

Voces:

Incumplimiento contractual.

Ruidos molestos y cese de los mismos.

Daño moral

Ley 13.512

114667

Juicio: PAREDES MARIA ARGENTINA Y OTRA C/ CASTRO, ALICIA ESTHER Y OTR S/ ..DAÑOS Y PERJUICIOS

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 7 días del mes de Octubre de 2014, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114667**, en los autos: **"PAREDES MARIA ARGENTINA Y OTRA C/ CASTRO, ALICIA ESTHER Y OTR S/ ..DAÑOS Y PERJUICIOS".-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1°.- ¿Es justa la sentencia apelada en cuanto rechaza las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas?

2°.- ¿Es justa la sentencia apelada?

3°.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 943/49 es apelada por los demandados, quienes expresan agravios a fs. 1026/39, los que son contestados a fs. 1041/48.

II.- 1.- María Argentina Paredes, por si y en representación de Roberto Nelson Maestri, promovió demanda contra Alicia Esther Castro, Enrique Alberto Pierucci, Néstor Abel Pierucci y Luján Fiestas S.R.L. por indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, ruidos molestos, daño moral y "cese de los mismos".

Dijo que, junto con Roberto Nelson Maestri, en el año 1979 compraron en forma conjunta el inmueble sito en la calle General Paz n° 1560, unidad funcional n° 1, de Luján, y que la unidad funcional n° 2 fue adquirida por los hermanos Pierucci y la sra. Castro, con la intención de conectarse por los fondos con el salón de fiestas y eventos que estos poseen sobre la calle Avellaneda bajo la persona jurídica Spier S.R.L., que integran como socios junto con el esposo de la sra. Castro. Expresó que ambas unidades poseían un pasillo exclusivo con salida a la calle General Paz por donde los accionados acarreaban a toda hora, casi todos los días del año, materias primas, mercaderías elaboradas y herramientas, mediante un continuo tránsito de empleados con elementos de cocina, siendo además el lugar de ingreso de proveedores, a lo que se sumaba que estacionaban el camión frente a su casa durante varias horas para el acarreo de sillas, mesas, comidas y otros elementos, todo lo cual provocaba ruidos molestos en los términos del art. 2618 del C.C. y lo previsto por el art. 6 inc. b de la ley 13.512.

Manifestó que desde hacía por lo menos tres años antes de la interposición de la demanda, los accionados desarrollaban actividad comercial en la UF n° 2, lo que había motivado innumerables reclamos no sólo de su parte sino también de los vecinos de la cuadra, que vieron cómo, de un día para otro, la zona se transformaba de residencial a industrial.

Sostuvo que los demandados, al comprar la unidad, tomaron perfecto conocimiento del reglamento de propiedad horizontal (inscripto en 1979), que establecía el destino de las unidades como vivienda, pese a lo cual, la alquilaron a la firma Luján Fiestas S.A. (integrada por dos de los tres propietarios registrales más el esposo de la sra. Castro), que la transformó en una planta de elaboración de alimentos, además de su utilización para depósito y almacenaje de materias primas, muebles de gastronomía y enseres de cocina. Expresó que habían ampliado a casi el doble la superficie cubierta de la unidad en violación del reglamento y de la ley de propiedad horizontal, construyendo un inmenso galpón de mampostería y techo parabólico, conectado al salón de fiestas.

Señaló que la Municipalidad había otorgado a Luján Fiestas S.A. la habilitación municipal, pese a no respetarse el reglamento de copropiedad, motivo por el cual promovió un expediente administrativo para que se revocara. Asimismo dijo que la zona era residencial – UR 3B -, por lo cual no podía destinarse a uso comercial.

Relató que había procurado que respetaran el reglamento por vía de tratativas extrajudiciales que no dieron resultado, lo mismo que las cartas documento que les enviara.

Reclamó resarcimiento por los siguientes rubros: a) daños por incumplimiento contractual (al reglamento de PH), b) daños por ruidos molestos, y c) daño moral.

2.- Contestaron la demanda Alicia Castro, Enrique A. Pierucci y Néstor A. Pierucci, oponiendo en primer lugar excepciones; a) de falta de legitimación pasiva en relación al reclamo por ruidos molestos; b) de falta de legitimación activa del actor Roberto Nelson Maestri respecto del reclamo por ruidos molestos. Respecto de esto último dijeron que Maestri no vivía en el domicilio de la actora dado que estaba divorciado desde hacía largos años atrás y por lo tanto no podía sufrir ruidos molestos.

Luego de negar los hechos alegados en la demanda, narraron que a mediados de la década de 1990 adquirieron una propiedad sobre la calle Avellaneda de Luján para salón de fiestas, que explotaban como Spier S.R.L. y, como fabricaban comidas para el salón o para proveer hacia afuera, compraron la unidad n° 2 de la calle General Paz para utilizarlo como depósito (como Luján Fiestas S.A.) y para que el personal pudiera salir por el mismo sin esperar a que terminaran los eventos. Agregaron que hicieron reformas en la unidad de acuerdo al Código de Planeamiento (Plan Regulador) de Luján y las respectivas autorizaciones.

Expresaron que la actora pretendió venderles su unidad pero no llegaron a un acuerdo debido a sus pretensiones desmedidas.

En referencia al reclamo por ruidos molestos, dijeron que ello no era así dado que tenían cinco empleados, que generalmente entraban y salían por Avellaneda y la caminata por el pasillo no podía generar ese tipo de molestias. En cuanto a los proveedores, dijeron que eran veinte (cuya lista proporcionaron), que no iban todos los días, sino cada quince días o una vez por mes, y tardaban no más de diez minutos en hacer la descarga.

Respecto de los servicios brindados fuera del local (casas de familia, quintas, salones públicos, empresas, etc.), dijeron que se daban con una dinámica de una vez por semana, generalmente los fines de semana. En relación a la carga de los insumos para fiestas en el camión de la empresa expresaron que no duraba más de una hora o dos horas por semana.

En conclusión, alegaron que en total el tránsito de personal y proveedores no llevaba más de cuatro horas por semana, lo que no podía implicar molestia alguna.

En relación a la vulneración al reglamento de copropiedad, dijeron que no había ninguna industria en la unidad funcional, no se había modificado la estructura de la propiedad y no se realizaba actividad comercial.

Sostuvieron que la afectación del destino de vivienda sólo podía ser objeto de reclamo por parte del consorcio y no por un copropietario, y en el caso de que lo hiciera un copropietario debía sufrir un daño cierto y personal, lo que, en el caso, no existía.

Expresaron que la titular de la UF 1 supo de las mejoras que se hacían a la UF 2 y el uso que se hacía del mismo, sin hacer denuncia al consorcio, por lo que era aplicable la doctrina de los actos propios.

Manifestaron que los planos de las reformas habían sido aprobados por la municipalidad, por lo que no estaban en infracción y por ende no podían demolerse, constituyendo un derecho adquirido para la demandada.

Finalmente rechazaron el reclamo por daño moral.

3.- Contestó la demanda Luján Fiestas S.A., oponiendo excepciones: a) de falta de legitimación pasiva en relación al reclamo por incumplimiento contractual; b) de falta de legitimación activa respecto del reclamo por ruidos molestos por parte de Roberto Nelson Maestri.

Lo segundo por las mismas razones alegadas por los codemandados, y lo primero con el argumento de que, no siendo propietarios de la unidad n° 2 sino inquilinos, no podía atribuírseles incumplimiento del reglamento de copropiedad.

En relación a la demanda, reiteraron los mismos argumentos opuestos por los codemandados.

4.- La actora contestó la documentación acompañada por los demandados Pierucci y Castro, diciendo que era parcial e incompleta, y pidió el rechazo de las excepciones: la de falta de legitimación pasiva por tratarse Luján Fiestas S.A. de un enmascaramiento de los demandados, dado que estaba formada por los mismos y Emilio Schenone, esposo de Alicia Castro, y la de falta de legitimación activa, aduciendo que Maestri, si bien estaba divorciado, era copropietario de la unidad n° 1 y frecuentemente concurrió a la vivienda donde se encontraba con sus tres hijos.

La resolución fue diferida para el momento de la sentencia.

5.- Los autos fueron abiertos a prueba, se produjo la misma y antes de dictar sentencia, el juez corrió traslado de las excepciones opuestas por Luján Fiestas S.A. a la parte actora, que las contestó en los mismos términos referenciados en el apartado precedente.

6.- El juez dictó sentencia haciendo lugar a la demanda, con costas.

Rechazó las excepciones opuestas. Las de falta de legitimación pasiva, tanto de Luján Fiestas S.A. como de los codemandados, porque, a su entender, debía encuadrarse en el contexto de una empresa familiar por estar constituida esa sociedad por los hermanos Pierucci y el esposo de Alicia Castro. Y

la de falta de legitimación activa de Maestri por las mismas razones, al margen de la suerte que pudiera correr el rubro aludido.

Respecto de la cuestión de fondo, consideró que estaba claro – conforme al dictamen pericial - que los accionados habían violado el reglamento de propiedad horizontal por medio de su cambio de destino, transformando la unidad en un depósito con la incorporación de 128,47 metros cuadrados más.

También dio por acreditado que la UF 2 se conectaba con el salón de fiestas de Spier SRL sobre la calle Avellaneda mediante un pasillo de acceso exclusivo de 17,50 metros de largo por 1,20 m de ancho, por lo que la entrada y salida de productos (dejándose de lado el horario permitido de carga y descarga) y de personal por el mismo podía provocar ruidos y molestias a los vecinos de la UF 1, lo que estaba acreditado por las declaraciones testimoniales.

En relación a los reclamos indemnizatorios dijo: a) que la infracción al reglamento de copropiedad estaba demostrada, y dado el cambio de destino señalado y el incremento de superficie cubierta a expensas de la UF 1, era estimable una pérdida o disminución de su valor, que cuantificó en \$ 70.000; b) por resarcimiento por los ruidos molestos, fijó la suma de \$ 60.000; c) por daño moral el monto de \$ 50.000; en todos los casos con más intereses a la tasa del Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días vigentes en los distintos períodos de aplicación.

Asimismo, hizo lugar al reclamo de retrotraer el destino de la UF 2 al originario de vivienda, fijando el plazo de sesenta días a tal fin en la forma a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia.

III.- Ambas partes demandadas se agravian en primer lugar de la sentencia, alegando que es arbitraria por omitir el tratamiento de los argumentos de las cuestiones de fondo.

Se quejan de la falta de análisis jurídico de las excepciones opuestas. Al respecto dicen que la explotadora comercial del servicio de fiestas era Spier S.A., por lo que no se entiende por qué se demanda por ruidos molestos a Luján Fiestas S.A. y a los Pierucci y a Castro. En relación a la falta de legitimación activa de Maestri, dice que ha reconocido no vivir en la UF 1, por lo que no puede haberlos sufrido.

En cuanto al fondo del asunto, dicen que nunca se detectaron los ruidos molestos alegados por la actora ni se han probado en autos, y que la sentencia omite tratar “en derecho” el reglamento de copropiedad y los derechos adquiridos por su parte en función del mismo y de la habilitación municipal.

Respecto del destino de la unidad, reiteran lo sostenido en la contestación de la demanda en cuanto a que la queja debe formularla el consorcio y no un copropietario. Dicen que el uso de la unidad no ha sido desnaturalizado,

que no se realiza actividad comercial o industrial, sino un simple depósito civil de bienes propios.

Expresan que los titulares de la UF1, al administrar el consorcio, como señala el reglamento, no se generaron diferencias ni roces con su parte, conociendo los mismos las mejoras realizadas y el uso que se hacía de la UF 2, sin que la actora formulara quejas, por los que es aplicable la doctrina de los propios actos.

Dicen que la UF 2 no está en infracción porque las reformas han sido aprobadas por la municipalidad – generando un derecho adquirido -, y que además no vulneran el reglamento y han sido hechas dentro del espíritu de la ley de propiedad horizontal, que no puede cercenar el aumento de la superficie sobre áreas propias. Expresan que el planteo de la actora es abusivo.

Finalmente, bajo el rótulo “la cuestión del daño moral” dicen que de la atenta lectura de la prueba pericial psicológica sobre la actora surgen elementos claros del por qué son perseguidos en este pleito.

En su contestación, la actora reitera, básicamente, lo sostenido en la demanda y las contestaciones de las excepciones.

IV.- 1.- Excepción de falta de legitimación activa de Roberto Nelson Maestri.

Como ha sido referenciado, la falta de legitimación activa opuesta respecto del coactor Maestri, se fundó en que, al no vivir en el inmueble, no podía demandar indemnización de daños por ruidos molestos. La actora pidió su rechazo diciendo que Maestri era copropietario de la UF 1 toda vez que siempre había residido en la misma, aunque fuera de manera temporal. Ello así dado que tenía una muy buena relación con su ex cónyuge, siendo que muchos fines de semana pernoctaba en el inmueble, donde tenía asignado un cuarto, toda vez que la casa era el lugar de encuentro con los tres hijos de ambos y por lo tanto sufría los ruidos molestos.

Ciertamente la sentencia no da mayores razones para su rechazo, fuera de la circunstancia de ser Maestri copropietario de la UF 1. No obstante, considero que la desestimación debe confirmarse dado que, en el caso, la acción por cesación e indemnización por ruidos molestos, fundada en el art. 2618 del C.C., es inescindible de la acción sustentada en el reglamento de copropiedad y en el art. 6 incs. a) y b) de la 13.512. Es que la cuestión sometida a decisión tiene la particularidad de que las molestias que los actores dicen sufrir como consecuencia de la actividad comercial desarrollada por los demandados en la unidad funcional lindera no debe analizarse solamente desde los parámetros del art. 2618 – que contempla, en principio, los conflictos que pueden presentarse entre vecinos -, sino también desde la óptica de la violación de un contrato, como es el

reglamento de copropiedad. Desde este ángulo es evidente que el copropietario de una unidad funcional es parte de ese contrato y por ende tiene legitimación para accionar por los perjuicios sufridos por su incumplimiento. Por otra parte, al contestar la excepción los actores han alegado que, si bien están divorciados, mantienen vínculos con motivo de los hijos en común, siendo el inmueble un lugar de encuentro, sobre todo los fines de semana - lo cual, según las reglas de la experiencia, es perfectamente posible -, días en los que, según se aduce, las molestias son mayores. Todo ello, obviamente, es independiente de la procedencia de la demanda y, en su caso, de la cuantificación del daño.

Por consiguiente, propongo que se confirme el rechazo de la excepción, con costas (art. 69 C.P.C.).

2.- Excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Alicia Castro, Enrique Pierucci y Néstor Pierucci respecto del reclamo por ruidos molestos.

Esta defensa se fundó en que la UF 2 estaba alquilada a Luján Fiestas S.A. y por lo tanto era sólo a esta sociedad y no a los codemandados contra quienes debía dirigirse el reclamo.

Cabe la misma consideración hecha en el apartado precedente: la acción fundada en el art. 2618 del C.C., en el caso, es inescindible de la fundada en la violación del reglamento de copropiedad y la ley 13.512. Siendo ello así, son los copropietarios de la UF 2 (parte del contrato) quienes deben responder por esto último y por ende son sujetos pasivos de la acción. Por otro lado, amén de que existe una identidad casi total entre ellos y los integrantes de la sociedad – cuestión no controvertida -, está claro que, cuando llevaron a cabo el contrato de locación, sabían perfectamente que la unidad no iba a ser utilizada con el destino a vivienda previsto en el reglamento sino con el destino comercial (conforme cláusula sexta del contrato, fs. 64vta.), que los actores sindicaron como causante de perjuicios.

Por consiguiente, propongo que se confirme el rechazo de la excepción, con costas (art. 69 C.P.C.).

3.- Excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Luján Fiestas S.A. respecto del reclamo por violación del reglamento de propiedad horizontal.

A la inversa de la anterior esta defensa se fundó en que, no siendo la empresa propietaria de la unidad sino inquilina de la misma, no era responsable por la presunta violación del reglamento de copropiedad.

La excepción no puede ser admitida por dos razones. En primer lugar porque el mismo art. 6 de la ley 13.512 prescribe “queda prohibido a cada propietario y *ocupante* de los departamentos o pisos... a) destinarlos ... a fines

distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración; b) perturbar con ruidos, o de cualquier otra manera, la tranquilidad de los vecinos...". Concordantemente, el art. 15 de la ley contempla que, en caso de violación por cualquiera de los propietarios "u ocupantes" de las normas del art. 6, el representante o los propietarios afectados pueden formular denuncia al juez competente y acreditar la transgresión.

La expresa indicación de la ley de que no sólo los propietarios de las unidades sino también todo *ocupante* debe respetar el reglamento de copropiedad despeja toda duda (ver: Racciatti, Hernán, com. a ley 13.512 en Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, T. 11, Astrea, Bs. As., 2007, p. 575). Es obvio que lo que la ley deja en claro es que el cumplimiento del reglamento de copropiedad no quede supeditado a que los propietarios vivan en las unidades, dado que por razones de alejamiento temporario – viajes, vacaciones o cualquier otra razón – pueden dejarlos ocupados por terceros, o también cederlos en comodato o en locación. En cualquiera de estos supuestos expresamente la ley prevé que deben destinar el inmueble para los fines previstos en el reglamento y, obviamente, no perturbar a los copropietarios con ruidos molestos o el ejercicio de actividades para la seguridad del inmueble.

En segundo lugar, como dice el juez en la sentencia, el sólo hecho de que el Presidente de la sociedad sea uno de los copropietarios del inmueble y que de sus otros integrantes uno sea copropietario y el otro el marido de la restante copropietaria, pone de resalto que no puede la sociedad invocar desconocimiento del reglamento por una razón elemental de buena fe (doctrina art. 1198 C.C.).

En consecuencia, propicio que se confirme el rechazo de la excepción, con costas (art. 69 C.P.C.).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- Acción por incumplimiento del reglamento.

El reglamento de copropiedad del inmueble en su cláusula quinta es claro: "*Ambas unidades estarán destinadas a vivienda, no pudiéndoles dar otro destino*" (fs. 4vta.). A su vez, la cláusula décimosegunda reza: "*Dada la circunstancia de tratarse de un inmueble de dos unidades para resolver cualquier asunto relacionado con la administración del mismo, será necesaria la conformidad o el voto de ambos copropietarios*".

Va de suyo que, si cualquier tema vinculado con la administración, necesita la conformidad de los dos copropietarios, la reforma del reglamento –

necesaria para el cambio de destino de las unidades – también lo requiere. Ese cambio no se produjo nunca, de manera que desde el mismo momento en que los demandados compraron el inmueble tomaron conocimiento del destino de la unidad, lo cual surgía del reglamento – inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble -, que el escribano interviniente referenció en la escritura respectiva (fs. 53/60). Por lo demás, la obligación de respetar el reglamento surge de la ley (art. 6 ley 13.512).

Los mismos demandados reconocieron al contestar la demanda que adquirieron el inmueble porque era lindante con el fondo del salón de fiestas que explotaban sobre la calle Avellaneda, y que su finalidad fue que sirviera de depósito de mercadería (alimentos y bebidas), muebles y utensilios, al mismo tiempo que de entrada y salida de personal (entre otras razones para que no tuvieran que esperar a que terminaran las fiestas) y de proveedores por una calle distinta a la del salón. Todo el relato de ambos escritos de contestaciones de demanda (sustancialmente idénticos) se fundó en el expreso reconocimiento de que la compra de la UF 2 fue motivada en las necesidades operativas de la próspera actividad comercial que desarrollaban. Es decir, fueron conscientes desde el inicio de que no destinarían la unidad a vivienda, pese a lo cual la compraron y la emplearon a esos fines pasando totalmente por alto el reglamento de copropiedad, cuya modificación, como he señalado, necesitaba la conformidad de la copropietaria.

No se viola el destino de vivienda previsto para un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal solamente instalando una fábrica de pirotecnia o una planta radiactiva, como parecen entender los codemandados de acuerdo a sus argumentos defensivos. Se viola simplemente cuando no se da el destino previsto, y es de señalar que cuando en un reglamento se contempla el uso de las unidades sólo para vivienda lo que quieren los consorcistas es gozar de la paz y tranquilidad que tal tipo de uso implica. El destino de vivienda es excluyente de otros, como el profesional, comercial o industrial, que normalmente implican un ingreso y salida más frecuente de personas y de cosas, lo que produce molestias y ruidos, además de aumentar la inseguridad. Por ello, normalmente los reglamentos de copropiedad contemplan la unanimidad o mayorías muy agravadas del total de los consorcistas para cambiar el destino de las unidades (el art. 9 de la ley 13.512 dice "*no menor de dos tercios*").

Por otro lado, el cambio de destino de una unidad puede influir en el valor de mercado de las unidades restantes. Ello así porque quien desea vivir en familia con paz, tranquilidad y seguridad puede desistir de la adquisición de un inmueble si, advertido de que a algunas unidades no se les brinda destino de vivienda, ello no puede verse concretado. Asimismo, los porcentuales de cada unidad – de acuerdo a los cuales se estiman las expensas comunes – varían según

los metros propios y comunes, y también según los metros cubiertos, semicubiertos o descubiertos respectivos, que influyen en el Factor de Ocupación Total (FOT) (conf. inf. pericial de ingeniero de fs. 842/47, ver fs. 845vta.) de manera que cualquier modificación al respecto debe contar con la conformidad de la asamblea de copropietarios, y, en su caso, con la modificación del reglamento (arts. 3, 8, 9 y cctes. ley 13.512).

Es inatendible el planteo de los demandados de que el reclamo por violación del reglamento debía hacerlo sólo el administrador del inmueble. Tratándose de un consorcio de sólo dos copropietarios es evidente que cualquiera de ellos puede exigir al otro el cumplimiento del reglamento. Desconocer ello es contrariar el principio de buena fe contractual (art. 1198 C.C.). Por otro lado, la cláusula séptima del reglamento establece que la *administración* se alterna cada dos años entre los dos copropietarios, comenzando el 1/01/79 el propietario de la unidad 1. No se ha alegado en autos a quién le correspondía de los dos la administración en el año en que empezó el conflicto, pero, reitero, es evidente que aunque le hubiera correspondido al de la unidad 2 ello no inhibía al dueño de la otra a exigir el cumplimiento del reglamento porque, obviamente, aquel no hubiera actuado contra sus propios intereses.

Además, el art. 15 de la ley 13.512, como ya señalé, contempla expresamente que, en caso de violación de los propietarios u ocupantes del art. 6 de la ley, el representante "*o los propietarios afectados*" pueden promover acción judicial.

Las mismas consideraciones caben respecto del argumento de que los dueños de la UF 1 habrían consentido el uso que desde un principio los demandados le dieron a la UF 2, como asimismo las ampliaciones y refacciones que le hicieron. No surge ello de autos, pero además, en todo caso, el límite del reclamo está dado por la prescripción de la acción, defensa que en autos no ha sido deducida (arts. 3949, 3962 y cctes. C.C.).

En relación al argumento de que la Municipalidad habilitó el uso comercial de la UF 2, se trata de una defensa inoponible al copropietario, quien no fue parte en las actuaciones administrativas correspondientes, y por ende no puede ello haber generado ningún "*derecho adquirido*" oponible contra el copropietario (doct. art. 1195 C.C.). Cualquier habilitación municipal hecha sin tener en cuenta el reglamento de copropiedad de un edificio tiene un carácter eminentemente precario, o, si se quiere, está sujeta a una suerte de condición resolutoria, consistente en la conformidad, por las vías reglamentarias correspondientes, del consorcio de copropietarios.

El art. 2618 del C.C. expresamente contempla en la parte final del primer párrafo que las molestias generadas por el humo, el calor, los olores, la luminosidad, los ruidos, vibraciones o cualquier daño similar provenientes de un

inmueble vecino no debe exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las circunstancias del lugar “y aunque mediare autorización administrativa”. Es decir, el legislador excluye la autorización administrativa como causal de eximición de responsabilidad por ese tipo de molestias. Si ello es así cuando se trata de fundos vecinos (no necesariamente linderos), con mayor razón debe aplicarse el criterio cuando se trata de unidades de propiedad horizontal respecto de las que, en forma redundante con la mencionada norma, el art. 6 de la ley 13.512 prohíbe la realización de actividades que causen tales efectos.

Debe, por consiguiente, confirmarse la sentencia en cuanto condena a los demandados a retrotraer el destino de la UF N° 2 al originario de vivienda (fs. 947vta. y 949).

2.- Acción por cesación de “molestias”.

Esta pretensión – fundada en el art. 2618 C.C. -, como ya se dijo, está íntimamente vinculada a la anterior sustentada en el reglamento de copropiedad y en la ley 13.512.

La condena a retrotraer el destino de la unidad al previsto en el reglamento lleva implícita la de cesación de los ruidos y demás perturbaciones prevista en la norma del C.C. aludida, con lo que nada más habría que decir. No obstante, es de señalar que los presupuestos fácticos del art. 2618 del C.C. se hallan probados en autos (art. 384 C.P.C.).

En primer lugar destaco que la utilización de la UF 2 con fines de conexión con el salón de fiestas de la calle Avellaneda y su utilización como depósito para la intensa actividad comercial desplegada por los demandados no es un hecho controvertido. En la misma contestación de demanda se admitió que se adquirió la unidad con motivo del desarrollo que había alcanzado no sólo el alquiler del salón para fiestas, sino también para su utilización como depósito de la mercadería (bebidas, comidas), muebles y enseres que utilizan con ese fin. Se dijo también que prestaban servicios de “catering” fuera del local, tanto en eventos privados (casamientos, cumpleaños, fiestas de quince años, reuniones empresarias, etc.), como de entidades públicas (v.g. de la municipalidad). Esto, obviamente, requiere de una gran actividad, lo que conlleva entrada y salida de proveedores y de personal, acarreo de mercadería y de muebles, etc., todo lo cual hace presumir la producción de ruidos y molestias a distintas horas del día. No puede ser calificado, entonces, la utilización de la unidad como “depósito civil” como pretende el apelante.

Dicha presunción se corrobora con lo que surge de las declaraciones testimoniales de autos (todas de vecinos de la misma cuadra), en las que el juez se ha basado para dar por probado el daño, sin agravio al respecto por el apelante (arts. 260, 266 y 272 C.P.C.). La testigo Sosa habla de ruidos de botellas, que califica como “maraca gigante”, de “carga y descarga” desde las 8 hs. hasta

avanzada la tarde, de camiones con cámaras frigoríficas que dejan el motor encendido durante más de 40 minutos, de camiones de gran porte para el traslado de sillas y otros muebles, que personas contratadas como cantantes y músicos transitan en forma ruidosa por el pasillo (fs. 428/29vta.). La testigo Franchi expresa que constantemente bajan de los camiones – que no apagan los motores - vajillas y mercadería, que entran los que deben llevarse los residuos entre la 1 y las 6 hs. de la mañana (fs. 431 y vta.). La testigo Lemos dice que “se caen” las ollas, que usan carretas que hacen ruidos a toda hora, también habla de camiones que dejan encendidos los motores cuando cargan y descargan mercadería, lo que se hace en horas de la madrugada (fs. 432 y vta.). La testigo Nápoli (que vive al fondo de la unidad, lindando con el galpón) manifiesta que entran y salen mesas rodando, que apilan sillas, que cargan y descargan mercadería sin respetar horarios permitidos (fs. 433/34). El testigo Taccari corrobora todo y, en concordancia con el testimonio de Nápoli, agrega que pasa un hombre con un carro tirado por un caballo a recoger los desperdicios (fs. 435/36).

Es de advertir que los testimonios de Nápoli y de Taccari dan cuenta de olores que emanan de la UF 2. La primera habla de “olores intensos” por elaboración de comida, y dice que la unidad se utiliza tanto para depósito como para cocina.

El mandamiento de constatación llevado a cabo el 24/07/98) ilustra sobre las dimensiones del pasillo (1 metro de ancho por 25 metros de fondo) y dice que en la unidad hay, entre otras cosas, cajones de botellas, un “horno pizzero”, 11 freezers, una heladera comercial con seis puertas y motor exterior, una cámara de frío con dos puertas, 17 garrafas y “zorras para el transporte”. Da cuenta también de que la persona que atiende al oficial dice que el pasillo se usa para carga y descarga de mercadería, elementos de trabajo e ingreso de personal, lo que ocurre los fines de semana (fs. 473/74).

Los testigos ofrecidos por la demandada no aportan mayor información dado que ninguna vive sobre la calle General Paz. No obstante, es de destacar que el testigo Scotti Braille habla de una entrada que da al depósito y “cocina” y que todos los proveedores entran y salen por el pasillo como también los que acarrear los equipos para los festejos (fs. 686/87), lo cual es también corroborado por los testigos Micieli y Depaoli (fs. 690/93). Este último agrega que sabe que los vecinos de la calle General Paz se han visto afectados por ruidos molestos. Estos testimonios son importantes dado que, habiendo sido ofrecidos por la demandada, son insospechables de parcialidad a favor de la actora (art. 456 C.P.C.).

Con motivo de una denuncia de la actora en la Municipalidad por la actividad llevada cabo en la unidad de los demandados, se formó un expediente

administrativo. Surge del mismo, que en copias certificadas ha sido agregado a estos autos, que el 25/07/05 el inspector constató, entre otras, la existencia de 11 freezers, una heladera de seis puertas, una cámara frigorífica, una cocina industrial, 150 sillas, 26 mesas, etc. (fs. 22 del expte.). Luego en el acta de inspección llevada a cabo el 4/05/07 se informa que "ha retirado la cocina", aunque se dice que "en sector contiguo se observa personas elaborando" (sic).

Siguiendo con este expte., el 5/06/07 el Asesor Letrado da cuenta de que en el acta de inspección del 14/11/06 se constató que el lugar era utilizado como "sala de elaboración" y deja constancia de que deben retirar la mesa de madera, la mesa de acero inoxidable y las dos cocinas comerciales, ya que no se ajustaban al rubro utilizado. Expresa el funcionario que el local fue habilitado sólo para "depósito de mercadería y herramientas de servicios de fiestas" y que se ha constado la confección de alimentos, por lo cual aconseja que se constate nuevamente y, en su caso, se proceda a clausurar preventivamente, "infracionar" y, de corresponder, a dejar sin efecto la habilitación en virtud de lo dispuesto por el art. 11 de la Ord. 5.155. En relación al pedido de la sra. Paredes de que se revoque la habilitación dado que ella no lo habría autorizado (conf. al reglamento de copropiedad), dice el asesor que no existe norma alguna que prevea ello (fs. 52/53vta. del expte.).

El 27/06/07 se dicta resolución desestimando el planteo de la sra. Paredes, sobre la base del dictamen referenciado y de tener en cuenta que, de acuerdo a una nueva inspección llevada a cabo el 11/05/07, se ha constatado que no se observa la elaboración de productos en el sector, habiéndose retirado las cocinas, la mesada de acero inoxidable y que la mesa de madera se utiliza para apoyo de cajas y elementos de trabajo (fs. 54/55).

La conclusión evidente que se desprende de estas actuaciones es que recién el 11/05/07, ante la presión de la Municipalidad con motivo de la denuncia de la actora, dejó de elaborarse comida en la unidad funcional de los demandados, las primeras cartas documentos de la actora datan del 5/10/06 (fs. 19/24), habiendo comenzado la actividad denunciada prácticamente desde que se compró la unidad (30/08/04, fs. 53), conforme expreso reconocimiento de la demandada.

En cuanto a la habilitación para depósito de mercadería y herramientas, la municipalidad, no atendió el reclamo de Paredes porque, de acuerdo al dictamen del Asesor Letrado, ninguna norma exigía su conformidad. Es decir, entiende que la conformidad o no de la actividad con el reglamento de copropiedad es un problema ajeno a las normas administrativas de la comuna y que debe resolverse como litigio civil entre particulares. Es decir, no confiere – frente al consorcista o vecino – ningún "derecho adquirido".

Al respecto, como ya señalé, el art. 2618 del C.C. expresamente contempla la procedencia de la acción de cesación de molestias e indemnización de perjuicios "*aunque mediante autorización administrativa*" para el desarrollo de la actividad. Explica Borda esta norma diciendo que la autoridad administrativa concede su autorización "*siempre que estén cubiertas las condiciones generales contenidas en leyes y reglamentos, pero no podría atender por anticipado a las consecuencias y molestias que las actividades permitidas puedan eventualmente ocasionar a los vecinos*" (Tratado, Derechos Reales, T.I, 5ta. Ed. Actualizada, L.L., Bs As. 2008, p.416). Helena Highton y Sandra Wierzba, con cita de profusa jurisprudencia, expresan que debe interpretarse que la autorización administrativa *ha sido otorgada condicionalmente*, es decir en la medida que la actividad que desempeñan no sea dañosa. Añaden que dicha autorización significa que se han dado las condiciones generales legalmente establecidas pero no configura impedimento para el progreso de la acción prevista en el art. 2618; es decir, las actividades fuentes de las molestias que se procuran evitar o indemnizar son o pueden ser actividades lícitas, ya que la autoridad administrativa concede la autorización si se cumplen ciertos requisitos formales generales contenidos en las leyes y los reglamentos, más no atiende por ello por anticipado a los perjuicios que puedan emanar de la propagación de elementos molestos de una finca a otra. Asimismo, dicen que la desestimación en sede municipal de la denuncia por ruidos molestos no es obstáculo para el progreso de la acción ante el Poder Judicial (en Bueres-Highton, Código Civil comentado, T. 5 A, Hammurabi, Bs. As., 2da. ed., 2004, ps. 660/62). En el mismo sentido se expresa Alicia Puerta de Chacón (en Belluscio – Zannoni, Código Civil Comentado, T. 11, 2007, Astrea., ps. 66/67).

Es de señalar que el art. 2618 contempla que las molestias (humo, olores, ruidos, vibraciones, etc.) no deben exceder la *normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar*. Entiendo, de acuerdo a la prueba producida en autos ya analizada, que el desarrollo de la actividad comercial apuntada por parte de los demandados ha producido y sigue produciendo molestias que exceden la normal tolerancia (art. 384 C.P.C.). No obstante, señalo que, cuando de violación del reglamento de copropiedad se trata, ese umbral de tolerancia es menor. Ello así porque son los copropietarios los que han pactado un destino determinado para las unidades precisamente para prevenirse de las molestias que un uso distinto ocasionaría. En el caso, como ya dije, quienes adquieren una unidad con fines de vivienda buscan vivir en paz y tranquilidad con su familia. Es por ello que se ha entendido que debe condenarse al copropietario que cambia el destino de la unidad, "*incluso cuando ello no tenga exteriorización alguna*" (ver Racciatti, Hernán, ob. cit., p. 569). Particularmente – explica este autor con cita de abundante jurisprudencia - severa es la jurisprudencia con el cambio de destino por parte de los copropietarios, ya que, además de afectar la finalidad que los

consorcistas tuvieron en mira al adquirir sus respectivas unidades, se afecta el valor de mercado de las mismas. El único límite es que la oposición del consorcio no configure un abuso del derecho (art. 1071 C.C.), lo que queda librado a la apreciación judicial, y, en el caso, advierto que lejos está de que pueda calificarse la oposición de la actora de tal manera por las razones ya analizadas.

En definitiva, debe confirmarse la sentencia en cuanto hace lugar a la demanda por cesación de las molestias (art. 2618 C.C., art. 6 ley 13.512).

3.- Pretensión resarcitoria.

El juez fijó montos indemnizatorios por: a) desvalorización de la unidad funcional de la actora, \$ 70.000; b) "ruidos molestos", \$ 60.000; y c) daño moral, \$ 50.000.

Los dos primeros no son objeto de agravio por parte de los apelantes, por lo que no pueden ser abordados por esta instancia (arts. 260 y 272 C.P.C.).

En relación al tercero, si bien con gran esfuerzo puede entenderse que se cumplen las exigencias del art. 260 del C.P.C., no puedo soslayar que en la medida que se ha fijado un monto indemnizatorio por "ruidos molestos", la fijación de otra suma por daño moral importa una doble indemnización.

En efecto, la indemnización que el art. 2618 del C.C. contempla es de naturaleza extrapatrimonial. No de otra manera pueden calificarse a las molestias o perturbaciones causadas por ruidos, olores, vibraciones, calor, luminosidad o similares. Se trata de afectaciones a la tranquilidad, a la paz y al sosiego a las que toda persona tiene derecho. De igual manera cabe calificar a las perturbaciones que contempla el inc. b) del art. 6 de la ley 13.512. En definitiva, se trata de daño encuadrable en los arts. 522 y 1078 del C.C.. Téngase en cuenta que el daño material ha sido considerado y mensurado por separado por el juez (sin agravio de las partes).

Por consiguiente, no correspondiendo la fijación de dos indemnizaciones por el mismo concepto, propicio que se revoque la sentencia en cuanto fija por separado la suma de \$ 50.000 por "daño moral".

II.- Costas.

Si mi propuesta es compartida, las costas de primera instancia deben ser confirmadas porque los accionados resultan sustancialmente vencidos y las de segunda instancia deben ser fijados en un ochenta por ciento a los demandados y en un veinte por ciento a los actores (arts. 68 y 71 C.P.C.).

Con la modificación propuesta, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA, el señor Juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que han quedado votadas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechaza las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas, con costas en ambas instancias a los demandados vencidos.

2°.- Confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, con la salvedad de que se revoca la fijación de la suma indemnizatoria de \$ 50.000 por "daño moral".

3°.- Imponer las costas de primera instancia a los accionados vencidos y las de segunda instancia en un ochenta por ciento a estos últimos y en un veinte por ciento a los actores.

ASI LO VOTO.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser modificada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto rechaza las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuestas, con costas en ambas instancias a los demandados vencidos.

2°.- **CONFIRMAR** la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, con la salvedad de que se revoca la fijación de la suma indemnizatoria de \$ 50.000 por "daño moral".

3°.- **IMPONER** las costas de primera instancia a los accionados vencidos y las de segunda instancia en un ochenta por ciento a estos últimos y en un veinte por ciento a los actores. . **NOT. Y DEV.-**