada, afectando su derecho amparado constitucionalmente. Con este agregado, doy también mi voto POR LA AFIRMATIVA. TAMBIEN A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Volta dijo: Que adhiere y hace suyo todos los fundamentos y conceptos doctrinarios y legales dados por el Sr. Juez preopinante en primer término, Dr. Castro Durán y asimismo las consideraciones vertidas por el Dr. Guardiola en la oportunidad de emitir su voto. ASI LO VOTO.- A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Castro Durán, dijo: Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: -artículo 168 de la Constitución Provincial-, estimo que CORRESPONDE: I)- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, confirmar, con costas a la misma, la sentencia impugnada (arts. 7 CCyC; 2117, 2128 y ccs. CC; 68 CPCC). ASI LO VOTO.- Los Señores Jueces Dres. Guardiola Y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual

sentido.- Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA: Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del CPCC, se resuelve: I)- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora; y consiguientemente, confirmar, con costas a la misma, la sentencia impugnada (arts. 7 CCyC; 2117, 2128 y ccs. CC; 68 CPCC). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de origen.- REFERENCIAS: Funcionario Firmante: 28/07/2020 08:28:06 - Ricardo Manuel Castro Duran - JUEZ Funcionario Firmante: 28/07/2020 08:42:28 - Gaston Mario Volta - JUEZ Funcionario Firmante: 28/07/2020 09:19:44 - Juan Jose Guardiola - JUEZ Funcionario Firmante: 28/07/2020 09:26:58 - Alejandro Gabriel Taboada - AUX. LETRADO Correlaciones: Garzón, Nélide Elba c/Marino, Norberto Luis s/medianería - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - Sala III - 07/03/2019 - Cita digital IUSJU037135E 001266F