Expediente: **5066/21**
Carátula: **LASTRA LOBO MARIA DEL MILAGRO Y OTROS C/ BARENBREUKER Y ASOCIADOS S.R.L. Y OTROS S/ AMPARO**

Unidad Judicial: **OFICINA DE GESTIÓN ASOCIADA CIVIL Y COMERCIAL N° 3**
Tipo Actuación: **FONDO CON FD**
Fecha Depósito: **17/05/2024 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
27169329147 - LASTRA LOBO, MARIA DEL MILAGRO ESTELA-APODERADO/A COMUN DE LA PARTE ACTOR/A
27169329147 - HARDIE, MARIA DEL MILAGRO-ACTOR/A
23284769309 - PRE-CONSORCIO DE PROPIETARIOS EDIFICIO HERAS 252, -DEMANDADO/A
27169329147 - WAJNERMAN, MARIO DANIEL-ACTOR/A
20167849874 - BARENBREUKER, OTTO FERNANDO-DEMANDADO/A
20082850024 - CAMPERO, OCTAVIO JOSE-DEMANDADO/A
20315889775 - FIGUEROA, CLAUDIA PATRICIA-DEMANDADO/A
23284769309 - PEÑA, AGUSTIN JOSE-DEMANDADO/A
20315889775 - MENA, MARCELO-DEMANDADO/A
23284769309 - DEL PINO, MARIA ISABEL-APODERADO/A COMÚN DE LA PARTE DEMANDO/A
23284769309 - PETRAY, MARIA BELEN-APODERADO/A COMÚN DE LA PARTE DEMANDO/A
23284769309 - DE LA VEGA, ADRIANA-TERCERO
23284769309 - DELGADO ALU, FLAVIA KARINA-TERCERO
23284769309 - ERIMBAUE, GUSTAVO FABIAN-TERCERO
23284769309 - KEMPA, JOSE JORGE-TERCERO
23284769309 - QUIROGA, EMMA NELLY-TERCERO
23284769309 - SORIA, CESAR EDMUNDO-TERCERO
23284769309 - WEHBE, MIGUEL ANGEL-TERCERO
90000000000 - MIRANDA, JUAN CRUZ-N/N/A
23284769309 - CASARES, NESTOR HORACIO-TERCERO
23284769309 - ERIMBAUE, PAOLA FATIMA-TERCERO
20167849874 - BARENBREUKER Y ASOCIADOS S.R.L., -DEMANDADO/A

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Oficina de Gestión Asociada Civil y Comercial N° 3

ACTUACIONES N°: 5066/21

H102334948824

FECHA DE MESA DE ENTRADA: 30/11/2021

SENTENCIA N°: ..... - AÑO: .....

JUICIO: “LASTRA LOBO MARIA DEL MILAGRO Y OTROS c/ BARENBREUKER Y ASOCIADOS S.R.L. Y OTROS s/ AMPARO - Expte. n° 5066/21”

SAN MIGUEL DE TUCUMAN, 16 de mayo de 2024.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en autos del epígrafe, y

RESULTA:

Que, en fecha 17/12/2021, María del Milagro Estela Lastra Lobo, DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie, DNI n° 34.321.159, en representación de su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda,

DNI n° 57.615.701, y Mario Daniel Wajnerman, con el patrocinio letrado de la Dra. María Ofelia Sal, ratifican la acción de amparo presentada inicialmente ante los Tribunales Federales (y que fuera luego remitida a este Juzgado en virtud de la incompetencia declarada en la Sentencia de fecha 25/11/2021 dictada por el Juzgado Federal de Tucumán n° 1), y amplían la misma.

Detallan, que inician la presente acción de amparo, en contra del Pre-consorcio de Propietarios Edificio Heras 252; de Barenbreuker y Asociaciones SRL en su carácter de Fiduciario del Fideicomiso Las Heras n° 252 y de empresa constructora; de Otto Fernando Barenbreuker, en su condición de administrador de dicha empresa; de Agustín José Peña; de Octavio José Campero; de la empresa de mantenimiento “Ingeniero Mena”; de Claudia Patricia Figueroa, y/o en contra de quien hace el mantenimiento del ascensor; y/o de los que resulten civilmente responsables por los hechos que motivan su acción.

En su presentación de demanda, interpuesta en sede Federal, la que ratifican, detallan que inician su acción de amparo, de conformidad a lo normado en el art. 43 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la Ley n° 16.986, a fin de que la parte demandada cese en su proceder arbitrario e ilegal, y deje sin efecto las medidas adoptadas, que impiden el uso del ascensor a su familia, y les otorguen las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar el mismo.

Sostienen, que la demandada, con su accionar, restringe el acceso a su vivienda, y lesiona sus derechos fundamentales a la salud, al trabajo y a la educación, como así también los derechos del niño. Manifiestan que, desde el año 2012, residen en el inmueble ubicado en calle Las Heras n° 252, piso 7, depto. B, de la ciudad de San Miguel de Tucumán. Explican, que el edificio en cuestión no posee final de obra, de manera que no existe una constitución formal de un Consorcio, sino que se trata de un Pre-consorcio.

Relatan que, desde hace algunos años, los administradores de hecho del edificio, Sres. José Agustín Peña y Octavio José Campero, realizan distintas acciones violatorias de la ley, que los afectaban directamente, mas no así al resto de las familias del edificio, como ser, que desde el 30/09/2021 al 10/11/2021, el ascensor no subía hasta el piso donde habitan, al no permitir la botonera marcar el séptimo piso, por lo que debían bajar o subir un piso por las escaleras, todos los días. Alegan que, luego, en fecha 10/11/2021, se decidió colocar un dispositivo en los ascensores del edificio, para que su uso se habilite mediante la exhibición de una tarjeta magnética, y que, desde la habilitación de la misma, toda su familia debe bajar y subir siete pisos por las escaleras, atento a que, a pesar de sus pedidos y reclamos, nunca se les proporcionó las tarjetas a tal fin.

Afirman, que la decisión adoptada restringe el acceso a su vivienda, lesiona sus derechos fundamentales a la salud, el trabajo, a la educación, así como también a los derechos del niño, en tanto en el departamento también habita un niño de dos años de edad, y un adulto mayor de 70 años de edad, que deben subir y bajar por las escaleras por siete pisos, diariamente. Por estos motivos, esgrimen que las medidas adoptadas por los administradores de hecho del pre consorcio son discriminatorias, inhumanas, por lo que solicitan se les ordene, de manera urgente, que cesen en dicho proceder, dejando sin efecto las medidas que impiden el uso del ascensor para su familia, y se les otorgue las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar el mismo. Invocan el art. 43 de la Constitución Nacional, al sostener que no existe otro medio judicial más idóneo para realizar la petición en curso, y proteger sus derechos lesionados. Solicitan se resuelva la presente cuestión, a la luz de la perspectiva de género, en tanto María del Milagro Estela Lastra Lobo, sufrió actos de violencia verbal y física por parte del demandado Octavio José Campero.

En su presentación de fecha 17/12/2021, ampliatoria de demanda, agregan que adquirieron la unidad habitacional ubicada en el piso 7° B del edificio en cuestión, mediante un sistema de

adhesión a un fideicomiso inmobiliario, del que fuera fiduciario Barenbreuker y Asociaciones SRL, y que éste no ha cumplido con su deber de terminar los planos del edificio, y someterlo al régimen de propiedad horizontal. Explican que, la parte demandada, Barenbreuker y Asociaciones SRL, en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Las Heras n° 252, y además en su carácter de empresa constructora, junto con los Sres. Otto Fernando Barenbreuker (h), Agustín José Peña, Octavio José Campero, y el Ingeniero Mena, conforman una unidad económica, conforme lo establece el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, y, que con su obrar se aprovechan de su parte, por lo que solicitan que se aplique el derecho de consumo, y sus principios protectores. Ofrecen prueba y acompañan la documentación que en copias digitales adjunta a su presentación.

Corrido el traslado de ley, mediante presentaciones de fecha 24/02/2022, el codemandado Octavio José Campero, por derecho propio, contesta demanda, y presenta el informe requerido por el art. 21 del CPConstT. Niega la veracidad de todas las cuestiones en virtud de las cuales la parte actora funda su demanda, las que se encuentran detalladas en su presentación, a las que me remito, en honor a la brevedad.

Sostiene, que las mismas carecen de sustento fáctico jurídico, y que no se encuentran acreditadas mediante prueba alguna. Asimismo, indica que la Ley de Defensa del Consumidor no resulta aplicable al caso. Expone, que la finalidad de los actores no es otra que vivir en el edificio que ocupan, gozando de sus servicios y comodidades, sin pagar los gastos que les corresponden, tanto generales como particulares, generando un grave perjuicio a los demás propietarios y habitantes que, mes a mes, los afrontan. Arguye que los actores no abonan siquiera los gastos que ellos mismos originan, como ser los consumos de energía eléctrica y agua, así como tampoco las expensas generales.

Destaca, que los actores adeudan, a la fecha de su contestación de demanda, la suma de $323.991,33 (pesos trescientos veintitrés mil novecientos noventa y uno con 33/100) en concepto de expensas generales y particulares, y que, sabiendo que no se había constituido un consorcio que los pueda ejecutar, dejaron de pagar las mismas, lo que afecta el funcionamiento del edificio. Explica que, por esta situación, la mayoría de los propietarios, reunidos en asamblea de fecha 05/10/2021, resolvió colocar en los ascensores el sistema de tarjeta magnética, con el propósito de que los morosos en el pago de las expensas no pudieran usar de ese servicio.

Por su parte, mediante presentaciones de fecha 25/02/2022, Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge L. Rodríguez Robledo, se apersonan en autos, plantean excepción de falta de acción, y presentan el informe del art. 21 del CPConstT. Sostienen, que no intervienen en la toma de decisiones en el edificio en que habitan los demandantes, sino que su intervención fue la de un mero contratista que ejecuta tareas de mantenimiento de los ascensores del mismo. Indican, que la decisión de haber colocado el sistema de tarjetas magnéticas fue tomada por los demás copropietarios; que su colocación fue realizada por la firma que representan y a instancias del administrador del edificio, Agustín José Peña. Por ello, niega también su participación en cualquier organización o unidad económica, sosteniendo que dicha afirmación de la actora es infundada. Al realizar el informe del art. 21 del CPConstT, lo hacen en los mismos términos que el presentado por el codemandado Octavio José Campero.

Luego, en fecha 25/02/2022, el codemandado Agustín José Peña, por derecho propio, contesta demanda, solicitando su rechazo, con costas, y presenta el informe del art. 21 del CPConstT. Niega las cuestiones detalladas en su presentación, a las que me remito, en honor a la brevedad. Relata que, desde el año 2019 a la fecha de su contestación, es el administrador del consorcio de hecho de calle Las Heras n° 252.

Sostiene, que la decisión de restringir el uso de los ascensores a los actores, fue dispuesta por los copropietarios del edificio en cuestión, en la asamblea realizada en fecha 05/10/2021, como resultado del hartazgo de los mismos por la morosidad y falta de pago de las expensas de los actores, por lo que su parte no tuvo intervención en la misma. Indica, que la instalación y puesta en funcionamiento del lector de tarjetas, fue realizada por el Ingeniero Marcelo Mena, responsable técnico de la empresa que provee el servicio mensual de mantenimiento de los ascensores, y que el pago de los trabajos fue ejecutado por su persona, pero por cuenta y orden de los propietarios del edificio.

Sostiene, que los actores adeudan, a la fecha de su contestación, la suma de $323.991,33 en concepto de expensas de la unidad funcional 7° y 8° B. Luego, interpone excepción de falta de acción en contra de la actora María del Milagro Hardie, al afirmar que la misma carece de legitimación para promover esta acción, al no justificar su participación en la misma, y limitarse a utilizar como fundamento ser madre de un menor de edad. Afirma también, que carece de legitimación pasiva para ser demandado en autos, atento a que la colocación del sistema de tarjetas magnéticas en el edificio de calle Las Heras n° 252 fue realizado por su parte como mandatario de los propietarios que tomaron dicha determinación, más no en nombre propio. Ofrece prueba documental, adhiriéndose a la adjunta por el codemandado Octavio José Campero.

A continuación, en fecha 25/02/2022, Otto Fernando Barenbreuker (h), en su carácter de persona física y como apoderado de la empresa Barenbreuker y Asociados SRL, con el patrocinio letrado del Dr. Carlos José Varela Soria, plantea excepción de falta de legitimación pasiva, al sostener que ni su parte ni la empresa mencionada, son pasivamente susceptibles de ser demandados por ser ajenos a la presente litis, al no ser titulares de la relación jurídica substancial en que se funda la pretensión.

Sostiene, que la administración del edificio Las Heras n° 252 nunca estuvo a su cargo, ya que su finalidad como fiduciario, se extinguió con la entrega de todas las unidades del mismo, inclusive la n° 7, depto B, en donde habitan los actores.

Corrido el traslado de ley de las excepciones de falta de acción interpuestas, por presentación de fecha 15/03/2022, la parte actora solicita que las mismas sean rechazadas, con multas y costas.

Sobre el planteo de falta de legitimación pasiva, formulado por codemandado José Agustín Peña, sostiene que es falso que el mismo haya actuado como mandatario de los propietarios, en tanto no acredita dicha representatividad. Alega que no existe un pre consorcio en el edificio en cuestión, sino que existe un fideicomiso, el que actúa hasta tanto se inscriba dicho consorcio. Niega luego que se hubiere llevado a cabo la Asamblea de fecha 05/10/2021, y que hubiere allí una deliberación y decisión por parte de los propietarios respecto a impedir el uso de los ascensores mediante la colocación de tarjetas magnéticas. Niega que el codemandado Campero sea propietario de unidad alguna del edificio en cuestión, y afirma que fue éste quien inició el plan articulado para dañar a su parte. Reafirma que el demandado Peña, junto con los demás codemandados, son los causantes y responsables del obrar impugnado, y son quienes con su conducta arbitraria les impidieron el uso de los ascensores, restringiéndoles el acceso a su hogar, por lo que poseen legitimación pasiva.

Respecto al planteo de falta de legitimación activa deducido por el codemandado José Agustín Peña, respecto de la actora María del Milagro Hardie, solicita que el mismo sea rechazado, en tanto ésta, y su hijo menor de edad, se ven afectados y sufren perjuicios por el acto lesivo que motiva la presente, al ser beneficiaria de la adhesión al fideicomiso Las Heras n° 252. Sobre los codemandados Barenbreuker y Asociados SRL, y Otto Fernando Barenbreuker, alega que ante su inacción y cumplimiento de sus deberes, no pudo inscribirse el consorcio del edificio Las Heras n° 252, de manera que su parte se encuentra en una situación de indefensión y vulnerabilidad.

Sostienen que, al no estar formado el consorcio, el edificio en cuestión debe ser administrado por el Fideicomiso.

Respecto a la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por los codemandados Mena y Figueroa, sostiene que éstos también obraron con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, obstaculizando sus derechos.

Por otra parte, con motivo de las presentaciones de fecha 23/03/2022, por providencia de fecha 30/03/2022 se tiene por presentados a Miguel Angel Wehbe, José Jorge Kempa, María Isabel Del Pino, Nestor Ignacio Cáseres, Adriana De La Vega, Emma Nelly Quiroga, Gustavo Fabián Erimbague, María Belén Petray, Paola Fátima Erimbague, Flavia Karina Delgado Alú y Cesar Edmundo Soria, con el patrocinio letrado del Dr. José Agustín Peña, como terceros interesados, y se les da la intervención de Ley correspondiente.

Por presentaciones de fecha 25/04/2022, 26/07/2022, los terceros apersonados en autos, designan como apoderados comunes a María Isabel del Pino y María Belén Petray.

Por Resolución de fecha 14/12/2022, se hace lugar al pedido de intervención voluntaria formulado por Miguel Angel Wehbe, José Jorge Kempa, María Isabel Del Pino, Nestor Ignacio Cáseres, Adriana De La Vega, Emma Nelly Quiroga, Gustavo Fabián Erimbague, María Belén Petray, Paola Fátima Erimbague, Flavia Karina Delgado Alú y Cesar Edmundo Soria, todos ellos con el patrocinio del letrado José Agustín Peña, y se dispone que todos ellos se incorporen como codemandados en el presente juicio.

En estas condiciones, y conforme lo establecido por Sentencia de fecha 17/11/2023, dictada por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común, Sala III, queda la presente causa en condiciones de dictar Sentencia Definitiva, y

CONSIDERANDO:

I.- DE LA LITIS.

Que, en fecha 17/12/2021, María del Milagro Estela Lastra Lobo - DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie - DNI n° 34.321.159, en representación de su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda - DNI n° 57.615.701, y Mario Daniel Wajnerman - DNI N° 8.633.429, con el patrocinio letrado de la Dra. María Ofelia Sal, interponen la presente acción de amparo, en contra del Pre-consorcio de Propietarios Edificio Heras 252; de Barenbreuker y Asociaciones SRL, en su carácter de Fiduciario del Fideicomiso Las Heras n° 252 y de empresa constructora; de Otto Fernando Barenbreuker, en su condición de administrador de dicha empresa; de Agustín José Peña; de Octavio José Campero; de la empresa de mantenimiento “Ingeniero Mena”; de Claudia Patricia Figueroa, y/o en contra de quien hace el mantenimiento del ascensor; a fin de que se les ordene que dejen sin efecto las medidas adoptadas que impiden su uso del ascensor del edificio Las Heras n° 252, y les otorguen las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar el mismo.

Corrido el traslado de ley, mediante presentación de fecha 24/02/2022, el codemandado Octavio José Campero, por derecho propio, contesta demanda, y presenta el informe requerido por el art. 21 del CPConstT.

Por su parte, en fecha 25/02/2022, Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge L. Rodríguez Robledo, se apersonan en autos, plantean excepción de falta de acción, y presentan el informe del art. 21 del CPConstT.

A su turno, por presentación fecha 25/02/2022, el codemandado Agustín José Peña, por derecho propio, contesta demanda, solicitando su rechazo, con costas, y presenta el informe del art. 21 del CPConstT. Interpone excepción de falta de acción en contra de la actora María del Milagro Hardie, así como también excepción de falta de legitimación pasiva para ser demandado en autos.

Por otra parte, en fecha 25/02/2022, Otto Fernando Barenbreuker (h), se apersona en autos en su carácter de persona física y como apoderado de la empresa Barenbreuker y Asociados SRL, con el patrocinio letrado del Dr. Carlos José Varela Soria, y plantea excepción de falta de legitimación pasiva.

Corrido el traslado de ley de las excepciones de falta de acción interpuestas, por presentación de fecha 15/03/2022, la parte actora solicita que las mismas sean rechazadas, con multas y costas.

Finalmente, por Resolución de fecha 14/12/2022, se hace lugar al pedido de intervención voluntaria formulado por Miguel Angel Wehbe, José Jorge Kempa, María Isabel Del Pino, Nestor Ignacio Cáseres, Adriana De La Vega, Emma Nelly Quiroga, Gustavo Fabián Erimbague, María Belén Petray, Paola Fátima Erimbague, Flavia Karina Delgado Alú y Cesar Edmundo Soria, todos ellos con el patrocinio del letrado José Agustín Peña, y se dispone que todos ellos se incorporen como codemandados en el presente juicio.

En estos términos queda trabada la litis.

II.- DEL ANÁLISIS DEL CASO.

Tal como fuera precisado en el acápite anterior, en el caso en estudio, se encuentran planteadas y sustanciadas las excepciones de falta de legitimación activa y de falta de legitimación pasiva.

Ahora bien, el Código Procesal Constitucional de nuestra Provincia (CPConstT), no contempla la posibilidad de la interposición de las excepciones en cuestión. Sí deja previsto, en su artículo 7, que cualquier persona particularmente interesada, por sí o por apoderado, pueden interponer la acción de Amparo.

En este contexto, legitimidad o el interés para instar la acción por parte de los actores, ya fue valorada por este Proveyente, al momento de resolver la medida cautelar de fecha 30/12/2021, en donde se consideró que “la verosimilitud del derecho de los peticionantes se encuentra acreditada con la documentación adjuntada digitalmente, las cuales son: la nota de adhesión al fideicomiso Las Heras 252 de fecha 25/11/2010, DNI de la Sra Lastra Lobo Maria del Milagro, del Sr. Mario Daniel Wajnerman, de la Sra. Hardie María del Milagro, del Sr. Wajnerman Tomas, todos con domicilio en las Heras n° 252 7b y por último el DNI del menor Miranda Hardie Juan Cruz (...)”.

Respecto a los demandados, cabe advertir que, de la exposición de los hechos realizados por las partes, se desprende que todos tuvieron, o podrían tener, cierto grado de participación en el conflicto suscitado que motiva la presente, esto es, la cuestión relativa a la falta de otorgamiento de tarjetas magnéticas para el uso del ascensor del edificio Las Heras n° 252 a los actores.

Y es que, tanto actores como demandados, son personas que habitan en el edificio de calle Las Heras n° 252, ya sea en calidad de condóminos o coadquirentes o de locatarios de unidades; que lo administran, en condición de administradores de hecho, de fiduciarios del fideicomiso constituido para su construcción; y que habrían resuelto la habilitación del sistema de tarjetas magnéticas, cuya instalación motiva esta acción.

Además, no debemos perder de vista que nos encontramos frente a una acción de amparo, la que, de acuerdo a lo previsto en el art. 2 del mencionado CPConstT, se trata de una vía judicial, sencilla y

rápida, habilitada para repeler actos que violen o amenacen los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución Provincial y Nacional, la ley o los tratados, de manera que la sentencia a dictarse en la presente, en caso de admitirse la pretensión intentada, tendrá por único objetivo, amparar dichos derechos, frente a cualquier persona que amenace o restrinja su integridad.

Excluyo de estas consideraciones a los demandados Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa, dado que no se ha acreditado en autos que hayan tenido participación alguna en los actos y decisiones que motivaran la restricción de uso de los ascensores, dado que se trata de meros contratistas que ejecutaron tareas de mantenimiento de los ascensores del edificio, siendo insuficiente el hecho de que hayan sido los que colocaran el sistema de tarjetas magnéticas, pues lo hicieron en razón de la contratación de sus servicios efectuada por el Administrador del consorcio de hecho.

Por ello, considero corresponde rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por los accionados, salvo respecto de Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa, que debe ser admitida.

Superada dicha cuestión, cabe dejar sentado que la acción de amparo se encuentra prevista en el art. 43, primer párrafo, de la Constitución Nacional, que dispone que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

Al respecto, se ha entendido que “el amparo funciona como una garantía a través de la cual se busca una protección sencilla y rápida de los derechos fundamentales, cuando ellos son objeto de vulneración por algún acto u omisión de una autoridad pública o de particulares; de allí su reconocimiento expreso como derecho constitucional previsto en el art. 43 de la CN”, y que “ el amparo es una garantía para el restablecimiento o prevención de lesiones a los derechos fundamentales amparados por nuestra Constitución Nacional, un tratado o una ley, por lo que el aspecto más importante a analizar, prima facie, no es tanto quién se presenta, sino qué derecho pretende restablecer o resguardar (...) La persona que acciona debe demostrar un perjuicio concreto, real, actual o inminente, que importe una vulneración a un derecho constitucional, y es este afectado el legitimado a instar el proceso de amparo. La calidad de afectado es ineludible para el primer juicio de admisibilidad. (...)Por "afectado" entendemos quien sufre la lesión de forma directa o indirecta, es decir, aquel que demuestra un interés suficiente en requerir la intervención de un órgano judicial porque existe un derecho constitucional, del cual participa, que ha sido vulnerado o cuya vulneración resulta inminente (amenazas)” (Torres Traba, José María, “Cuestiones de legitimación y personería en el amparo”, La Ley, cita online: TR LALEY AR/DOC/2218/2020).

En palabras de GELLI, María Angélica, el art. 43, primer párrafo de la CN, “regula el amparo individual, personal o clásico, de larga tradición en el país”, y explica que, en consecuencia, toda persona, habitante o no, podrá interponer acción individual de amparo,en las condiciones del Art. 43, la parte, de la Constitución argentina, ante la lesión de sus derechos subjetivos alegando un daño concreto”. La autora especifica que, sin embargo, esa amplísima legitimación de la que goza la persona, está supeditada a la alegación y probanza de un agravio concreto y diferenciado del que puede caberle a las personas en general (GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Art. 43”, en GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 798 y 799).

A la luz de la normativa citada, corresponderá establecer si, en autos, los derechos fundamentales de los actores fueron transgredidos, o si su vulneración resulta inminente, y si ello les ocasionó un agravio o perjuicio concreto.

Ahora bien, en el caso en concreto, la parte actora, además de interponer la acción de amparo de fondo, solicitó el dictado de una medida cautelar, a fin de que se ordene a los demandados, que cesen en su proceder arbitrario e ilegal; que se les ordene dejar sin efecto las medidas adoptadas que impiden el uso del ascensor a su parte y demás personas que acudan a su domicilio, y se les otorgue las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar el mismo (v. presentación de fecha 17/12/2021). Es decir, la medida cautelar requerida, perseguía el mismo objetivo que la acción de fondo que se analiza en autos.

Cabe mencionar que dicha medida cautelar fue admitida por Sentencia de fecha 30/12/2021, la que ordenó “Hacer lugar a la medida innovativa solicitada por los actores María Del Milagro Estela Lastra Lobo - DNI N° 17.040.877, Mario Daniel Wajnerman - DNI N° 8.633.429, María Del Milagro Hardie - DNI N° 34.321.159, su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda Hardie - DNI N° 57.615.701, con patrocinio letrado de la Dra. Sal María Ofelia. En consecuencia, previa caución juratoria prestada por el peticionante, se ordena a los demandados Otto Fernando Barenbreuker, Barenbreuker Y Asociados S.R.L., en su Carácter de Fiduciario del Fideicomiso Las Heras N° 252, Pre-Consorcio De Propietarios Edificio Las Heras 252, Agustin Jose Peña, Octavio José Campero, Marcelo Mena Y Claudia Patricia Figueroa, se abstengan de realizar o adoptar medidas que impidan el uso del ascensor a la familia de los actores, y que procedan a entregarles las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar los ascensores, así como evitar todo accionar que les restrinja el acceso a su vivienda, ubicada en Pisos 7 y 8 “B” del Edificio en Propiedad Horizontal de calle Las Heras N° 252, de esta ciudad; todos, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en autos”. Sin embargo, dicha resolución fue luego revocada y dejada sin efecto mediante Sentencia de fecha 05/04/2022.

Apelada esta última resolución, en fecha 07/12/2022, la Excma. Cámara Civil y Comercial Común, Sala III, dirimió la cuestión en debate, al hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de fecha 05/04/2022, y disponer la reimplementación de la medida cautelar innovativa dispuesta por Sentencia del 30 de diciembre de 2021, en todos sus términos y alcances.

Para arribar a dicha solución, nuestro Tribunal de Alzada consideró que “prohibir el uso de los ascensores a propietarios (o inquilinos) que viven en un séptimo y octavo piso, es, a todas luces, una restricción injustificada del derecho de uso y goce que sobre las partes comunes corresponde a los titulares de cada unidad funcional, aún cuando dicha restricción tendría como causa la falta de pago de los gastos propios y comunes por parte de los accionantes. En este caso vemos que el consorcio, ya sea éste de iure o de facto, actúa como si estuviese respaldado por una suerte de "exceptio non adimpleti contractus", en donde, frente al incumplimiento de un contratante (v. gr. el copropietario o inquilino moroso en expensas), el otro co-contratante (el consorcio) podría escudarse en un incumplimiento correspondiente de sus propias obligaciones, tal como prohibir el uso de los ascensores. Lo cual es francamente inaceptable. Tiene dicho este Tribunal y Sala -confirmado por la Excma. Corte Suprema de Justicia- que “si corresponde al consorcio reparar una unidad, es irrelevante que el consorcista esté o no al día con el pago de las expensas, pues jurídicamente no existe correlación entre el abono de cada uno y la necesidad de conservación y obligación de mantenimiento, aunque de hecho puede ocurrir que, si son varios los que no pagan, no se tenga el dinero disponible para efectuar los arreglos, y éstos deban postergarse. La realización de los trabajos no debe depender del pago del concreto propietario del específico departamento en juego” (conf. Highton, Elena I., “Propiedad horizontal y prehorizontalidad”, Derechos reales, vol. 4, 2000,

Ed. Hammurabi, pág. 402; cita la autora un fallo de la sala L, del 28/6/1991). También se dijo: “Es irrelevante la eventual mora del consorcista, ya que no existe una correlación entre el pago individual de cada copropietario y la necesidad (y consecuente obligación de la administración) de realizar los trabajos de conservación, o reparación en las unidades, como consecuencia de factores ubicados en partes comunes. La realización de los trabajos no debe depender del pago del propietario del departamento o unidad funcional que está afectado. No se trata de obligaciones susceptibles de compensarse” (Eduardo Molina Quiroga DJ 19-4-06, 1041 “Pago de expensas y reparación de partes comunes”) (CSJTuc. - Sala Civil y Penal "Yáñez María Elena del Rosario vs. Consorcio de Propietarios Edificio Mendoza y Muñecas y otro s/ daños y perjuicios" Nro. Sent: 368 del 11/04/2016 - Dres. Estofán - Posse - Sbdar). Por consiguiente, la temática de la eventual deuda por expensas debe dirimirse por la vía y forma procesal que corresponda, sin que la existencia de tal deuda pueda erigirse como fundamento de una reticencia o incumplimiento de parte del consorcio para sus respectivas obligaciones de conservación y mantenimiento del edificio, entre las que se encuentra el permitir el uso regular de ascensores en debidas condiciones para todos los ocupantes, y no para algunos sí y para otros, no. Adviértase que la medida adoptada por la asamblea del 05/10/21, más allá de la regularidad de su convocatoria, implica lisa y llanamente en los hechos, impedir el ingreso o egreso de los departamentos de los afectados por la medida, situados en el séptimo y en el octavo piso, puesto que no se requiere ninguna pericia ni estudio técnico o fisiológico que explique que subir escaleras por siete u ocho pisos para entrar o salir de la propia vivienda es un verdadero suplicio para cualquier ser humano, máxime si se trata de adultos mayores y niños. La índole de los efectos de la medida adoptada por el cuasi consorcio o consorcio de hecho, nos lleva a la frontera de la violación a Derechos Humanos básicos, como el acceso a una vivienda (art. 14 bis in fine, Const. Nac.; art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-), la protección y tutela a niños, niñas y adolescentes (art. 27, Convención de Derechos del Niño, ley 26021) y la protección y tutela a adultos mayores (arts. 6° y ss. ley 27360 que aprueba la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores), como así también el mandato legal que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10 Cód. Civ. y Com.) Por lo tanto, este Tribunal considera que es de toda conveniencia admitir en esta parte el recurso intentado por la parte actora, retomando el criterio original del fallo de primera instancia, dejándose sin efecto la resolución subsiguiente que la revocó, sin explicar suficientemente por qué en la primera fueron tutelados los derechos de raigambre constitucional afectados, y en la segunda no, como si una cuestión patrimonial tuviese prevalencia por sobre otros derechos amparados por garantías constitucionales”.

Siendo que existe una coincidencia entre lo solicitado en la medida cautelar analizada por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común en la Sentencia transcripta, y la pretensión de fondo de los amparistas, es que cabe aplicar y hacer propios los argumentos allí vertidos, en tanto considero que los mismos resuelven la cuestión en estudio. Es decir, las cuestiones relativas a los hechos y derechos de las partes, su acreditación y valoración, consideradas tanto en la Resolución cautelar de Primera Instancia de fecha 3012/2021, como en la Sentencia de fecha 07/12/2022 dictada por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común, Sala III, se tienen por reproducidas en la presente.

Por lo tanto, en coincidencia con lo considerado y resuelto por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común, Sala III, mediante Sentencia de fecha 07/12/2022, corresponde tener por acreditada la vulneración de los derechos de la parte actora, de acceso a la vivienda; a la tutela de los derechos de niños, niñas, adolescentes y mayores, ocasionada por el ejercicio abusivo de sus derechos por parte de los demandados en autos, en tanto considero que la restricción al uso de los ascensores del edificio Las Heras n° 252 de esta Ciudad, luce desproporcionada respecto del incumplimiento alegado y, por tanto, contraria a derecho.

En consecuencia, estando acreditada la violación y amenaza de los derechos fundamentales de los actores, realizada de manera arbitraria, es que corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por María del Milagro Estela Lastra Lobo, DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie, DNI n° 34.321.159, en representación de su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda, DNI n° 57.615.701, y por Mario Daniel Wajnerman, con el patrocinio letrado de la Dra. María Ofelia Sal, y disponer que los demandados Otto Fernando Barenbreuker, Barenbreuker y Asociados S.R.L., el Pre-Consorcio de Propietarios Edificio Las Heras 252, Agustin Jose Peña, Octavio José Campero, Marcelo Mena, Claudia Patricia Figueroa, Miguel Angel Wehbe, José Jorge Kempa, María Isabel Del Pino, Nestor Ignacio Cáseres, Adriana De La Vega, Emma Nelly Quiroga, Gustavo Fabián Erimbague, María Belén Petray, Paola Fátima Erimbague, Flavia Karina Delgado Alú y Cesar Edmundo Soria, y/o cualquier otra persona que habite y/o administre el edificio ubicado en calle Las Heras n° 252 de esta Ciudad, se abstengan de realizar o adoptar medidas que impidan el uso del ascensor a los actores o que les restrinja el acceso a su vivienda, ubicada en Pisos 7 y 8 “B” del Edificio de calle Las Heras N° 252, de esta ciudad; y que procedan a entregarles, de modo definitivo, las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar los mismos, así como adoptar toda medida que sea necesaria para ello.

III.- DE LAS COSTAS.

A los fines de establecer la condena en costas, considero necesario realizar la siguiente valoración.

Como ya fuera expresado en las Sentencias dictadas en esta causa, si bien el edificio de calle Las Heras N° 252 no se encuentra afectado al régimen de la propiedad horizontal, en los hechos, existe un “preconsorcio” o “consorcio de hecho”, mediante el cual los poseedores de las unidades del edificio regulan sus derechos y obligaciones como una verdadera comunidad; y que, a todo evento, los adquirentes de unidades, revisten la calidad de condóminos, o mejor dicho de cotitulares de derechos, con sus respectivas facultades y obligaciones sobre las zonas comunes del edificio que habitan y comparten en comunidad.

En este contexto, al existir finalidades comunes a ellos, como ser el mantenimiento del edificio y pago de servicios e impuestos comunes, las mismas deben ser afrontadas y soportadas por todos los comuneros. De manera que, el incumplimiento en el pago de las expensas por parte de uno de ellos, como ocurre en la presente, se traduce en un evidente perjuicio para los demás poseedores de las unidades del edificio, en tanto los gastos generales del mismo (energía eléctrica, agua, mantenimiento y limpieza, administración, etc.) se distribuyen entre ellos en proporción al porcentual aproximado que cada departamento tiene. Y no obsta a ello la irregularidad que pudiera existir respecto a la no conformación de una verdadera Propiedad Horizontal.

Como ya fuera precisado, esta obligación de afrontar y contribuir a gastos comunes, necesarios e indispensables para la administración, funcionamiento, mantenimiento, reparación y sustitución de bienes comunes, y que hacen principalmente a la seguridad, comodidad y decoro de quienes comparten espacios comunes, resulta tanto de los arts. 2046 inc. “c” y 2048, en un régimen de propiedad horizontal, aplicable por analogía, como del art. 1991 del CCyCN, en materia de condominio, pero aplicable a toda comunidad de derechos y bienes por remisión del art. 1.894 del CCyCN.

Esta cuestión fue también advertida por la Alzada en su resolución de fecha 07/12/2022, en donde dejó expresado: “No escapa a este Tribunal el fundamento de tipo económico esgrimido por la parte demandada en el sentido de que los gastos para el adecuado funcionamiento y conservación de las partes comunes del consorcio necesitan de la colaboración económica permanente de los vecinos y es así que el sistema de pago regular de expensas resuelve razonablemente dicha cuestión y constituye un deber esencial de parte de los copropietarios e inquilinos, deber que está atado a la

suerte de la cosa misma ("propter rem"). Es por ello que, siendo esencial dicho mecanismo, este Tribunal exhorta a la parte actora, con fundamento en el principio básico de la buena fe (art. 9° Cód. Civ. y Com.) a que regularice su situación, sin perjuicio de la situación especial del Consorcio, aún no instaurado definitivamente, de modo de contribuir con las expensas, como es regla universal en este sentido".

Teniendo en cuenta, entonces, la especial circunstancia en que surgiera el hecho que motiva esta causa, en donde el conflicto suscitado tuvo origen en un incumplimiento por parte de los actores, con las obligaciones que le caben como perteneciente al consorcio de hecho, o como condómino de parte indivisa del edificio de calle Las Heras n° 252 de esta Ciudad, o cotitular en una comunidad de derechos sobre el inmueble, advierto una situación de inequidad que tampoco puede ser tolerada jurídicamente, dado que la necesaria tutela de derecho de los actores, materia de este amparo, en rigor, pone en cabeza de los demás comuneros el tener que soportar la falta de contribución de los accionantes a gastos a que están obligados y resultan de la propia comunidad. Visto así, entiendo que la decisión adoptada por el conjunto de comuneros, aunque contraria a derecho, tuvo una motivación comprensible.

Por tanto, a mi criterio, estimo justo y razonable imponer las costas del presente amparo por el orden causado (cf. art. 61 inciso 1 del CPCyCT, de aplicación supletoria), salvo las generadas por la intervención de los demandados Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa que se imponen a la parte actora vencida (art. 26 del CPConstT)

Por ello,

RESUELVO:

I.- HACER LUGAR a la acción de amparo interpuesta por María del Milagro Estela Lastra Lobo - DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie - DNI n° 34.321.159, en representación de su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda - DNI n° 57.615.701, y por Mario Daniel Wajnerman - DNI N° 8.633.429, con el patrocinio letrado de la Dra. María Ofelia Sal, conforme se considera. En consecuencia, corresponde **ORDENAR** a los demandados Otto Fernando Barenbreuker - DNI N° 18.433.906, Barenbreuker y Asociados S.R.L. - CUIT N° 33-70923883-9, al Pre-Consorcio de Propietarios Edificio Las Heras 252, Agustin José Peña - DNI N° 28.476.930, Octavio José Campero - DNI N° 8.285.002, Miguel Angel Wehbe - DNI N° 24.671.631, José Jorge Kempa - DNI N° 10.484.148, María Isabel Del Pino - DNI N° 5.690.175, Néstor Ignacio Casares - DNI N° 8.081.372, Adriana De La Vega - DNI N° 12.870.971, Emma Nelly Quiroga - DNI N° 3.736.741, Gustavo Fabián Erimbaue - DNI N° 22.263.060, María Belén Petray - DNI N° 23.519.054, Paola Fátima Erimbaue - DNI N° 23.517.489, Flavia Karina Delgado Alú - DNI N° 26.137.305 y Cesar Edmundo Soria - DNI N° 17.270.260, y/o a cualquier otra persona que habite y/o administre el edificio ubicado en calle Las Heras n° 252 de esta Ciudad, que SE ABSTENGAN de realizar o adoptar medidas que impidan el uso de los ascensores del edificio, a María del Milagro Estela Lastra Lobo - DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie - DNI n° 34.321.159, a su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda - DNI n° 57.615.701, y a Mario Daniel Wajnerman - DNI N° 8.633.429, o que, de cualquier otro modo, se les restrinja el acceso a su vivienda, ubicada en Pisos 7 y 8 "B" del Edificio de calle Las Heras N° 252, de esta ciudad; y que procedan a ENTREGAR a los mismos, con carácter definitivo, las tarjetas magnéticas implementadas para poder utilizar los mencionados ascensores, todo ello en un plazo de 48 horas de dictada la presente resolución.

II.- HACER LUGAR A LA DEFENSA DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA deducida por Marcelo José Mena - DNI N° 12.734.949 y Claudia Patricia Figueroa - DNI N° 17.262.571 y, en

consecuencia, **NO HACER LUGAR AL AMPARO** interpuesto por María del Milagro Estela Lastra Lobo - DNI n° 17.040.877, María del Milagro Hardie - DNI n° 34.321.159, en representación de su hijo menor de edad Juan Cruz Miranda - DNI n° 57.615.701, y por Mario Daniel Wajnerman - DNI N° 8.633.429 en contra de Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa.

III.- COSTAS, por el orden causado (cf. art. 61 inciso 1 del CPCyCT, de aplicación supletoria), salvo las generadas por la intervención de los demandados Marcelo José Mena y Claudia Patricia Figueroa que se imponen a la parte actora vencida (art. 26 del CPConstT).

IV.- HONORARIOS, oportunamente.

HÁGASE SABER.- 5066/21 LMA

DR. PEDRO MANUEL RAMON PEREZ

JUEZ

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL COMUN - 8a. NOM. (GEACC3)

Actuación firmada en fecha 16/05/2024

Certificado digital:
CN=PEREZ Pedro Manuel Ramon, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20146618759

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.