NEUQUEN, 25 de Julio del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"AFIONE MARIA BEATRIZ Y OTR. C/ HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L. Y OTR. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A 505.990/14" (JNQCI6 INC 63523/2016)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Al contestar la demanda, Dardo Walter Troncoso, indica que la vinculación real con el inmueble en el que se construyó el edificio, se limita a la adquisición del 50% indiviso y ocupación efectiva de las unidades funcionales recibidas en permuta de HISPANA DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L.

Agrega que las complicaciones sucedidas entre López Ferrero (con quien celebrara el contrato de permuta del inmueble por las unidades funcionales) y la sociedad demandada, imposibilitaron que, hasta el momento, se perfeccionara la transferencia de dominio, paso necesario, a su vez, para la subdivisión en propiedad horizontal y adjudicación de dominio a los adquirentes de las unidades funcionales.

Indica que tampoco se encuentra constituido el consorcio de propietarios.

Sobre estas bases, sostiene que su parte se encuentra en idéntica situación que el resto de los adquirentes de unidades funcionales en el edificio y si se intenta responsabilizarlo por la invasión, en igual situación se encuentra el resto de los co-propietarios.

Entiende que, por lo tanto, revistiendo la condición de dueños de la cosa, éstos deben ser citados, con miras a asegurar el debido control y ejercicio de las conductas defensistas a que se crean con derecho, impidiendo la alegación posterior en repetición, de la excepción de negligente defensa.

La magistrada deniega este pedido.

Para así hacerlo, considera que *"en el caso no se acreditó ni la legitimación de los terceros, ni el derecho que sustentaría su participación en la causa.*

El demandado Troncoso arguye que pretende repetir contra los adquirentes por boleto de las unidades funcionales que integran el "Edificio Lérida", pero al manifestar dicha pretensión omite considerar que los actores lo demandan a él y a Hispano de Desarrollo Inmobiliario SRL en su condición de titulares dominiales desde el inicio de la construcción en virtud de la presunción que emana del art. 2519 del cc reclamando que les indemnicen los daños provocados por la invasión del espacio aéreo del inmueble su propiedad, la que se habría consumado desde el inicio de la obra y confección de los planos, momento en el que los adquirentes por boleto, de existir, no tenían participación alguna porque así lo afirmó el propio demandado.

En suma, desde el marco de referencia de la pretensión de los actores no se advierte que exista conexidad entre la pretensión ventilada entre las partes y la que se quiere generar con los terceros".

Esta resolución es la que, apelada, viene a revisión de la Sala.

1.1. El recurrente esgrime que la sentencia yerra al afirmar que su parte reconoció ser titular del 50% del inmueble; dice que no reconoció esta circunstancia, como así tampoco, que HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L., lo fuera del 50% restante.

Indica que su parte esgrimió que, más allá de la situación registral, había permutado el inmueble en el que se construyó el edificio, por unidades funcionales a construir.

Desde allí, que se encuentre en idéntica situación que el resto de los copropietarios, en tanto todos son adquirentes por boleto, integrantes de un consorcio provisorio, no formal.

Los agravios son contestados en hojas 44/47.

2. Ahora bien, la cuestión que viene a resolución no es sencilla, en tanto se entremezcla con cuestiones que deben –en rigor- ser resueltas en el pronunciamiento de fondo y en otros procesos.

En efecto, según se desprende de las constancias de esta causa y de las principales, los actores demandan a Dardo Walter Troncoso en su carácter de propietario del inmueble “invasor”, condición que le atribuyen al titularizar registralmente el 50% del dominio del inmueble.

El demandado resiste tal condición, indicando que ya había transferido el dominio, a través del contrato de permuta que celebrara con el Sr. López Ferrero, quien luego lo cediera a HISPANA DE DESARROLLO INMOBILIARIO S.R.L.

En este contexto, indica que la única relación de dominio actual, la titulariza en virtud del contrato de

permuta y se corresponde al 50% de las unidades funcionales que tiene en el inmueble.

Y, sobre esta base, sostiene que su situación en relación con la cosa, no difiere de la de los restantes titulares de unidades funcionales, co-propietarios del edificio.

2.1. Como se advierte, las imputaciones jurídicas sostenidas en la demanda y en la contestación difieren:

Según los actores, Troncoso es responsable por ser el propietario del inmueble al momento de la construcción. Troncoso desconoce tal carácter y, por consiguiente, esto determinaría, según su posición, que, al no ser propietario, carecería de legitimación pasiva (ésta es, justamente, otra de las defensas alegadas).

Pero, además, introduce otra cuestión: Sostiene que, eventualmente, los copropietarios del edificio, deberían responder por lo reclamado en la demanda, en tanto beneficiarios, en definitiva, de la invasión del espacio aéreo invocada como causa de la pretensión.

De allí que sostenga que, frente a la posible acción de regreso contra los mismos, deban ser citados a fin de evitar la excepción de negligente defensa.

Como se puede advertir, la cuestión es compleja y en ella subyacen problemáticas tales como la del consorcio irregular y de hecho, la responsabilidad de los co-propietarios por reclamos nacidos con anterioridad a la adquisición de las unidades funcionales y, a la constitución misma del consorcio.

Más allá de que estos últimos aspectos, no deben ni pueden ser definidos ni en esta instancia, ni en este proceso, lo cierto es, que no puede desconocerse la existencia de una conexión en estas situaciones, más allá de la causa de la pretensión aquí deducida.

Y así se ha dicho: *"Se afirma en el interlocutorio bajo estudio para rechazar la citación coactiva de los terceros, que a la actora no se le puede imponer la integración de la litis contra quien no quiere demandar, ni forzarla a entablar la acción contra quien no quiere, salvo que el tercero revista el carácter de co-titular del derecho en que se sustenta la controversia. Sin embargo, entiendo que en situaciones como en la especie en que los susodichos co-demandados piden se cite coactivamente a quienes a su entender serían los responsables directos de los daños que los actores reclaman su reparación, se debió desestimar la oposición no sólo porque puede acontecer que la parte demandada eventualmente vencida, tenga acción de regreso contra los terceros, sino también porque media conexidad entre la relación controvertida en este litigio y la que existiere entre los terceros y alguna de las partes del originario conflicto.*

Esta intervención coactiva tiene por objeto evitar que quien fuera demandado en un futuro proceso, pueda argüir la excepción de negligente defensa. En este sentido ha sido redactado el art. 435 del Cód. Procesal estableciendo que la sentencia dictada después de la intervención de los terceros, obliga a éstos como a los litigantes principales y será ejecutable en su contra.

Coincidimos en líneas generales con el fallo de primera instancia, en cuanto que la intervención obligada del tercero (en nuestro caso son cuarenta y tres), es una decisión

jurisdiccional de excepción, no bastando para su procedencia que haya un mero interés del citante, sino que debe ser admitida sólo cuando las circunstancias demuestran que lo exige un interés legítimo vinculado con el objeto de la pretensión y la comunidad en la controversia que puede llegar a afectar al tercero, tornando admisible su citación.

En la especie, sin perjuicio de lo que se resolviere en su oportunidad sobre lo sustancial controvertido, encontramos prima facie acreditada la verosimilitud de lo que exponen los demandados en sustento para la procedencia de las citaciones a los terceros, sin que pueda afectarla, el hecho que sean tantos los citados con la inevitable complicación y alargamiento del trámite de la causa, dado que no es lo mismo litigar contra tres que contra cuarenta y seis.

Aunque es atendible la reclamación de los actores ante esta inusual pluralidad de citaciones, la de los demandados la consideramos superior pues se engasta en el resguardo de sus derechos de defensa, ante la eventualidad de un planteo en base a la "exceptio male processus" que en el juicio ulterior pudieren promover….” (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación de Córdoba, Chaín, Norberto A. y otro c. Desumvila, Ricardo J. y otro • 05/06/2000 Publicado en: LLC 2000, 1452 Cita online: AR/JUR/4130/2000).

En este contexto, y más allá de lo que surja de la prueba a producirse en las actuaciones principales y de lo que se resuelva en la sentencia definitiva a dictarse, en el estadio actual, no puede descartarse la existencia de una controversia en común, en atención a las razones por las cuales la demandada solicita la citación.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso, debiendo el Juez de grado ordenar las medidas conducentes al efecto.

Dada la complejidad y particularidades del caso y el carácter restrictivo del instituto, lo que pudo llevar a la parte actora a creerse con derecho a la oposición, las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso interpuesto por el codemandado Dardo Walter Troncoso y, en consecuencia, revocar la resolución que en copia obra en hojas 34/35vta., debiendo el Juez de grado ordenar las medidas conducentes al efecto.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la resolución recurrida y regular por la incidencia resuelta, a los Dres. ... y ..., letrados patrocinantes del codemandado Dardo Walter Troncoso, la suma de $ 4.615 en conjunto; al Dr. ..., apoderado de la misma parte, la suma de $ 1.850; a los letrados patrocinantes de la parte actora, Dres. ..., ... y ..., la suma de $ 4.615 en conjunto; y al Dr. ..., apoderado de la misma parte, la suma de $1.850 (arts. 9, 10 y 11, LA).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de los fijados por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA