

REGISTRADA BAJO EL N° 4-S Fo. 14/20

Expte. N° 169.143 Juzgado Civil y Comercial N° 1.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 6 días del mes de febrero de dos mil veinte, reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “**CONSORCIO DE PROPIETARIOS EDIFICIO MARAL 48 C/ SAN COSME S.C.A. S/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES**”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1a.) Es justa la sentencia de fs. 882/893?

2a.) Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO:

I) La sentencia de fs. 882/893 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos por las partes demandada y actora a fs. 894 y 896 respectivamente.

El juez de primer grado recepitó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado RUBEN LEONCIO CASAL, rechazando la acción promovida a su respecto e imponiendo las costas por el orden causado. Paralelamente, hizo lugar a la demanda incoada por el CONSORCIO DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO MARAL 48 contra la EDIFICADORA MARAL INMOBILIARIA S.A. y SAN COSME S.C.A., condenando a ambas firmas a cesar en el uso comercial de las unidades funcionales de su propiedad indicadas en el fallo dentro del término de 10 días, debiendo retirar los carteles identificatorios que vinculan a dichas cocheras con los hoteles a los que se encuentran afectadas, bajo apercibimiento de aplicar una multa de \$ 3.000 por cada día de demora en el cese del uso antirreglamentario. Impuso las costas a las demandadas vencidas.

En relación con la defensa de falta de legitimación activa opuesta por el codemandado Casal, expresó el sentenciador que aunque al tiempo de la traba de la litis no se había perfeccionado la

venta de la unidad funcional N° 24 inscrita a nombre del excepcionante, la entrega de la posesión al adquirente en subasta se efectivizó el 18 de febrero de 2008. Dicha circunstancia sobreviniente tornaba procedente la defensa, pues el citado codemandado ya no era propietario de la cochera objeto de esta controversia a la fecha del pronunciamiento.

Respecto de la acción incoada contra Edificadora Maral Inmobiliaria S.A. destacó que la rebeldía de la accionada creaba una presunción a favor de las pretensiones del actor. Consideró que el material probatorio reunido acreditaba la titularidad de dicha empresa sobre las unidades funcionales Nos. 26 y 53 a 69 ubicadas en la planta baja y el segundo subsuelo del edificio, que eran utilizadas por pasajeros del “Gran Hotel Manila”, no habiéndose cuestionado que ello constituyera un uso antirreglamentario de las cocheras, por lo que juzgó procedente la demanda instaurada.

Analizó –por último- la acción dirigida contra San Cosme S.C.A., propietaria de las unidades funcionales 2, 3, 4, 7, 8, 11, 14, 15, 18, 20, 29, 30, 41 y 43 ubicadas en el primer y segundo subsuelo del inmueble e individualizadas como cocheras N°100, 102, 111, 112, 122, 125, 126, 129, 131, 136, 137, 138, 141 y 143 afectadas al uso de los pasajeros del “Hotel Rivoli”.

Entendió demostrado que el uso destinado por la accionada para dichas cocheras era de carácter comercial, pues se brindaba como servicio adicional de su actividad principal de hotelería, debiendo dilucidarse si ello constituía una violación al reglamento que rige las relaciones entre los consorcistas.

Observó que de manera expresa el Reglamento de copropiedad y administración disponía que las unidades funcionales pertenecientes a los demandados debían ser destinadas a la “*guarda de automotores*”, previendo el mismo artículo que “*en todos los casos está prohibido destinar unidades a cualquier actividad contraria a la tranquilidad, decoro y moralidad*”. Afirmó que el servicio de cochera como complemento de la actividad hotelera que desarrollaba la demandada afectaba la tranquilidad de los consorcistas.

Puntualizó que de acuerdo al material probatorio aportado, la habitual afluencia de personas con carácter transitorio demandaba una atención personalizada con recursos humanos propios del consorcio; que las referidas unidades funcionales no contaban con habilitación municipal vigente, lo que debía generar preocupación entre los consorcistas; que el Reglamento prohibía la pensión o alojamiento de pasajeros en las unidades destinadas a vivienda, restricción que podía aplicarse

a las cocheras, y que una interpretación razonable de dicho instrumento permitía inferir la voluntad del consorcio de prohibir que las unidades privativas se utilizaran con fines comerciales. Sostuvo también que si en el Reglamento no se autorizó el uso comercial era innecesaria una prohibición expresa en tal sentido, pues debía interpretarse que existía una tácita manifestación de voluntad de los consorcistas, concluyendo que los accionados incurrieron en incumplimiento.

Señaló que las restricciones y límites al dominio –legales o convencionales- establecidas en el sistema de propiedad horizontal, debían ser estrictamente observadas para asegurar el buen funcionamiento del régimen, atenta la necesidad de preservar la pacífica convivencia de los consorcistas. Precisó que entre esos límites impuestos al ejercicio del derecho de propiedad se hallaba la prohibición de alterar el destino de las unidades privativas, cuando ello implicara un uso contrario a la finalidad dispuesta por voluntad de los propietarios. Por dichos fundamentos, receptó la acción instaurada.

II) 1. La parte actora expresó sus agravios a fs. 909/911, que fueron respondidos por la contraria a fs. 913/914.

Cuestionó el monto de la sanción conminatoria fijada en la sentencia para el caso de incumplimiento de la condena, que calificó como irrisorio teniendo en cuenta que el uso comercial de las treinta y dos unidades funcionales motivo de autos representaba una renta muy superior a los \$ 3.000 diarios fijados por el juez. Agregó que de ese modo los demandados optarían por abonar la multa y continuar desarrollando la actividad comercial motivo de este litigio, frustrándose la finalidad de la sanción.

2. La demandada San Cosme S.C.A. expresó sus agravios a fs. 918/923, que fueron respondidos mediante escrito electrónico de fecha 28-10-2019 proveído a fs. 949.

Alegó, en primer lugar, que la sentencia apelada vulnera de manera escandalosa y arbitraria el derecho de propiedad de su parte, quien adquirió las cocheras individualizadas en autos directamente a la constructora del edificio hace más de 17 años, teniendo en cuenta que el Reglamento no prohibía ni restringía su uso comercial, situación que se mantiene a la fecha. Señaló que el único límite reglamentario para el uso de las unidades era el respeto a la moral, decoro y tranquilidad, no obrando en autos denuncias ni quejas de otros copropietarios o elementos probatorios que acreditaran que se hubiera afectado en modo alguno la seguridad o tranquilidad de los vecinos del edificio.

Sostuvo que por imperio del principio de legalidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional y teniendo en cuenta que ninguna norma del reglamento prohibía el uso comercial de las cocheras –que se afectaron al servicio de los pasajeros del hotel desde hacía más de diez años a la fecha de la demanda-, tal uso debía considerarse permitido.

Destacó que después de diez años de uso normal, habitual y constante de las unidades de su propiedad como cocheras del hotel Rivoli, el consorcio pretendía impedir dicha actividad sin sustento jurídico, lo que resultaba a todas luces abusivo, pues el movimiento de personas generado por el uso adecuado y permitido por el reglamento no podía ser causal de reproche para ningún consorcista.

Se agravió finalmente por la imposición de astreintes, sanciones de carácter excepcional que sólo debían aplicarse cuando no existiera otra vía para obtener el cumplimiento de la condena, por lo que en el caso de autos resultaban prematuras.

III) CONSIDERACIÓN DE LOS AGRAVIOS.

1. Los agravios de la demandada “San Cosme S.C.A.”. Adelanto desde ya mi opinión en el sentido que el recurso merece prosperar, por los argumentos que seguidamente expondré.

Como surge de los términos del Reglamento de Copropiedad y Administración oportunamente acompañado a fs. 270/308, la única disposición referida al destino de las distintas unidades de propiedad exclusiva es el artículo séptimo, norma según la cual (como advierte el juez de primera instancia) las cocheras “*serán destinadas a la guarda de automotores*”, agregando más adelante –como regla general- la prohibición de “*destinar las unidades a cualquier actividad contraria a la tranquilidad, decoro y moralidad, así como a pensión y alojamiento de pasajeros*” (v. fs. 291 vta.).

Es claro entonces que respetando aquel destino –la guarda de automotores- nada prevé el reglamento acerca del uso particular o comercial de dichas unidades, siendo evidente que la referencia a la “pensión o alojamiento de pasajeros” solo es aplicable a las unidades funcionales afectadas al uso como vivienda, oficinas o consultorios profesionales.

No obstante la ausencia de disposiciones reglamentarias expresas en torno a la cuestión motivo de esta controversia, el sentenciador interpretó que la utilización de las cocheras propiedad de la firma San Cosme S.C.A. como parte de su desenvolvimiento comercial constituía una actividad prohibida violatoria del Reglamento de copropiedad, esgrimiendo diversos fundamentos: a) dicho uso afectaba la tranquilidad de los consorcistas por la constante rotación de personas; b) las cocheras carecían de habilitación municipal; c) su explotación ocupaba los servicios del personal

del consorcio y d) no encontrándose expresamente autorizado el uso comercial, debía entenderse que existía una tácita manifestación de voluntad de los consorcistas en contra de dicho destino.

No comparto las razones vertidas en el fallo, por varios motivos. En primer lugar, sostener que el servicio de cochera brindado por la accionada como complemento de su actividad hotelera *“por cierto afecta la tranquilidad de los consorcistas”* dada la *“permanente rotación de personas”* (v. fs. 889 vta.) constituye una afirmación puramente dogmática, ante la absoluta ausencia de elementos de avalen tal conclusión.

No obra en autos ningún testimonio que así lo demuestre: el único testigo aportado por la actora que habita esporádicamente en el edificio Sr. Palamara no expresó en ningún momento que la ocupación de las cocheras por parte de los pasajeros del hotel Rivoli –ni de los restantes hoteles que explotan unidades con el mismo fin- perturbara la tranquilidad de los ocupantes del inmueble (v. fs. 616), mientras que los dos empleados del consorcio Sres. Gromaz y Brahim sólo hicieron alusión a su recarga de tareas por ese motivo (aspecto al que me referiré en particular más adelante), afirmando este último que *“en una oportunidad, no en mi horario, ha ocurrido un robo, fue con una caja de herramientas”* (v. fs. 575/76 y 580/81). Esa escueta manifestación –proveniente de un empleado en relación de dependencia con la actora- únicamente trasunta el acaecimiento de un hecho ocasional y aislado, sin relación con el motivo del conflicto.

Adviértase que no se ha acompañado ni una sola acta de Asamblea en la que se hubiera tratado la cuestión, o donde algún consorcista hubiera siquiera denunciado la pretendida perturbación de la tranquilidad por el ingreso o salida de los pasajeros de los hoteles. Tampoco se hizo referencia a la existencia de quejas por parte de los moradores del inmueble o notas dirigidas a la administración exteriorizando su disconformidad con aquella actividad, circunstancia por demás llamativa teniendo en cuenta que a la fecha de promoverse la demanda hacía ya muchos años que la accionada venía explotando las cocheras como servicio anexo al de hotelería, extremo reconocido por el propio administrador en su deposición de fs. 583/585.

Cabe preguntarse –además- si esa misma rotación de personas a la que alude el juez no se produce en el resto del edificio, dado que las unidades funcionales de uso exclusivo pueden ser destinadas (de acuerdo a las disposiciones reglamentarias) a consultorios profesionales y oficinas. Sería absurdo suponer que a dichas unidades no ingresan continuamente personas ajenas al consorcio, o que ese flujo no afecta la tranquilidad de los habitantes de los

departamentos contiguos pero sí lo hace el de las cocheras, ubicadas en la planta baja y los subsuelos.

Tampoco resiste análisis la referencia a la ausencia de habilitación municipal para el uso comercial de las cocheras, extremo que –en todo caso- podría constituir una infracción administrativa imputable al titular de la explotación, no así al consorcio actor.

En cuanto al empleo de los recursos humanos del consorcio para atender la entrada y salida de las cocheras por los pasajeros de los hoteles (extremo que surge del acta notarial de fs. 372/377 y fue corroborado por los Sres. Gromaz y Brahim en sus respectivos testimonios), no debe ignorarse que si el personal desarrollaba las tareas descriptas es porque así lo dispuso el administrador. Dijo al respecto el Sr. Giromini que *“tuvo que inventar todo un sistema de control de acceso a través de cupones o vales que emiten los hoteles y el personal del edificio los recibe, los acompaña, en una primera vez, les muestra donde esta la cochera y los acompaña a la salida del edificio. Después los pasajeros, por segunda vez, como no tienen control remoto el personal del edificio les abre y les cierra...”* (v. fs. 583 vta.).

Resulta inexplicable por qué motivo, si se trataba de una actividad prohibida, el propio administrador afectó al personal del consorcio para desempeñar esas tareas. ¿No hubiera sido más razonable que la demandada, titular de las cocheras en cuestión, enviara a sus propios empleados para atender el ingreso y salida de los automóviles de los pasajeros?

Huelga decir que -a tenor del material probatorio citado- no sólo se toleró pasivamente un comportamiento pretendidamente antirreglamentario de distintos copropietarios por muchos años. Más aún: el administrador del consorcio adoptó recaudos concretos para facilitar el desenvolvimiento de las actividades aquí cuestionadas por parte de los titulares de las explotaciones hoteleras, lo que –claramente- importa ponerse en contradicción con los actos propios anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (v. SCBA, Ac. B 57.375 S. 23/7/2008; B 51.429 S. 22/8/2018; 74.692 S. 25/9/2019; esta Sala expte. 129.672 S. 27/5/2019 Reg. 129-S, entre otros).

Me referiré, por último, a la supuesta manifestación tácita de voluntad de los integrantes del consorcio en contra del uso comercial de las cocheras motivo de esta controversia.

Señala la doctrina que *“Puede plantearse la cuestión de si el uso o destino legítimo de las unidades, con la consiguiente exclusión de los demás, puede surgir de una disposición reglamentaria no expresa. Es decir, si puede inferirse implícitamente de otras cláusulas o*

situaciones de hecho...” En respuesta a ese interrogante, se sostiene que *“Debe acatarse y cumplirse todo lo que sea exteriorización de la voluntad conjunta, unánime o suficientemente mayoritaria del grupo, esté o no manifestado en el reglamento (...) Resulta entonces que cualquiera sea la forma de exteriorizarse la voluntad colectiva del consorcio en cuanto al aprovechamiento permitido de las unidades privativas, basta con que dicha voluntad sea clara e inequívoca para que el destino establecido deba ser acatado por todos los ocupantes de ellas...”* (v. Laje, Eduardo J., “Oposición del consorcio de propietarios y de cada dueño al uso no autorizado de las unidades privativas”, LL online AR/DOC/542/2012).

Trasladando estos conceptos al caso en estudio, y contrariamente a lo afirmado por el juez de primera instancia, el cúmulo del material probatorio aportado revela que existió una tácita expresión de voluntad por parte de los integrantes del consorcio en el sentido de aceptar el uso de las unidades destinadas a cocheras con fines comerciales.

Surge del registro de ingreso y salida de vehículos adjuntado por la actora a fs. 218/266 y acta notarial de fs. 372/376 que a la época de promoverse la demanda, además de las cocheras pertenecientes a la firma San Cosme S.C.A. afectadas al servicio de los pasajeros del hotel Rivoli y las que en su momento se denunciaron como pertenecientes a la Edificadora Maral (utilizadas por huéspedes del hotel Manila), existían otras unidades que también eran ocupadas por pasajeros de hoteles cercanos.

Tal era el caso del Hotel Guerrero, que no sólo explotaba con la cochera N° 144 –como expresaron los empleados de la actora durante la diligencia notarial- sino también las identificadas con los números 1, 9, 101, 103 y 108 (v. fs. 218/266); por otro lado, el propio encargado del edificio manifestó durante la constatación, que la cochera N° 106 era utilizada – con idéntico procedimiento- por los pasajeros del hotel SMATA (v. fs. 373 vta.), sin que ello fuera motivo de cuestionamiento en estos autos.

Como observé en párrafos anteriores, ese uso comercial –a tenor de los dichos del administrador del consorcio- se venía desarrollando desde los años 1998-1999 (v. fs. 584 vta.), y prosiguió con posterioridad. Adviértase que durante el reconocimiento judicial efectuado el 24 de febrero de 2010, se constató que –además de las unidades pertenecientes a la firma demandada- y las utilizadas por los hoteles Manila y Guerrero, existían otras identificadas como “teatro” a cuyo respecto *“refiere el administrador que se trata de cocheras alquiladas por propietarios al teatro del Sr. Santiago Bal”* (v. fs. 640/641).

En otras palabras, existió antes y después de la promoción de la demanda **una clara e inequívoca voluntad colectiva del consorcio de permitir la explotación comercial de las unidades destinadas a cocheras**. Ante tal estado de cosas y en ausencia de una prohibición reglamentaria, la pretensión incoada por el Consorcio actor resulta infundada y abusiva.

En esa dirección y aún ante la infracción a expresas previsiones reglamentarias, doctrina y jurisprudencia han dicho reiteradamente que *“permitir y permanecer en silencio durante años sin ni siquiera apercebir o intimar al infractor y de pronto entablar una acción para el cese, constituye un verdadero abuso del derecho”* (v. Humphreys-Desages-Tortero, “La aplicación del tácito consentimiento en la propiedad horizontal como argumento de validación de contravenciones legales y reglamentarias”, LL online AR/DOC/54/2007).

Por los fundamentos expuestos, no hallándose prohibida la actividad motivo de esta controversia por ninguna disposición expresa ni habiéndose acreditado alguna otra infracción a las normas del Reglamento de Copropiedad y Administración por parte de la demandada, la acción incoada contra la firma San Cosme S.C.A. debe ser rechazada, recepiéndose el recurso en tratamiento.

2. Atento la forma en que se resuelve la cuestión, resulta abstracto el análisis de los agravios de la parte actora, lo que así se declara. **ASÍ LO VOTO.**

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO:

Corresponde: **I)** Declarar abstracto el recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 896 y hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada a fs. 894, MODIFICANDO la sentencia dictada a fs. 882/893 por los argumentos brindados. En consecuencia, se RECHAZA la demanda incoada por el CONSORCIO DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO MARAL 48 contra SAN COSME S.C.A.

II) Propongo que las costas de ambas instancias sean soportadas por la parte actora vencida (art. 68 1º párr. del C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

En consecuencia se dicta la siguiente

SENTENCIA

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: **I)** Declarar abstracto el recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 896 y hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada a fs. 894, MODIFICANDO la sentencia dictada a fs. 882/893 por los argumentos brindados. En consecuencia, se RECHAZA la demanda incoada por el CONSORCIO DE COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO MARAL 48 contra SAN COSME S.C.A. **II)** Imponer las costas de ambas instancias a la parte actora vencida (art. 68 1º párr. del C.P.C.). **III)** Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. **NOTIFÍQUESE** personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). **DEVUÉLVASE.**

RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU

ALEXIS A. FERRAIRONE

SECRETARIO