

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de marzo de 2019, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "Sorba Pietro Erasmo c/ Dycasa S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

I.- La sentencia dictada a fs. 535/542 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Pietro Erasmo Sorba contra Dycasa S.A. a quien condenó a pagar la suma de \$ 371.395 en concepto de daños y perjuicios, con más los intereses y las costas del proceso, y la rechazó en relación a la citada en garantía Berkley International Seguros S.A.

Contra dicho pronunciamiento se alzaron el actor -quien fundó sus agravios a fs. 556/557- y la demandada -que lo hizo a fs. 551/555-. Corrido el traslado, los fundamentos fueron contestados a fs. 560/562 (actor) y fs. 564/565 (demandada), encontrándose las actuaciones en condiciones de dictar un pronunciamiento definitivo.

II.- El reclamante se agravia por el rechazo de la partida reclamada por gastos de mudanza, guarda de muebles y alquiler temporario de vivienda, y por la cuantía de la indemnización concedida en concepto de daño moral, la que considera insuficiente.

La demandada se queja por la responsabilidad que le endilgara el a quo respecto de los daños producidos, por las sumas otorgadas en concepto de gastos de reparación y daño moral, y por la imposición de las costas.

III.- Ante todo debo señalar que, en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, atendiendo a la fecha en que tuvieron lugar los daños que se reclaman, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art.7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente.

IV.- Para un mejor análisis del hecho, creo conveniente hacer una breve síntesis de las posiciones asumidas por las partes en el expediente bajo estudio.

En su líbello de inicio, el actor, Pietro Erasmo Sorba, sostuvo que es dueño del inmueble sito en la calle Juan Ramírez de Velasco 661, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En ese marco manifestó que, con motivo del Plan de Readecuación del Sistema de Desagües Pluviales Secundarios del Arroyo Maldonado, se realizaron, a cargo de la demandada, obras en la vía pública, a escasos metros del frente del inmueble de su propiedad, que generaron daños en el bien.

La demandada, a su turno, reconoció que resultó adjudicataria para la ejecución de la obra señalada por el actor, pero negó su responsabilidad en los daños, si estos hubieran existido, por no encontrarse configurados los supuestos de la responsabilidad civil.

V.- Responsabilidad En este caso estamos en presencia entonces de una acción personal tendiente a obtener la reparación de los daños producidos como consecuencia de una obra realizada en la vía pública.

Ahora bien, por una cuestión de orden metodológica trataré en primer lugar los agravios formulados por la demandada, relativos a la responsabilidad que se le atribuyó en la sentencia.

Dycasa S.A. sostiene en su expresión de agravios que la conclusión a la que arriba el a quo -en concordancia con lo informado por el perito ingeniero- resulta carente de fundamento científico.

Critica que no se hayan considerado las impugnaciones efectuadas a la pericia técnica, en relación a la influencia del factor reológico en la producción de los daños.

Este factor, según expone, es clave para entender lo sucedido, pues refiere a la deformación propia de los materiales usados para la construcción.

Arguye que la aparición de las fisuras es coincidente con el tiempo en que una construcción nueva se empieza a asentar, y por ende comienza a mostrar fisuras.

Por otra parte, destaca que las tareas que se realizaron fueron autorizadas por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien fue el comitente de la obra.

En casos como el presente resulta de vital importancia el análisis del informe pericial producido.

El ingeniero civil Roberto Silvio Franco, describió en su dictamen de fs. 354/360, las patologías que se observaron al momento de la inspección del inmueble. Enumeró que en la vivienda se apreciaban fisuras en todas las plantas, en diversos ambientes. Agregó que también se observó una grieta pasante en el tabique del palier del segundo piso, la que también se percibía desde el dormitorio y desde el escritorio ubicado en el frente.

En dicho informe se incorporaron diversas fotografías en las que se visualizan los mencionados daños, en diferentes muros y tabiques de la propiedad.

Explicó que “.la vivienda presenta un estado generalizado de fisuración, particularmente grave en la planta del 2° piso, donde algunas de ellas se transformaron grietas pasantes.”, y detalló que “estas patologías son consecuencia de vibraciones y/o percusiones excepcionales, no previstas como acciones o cargas de diseño de la estructura.”.

También aclaró que “.si bien es viable que en un edificio de las características constructivas del de autos puedan aparecer algunas fisuras superficiales en el transcurso de su vida útil, no es posible que las mismas tengan las características y magnitudes de las apreciadas.” y recalcó que existían también otras fisuras que no fueron reseñadas en el informe por ser de naturaleza distinta a las que se detallaron.

Infirió que atento las características de la obra realizada en la calle del frente del inmueble (tipo de maquinaria utilizada, tareas efectuadas en el suelo y la calzada, etc.), las vibraciones y percusiones que se generaron durante las mismas “.debieron ser el origen de las patologías que presenta la vivienda del actor.”

El dictamen fue fuertemente impugnado por la demandada a fs. 362/363, con la asistencia de su consultor técnico, Ing. Mielnikzuk, quien también suscribiera el informe de fs. 346/349. Allí

criticó que no se haya analizado la estructura de la obra, ni se haya considerado la calidad de los materiales empleados en su construcción, ni se estudiara el comportamiento elástico del edificio.

Observó también que resultaría llamativo que en todo el trazado del ramal de la obra de la cuenca del Maldonado que coincidió con la calle Velasco, solo se viera afectado por la construcción de la obra el edificio del actor y que ni siquiera se recibieron quejas del edificio que comparte estructura con el afectado.

Efectuó, por otra parte, ciertas referencias al tipo de suelo sobre el que se encuentra asentado el edificio, en cuanto su composición y capacidad de compactación.

Finalmente, también sostuvo que las fisuras debieron originarse por problemas reológicos, y no por las vibraciones -como expresan el actor y el perito-, pues de haber sido este último caso, se habrían producido patologías en los muros de carga de la planta baja, lo que no ha sucedido.

Estas observaciones fueron contestadas por el experto a fs. 377/378. Allí, ratificó las conclusiones a las que arribara en su dictamen original, sin dar mayores explicaciones de las ya vertidas.

Si bien es cierto que las observaciones efectuadas no han sido refutadas con absoluta claridad, recuerdo que, en el terreno de la apreciación de la prueba el magistrado puede inclinarse por la que le merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente, siendo ello en definitiva una facultad privativa del juez, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 386 del Cód. Procesal, de modo que no es imprescindible examinar en la decisión todas y cada una de las pruebas aportadas, sino las que hagan al fundamento de aquélla.

Asimismo, es sabido que debe otorgarse prioridad a las conclusiones a las que arribara el perito oficial, por sobre la opinión del perito de parte, atento su objetividad.

Creo importante remarcar que si bien las observaciones efectuadas por la demandada resultan atendibles, no alcanzan a refutar las conclusiones a las que arribara el perito oficial.

Así las cosas, entiendo que ha quedado acreditado que los daños sufridos en la vivienda del actor tienen relación de causalidad con la obra efectuada por la demandada en la calle Velasco al 600.

Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, informara a fs. 385, que no se iniciara expediente administrativo alguno a consecuencia de incumplimientos del contratista en las medidas de seguridad en la obra de Readecuación de desagües pluviales secundarios del Arroyo Maldonado, que fueron encomendadas a la demandada, pues lo indicado no alcanza para controvertir las afirmaciones hechas por el experto ingeniero civil, en el marco de su actuación pericial.

Por otra parte, entiendo que resulta contradictorio alegar que los daños del inmueble se originan en deficiencias de construcción y simultáneamente exponer que el edificio gemelo, con el que comparte estructura, no ha sufrido patología alguna.

En definitiva, las constancias reseñadas me convencen de que los daños que sufriera el inmueble del actor, han sido consecuencia de la obra que llevó a cabo la demandada, por lo que esta última deberá responder.

Por ello, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas, que se confirme la sentencia de grado en este aspecto.

VI.- Se agravia también la demandada por entender que no se configura un supuesto de sustitución procesal, por el cual el condómino tenga legitimación para ejercer una acción en nombre de los otros.

Expone que en el caso, el actor resulta ser cotitular del derecho de propiedad con su cónyuge, aunquese presentara en el escrito inicial como "dueño".

Sostiene que aquella figura no es aplicable al presente caso, pues no se parte del ejercicio de los denominados "derechos inherentes a la propiedad" sobre la cosa en sí (uso, goce, disposición y reivindicación), sino que atañe al derecho de propiedad del actor (y solo de él) en su sentido amplio, constituyendo una acción resarcitoria y no real o posesoria.

Señala también que, en el caso de la partida de daño moral, es particularmente improcedente.

El sentenciante señaló que a pesar de que el accionante no resulta titular del 100% del inmueble -es condómino en una proporción del 50%- , la condena prosperaría por el todo, al entender que actuó como un gestor oficioso de su condómina, en los términos del art. 2709 del Cód. Civil.

Comparto, la solución propuesta por el magistrado de la primera instancia.

Es que si la cosa dañada está en condominio, la acción puede ser ejercida conjuntamente por todos los condóminos, pero también por uno solo de ellos (arg. art. 2709). (Kiper, Claudio, Proceso de daños, Tomo I, La Ley, 2008, pág. 241).

En ese sentido, el condómino goza de todos los derechos inherentes a la propiedad y puede ejecutarlos sin el consentimiento de los demás copropietarios (art. 2676 Código Civil), en tanto que, aunque sin mandato será juzgado como gestor oficioso (art. 2709 del código citado) y tiene, en consecuencia, legitimación para iniciar una pretensión resarcitoria contra el responsable de los daños sufridos en el inmueble, sin perjuicios de la rendición de cuentas que le corresponda ulteriormente.

Juzgo entonces que lo reclamado por los daños materiales tiene el carácter de "acto conservatorio del derecho" dirigido a la reparación de la cosa dañada, por lo que el planteo efectuado por la quejosa no tendrá favorable acogida.

Respecto de la suma otorgada en concepto de daño moral, juzgo que la situación es distinta.No por entender que debe -como pretende el agraviado- reducirse la suma otorgada a

la mitad, sino debido a que de la sentencia de autos surge claramente que el rubro otorgado ha sido concedido en virtud de las características personales del actor, y no por su condición de titular de dominio.

Las referencias a su vivienda, actividad laboral, así como el reconocimiento de que el accionante vio afectada su vida cotidiana, dan claras pautas que la estimación efectuada por el a quo ha tenido en vista las circunstancias individuales del Sr. Sorba, por lo que mal puede entenderse, en este punto, que el actor haya actuado en carácter de gestor de su condómina.

En síntesis, creo que la decisión del magistrado de primera instancia ha sido acertada, por lo que propongo que se la confirme.

VII.- Estudiaré a continuación la indemnización otorgada. a. Gastos de reparación del inmueble La demandada reprocha el monto otorgado en concepto de reparación del inmueble, fijado en \$ 346.395.

Alega que se habría incurrido en un caso de sentencia extra petita, teniendo en cuenta que el actor estimó en su escrito inicial la partida en un monto inferior (\$ 224.000), y que esto sería violatorio del principio de congruencia.

El perito ingeniero, describió en su informe de fs. 354/360, las tareas que deben efectuarse para reparar el inmueble, así como el costo aproximado de estas.

Manifestó que deben abrirse y ensancharse todas las fisuras, para luego rellenarlas de selladores plásticos. En cuanto a las grietas pasantes, se deberán realizar llaves de tracción con barras de acero de pequeño diámetro; después deberá rehacerse el revoque donde sea necesario.

En todos los casos, se deberá, una vez realizadas las tareas, acondicionar las superficies y proceder a su pintado, con latex satinado en los muros interiores y latex acrílico en cielorrasos.

Respecto de la puerta principal, agregó que deberá picarse el entorno del marco y volverla a amurar con revoque, para luego efectuar la pintura del muro de frente y de la puerta.

Estimó que la totalidad de las tareas a realizar tendrían un costo de \$ 346.395.

Este punto del informe nunca fue controvertido por las partes.

Considero que si bien la suma establecida es más elevada que la consignada en el escrito de inicio, entiendo que no se vulnera el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio al encontrarse debidamente probado el perjuicio, y su cuantía quedó librada a la decisión judicial. Efectivamente, se reclamó "lo que en más o en menos V.S. determine según las constancias de la causa". Así, la estimación provisional en cuanto al monto de los daños no implica un tope máximo al cual no se puede superar al fijar la cuantía definitiva de los perjuicios, sino que es perfectamente lícito deferir el quantum a la fórmula de estilo antes mencionada (cfr. Belluscio-Zannoni, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Astrea, 1979, T 2, pág 707; ver jurisprudencia de esta Sala, en autos "Transportes Almirante Brown SA c/ Petroff de Rama, Verónica Lilian y otros" s/ daños y perjuicios", Expte. 21.248/2000, del 23/08/2010; "Chueco, Dora Nélide y otro c/ Giannini,

Víctor Omar y otros/ escrituración”, Expte. 61.263/2009, Juzgado 96, R. 611.471, 19/03/2013; CNCom, sala A, 08/05/2007, “Apaz, Roque A. c/ Lácteo SA”, LL 17/08/2007, pág. 6; CNCiv., Sala K, 23/05/2003, “Ponce de Antico, María E.c/ Carrefour Argentina SA”, DJ 2003-2.1123).

En suma, creo que otorgar un monto mayor al estimado originalmente por el actor, no resulta violatorio del principio de congruencia ya señalado; y toda vez que la suma estimada por el experto no ha sido controvertida por las partes, propongo al acuerdo que se confirme la presente partida. b. Daño moral.

El magistrado de grado concedió la suma de \$ 25.000 en concepto de daño moral. Esto recibe críticas tanto del actor -quien entiende que la suma resulta reducida- como de la demandada -quien sostiene que debe rechazarse la partida, ya que los perjuicios son netamente patrimoniales-.

Si bien es cierto que no cualquier tipo de angustias, molestias o frustraciones importan un daño moral resarcible, creo que en el caso median razones suficientes como para tenerlo por configurado. Si se parte de la base de que el daño moral genera una disvaliosa alteración del equilibrio espiritual de una persona, es indiscutible la desagradable impresión que al actor debió causarle el hecho que motiva estos autos y sus posteriores consecuencias. La alteración de su vivienda y de su modo de habitarla, debió prodigar una lesión de índole espiritual y perturbadora. Basta tener presente la descripción de los daños hecha por el perito.

No se trata de un quebranto afectivo cualquiera, sino de uno que responde a un interés espiritual preexistente, objetivamente reconocible y jurídicamente valioso, consistente en la alteración del *modus vivendi* que genera semejante preocupación, con las consiguientes repercusiones espirituales negativas.

Se ha señalado que el menoscabo de bienes con valor pecuniario es idóneo para causar un daño moral indemnizable sólo si a la incolumidad de esos bienes se vincula lo que se denomina como “interés de afección” (Zavala de González, M., “Resarcimiento de daños”, t.1, “Daños a los automotores”, pág. 174 y ss.; ídem, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, pág.211).

Señala dicha autora que “el inmueble en el que una persona reside con cierta permanencia es donde despliega la cotidiana existencia personal y familiar; a él se ligan, en consecuencia, legítimas afecciones de sus moradores. Dentro de los bienes materiales, para el común de las personas a casi nadie importa alguno más que ‘la casa’ (sobre todo si es propia) y no como asunto de pura relevancia económica, sino atendiendo inclusive a los hondos afectos que se apoyan en la raíz espacial del *discurrir vital*” (“Personas.”, cit., pág. 214).

En el caso subexamine, los inconvenientes en la vivienda no son de menor relieve o fácil y pronta subsanación (el perito ingeniero calculó que las obras se prolongarían por un plazo de 90 días). Lo acontecido supera la idea de meras molestias, como ocurre con pequeñas humedades o ligeras roturas, por lo que considero justo que se otorgue una suma al actor para enjugar su padecimiento.

En cuanto al monto, estimo que resulta reducido por lo que propongo que se lo eleve a \$ 50.000. c. Gastos de mudanza, guarda de muebles y alquiler temporario.

Se agravia el actor por el rechazo de esta partida.

El magistrado de la instancia anterior entendió que las tareas que el perito ingeniero describió como necesarias para reparar el inmueble, no autorizaban a considerar que el actor debiera trasladarse de su domicilio durante el lapso que insumían -más allá de soportar ciertas molestias-.

Creo correcta la decisión.

Las obras que enumerara el experto, si bien podrían prolongarse por un tiempo, no parecen justificar que el inmueble se torne inhabitable -teniendo en consideración cierta tolerancia-, como para hacer viable esta partida.

Por ello, entiendo que debe confirmarse la sentencia de grado en este punto.

VIII.- Finalmente, la demandada se agravia respecto de la imposición de costas efectuada.

Afirma que, atento la existencia de vencimientos parciales -ya que se rechazaron diversas partidas indemnizatorias-, las costas deberían distribuirse en forma proporcional.

El art.68 del Código Procesal establece como principio general que las costas se imponen al vencido, y luego expresa que “el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello”.

La imposición de costas en el orden causado sólo es procedente en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis o en atención de la conducta de las partes, su regulación puede efectuarse mediante un apartamiento de la regla general (Kiper, Claudio M.- Colombo, Carlos J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, La Ley, 2011, 3a. ed. actualizada y ampliada, Tomo I, pág. 476).

A mi modo de ver no se presentan en este litigio ninguno de tales motivos que justifiquen el apartamiento del principio general.

En consecuencia, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios en tratamiento.

Propicio, entonces, que las costas de ambas instancias se impongan a la demandada que resultó vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 y 279 del Código Procesal).

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas, distinguidos colegas que se eleve el monto concedido en concepto de daño moral a \$ 50.000, y se confirme la sentencia de grado en todos los otros aspectos que fueron materia de agravios. Con costas a cargo de la demandada (conf. art. 68 y concs. del Código Procesal).

El Dr. Fajre y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe. FDO. José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper.

Buenos Aires, 28 de marzo de 2019.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: modificar la sentencia de grado, elevando el monto concedido en concepto de daño moral a \$ 50.000, y confirmar la sentencia de grado en todos los otros aspectos que fueron materia de agravios. Con costas a cargo de la demandada (conf. art. 68 y concs. del Código Procesal).

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese.

José Benito Fajre

Liliana E. Abreut de Begher

Claudio M. Kiper