

MEDIANERIA

I- Objetivos

Uno de los objetivos del presente trabajo es el de realizar un ordenamiento de los conceptos básicos de índole jurídico y una actualización de la jurisprudencia respecto del tema.

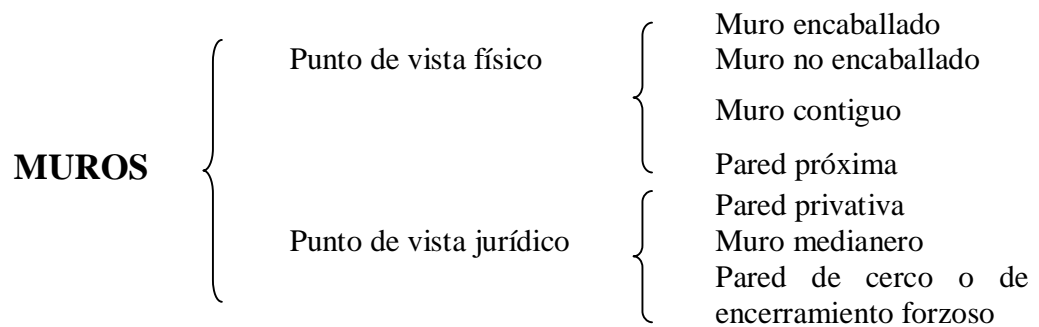
El otro objetivo es el de realizar un paneo sobre bibliografía actualizada existente.

II- Orígen de la Medianería

En la antigua Roma no existía una doctrina orgánica sobre medianería por motivos de orden religioso. Las heredades debían tener un espacio libre entre ellas – AMBITUS-que según parece era de dos pies y medio, de manera que los edificios quedaban totalmente aislados unos de otros, formando verdaderas islas- insulae-, por supuesto que estas costumbres tenían un sentido meramente religioso y trasponerlas era considerado un sacrilegio. Con la Edad Media y el desarrollo de la vida urbana, se fue necesitando más espacio y así nacieron las casas en altura y las calles se hicieron mas angostas. Nació entonces la costumbre de construir los edificios adosados utilizando un muro en común, lo cual era conveniente para ambos vecinos. La institución del muro medianero, ofrece en efecto, ventajas de índole económicas, funcionales y hasta estéticas. Si dos edificios se hayan adosados es lógico que utilicen un muro en común – veremos mas adelante la clasificación de estos muros- y no que cada uno de ellos construya su muro propio, ya que quedarían yuxtapuestos uno al otro. Esto impositaría un gasto innecesario y un comportamiento antiestético.

III- Clasificación de los muros

Vamos a clasificar los muros desde dos puntos de vista, uno físico y el otro jurídico.

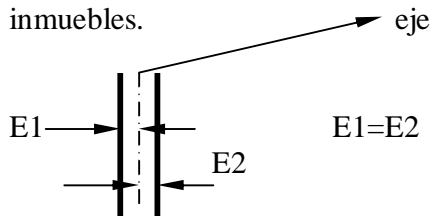


III-1.- Punto de vista físico

a- Muro encaballado

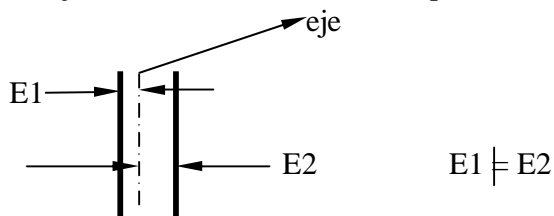
Su eje coincide con la línea separativa de las dos heredades, por lo que el muro vendría a quedar asentado parte en terreno de uno de los vecinos y parte en terreno del otro.

Se los denomina muros encaballados porque van a caballo de la línea limitativa de los dos inmuebles.



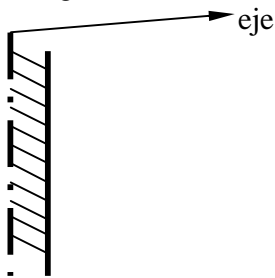
b- Muro no encaballado

Su eje no coincide con la línea separativa de las dos heredades



c- Muro contiguo

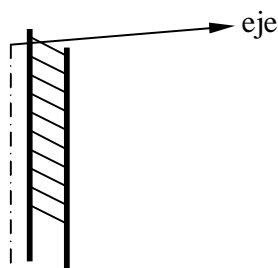
Uno de sus extremos toca dicho límite separativo entre los dos fondos, pero la pared se asienta íntegramente en terreno de uno de los vecinos.



d- Pared próxima

Edificada íntegramente en terreno de uno de los vecinos pero separada de la línea separativa de las heredades.

En principio este caso no nos concierne, siempre y cuando el espacio que existe entre el límite y la pared no sea lo suficientemente pequeño como para considerarlo despreciable; entonces estaríamos en el caso de pared contigua.



III- 2.- Punto de vista jurídico

a- Pared o Muro privativo

Es la que pertenece en propiedad exclusiva al vecino que la ha construido.

El 'muro contiguo' sería el ejemplo típico de muro privativo. Aunque no necesariamente deba ser siempre así, ya que el 'muro encaballado' también puede ser privativo.

Si el muro ha sido construido a costa de uno solo de los linderos, pero tomando del otro la franja de tierra que la ley le acuerda, para poder asentarlos a caballo sobre el límite, el muro será 'privativo encaballado'.

b- Muro medianero, común o en condominio

El art. 2717 del CC

'Un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de las dos heredades.'

Esta definición es incompleta ya que es fundamental agregar que el suelo donde está asentado el muro debe ser común a ambos vecinos, y que lo hayan construido de mutuo acuerdo o que uno de ellos se haya adelantado y el otro adquiriera la medianería con posterioridad, sea comprándola, por prescripción o por compensación; temas que trataremos más adelante.

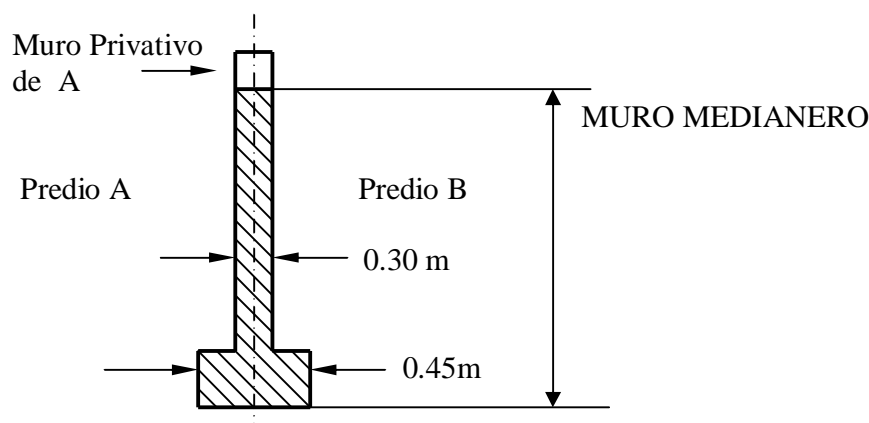
Teniendo en cuenta estos conceptos podríamos definir:

MURO MEDIANERO O MEDIANERÍA PROPIAMENTE DICHA: es el derecho real de condominio especial con indivisión forzosa-Art. 2673 y 2716 – que recae sobre un muro o pared de cerco, u otra cosa o elemento que sirve de separación, ubicado en la línea divisoria de dos predios contiguos y pertenecientes a distintos propietarios.

Art. 2673 CC: El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble.

Art. 2716 CC

: El condominio de las paredes, muros, fosos y cercos que sirvan de separación entre dos heredades contiguas, es de indivisión forzosa.



O como dice Pothiers: un muro es medianero y común cuando los vecinos lo han hecho construir a comunidad de gastos sobre los extremos de sus heredades respectivas; o cuando uno de ellos lo ha hecho construir a su costa sobre el límite de su heredad y el otro vecino adquiere de él la comunidad.

Veremos mas adelante como se adquiere esa comunidad o medianería.

c- Pared de cerco o de encerramiento forzoso o pared divisoria.

Se utilizan para separar heredades entre si o patios internos pertenecientes a diferentes unidades o se colocan al frente de los predios que dan a la via publica.

Tal facultad de encerramiento que tiene cada propietario en su fundo se torna obligatorio si asi fuera exigido por razones de vecindad. (Art. 2725 y 2726 del C.C.)

Citamos textualmente los art. 2725 y 2726 del C.C.

Art . 2725 CC: El que en los pueblos o en sus arrabales edifica primero en un lugar aun no cerrado entre paredes, puede asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno del vecino, con tal que la pared sea de piedra o de ladrillo hasta la altura de 3 metros y su espesor entero no exceda de 18 pulgadas (45 cm aprox.).

Art. 2726 CC: Todo propietario de una heredad puede obligar a sus vecinos a la construcción y conservación de paredes de 3 m de altura y 18 pulgadas de espesor para cerramiento y division de sus heredades contiguas, que esten situadas en el recinto de un pueblo o en los arrabales.

El requerido sin embargo puede liberarse haciendo uso de la facultad concedida por el art. 2727 (ver mas adelante), que le permite ceder la mitad del terreno sobre el cual la pared debe asentarse y renunciando por ende a la medianería.

Nos quedaría analizar que este muro, conforme a lo que acabamos de ver, puede ser edificado:

- a) Por uno solo de los vecinos “ encaballándolo en la línea separativa de las dos heredades. Art. 2725. En este caso para liberarse de los gastos de construcción el vecino no requerido previamente hace uso del art. 2727, que dice:
- “ El vecino requerido para contribuir a la construcción de una pared divisoria, o a su conservación en el caso del art. anterior (2726), puede liberarse de esa obligación, cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse, y renunciando a la medianería”.*
- b) Por uno solo de los vecinos, a su costa y en su terreno, es decir que aquí se trataría de una pared contigua. Art. 2728 y 2736 del C.C. que citamos textualmente a continuación del punto c.
- c) Quien se dispone a construirlo requiere al vecino para que contribuya con la mitad del terreno sobre el cual se asentará la pared. Este está obligado a realizar tal contribución, de la que únicamente puede liberarse cediendo la mitad del terreno y renunciando a la medianería (art. 2726 y 2727 del C.C.).

Art.2728 CC: “ El que hubiere construido en un lugar donde el cerramiento es forzoso, en su terreno y a su costa, un muro o pared de encerramiento, no puede reclamar de su vecino el reembolso de la mitad de su valor y del terreno en que se hubiere asentado, sino en el caso que el vecino quiera servirse de la pared divisoria”.

Art.2736 CC: “ Todo propietario cuya finca linda inmediatamente con una pared o muro no medianero, tiene la facultad de adquirir la medianería en toda la extensión de la pared, o solo en la parte que alcance a tener la finca de su propiedad hasta la altura de las paredes divisorias, reembolsando la mitad del valor de la pared, como este construída, o de la porción de que adquiriera medianería, como tambien la mitad del valor del suelo sobre el que se ha asentado; pero podra limitar la adquisición a solo una porción del espesor de la pared. Si solo quisiere adquirir la porción de la altura que deben tener las paredes divisorias, está obligado a pagar el valor de la pared desde sus cimientos. El valor computable de la medianería sera el de la fecha de la demanda o constitución en mora". (Parrafo agregado por la ley 17711).

IV- Adquisición de la medianería

IV - 1.- Facultad de adquirirla

Nos basamos fundamentalmente en el art. 2736 y hacemos algunas aclaraciones respectivas.

Modos	{	Compra Compensación Prescripción
--------------	---	--

IV -1.1.- Adquisición por compra

La adquisición de la medianería es una facultad que la ley le acuerda al lindero y a la que la otra parte no puede negarse, debe sufrirla.

Pueden darse dos casos: que se tratara de la pared separativa encaballada o no encaballada en la línea divisoria o que fuera una pared contigua. En ambos casos el lindero tiene derecho a adquirirla. La diferencia radica que en el primer caso deberá pagar solo la mampostería y en el segundo caso deberá pagar la mitad del valor del suelo sobre el que se asienta la pared. Estamos en el caso de Adquisición por compra.

IV - 1.2.- Adquisición por compensación

Adquiere la medianería sin ejercitar acción alguna, por compensación admitida en la ley, el vecino pasivo, cuando el otro reconstruye un muro, y la adquiere en todo su espesor, hasta la altura del antiguo, así sea que la pared reconstruída tenga un espesor mayor que la antigua pared. (Art. 2734 del C.C.).

IV - 1.3.- Adquisición por prescripción

Este tema se desarrollará en particular más adelante por su importancia relevante.

Nota:

Citamos jurisprudencia obtenida de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNR

Fallo 1

Ej. Doc. N. 74432

Dice: MEDIANERIA

04) Adquisición

a) Generalidades

El art. 2736 del C.C. autoriza a adquirir la medianería reembolsando la mitad del valor de la porción al que adquiriera medianería; ello es así, ya que sería contrario a la razón y a la equidad obligarlo a pagar toda la muy onerosa pared medianera, aun en la parte que ninguna utilidad le presta.

(C. Nac., sala D, 10/3/86 – Arias de Alvarez, Elsa v. Propietario inmueble 20 de febrero 5810). JA 1986-IV- 499.

Fallo 2

Doc. N 74433

MEDIANERIA

05) Generalidades

b) Utilización de la pared

El apoyo de una construcción en el muro encaballado entre dos inmuebles, hace nacer la obligación emergente de la adquisición de medianería (arts. 2728 y 2736 del C.C.), aunque aquella careciese de autorización municipal; por supuesto, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse por esa circunstancia.

(C. Nac. Civ., sala D, 10/3/86 – Arias de Alvarez, Elsa v. Propietario inmueble 20 de febrero 5810). JA 1986 –IV- 499.

IV- 2.- Derechos y obligaciones en la adquisición de la medianería

En el C.C. han sido dadas las reglas que rigen el condominio de los muros divisorios o medianeros, y las acciones para lograr constituirlo.

Constituído el condominio, los condóminos de la pared o muro medianero, están obligados a concurrir a los gastos de reparación y reconstrucción (art. 2722 del C.C.).

El único modo de liberarse a concurrir al pago de la construcción o conservación de una pared divisoria (art.2727), o a los gastos de conservación y reconstrucción de un muro medianero (art. 2723) es renunciando a la medianería. (veremos más adelante).

NOTA: En este último caso solo podrá liberarse si su edificio no carga en al pared y siempre que la r reparación o reconstrucción no se hayan hecho necesarias por un hecho suyo.

La obligación de satisfacer la medianería corresponde al propietario actual, aún cuando tenga origen en hechos y actos realizados por el propietario anterior.

Aquí nos detenemos para explicar lo que jurídicamente se llama OBLIGACIONES PROPTER-REM, cuya traducción sería literalmente “sigue a la cosa”.

Esto significa que la deuda se trasmite de propietario en propietario. Es decir que si un propietario transfiere el inmueble el nuevo adquirente o poseedor debe hacerse cargo de la obligación.

Citamos textualmente el Doc. N 70607. C. Nac. Esp. Civ. Y Com., sala 5 30/6.87 titulado **Obligaciones Propter Rem.**

Si se trata de una obligación Propter Rem, y la medianería lo es, cuyas características especiales son la relación de la deuda con la cosa, la determinación del deudor obligado a la prestación , precisamente por el carácter de poseedor de la cosa, y la facultad de liberarse de tal obligación por el abandono de la misma, es indistinto que persona efectuó la intimación. Si invocó el carácter de propietario de la cosa y luego transfirió el inmueble, la obligación continúa vigente hasta que se salde.

Documento 56657 :

MEDIANERIA

04) Adquisición

a) Generalidades

La obligación que surge de la medianería es un caso típico de obligación “propter rem”, tanto en su aspecto activo como pasivo. Es decir, que el crédito resultante de la medianería se transmite a los sucesivos adquirentes, por lo que el obligado al pago es el actual propietario del inmueble lindero.

Documento 89377:

MEDIANERIA

04) Adquisición

h) Otras hipótesis

Si bien en principio, el derecho de reclamar la medianería es inherente a la condición de propietario, nada obsta a que el transmitente del dominio retenga el crédito, no solo preexistente a la enajenación, sino también independiente del condominio de la pared; es éste uno de los casos en que la acción perdura en cabeza del vendedor y no pasa al sucesor singular. Puede verse en ello una cesión del derecho que corresponde al dueño, sin que constituya obstáculo para la translación, o la retención, la naturaleza de la obligación (“propter rem”), ni el carácter personal de la acción, que deriva de una relación puramente obligacional. En principio, entonces, la titularidad activa coincide en la persona del propietario o poseedor, salvo que se verifique un supuesto que, como la cesión, escinda las calidades de propietario y acreedor.

(C. Nac. Civ., Sala G, 7/5/81 – Edy Lon S.A. v Schatz, Marcos O.) JA 1982-IV-85

Documento 5673:

CONDominio

10) MEDIANERIA

e) Crédito de medianería

03) Legitimación

Del art.2828 del C.C., en armonía con lo dispuesto por sus art.s 2722, 2723 y 2724, surge que la deuda por medianería constituye una obligación ambulatoria o “propter rem”, pues el vínculo no se establece entre personas determinadas, sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoría respecto de alguna cosa, tanto en el aspecto activo como pasivo. Al ser así, la primitiva obligación de pagar el correspondiente valor, que pesa sobre la Empresa constructora, una vez enajenado el inmueble, debe ser soportada por los titulares del derecho real.

(C. Nac. Civ., Sala H, 13/8/97 – Consorcio Emilio Mitre 1252/58/66 v Construcciones Arqgrama SRL y otros) JA 1998-IV-561 # 983822).

Hecha esta aclaración continuamos con los derechos y obligaciones para la adquisición de medianería.

Basta el hecho de que el muro sea de cerramiento y construido según el eje de las fincas y encaballado sobre él, para que el vecino, que lo ha construido a su costa, tenga derecho a reclamar el pago de medianería desde el momento mismo en que lo construyó.

No adquiere la medianería, el vecino lindero que apoya en el muro separativo no medianero, por el mero hecho de apoyar. Realizado el apoyo y desde ese momento, nace para él la facultad de adquirirlo, y para el otro vecino (constructor del muro) el derecho a reclamar el pago de medianería.

Cuando el muro divisorio ha sido utilizado para carga, por el vecino que lo construyó, nace para éste el derecho a reclamar el pago de la medianería al otro vecino, a partir del momento que lo utiliza con el mismo fin. El cómputo deberá hacerse en lo que el muro exceda, en altura del destinado a cerramiento forzoso.

También podrá reclamar reembolso por medianería de la parte destinada a cerramiento forzoso, si no lo hubiera percibido con anterioridad, siempre que no se hubiera operado prescripción liberatoria (veremos más adelante), por transcurso de diez años desde la fecha de su construcción.

El hecho de apoyar en muro divisorio o separativo, de propiedad del vecino lindero, hace nacer para éste el derecho a reclamar el pago de la medianería, sin que ese derecho desaparezca por el posterior retiro de las construcciones.

El simple arrime o adosamiento, así sea de instalaciones de servicio, hace nacer para quién la realiza la obligación de contribuir al pago de la medianería en la cual arrimó o adosó; lo mismo ocurre si se excava, fragmentariamente dentro del muro, para colocar columnas de sustentación.

Citamos ejemplos de cobro de medianería, los cuales siempre pueden ser analizados con mayor profundidad si nos remitimos a los tomos donde se encuentran asentados en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Aquí presentamos solamente los fallos.

Documento 285104:
MEDIANERIA
Derechos y Obligaciones

Tanto el crédito como la deuda por medianería se transmiten con la cosa a sus sucesivos adquirentes.

(C. Civ. Y Com. Mar del Plata, Sala 1ra, 28/5/87- Castro v J. De Mendía y Cia. s/ Cobro de medianería) BA B1350863 MAG. VOTANTES: Libonati – De Carli – Spinelli
(C. Civ. Y Com. Mar del Plata, sala 1ra., 23/6/88 – Castro v. J. De Mendia y Cia. s/ Cobro de madianería). BA B1350863. MAG. VOTANTES: Libonati – De Carli- Spinelli

Documento 286277

MEDIANERIA

Competencia

El art.5 inciso 1 del C.P.C. determina expresamente que cuando se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles, será Juez competente el del lugar donde esté situada la cosa litigiosa; y en su última parte establece que la misma regla debe regir respecto de la medianería, por lo que cabe interpretar que la misma comprende, no solo el derecho real de condominio sobre los muros o los cercos o los fosos que se encuentran en los límites divisorios existentes entre inmuebles vecinos y lindantes, sino también los derechos y obligaciones que del mismo emergen, tales como la obligación de contribuir a los gastos de conservación, reparación o reconstrucción de la pared o muro medianero, o de la construcción y conservación de paredes para cerramientos y división de sus heredades contiguas o las de su pago.

(C. Civ. Y Com. Mar del Plata, Sala 2da, 28/2/91 – Iarroca de Anile, Irma Lydia v. Portela, Andrea s/Cobro de Medianería BA B1400153 MAG. VOTANTES: Martino – de la Colina)

Documento 357563

MEDIANERIA

Cobro

El titular registral del inmueble, desprendido de la posesión, no está legitimado pasivamente en la acción de cobro de la medianería ni de los daños y perjuicios ocasionados por su sucesor en la posesión, y por los que éste debe responder personalmente (art. 1109, C.C.)

(C.C. Neuquen, sala 2da, 14/11/95- MIGUEL H. OMAR v. FORMIGO CARLOS A. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS). NQ Q0001700
MAG. VOTANTES: GIGENA BASONDRIO- GARCIA

Documento Nro 357564

MEDIANERIA

Cobro

La obligación de pagar la medianería es una carga inherente a la posesión. Esta obligación compete al poseedor de un inmueble lindero, pero no al simple tenedor. De allí la calidad de propter rem que se le asigna, siendo el efecto natural de su naturaleza como “obligación inherente a la posesión” el de gravar indeterminadamente al poseedor (art. 2416 C.C.)

(C.C. Neuquen, sala 2da., 14/11/95 – MIGUEL H. OMAR v. FORMIGO CARLOS A. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS) NQ Q0001701
MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO – GARCIA

V- Prescripción

El art. 3947 del C.C.: “ Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo”.

Vamos a analizar la Prescripción liberatoria y adquisitiva en nuestro caso particular que es la Medianería.

V-1.- Prescripción liberatoria

Art. 4017 del C.C.: “ El silencio o inacción del acreedor, durante el tiempo designado por la ley, deja al deudor libre de toda obligación”; esta es la regla general que rige la prescripción Liberatoria.

Art. 4022 del C.C.: “ La prescripción operada con relación a la obligación establecida en el art. 2726, puede ser invocada para eximirse de abonar la medianería en el supuesto del art. 2736, hasta la altura del muro de cerramiento forzoso”. { Texto ordenado por la Ley 17711}.

El tiempo designado para que la prescripción liberatoria se opere, en la obligación de pagar la medianería, es la que corresponde al carácter personal del crédito.

El art. 4023 del C.C., designa dicho tiempo y lo expresa así: “ Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por 10 años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, sea absoluta o relativa, si no estuviere previsto un plazo menor”.

El tiempo se cuenta a partir del nacimiento de la obligación, que es el correlativo derecho para requerirla. Para que la prescripción liberatoria se opere, vale decir exima al que está obligado a pagar la medianería sobre un muro que sirve de cerramiento, es necesario que transcurra el tiempo de diez años a partir de la fecha de su construcción.

El muro es de cerramiento (art. 2726) si divide, encaballado por mitades sobre el límite, inmuebles urbanos de distintos propietarios, y lo es hasta la altura de 3 m, o hasta la designada por la municipalidad del lugar si lo hubiese determinado, haya sido utilizado o no como apoyo.

Para que la prescripción liberatoria se opere, en la mayor altura del muro divisorio, encaballado en el límite, y en la que exceda a la fijada para cerramiento, es preciso que hayan transcurrido diez años, desde su utilización por el deudor de la obligación.

Conclusión (según Borda):

Si uno de los vecinos ha construido una pared medianera que exceda los tres metros y ha dejado transcurrir el tiempo de la prescripción sin cobrar la medianería correspondiente a esa pared de cerco, esa prescripción es definitiva y el crédito no renace por la circunstancia de que el vecino apoye su edificación en toda la altura de la pared.

Aclaremos que este jurista se está refiriendo a la pared de cerco encaballada y privativa del que la levantó a su costa . Ya que únicamente a partir del instante en que haya terminado su construcción, se genera para el vecino, la obligación de contribuir a su reembolso; corriendo desde ese momento la prescripción decenal.

En cambio si la cerca fuere “contigua-privativa” (art. 2728) o si se tratase de un muro “sobreelevado-privativo” (contiguo o encaballado), para que se opere la prescripción deberá mediar utilización específica, y solo a partir de entonces, comenzará a computarse el plazo de 10 años.

Citamos los siguientes ejemplos :

Documento Nro. 217854
PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA
Medianería

Si el demandado por cobro de medianería reconoce que el término de la prescripción que opuso debe computarse desde el hecho real de la construcción de la medianería, está a su cargo demostrarlo en forma precisa, correspondiendo hacer lugar a la demanda si el actor demuestra que la completa terminación de la medianería no es anterior en 10 años a la promoción de la acción y que por tanto no estaba prescripto su derecho a reclamar su cobro.

Documento Nro. 306131
MEDIANERÍA
Prescripción

La acción de cobro de medianería nace para el edificador desde que el muro ha sido construido, aún cuando su vecino no lo utilice, porque desde el instante mismo en que la pared es encaballada en el límite de las propiedades, hay “Actio nata” para el abono del crédito a favor del que realizó la obra, determinando el nacimiento del plazo de la prescripción.

(C.2da.Civ. y Com. La Plata, sala 3ra., 4/6/91-Fernandez, Vicente Mario v. Martinez, Eugenio s/ Cobro de medianería).
BA B351073. Mag. Votantes: Pera Ocampo-Pereyra Munoz.

V- 2.- Prescripción Adquisitiva

La usucapión, usucapio o prescripción adquisitiva se haya conceptuada en el art. 3948 del C.C. que dice: “La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”.

La usucapión tanto veinteñal (art. 4015), como decenal (art.3999) constituye un modo de adquirir el dominio, siendo su objeto en este caso el muro divisorio.

Art. 3999: El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años.

Art. 4015: Prescribese tambien la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad del título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.

En conclusión para que opere la prescripción breve se necesita: justo título y buena fe.

Para que opere la prescripción larga, basta sólo con la posesión – “possessio”- y el transcurso de 20 años, aunque exista mala fe en su origen.

Como es sabido para las dos formas de usucapir es necesario acreditar “animus domini” y una posesión pacífica, pública, continua e ininterrumpida del muro o pared.

La usucapición funcionará, se trate de un muro de elevación o de una pared de cerco, ya esté contigua o encaballada siempre y cuando estemos en presencia de una utilización específica del usucapiente.

El punto de partida será el hecho de servirse o de cargar construcciones, o colocar cañerías o de empotrar otros objetos, etc. sobre el muro o pared divisoria de manera tal que se vea concretamente el animus de poseer.

Sin embargo a pesar de todas las explicaciones, claras y admisibles hay autores que no admiten la prescripción adquisitiva medianil en ningún caso y la toman como una alternativa de la prescripción liberatoria.

Nosotros insistimos en considerar a la usucapición como un modo más de adquirir la medianería. Ver ejemplos en el libro “Temas de derechos Reales de Manuel Adrogué”

Para esclarecer conceptos ordenaremos los posibles casos que pueden ocurrir en función de las consecuencias.

1ro) – Ambos propietarios construyen simultáneamente y a su costa la pared encaballada, sea como cerco o como muro de carga y apoyo de ambas construcciones.

En esta circunstancia habrá medianería por definición del Código y nadie puede exigir nada.

2do) – El muro, sea meramente divisorio o de carga, encaballado en la línea de separación de los predios, lo construye el vecino de un lado, no habiendo nada del otro.

Por diez años el vecino que construye puede exigirle al que no contribuyó a la construcción el pago de la mitad del valor del muro de cerramiento forzoso, incluyendo cimientos y hasta la altura de 2m. en la ciudad de Rosario (Santa Fe) o 3m donde no existiesen disposiciones municipales específicas. El segundo tiene dos opciones, pagar o renunciar a la medianería cediendo su parte del terreno donde está asentado el muro, reteniendo el derecho a adquirir la medianería en cualquier momento, pero en ese caso deberá pagar la franja de terreno que anteriormente cedió además de la mitad del valor del muro. Transcurridos 10 años la acción de cobro de pesos prescribe y la obligación de pago no es exigible, o sea que pasa a ser una obligación natural en vez de civil.

Si el muro en lugar de construirse encaballado, se hubiera construido como muro contiguo tendríamos una situación similar a la producida en el caso de la renuncia o abandono de la medianería.

Una vez liquidada o prescrita la medianería por el muro de cerco, la parte excedente en altura quedaría como privativa de quien la construyó.

3ro.) – Uno de los linderos construye primero y el segundo apoya su construcción en la pared divisoria a la que no contribuyó o, mejor dicho, hace uso de la misma.

3 a)- No transcurrieron diez años desde la construcción del muro. El primero en construir puede exigir el pago de la mitad desde los cimientos hasta la parte superior del perfil de apoyo, y donde éste no lo hubiera o fuera menor de la altura correspondiente, la parte correspondiente al cerramiento forzoso. De este último puede liberarse del pago por renuncia o abandono, no así donde hubiera uso efectivo de la pared.

3 b)- Transcurrieron diez años o más desde la primera construcción y menos de diez años de la segunda. El primero tiene derecho a exigir el pago desde la altura del cerco, hasta la parte superior del perfil de apoyo. El cobro del muro de cerramiento prescribió.

3 c)- Transcurrieron más de diez años de la segunda construcción. Prescribió la acción tanto para el cerco como para el apoyo. No se puede exigir pago alguno.

En las alternativas planteadas para el caso 3, siempre la parte excedente del perfil de apoyo es de propiedad exclusiva del que la construyó.

4to.)- Reconstrucción, elevación y/o refuerzo del muro por uno de los linderos para elevar su casa. Salvo que se pueda probar la ruina o estado ruinoso del existente no es exigible el cobro, hasta no haber un nuevo uso por el otro lindero.

5to.)- Como consecuencia del devenir de los años pueden plantearse situaciones mixtas, donde ambas partes sean acreedores y deudores, hubiere prescripciones por una o ambas, etc., es obvio que sectorizando de acuerdo a las épocas y personas que construyeron estaríamos siempre en algunos de los casos anteriores.

Este resumen fue extraído del apunte de medianería del Ing. Saccone (Cátedra de Construcciones de la Facultad de Arquitectura de la UNR).

VI) Valor de la Medianería

De todo lo expuesto anteriormente surge que la medianería plantea dos problemas, uno jurídico y el otro técnico.

El problema jurídico solo existe en la medida que alguien pretenda desconocer el derecho existente y se reduce realmente a dos problemas concretos, uno de prueba y otro de tasación o valuación del muro en cuestión, que es en última instancia la labor que ha de desarrollar el técnico.

Los criterios adoptados para fijar el valor de la medianería han sido diversos. Durante mucho tiempo prevaleció el concepto de que ese valor debía fijarse a la fecha de utilización del muro. Sin embargo hubo tribunales que sostuvieron, como valor de la medianería, la que ésta tenía al tiempo de su construcción.

Los distintos fallos están muy bien explicados por César Torriglia en el “Manual de Medianería”. Como así también la reforma del art. 2736 del C.C. por la ley 17711; que en su último párrafo dice: “El valor computable de la medianería será el de la fecha de la demanda o constitución en mora”.

Nosotros buscando distintos fallos en la biblioteca de la facultad de Derecho de la UNR encontramos dos ejemplos.

Documento 85594
Medianería

04) Adquisición
e) Valuación

El valor computable de la medianería es el de la fecha en que la demandada fue constituida en mora

(C. Nac. Esp. Civ. Y Com., sala 6, 7/10/81- Jakim, Pedro y otra v. Tromba, Ana M.) JA 1983-1-287

Documento Nro. 85596
Medianería

04) Adquisición e) Valuación

Para fijar el valor del muro medianero también es procedente el agregado de gastos generales entre los que se encuentra comprendido lo pagado al profesional que confeccionó los planos de la medianería que son necesarios.

(C.Nac. Esp. Civ. Y Com., sala 6, 13/8/82- Consorcio General Urquiza 2241 v. Flower S.A.) JA 1983-I, síntesis.

Intervención de los profesionales

Como primera medida el Agrimensor debe replantear los respectivos Títulos con el objeto de verificar la ubicación del Límite Jurídico, luego se deben investigar los antecedentes históricos del muro, obtener o verificar copias de planos y permisos de edificación, certificados finales de obras, etc. y una vez trasladados al lugar, efectuar un relevamiento que le permita definir dimensiones y perfiles de apoyo.

Todo esto en realidad no es otra cosa que determinar el objeto del trabajo.

Con todos los elementos se deberá realizar un plano y liquidación de medianería.

En el plano se establecerá claramente que ha construido cada uno de los vecinos y en qué fecha o fechas; como quedará el dominio de las diferentes partes del muro como consecuencia del acto, es decir que sectores pertenecerán exclusivamente a cada uno; sobre que zona habrá condominio por adquisición de uno de ellos, en cual otra existirá condominio anterior, y si existieran áreas prescriptas. Debe tenerse especialmente en cuenta que es posible que ambos linderos revistan simultáneamente las condiciones de deudor y acreedor por diferentes zonas de la pared y deberá también diferenciarlas.

A continuación deberá tasar, o sea fijar el valor de la parte de la pared en cuestión; debiendo definirse mediante alguno de los métodos y fórmulas adecuadas, el coeficiente de depreciación (ver Medianería: Ing. Saccone. Serie Construcciones, Facultad de Arquitectura).

En conclusión tenemos:

Valor actual = Valor a nuevo – depreciación
y Depreciación = Coeficiente de depreciación x Valor a nuevo

La obligación de pago correspondiente será del 50% del valor actualizado.

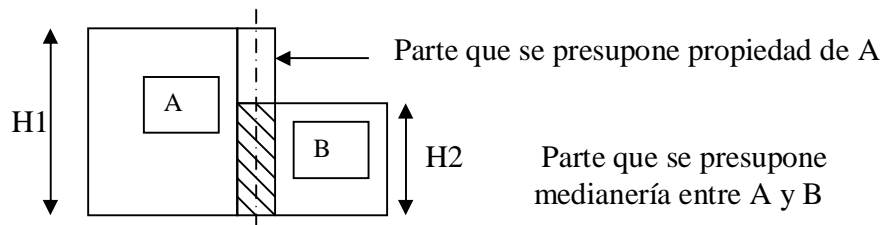
No es intención de este apunte enseñar a hacer un cálculo de depreciación y mucho menos calcular el valor de una nueva medianera, dejándolo en mano de los especialistas. Lo que sí queremos es aplicar a cada tema la jurisprudencia más reciente, recabada, como ya dijimos en varias oportunidades, de la Facultad de Derecho, para así despertar en el alumno un interés a la búsqueda de los diferentes casos planteados en este tema tan importante.

VI I– Prueba y Presunciones

El Art. 2717 dice: “un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas, que lo han hecho construir a su costa en el límite separativo de las dos heredades”.

Analicemos a continuación los Arts. 2718 y 2719:

El Art. 2718 dice: “Toda pared o muro que sirve de separación de dos edificios se presume medianero en toda su altura hasta el término del edificio menos elevado. La parte que pasa la extremidad de esta última construcción, se reputa que existe exclusiva “al dueño del edificio más elevado, salvo la prueba en contrario, por instrumentos públicos, privados o por signos materiales que demuestren la medianería de toda la pared, o de que aquella no existe ni en la parte más baja del edificio”.



En conclusión:

Cuando una pared divide dos edificios se presume que es medianera; ello implica que quien afirme lo contrario, debe probarlo; esta es una presunción legal que admite prueba en contra. Pero esa presunción lo es hasta el límite del edificio menos elevado, la otra parte se presume propiedad exclusiva del titular del edificio más elevado.

Pero para establecer esa presunción es necesario referirse a la época de la construcción de la pared. Puede suceder que el señor A del croquis construye su pared y luego, el otro vecino B, se apoya sobre esa pared. Esto no es suficiente para considerar la pared como medianera. Si el señor A prueba que él construyó la pared cuando del otro lado no existía ninguna edificación, no se dan las condiciones previstas por la Ley para que pueda surgir la presunción de medianería. Es decir, A debe probar que B no existía al momento de la construcción, así de esa manera B no está incluido en el precepto de la Ley que lo considera medianero; y si B sostiene que lo es, deberá probarlo. Como bien lo dice el Art. 2718: “. . . instrumentos públicos o privados, signos materiales, etc. . . .” Teniendo siempre en cuenta lo que dice el Art. 2720: “Los instrumentos públicos o privados que se invoquen para combatir la medianería deben ser actos comunes a las dos partes o a sus autores. Por ejemplo si B presenta como prueba un recibo otorgado por su antecesor en el fundo, no es suficiente, ya que éste no sería un acto común a ambos colindantes. Si serviría un recibo otorgado por A.

Si en escritura pública, el enajenante (en la transferencia de dominio a uno de los vecinos), mediante declaración, afirma que las paredes divisorias son medianeras, dicha declaración no constituye, por unilateral, plena prueba de la adquisición de la medianería. Así lo resuelto por la Cámara Nacional Civil, Sala C, de la Capital Federal en fallo del 09/08/65. Aún cuando el Art. 2721 del C.C. afirma la prevalencia del título que establece la medianería (lo citamos más adelante), contra los signos materiales de no haberla, es evidente que se trata de un título otorgado por los dos condóminos o por los antecesores de ambos.

El Art. 2721 dice: “en el conflicto de un título que establezca la medianería y los signos de no haberla, el título es superior a los signos” .

Además nuestra Ley no determina cuales podrán ser estos signos, de donde esto es un aspecto que queda librado al arbitrio del juez.

Para fustigar la presunción legal nada más importante que tener en cuenta el estado de los lugares y edificios, al tiempo en que el muro se construyó. A tales efectos cobran importancia los planos y la documentación que los integran, permisos, pagos de derechos, certificados finales de obra, etc. Si estos planos, como se supone, fueron presentados en la Municipalidad, además de la firma del propietario que solicitó el permiso, tienen la fecha cierta de su ingreso a dicha Municipalidad.

Pero debemos aclarar que esta presunción es válida solamente en tanto y cuanto los muros dividan edificios, pero no así cuando de un lado hay un edificio y del otro un patio o jardín; el Art. 2719 dice: “La medianería de las paredes o muros no se presume sino cuando dividen edificios, y no patios, jardines, quintas, etc., aunque estos se encuentren cerrados por todos sus lados”.

Pero analizando este art. comprobamos que no tiene en cuenta el caso particular de separación entre un edificio y un patio.

Esto fue analizado por varios juristas dándole diversa interpretaciones a los dos artículos; resumiendo podríamos llegar a la conclusión que el Art. 2719 debe entenderse como que la medianería no se presume sólo cuando el muro separa edificios por un lado y por el otro patios o jardines, pero no cuando divide dos patios o jardines. Aunque “debe presumirse la medianería de la pared que divide patios, si el resto de la misma separa edificios”.

Ejemplo: si quedan signos de tirantes empotrados o cañerías cuando se demuele la pared del lado B, esos signos sirven para demostrar que la pared, no obstante que no divide edificios, es medianera. En este caso la pared no divide edificios y sin embargo, a pesar de la presunción de la Ley de que no es medianera, los signos existentes permiten demostrar la medianería.

A continuación citamos algunos fallos:

Documento nro. 85588

MEDIANERIA

Prueba

Generalidades

Quién reclame por cuestiones relativas a la utilización de muros medianeros, debe acreditar que es el propietario, titular de algún derecho o poseedor del inmueble afectado; que la pared en discusión es medianera y/o que es el propietario de la medianería.

(C.Civ. y Com.Lab. y Minas, La Rioja, 4º, 18/03/82-Bazán, Luis A. V. Vargas, Leopoldo, D.) JA 1983-II-475

Documento nro. 85589

MEDIANERIA

Prueba

Generalidades

La presunción de medianería que establece el Art. 2718 del C.C. no rige cuando el muro separa un edificio de un espacio abierto (art. 2719), sin que ello implique la presunción de que el muro no es medianero, por lo que para la acreditación del carácter que reviste la pared deberá regirse por los principios generales de la carga de la prueba.

(C.Civ. y Com.Lab. y Minas, La Rioja, 4º, 18/03/82-Bazán, Luis A. V. Vargas, Leopoldo, D.) JA 1983-II-475

Documento nro. 85590

MEDIANERIA

Prueba

Generalidades

La presunción de medianería no funciona si en los planos presentados por uno de los vecinos a la Municipalidad figura como existente un muro y en cambio no aparece dicha pared en los planos presentados por su contendor.

(C.Civ. y Com.Lab. y Minas, La Riioja, 4º, 18/03/82-Bazán, Luis A. V. Vargas, Leopoldo, D.) JA 1983-II-475

Documento nro. 85591

MEDIANERIA

Prueba

Generalidades

A los efectos de probar la propiedad de la medianería es fundamental acreditar quien edificó primero en su lote, entendiéndose de quién lo hiciera, también hizo lo propio con la pared de cerco.

(C.Civ. y Com.Lab. y Minas, La Rioja, 4º, 18/03/82-Bazán, Luis A. V. Vargas, Leopoldo, D.) JA 1983-II-475

VIII – Derechos y Carga de la medianería

A) Análisis del Art. 2740 - Igualdad – Facultad de los condóminos

El Art. 2710 dice: “La adquisición de la medianería tiene el efecto de poner a los vecinos en un pie de perfecta igualdad y da al que la adquiere la facultad de pedir la supresión de obras, aberturas o luces establecidas en la pared medianera que fueran compatibles con los derechos que confiere la medianería.

Este concepto de equiparación entre los condóminos del muro aparece también en los arts. 2730 y 2737.

Cada uno de los copropietarios puede servirse de ella para todos los usos “a que ella está destinada, según su naturaleza, con tal que no cause deterioros en la pared, o comprometan su solidez, y no se estorbe el ejercicio de iguales derechos para el vecino”.

Esto está contemplado en el Art. 2731 que dice: “ Cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones a la pared medianera, poner tirantes en todo su espesor, sin perjuicio del derecho que el otro vecino tiene de hacerlos retirar hasta la mitad de la pared en el caso que él también quiera poner en ella tirantes, o hacer el caño de una chimenea: puede también cada uno de los condóminos abrir armarios o nichos aun pasando el medio de la pared, con tal que no cause perjuicio al vecino o a la pared.”

Pero no podemos dejar de tener en cuenta el art. 2737 que dice: “ El uno de los vecinos no puede hacer innovaciones en la pared medianera que impidan al otro un derecho igual y recíproco. No puede disminuir la altura ni el espesor de la pared, ni hacer abertura alguna sin el consentimiento del otro vecino.”

Esta norma concuerda con el art. 2654, que prohíbe a uno de los medianeros abrir ventanas o troneras en la pared, sin el consentimiento del otro condómino.

Si la pared es privativa y se han abierto en ella luceras, de conformidad a la facultad otorgada por el art. 2655, la adquisición posterior a la medianería por el vecino, le da el derecho de pedir la “supresión de obras, aberturas o luces establecidas en la pared medianera que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería”.

Esto es lo que dispone el art. 2740, 2da parte, pero el art. 2656, que reglamenta igual situación exige que, para poder solicitar la supresión de le “las ventanas de luces” el medianero debe edificar “apoyándose en la pared medianera”.

Ante esta aparente contradicción, la jurisprudencia ha resuelto que el art. 2740 debe entenderse completado por el art. 2656 y, en consecuencia, que es necesario no solo que se adquiera la medianería para poder exigir la supresión de las luceras, sino también que se construya apoyándose en esa pared.

El art. 2656 del C.C.: Esas luces no constituyen una servidumbre, y el dueño de la finca o propiedad contigua, puede adquirir la medianería de la pared, y cerrar las ventanas de las luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera.

B-) Renuncia a la medianería

El art. 2737 del C.C.: “Cada uno de los condóminos de una pared puede libertarse de contribuir a los gastos de conservación de la pared, “renunciando a la medianería”, con tal que la pared no haga parte de un edificio que le pertenezca, o que la reparación o reconstrucción no haya llegado a ser necesaria por un hecho suyo.”

El derecho de abandono se consagra a favor del condómino para liberarse a contribuir a los gastos de reparación o reconstrucción del muro (art.2722), pero no juega cuando se trata del cobro de la medianería por quien ha utilizado el muro divisorio y pretende exonerarse de ese cobro haciendo abandono o retiro de las construcciones, ya que el único supuesto en que se permite la renuncia de la medianería, además del mencionado en el art. 2723, es el del art. 2727, que presupone un muro, ya no utilizado, sino siquiera construido.

Art. 2727 del C.C.: “El vecino requerido para contribuir a la construcción de una pared divisoria, o a su conservación en el caso del art. 2726, puede liberarse de esa obligación, cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse, y renunciando a la medianería.”

Los efectos del abandono estan establecidos en el art. 2724: “conferir al otro la propiedad exclusiva de la pared o muro”.

Con respecto a saber si el abandono de la medianería implica no solo el de la copropiedad sino tambien el del terreno donde se asienta el mismo, llegamos a la conclusión que el terreno queda involucrado en el abandono, ya que muro y terreno forman un todo inescindible.

La ley otorga posibilidad de volver a adquirir la medianería a pesar de haberse realizado el abandono de la misma, en el art. 2739 que dice:

“El que hubiere hecho abandono de medianería por liberarse de contribuir a las reparaciones o reconstrucciones de una pared, tiene siempre derecho a adquirir la medianería de ella en los mismos términos”.

Dando por finalizado este apunte y esperando sea utilizado como una guía teórica de fácil entendimiento, ya que han sido tratados los distintos items en manera simple y lo más práctico posible, nos dedicamos a estudiar desde su inicio y hasta el fallo final una CAUSA DE MEDIANERIA.

IX- Jurisprudencia

Para ejemplificar en términos integrales la totalidad de un juicio de medianería exponemos dos causas completas :

Juicio 1

MEDIANERIA - Prueba – Extremos que debe acreditar quién reclama – Presunción de medianería – Legitimación activa para demandar – DOMINIO – Prueba – Inscripción registral.

1 – Quién reclame por cuestiones relativas a a utilización de muros medianeros debe acreditar que es el propietario titular de algún derecho o poseedor del inmueble afectado; que la pared en discusión es medianera y/o que es el propietario de la medianería.

2 – La presunción de medianería que establece el Art. 2718 C.C. no rige cuando el muro separa un edificio de un espacio abierto (Art. 2719), sin que ello implique la presunción de que el muro no es medianero, por lo que para la acreditación del carácter que reviste la pared deberá regirse por los principios generales de la carga de la prueba.

3 – La presunción de medianería no funciona si en los planos presentados por uno de los vecinos a la Municipalidad figura como existente un muro y en cambio no aparece dicha pared en los planos presentados por su contendor.

4 – A los efectos de probar la propiedad de la medianería es fundamental acreditar quién edificó primero en su lote, entendiéndose que quién lo hiciera, también hizo lo propio con la pared de cerco.

5 – El concepto edificio utilizado en el Art. 2718 C.C. está referido a “parte edificada”, apoyatura de edificios, asentamiento de techos, vigas, etc.; sugiere en general obras de albañilería.

6 – Las violaciones a las disposiciones sobre vistas, luces e instalaciones en medianeras pueden tener como sujeto pasivo al propietario del inmueble afectado, también pueden afectar al poseedor, al tenedor o detentador; esto surge de un derecho constitucional – tal vez implícito -, el derecho del ciudadano a su tranquilidad, a su incolumidad, a no ser turbado y, por ello, a vivir libre de aquello con que sus conciudadanos lo pueden agredir; ya sea en su persona o bienes.

7 – La prueba hábil del dominio sobre los inmuebles es la inscripción en los Registros inmobiliarios de la jurisdicción correspondiente, este requisito lo exige irremediamente el Art. 2505 C.C., todo lo demás son presunciones que no constituyen el dominio exigido por la Ley, siendo inoponible a terceros.

**Nro. 32185 – C. 4º Civ. Com. Laboral y Minas La Rioja, 13/3/82 –
Bazán, Luis A. v. Vargas, Leopoldo D.**

2º INSTANCIA – La Rioja, Marzo 18 de 1982

El Dr. Luna García dijo:

1º 1) Que la etapa de litiscontestatio ha quedado trabada de conformidad al escrito de demanda y contestación en que el actor solicita la supresión de instalaciones nocivas y cerramientos de vistas y aberturas en la pared medianera que separa a las respectivas propiedades.

Que el demandado se niega a ello (salvo en lo que se refiere al acondicionador de aire) aduciendo que le asiste derecho, el que surge de la realidad fáctica que describe y de su condición de propietario de la pared.

2) Que éste es el objeto preciso de acción y defensa que limita y circunscribe el acto sentenciante del juzgador.

La jurisprudencia es precisa y concordante en este sentido y ha sentado principios que han quedado definitivamente fijados: “La sentencia debe ajustarse a los términos de contestación y demanda en cuanto a las formas, *el objeto y la causa*, no estando permitido a los jueces apartarse de la relación jurídico procesal trabada, ya que es regla fundamental del proceso que la sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, *de conformidad con la pretensiones deducidas* como único medio de respetar el principio de congruencia” (C. Nac. Civ., Sala D, 14/9/79, J.A. 1980 – III – 343, fallo nro. 29641 y fallo nro. 29795, transcrito en el mismo tomo página 719 dice exactamente lo mismo).

3) Que esta doctrina – para mí incontestable – la menciona, atento a que, como premisa insoslayable, y antes de producir el acto sentenciante, el juzgador debe fijarse cuales son las pretensiones de las partes en litigio exteriorizadas mediante sus escritos de demanda y contestación. De otra forma el juez sería violador del principio de congruencia, su sentencia sería ilógica y por lo tanto, arbitraria.

De allí que, para fallara el caso que nos ocupa, haya fijado lo signado sub. 1.

4) El actor pues, pretende: supresión de instalaciones y aberturas, el demandado se niega porque dice “que la pared es de propiedad exclusiva”. La pretensión de propiedad exclusiva es tan clara que hasta intenta una excepción de prescripción, la que es contestada a f. 39. Es necesario aclarar que las dos aberturas, cuyo cerramiento se pretende, están sobre la misma pared.

5) Estando essto así, tres pruebas básicas, condición sine qua non, competen al actor a los fines de la procedencia de la demanda. Ello por los principios generales de que “quién alega debe probar” y porque: de no ser así faltaría un principio lógico tan evidente que la pretendida construcción de este carácter se derrumbaría irremediabilmente.

Esto es así lógico: si yo vengo a pedir pensión para mi hijo, lo primero que debo probar (y con prueba hábil) es que soy el padre. Si no, de más está que yo pruebe su impedimento, su necesidad o cualquier otra circunstancia.

Las pruebas básicas que debe aportar el actor son las siguientes: a) que es propietario o titular de algún derecho, o poseedor del inmueble afectado; b) que la pared en discusión es medianera y/o c) que es propietario de la medianería.

6) La actora a fin de probar lo signado sub. A) acompaña una profusa prueba que va de fs. 1 a 11. Tal documentación concluye con que esta propiedad resulta inscrita a nombre de José A. Bazán Gómez. Tal persona (surge de la documentación) es quién, por muerte y por imperio de la ley transfiere sus derechos hereditarios a Luis Bazán.

No obstante ello debe estarse a que la prueba *hábil* del dominio es la “inscripción en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda”. Esta es la prueba *hábil* del dominio exigida irremediamente por el art. 2505 C.C. (1). Todo lo demás es presunción que no constituyen el *dominio* exigido por la ley y que además, *no son oponibles a terceros* (última parte del art. cit.). Se dirá que el dominio se adquiere por *total* más tradición . . . pero siempre para oponerlo a terceros hace falta la inscripción. La prueba de la precedente es, indudablemente, a cargo del actor.

7) A pesar de que el dominio no ha sido probado frente a terceros, considero que no es absolutamente necesaria tal probanza. Si el actor dice que su acción surge del *dominio*; de las restricciones y límites al dominio; es verdad aceptada que “a las partes corresponde la presentación y prueba de los hechos y al juez la aplicación del derecho”.

Estimo que las “violaciones” aquí denunciadas no solamente pueden tener como sujeto pasivo al propietario, también lo pueden afectar al poseedor y tal vez al simple tenedor o detentador. Esto surge de un derecho constitucional – tal vez implícito – el derecho del ciudadano a su tranquilidad, a su incolumidad, a no ser turbado y, por ello, a vivir libre de aquello con que sus conciudadanos lo puedan agredir, ya sea en su persona o en sus bienes. La acción pues, del actor, como derecho a la tutela jurídica, está protegida legalmente (arts. 24 y concs. C.C.).

La posesión si está cabalmente probada por la documental de fs. 1 a 11 y toda la demás legítimamente agregada a autos. De dicha documental surgen las condiciones exigidas por el C.C. arts. 2473 y 2475. Pero aclaro que – en mi concepto – aún el simple tenedor estaba habilitado para iniciar esta acción (tenía legitimación activa).

8) La otra cuestión a probar por el actor es la condición de medianería de la pared sobre las que el demandado ha construido las obras (aberturas).

En autos no existe prueba documental pública; escritura pública que otorgue la propiedad de la pared en cuestión a uno y otro de los contenedores.

Siendo así debemos estar a las soluciones que arbitra el C.C. arts. 2718 y 2719.

El primero presume la medianería en toda su altura hasta el término del edificio menos elevado. En lo que excede se reputa de propiedad exclusiva del dueño del edificio más alto.

El Art.2719 a su vez nos prescribe que la medianería no se presume sino cuando divide edificios y no patios, jardines, quintas, etc.

A los fines de dilucidar esta cuestión, se convierte en decisiva la inspección ocular, cuya acta se glosa a fs. 49/50 de Autos y el plano que es agregado por el perito profesional designado a fs. 88 de Autos.

Existe sobre este tema una prueba bastante amplia, pero a su vez contradictoria en Autos (expte. De fs. 130/142; informe de Catastro foja 59 vta; inspecciones municipales a ambas propiedades, etc.). Del estudio de esta prueba no surge el carácter, la condición jurídica, del muro en cuestión.

Esta prueba nos habla en parte de pared “divisoria”; en parte de pared “medianera”.

Por ello y por las implicancias doctrinarias que conlleva a la prueba que me he referido primeramente, es que la considero decisiva.

9) En efecto la pared divide dos propiedades. Juega así la presunción del Art. 2718 C.C., pero de la inspección ocular realizada surge que la pared en la que se ubican las aberturas colinda con un pasillo (1,5 m entre ambas construcciones). Siendo así, estamos en la presunción del C.C. Art. 2719: “Si el muro *asentado por mitades en cada lote* no divide edificios (quiere decir: parte edificada, apoyatura de edificios, asentamiento de techos, vigas, “utilización” en fin de la pared por el colindante) no se presume medianero (C. 1ra Bahía Blanca, 10/03/59, LL 100 – 398, fallo 45.384). Edificio: ha dicho la jurisprudencia también sugiere “obras de albañilería; es lo suficientemente amplio para comprender toda clase de construcciones . . . debiendo tenerse en cuenta el *tiempo* en que se realizó la construcción del muro cuestionado . . . y si a ese tiempo había *construcciones* o edificios de ambos lados (apoyados en la pared debe entenderse) la presunción se aplicará (la del 2718 aclaro) (cNac. Civ., sala C, 05/01/67, LL 120-576, fallo 59.745).

La C. Civil y Com. Santa Fe, sala 3ra, en fallo del 03/06/80 transcrito en JA 1980-IV-675, ha dicho: “la presunción de medianería que establece el Art. 2718 C.C., no rige cuando el muro separa un edificio de un espacio abierto sin que ello implique la presunción de que el muro no es medianero; y por ello para acreditar que la pared revistió esa calidad deberá estarse a los principios generales que rigen *la carga de la prueba*”.

Y debe repararse que el asunto en examen en este caso se refería a un muro que separaba dos propiedades pertenecientes *a un mismo dueño* y que una de ellas había sido vendida.

Parecía incontrastable el funcionamiento de la presunción del Art. 2718, sin embargo el Tribunal remitió a los principios generales de la carga de la prueba. El onus probandi compete en el caso de Autos al actor. Sus derechos tendrán acogida en caso de que pruebe que la pared es medianera.

Aclaro –como lo dice el fallo de la Cámara de Santa Fe- (“sin que ello implique que el muro no sea medianero”) que el suscrito le esté atribuyendo la calidad de no medianero, o de divisorio, o de propiedad del demandado.

Aquí simplemente es una cuestión probatoria: el actor no probó que la medianería le perteneciera . . . y era su cargo hacerlo.

La otra prueba decisiva de Autos a que me he referido es la documental que agrega el perito a foja 88. Este es un plano, confeccionado por él y agregado al juicio. En el consta la pared en cuestión (la de las aberturas) como parte integrante de la casa del demandado. La jurisprudencia ha establecido: “La presunción de medianería no funciona . . . sin en los planos presentados por uno de los vecinos a la Municipalidad (en este caso presentados por el perito al Tribunal) figura como existient el muro y en cambio dicha pared no aparece en los planos presentados por su contendor (C.Nac. Civ., sala B, 18/11/65, JA 1966-I-169, fallo nro. 11.313).

Aquí, el demandante no presentó planos. Era una de las pruebas de que podía valerse. Existe un plano en autos; ese plano favorece la posición del demandado.

10) Es necesario, además aclarar que, en estos casos: en que la presunción no funciona y es necesaria *la prueba*; es fundamental probar quién edificó primero en su lote; “. . . entendiéndose, que quién primero edificó en su lote también hizo lo propio con la pared de cerco . . .” (C.1ra Bahía Blanca, ya citada). La presunción de medianería no funciona si se demuestra que el edificio se construyó con anterioridad al del demandado, correspondiendo en este caso a éste la prueba de su adquisición. (C.Nac.Civ., sala C, 27/05/54 JA 1954-III-373).

Todos estos fallos nos están demostrando la necesidad de la prueba en caso que no funcione la presunción y como a estos fines es necesario probar también la antigüedad de la edificación, quién la hizo.

Ninguna prueba ha aportado en este sentido el actor. Por el contrario el demandado por lo menos lo ha intentado con la documental que se glosa a fs. 68/82. En síntesis la medianería no ha sido probado en Autos y esta prueba era a cargo del actor.

De allí iban a surgir los derechos que pretende. Dirá tal vez que la pared está ancaballada en ambos fundos ? No lo ha probado. Dirá que la edificó a su costa ? No lo ha probado. Dirá que la adquirió a posteriori ? No lo ha probado. Dirá que funciona la presunción del 2718 ? A mi criterio funciona la 2719 por lo ya expresado.

Concluido lo precedente se hace innecesario, desde el punto de vista lógico, razonar sobre la premisa, consignada sub. C) en el punto 5.

Debe en consecuencia, rechazarse la pretensión de la demanda en cuanto pretende la supresión de obras, instalaciones y aberturas sobre la pared a que le he hecho referencia en el desarrollo de estos considerandos.

2º *Acondicionador de aire*: colocado en la pared que divide ambos fundos. Siendo una cuestión propia del derecho privado; del interés de las partes y de amplia disponibilidad; debe estarse en consecuencia a lo resuelto por la parte.

El demandado se ha allanado a la pretensión del actor y ofrece retirar el aparato acondicionador de aire puesto a más de 5 mts de altura del suelo, según lo expresa, cuya veracidad es corroborada por la inspección, cuya acta se glosa a fs. 49/50.

Debe pues, tenerse por allanado al demandado, sin otra consideración a esta pretensión otorgándosele un plazo de diez días para su cumplimiento.

3° En lo que se refiere a la pretensión invocada al punto 5 de la demanda por idénticas razones, a las fijadas en los diversos apartados del punto 1° no debe ser acogida. Debe agregarse a ella la comprobación realizada en la inspección ocular y en la pericia. Los caños están ubicados hacia la propiedad de Vargas. Esto, a mayor abundamiento.

Debe en consecuencia rechazarse.

4° *Terraza*: Esta pretensión la introduce el actor en la parte final del punto 4 de su demanda. Dice que “desde ese recinto la familia (del demandado) tiene una amplia vista de mi casa y especialmente del fondo de mi propiedad . . . Ello nos priva del derecho a la privacidad . . .”. Cuando concreta la petición el actor afirma “por lo que me veo precisado a iniciar esta acción con el fin de obtener la supresión de las obras, instalaciones, vistas. . .” Y así lo reitera en el punto c del petitorio.

El Tribunal en la inspección ocular y la pericia han constatado la existencia de la terraza y la posibilidad de vistas hacia un pasillo del actor y hacia el fondo. La pericia de foja 87 nos ilustra diciendo: “. . . la única visibilidad posible. . . es dirigiendo una visual por arriba del patio de Vargas (demandado); inclinada con respecto –línea divisoria- y a nucha distancia del destino citado”.

Así las cosas estimo que es de aplicación a esta realidad fáctica lo normado en los Arts. 2659 y 2660 C.C., citados por el actor.

Si bien su pretensión no es muy concreta ya que no peticona claramente la consecuencia de su pretensión, debe estarse a que, al decir, “supresión de las vista” lo que pretende es que el Tribunal arbitre la practicidad de tal petición.

Habiéndose probado pues, que la vista es oblicua y de aplicación –lo reitero- al Art. 2659 C.C. debe ordenarse la supresión de la vista y en consecuencia condenarse al demandado en este sentido. Deberá pues la terraza de referencia llegar hasta 60 cms (Art. 2659) desde la línea de separación de las dos propiedades.

Construirá el demandado, a su costa las obras correspondientes para el cumplimiento de lo ordenado por este acto; en el término de treinta días.

La forma como se llevará a la práctica lo sentenciado podrá proponerse por el procedimiento de ejecución de sentencia.

Las costas se aplican en el orden causado, atento a la forma como se ha resuelto esta demanda.

Los honorarios se regularán de conformidad a los Arts. 555, 572 y consec. Ley 1575; una vez que haya base económica para ello.

Así votó.

Los Dres. Córdoba Villagra y Baroni, adhirieron al voto precedente.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada, condenando al demandado Leopoldo D. Vargas, en la forma que lo fija el punto 4º, última parte de este pronunciamiento; la forma práctica de cumplimiento podrá proponerse por el procedimiento de ejecución de sentencia; tener por allanado parcialmente al accionado, debiendo extraer a su costa el aparato acondicionador de aire, en el término de 10 días y bajo apercibimiento de Ley; las costas se fijan en el orden causado, atento la forma como se resuelve esta demanda. – Juan E. Luna García – Juan Córdoba Villagra – Guillermo L. Baroni.

Juicio 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: Deuda de medianería – Cierre de aberturas – Legitimación pasiva del consorcio

1 – Del Art. 2828 C.C., en armonía con lo dispuesto por los Arts. 2722, 2723 y 2724, surge que la deuda por medianería constituye una obligación ambulatoria “propter rem”, pues el vínculo no se establece entre personas determinadas, sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoria respecto de alguna cosa, tanto en el aspecto activo como pasivo. Al ser así, la primitiva obligación de pagar el correspondiente valor, que pesa sobre la empresa constructora, una vez enajenado el inmueble, debe ser soportada por los titulares del derecho real.

2 – La pared medianera de un edificio afectado al sistema de propiedad horizontal es una parte común (Art.2 Ley13.512), en tanto es indispensable para la seguridad y para la existencia del edificio. En tales términos y al asignarle al consorcio de copropiedad la calidad de sujeto de derecho, distinto de sus integrantes, la titularidad pasiva de la deuda por medianería corresponde a dicho ente, a quién, precisamente, se le ha reconocido una personalidad restringida a los fines de la administración y gobierno de las partes comunes del edificio.

3 – La obligación de cierre de las aberturas en la pared divisoria deriva de las restricciones y límites al dominio previstas en el T. IV del L. III del Cod. Civil, que son obligaciones y derechos inherentes a la posesión, en los términos del Art. 2418C.C., motivo por el cual es el consorcio de propietarios y no la empresa constructora del edificio el obligado a su cumplimiento.

**C. NAC. CIV., sala H, 13/08/97 – Consorcio Emilio Mitre
1252/58/66 v. Construcciones Arquigrama S.R.L. y otros**

2º Instancia – Buenos Aires, Agosto 13 de 1997

El Dr. *Kiper* dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 558/60), que hizo lugar a la demanda que perseguía el cobro de la mitad del valor de la pared divisoria y el cierre de las aberturas existentes en la pared, expresan agravios el codemandado Consorcio Emilio Mitre 1222/4 (fs. 589/91), los consorcistas de este último individualmente adhiriendo a la mencionada expresión de agravios (f. 592), y la actora (fs. 596/8). A fs. 602/8 contesta traslado el codemandado mencionado y a fs. 609/10 lo hace la actora.

Se agravia el consorcio codemandado de que se haya dispuesto en la sentencia apelada que debe cargar con el costo del cierre de las aberturas. Sostiene que el gato debe ser soportado por la codemandada Construcciones Arquigrama SRL por haber sido la que construyó el edificio que luego fue enajenado por el sistema de propiedad horizontal, y por lo tanto, la única responsable de la situación. Argumentan que la sentencia es contradictoria al haber dispuesto que el pago de la pared pese sobre dicha codemandada, mientras que no aplicó igual criterio respecto del cierre de las aberturas. Sostiene también que su responsabilidad debe ser subsidiaria y con derecho de repetición. De similar contenido es la expresión de agravios de los integrantes del consorcio.

La parte actora cuestiona que se haya condenado a la constructora a abonar el valor de la pared, cuando esta clase de obligaciones se transmite a los adquirentes. Se agravia también del valor fijado al muro, advirtiendo que el *a quo*, sin fundamentos, se apartó del fijado por el perito. Finalmente, sostiene que la condena al cierre de las aberturas, impuesta al consorcio, debe extenderse también a cada uno de los consorcistas, pues los trabajos deben realizarse incluso dentro de las unidades privativas.

Antes de examinar los agravios de las partes debo hacer una aclaración; ha quedado firme la sentencia en cuanto reconoce el derecho de la parte actora a percibir el valor de la mitad de la pared, así como a obtener el cierre de aberturas indebidas, pues ninguna de las partes cuestiona tales decisiones. En efecto, lo que controvierten los apelantes es quién debe hacerse cargo, por un lado, del pago del valor de la pared y, por otro, del costo del cierre mencionado, pero no la procedencia del reclamo. A la vez, está en discusión cuál es el valor que cabe asignarle a la primera de las obligaciones.

En primer lugar, cabe establecer quién debe soportar el valor de la medianería. En este aspecto, no tengo dudas de que la contribución debe ser afrontada por el consorcio demandado y no por la empresa constructora como, a mi juicio incorrectamente, dispuso el *a quo*.

En efecto, si bien la empresa que construyó el edificio debió haber pagado dicho valor mientras era titular del dominio del inmueble, una vez enajenado el mismo la obligación se

trasladó al adquirente. Al tratarse de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, y al haber reconocido en anteriores pronunciamientos la personería jurídica del consorcio, es a éste a quien le corresponde hacerse cargo.

Surge de los Arts. 2727, en armonía con lo dispuesto por los Arts. 2722/3/4 C.C., que se trata de una típica obligación real o *propter rem*, cuya consecuencia es trasladarse con la transmisión del inmueble, pues el vínculo no se establece entre personas determinadas sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoria respecto de alguna cosa, tanto en el aspecto activo (acreedor) y como pasivo (deudor). Ciertamente es que en la doctrina se discute sobre la existencia de este tipo de obligaciones en el Código y que algunos identifican como “cargas reales”, pero en el caso ello es indiferente pues cualquiera sea la denominación que se adopte se arriba al mismo resultado, esto es, el nacimiento, la transmisión y la extinción de las respectivas titularidades activas y pasivas junto a la relación real o posesoria (ver Papaño-Kiper-Dillo-Causse, “Derechos reales”, I, ps. 28/30). Al ser así, la primitiva obligación de pagar el correspondiente valor del muro que pesaba sobre Construcciones Arquigrama ha cambiado de deudor por efecto de la ambulatoriedad mencionada, y ahora debe ser soportada por los titulares del derecho real.

Como señaló el Dr. Alterini al votar en el fallo plenario “Dodero v. Consorcio . . . “ (ED 73-276), las obligaciones *propter rem* nacen exclusivamente de la ley. Sin obligaciones *ex lege*. La ley asume aquí virtualidad de única causa generadora de la obligación. El propietario constreuido a pagar la deuda por medianería no ha convenido nada con su vecino (no se trata de fuente contractual), ni, obviamente, ha cometido un hecho ilícito (fuente extracontractual). El está obligado al pago por la mera circunstancia de haber adquirido la titularidad del inmueble que apoyó en la pared y por virtud de la ley (Arts. 2726/7/8, 2736 y cons. CC).

En cuanto a la legitimación pasiva, al tratarse de un edificio, es menester advertir lo siguiente. En primer lugar, como ya lo adelanté, comparto la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia que le asigna al consorcio la calidad de sujeto de derecho distinto de sus integrantes, y, por lo tanto, goza de una personalidad limitada a los fines de su objeto. Admitido ello, cabe señalar que la pared divisoria de un edificio afectado al sistema de propiedad horizontal es una “parte común” (Art. 2 ley 13.512) (1), lo cual es obvio al ser indispensable para la seguridad y para la existencia de ese edificio.

Como consecuencia de las dos consideraciones expuestas precedentemente, la titularidad pasiva –única que interesa en el caso– de las relaciones jurídicas que tengan por motivo, objeto o causa al muro divisorio, corresponde al “consorcio de propietarios”, a quien precisamente se le ha reconocido una personalidad restringida a los fines de la administración y gobierno de las partes comunes del edificio (Papaño-Kiper-Dillo-Causse, ob. Cit., ps. 423/4).

Ciertamente es también que algunos fallos han expuesto un criterio diferente, estableciendo la necesidad de que la demanda sea promovida, o bien dirigida, por o contra todos los consorcistas. Aún así, en el presente caso no se plantea conflicto alguno porque los titulares e integrantes del consorcio demandado han intervenido en el pleito, mientras que no se cuestionó la legitimación activa del consorcio actor. Además, en definitiva, admitir el

primer criterio no los libera, porque su responsabilidad es subsidiaria de la del consorcio (conf. Alterini, J.H., “Responsabilidad de los consorcistas por deudas de consorcio”, ED 56-729; Highton, E., “Derechos reales”, 4, p. 246). Lo que es claro, bajo cualquier óptica, es que no puede condenarse, como hizo el *a quo* al pago de la obligación a quien ya no es titular del derecho real.

A mayor abundamiento, señaló que el propio consorcio, al impugnar el dictámen del perito, admitió que se está en presencia de una obligación *propter rem* (ver fs. 495 vta.), de modo que no puede ahora contradecir su anterior conducta.

Por lo tanto, propongo que esta parte de la sentencia sea modificada en el sentido expuesto.

Se agravia el consorcio demandado de que se le haya impuesto cargar con el costo que demanda el cierre de las aberturas en la pared divisoria; pretende que su responsabilidad sea subsidiaria de la que, a su entender, le corresponde a la empresa constructora del edificio y enajenante de las unidades.

Me referí anteriormente a las obligaciones reales y a la incidencia que tiene el desplazamiento del derecho sobre la cosa respecto de la titularidad de la obligación, ya sea activa o pasiva. El sujeto que ingresa en la titularidad de la relación de señorío abraza por dicha vía a la obligación que convive adosada y se le adhiere la responsabilidad por la deuda generada en su antecesor.

Justamente, otro supuesto de obligaciones de esta clase se encuentra en las derivadas de las restricciones y límites al dominio previstas en el Total IV del libro III, que son obligaciones y derechos inherentes a la posesión, en los términos del Art. 2418 CC.

Al ser así, considero acertada la decisión del *a quo* de obligar al consorcio demandado, a su costa, el cierre de las aberturas. De lo contrario; podría arribarse a la absurda situación de que la otra codemandada no abonara el costo necesario y que, de forma indirecta, permaneciesen las aberturas que el consorcio está obligado a remover.

Por lo tanto, resulta inaceptable la pretensión de que la obligación de pagar las reformas sea subsidiaria. En cuanto a la posibilidad de repetir el gasto, ello conduce a examinar los términos de cada compraventa realizada por la empresa constructora para determinar si ello es posible, así como otras cuestiones exceden el marco de esta litis, dirigida a obtener el pago del valor de la pared y el cerramiento aludido.

En lo concerniente a la falta de condena a los consorcistas individualmente, entiendo que ella está implícita, pues al estar a cargo del consorcio el cerramiento, es obvio que si para ello fuese necesario entrar a la unidad de cada titular, éstos no podrán oponerse.

Por último, se agravia la actora de que el *a quo*, al fijar el valor del muro se haya apartado del dictámen del perito.

Surge de las constancias de Autos que la actora, en su escrito de demanda, reclamó la suma de \$ 10.535,27, en función de un plano que acompañó y denominó “Convenio de

medianería entre los consorcios”, del mes de Mayo de 1991. Agregó la utilizada frase “y/o lo que más o en menos resulte de la prueba a producirse en Autos” (ver fs. 72/3 y 66). Por su parte, el perito Ing. Civil Tomeo estableció el valor del “Convenio de medianería” en la suma de \$ 77.098,31 al mes de Julio de 1994 (ver foja 428).

El consorcio demandado impugnó el dictámen por una serie de cuestiones, una de ellas se vinculaba con el metraje a computar, pues sostenía que respecto de determinadas partes de la pared había operado la prescripción de la acción de cobro (ver fs. 489/90). Esta impugnación no puede ser atendida pues una cosa es lo que la actora tenga derecho a cobrar y otra su prescripción total o parcial, pero para efectuar la discriminación debe oponerse la correspondiente excepción, lo que no aconteció en el caso.

Ahora bien, en el escrito de demanda la actora dejó establecido que su reclamo se limitaba al cobro del valo de una cantidad determinada de metros cuadrados (ver fs. 72 vta.). Es posible que al formular la estimación de su reclamo haya valorado la supuesta prescripción de determinadas partes, aunque se trata de una hipótesis –que no descarto- pues no hubo mucha precisión en dicho escrito. No obstante, no se le puede otorgar a la actora más de lo que haya reclamado, aunque su valor pueda ser diferente. Pero no queda claro tampoco cuál es la superficie cuyo valor se pretendía.

En este aspecto, considero que no le asiste razón a la codemandada en tanto se agravio del cálculo de determinado ítems, tales como cimientos y submuración, mampostería, etc., pues además de ser pertinente de acuerdo a las normas del Código Civil (vgr. Art. 2736), dichos rubros se encontraban en el “convenio” que sirvió de referencia al interesado. En cambio, no puede aceptarse el elevado cálculo de intereses, cuestión que excede su cometido al estar su procedencia –y también la tasa aplicable y a la fecha a partir de la que deben correr– sujeta a la decisión del juez. Tales defectos continuaron en el informe presentado con motivo de la medida para mejor proveer dispuesta por este Tribunal, y que generó mayores impugnaciones y una nueva actividad de las partes, que ha complicado la solución de este aspecto, teniendo en cuenta que se trata de una materia técnica, ajena al conocimiento de jueces y letrados.

El *a quo*, ante lo elevado que se manifestaba el valor emergente del peritaje, prefirió atenerse a lo peticionado en la demanda sobre la base del mencionado convenio.

Realmente, la decisión se presenta en difícil solución por tratarse de cuestiones esencialment técnicas que, lamentablemente, en el caso no han sido debidamente esclarecidas. No obstante la medida para mejor proveer, existe cierta confusión al respecto. Observese que el perito, en esta instancia, señala que ha “elaborado nuevamente los cálculos numéricos considerando los valores que surgen del plano de medianería presentado oportunamente por la parte actora con fecha del mes de mayo de 1991, con una liquidación indicada en A 105.351,725 (australes)” (fs. 621), y ahora llega a una valoración menor que la presentada en primera instancia. Sin perjuicio de ello, también tengo presente que hace al debido proceso y a la garantía de defensa en juicio, amparados por la Constitución Nacional, el dercho a tener una decisión pronta, en el caso, bastante demorada. Por lo tanto, descarto la posibilidad de un nuevo peritaje, o de diferir la cuestión para otra etapa.

Al tener que optar entre dos valoraciones técnicas posibles, ambas ajenas a mi conocimiento específico, debo inclinarme por la que responda, desde el punto de vista jurídico, a lo dispuesto por las normas legales aplicables, máxime ante la ausencia de elementos que permitan descartarla.

Pues bien, dispone el Art. 2736 del CC, en el agregado incorporado por la Ley 17.711 (2), que el valor de la medianería debe fijarse a la fecha de la demanda o de la constitución en mora. La reforma tuvo un sentido, pues antes de ella existían discrepancias en la jurisprudencia acerca del momento en que debía establecerse el valor de la pared (ver Llambías – Alterini, JH, “Cód. Civil anotado”, IV – A, ps. 637/40). Ocurre que el valor intrínseco de la prestación debida puede variar por diversos factores, como ser la vetustez del objeto, las pérdidas o deterioros que sufra por otras causas, las variaciones del mercado de la construcción, el costo de los materiales, etc., de ahí que el legislador haya querido “cristalizar el valor” en un momento determinado (ver Moisset de Espanés, L., “El valor computable de la medianería: Art. 2736”, ED 74-785).

La actora, al estimar el valor, lo hizo a la fecha de su demanda (mayo de 1991), mientras que el perito lo hizo al mes de julio de 1994 (ver fs. 620), a pesar de que en la medida para mejor proveer ordenada por este Tribunal se le encomendó que lo hiciera “a la fecha de la demanda” (fs. 611), pauta que no respetó. Además, también aludió a actualización y realizó un cálculo de intereses, cuando ya el juez de primera instancia había descartado tal proceder, y sin que le fuera pedido por el Tribunal. Más adelante, al responder a las nuevas impugnaciones, formula consideraciones sobre la prescripción de determinadas obligaciones, que exceden a su función y que no fueron objeto de interrogatorio (fs. 641/2).

Pues bien, de los dos cálculos realizados en Autos, el de la actora y el del perito (en rigor éste hizo dos diferentes), sólo uno de ellos se ajustó a lo dispuesto por el citado Art. 2736. Por lo tanto, debo aceptarlo. Por otra parte, debo suponer con cierto grado de certeza que la actora, al formular su reclamo a través de la demanda judicial, seguramente se asesoró por un entendido en la materia sobre el valor a reclamar, pues es evidente que el plano que acompañó debió ser confeccionado por alguien habilitado para hacerlo.

Al ser así, voto para que se confirme la sentencia apelada en este aspecto.

En suma, por todo lo expuesto, propongo que se modifique la sentencia apelada disponiéndose que la condena al pago de la mitad del valor de la pared recaiga sobre el consorcio demandado en lugar de la empresa constructora también demandada, y que las costas devengadas por la actuación de Construcciones Arquigrama SRL sean soportadas en el orden causado, y las de la actora deberán ser impuestas a los otros codemandados. Para esto tengo en cuenta, además del principio objetivo de la derrota, que si el consorcio vencido se hubiese allanado al monto reclamado, se hubiese evitado la producción de prueba que, en definitiva, no resultó útil y solo generó mayores erogaciones. A su vez, corresponde confirmarla en todo lo demás que decide. Las costas de esta instancia propongo que sean impuestas en el orden causado, teniendo en cuenta la suerte corrida por cada recurso y las particularidades del caso.

Los Dres. Achával y Gatzke Reynoso de Gauna, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los jueces por ante mí, que doy fe.

Claudio M. Kiper – Marcelo J. Achával – Elsa H. Gatzke Reynoso de Gauna (Sec. Silvia L. Mortara).