

Recurso De Nulidad Procedencia Requisitos Prueba Incorporacion Clausura Dictamen Pericial Caracteristicas Valoracion Dano Moral Prueba

JURISPRUDENCIA

Recurso de nulidad. Procedencia. Requisitos. Prueba. Incorporación.

Clausura. DICTAMEN PERICIAL. Características. Valoración. DAÑO MORAL. Prueba Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios contra el Consorcio del Edificio en el actual el actor posee un inmueble, en virtud de que el Consorcio es civilmente responsable por la omisión dañosa tanto del deber de reparar la cosa común como de resarcir los daños que se ocasionaron en la propiedad del actor. En la ciudad de Rosario, a los 06 días del mes de Octubre de 2015, se reunieron en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Integrada, Dres. Mario E. Chaumet, Dario L. Cúneo y Jorge W. Peyrano, para dictar sentencia en los caratulados "FERNANDEZ OSCAR P. C/ CONSORCIO EDIFICIO GUIA IX S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte. N° 213/14, venidos del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 5ta Nominación de Rosario, en apelación de la sentencia N° 361 de fecha 19 de marzo de 2014 obrante a fs. 393/405, y habiéndose efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: Es nula la sentencia recurrida? SEGUNDA: Es ella justa? TERCERA: Qué pronunciamiento corresponde dictar? Efectuado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dres. Cúneo, Chaumet y Peyrano. A la primera cuestión, dijo el Dr. Cúneo: El recurso de nulidad interpuesto a fs. 446/43. fue mantenido en esta instancia. La apelante solicita se declare la nulidad del proceso desde el llamamiento de autos, declarándose nula asimismo la sentencia en crisis. Dice que el sentenciante: a) admitió la incorporación de elementos de prueba luego de haber quedado firme el llamamiento de autos; b) ordenó, como medida para mejor proveer, el traslado a las partes para presentar alegato ampliatorio respecto de la prueba introducida luego del llamamiento de autos (informe pericial de la arquitecta Liliana Heisser de fs. 293/3(7). Sostiene que ante una negligencia probatoria de la parte, el juez no puede subsanarla ordenando una medida para mejor proveer. Manifiesta que la sentencia se basó de manera parcial en la constatación judicial practicada por la actora y que el oficial de justicia no se encuentra debidamente instruido como sí lo estaría un ingeniero civil para afirmar cuál es el lugar por donde penetra el agua y se llueve en el departamento. El actor contesta y dice que el decreto de fecha 18/09/12 (que ordena el llamamiento de autos para sentencia) no produce efecto preclusivo sobre la prueba pendiente y en trámite de producción. Asimismo sostiene que en la medida para mejor proveer el a quo sólo se limitó a ordenar que pasen los autos a las partes para alegar sobre el informe pericial presentado por la perito arquitecta Liliana Heisser, a los fines de asegurar el debido derecho de defensa de las partes. Agrega que el magistrado fundó sus conclusiones en los informes de los peritos ingeniero y arquitecta, que corroboran todos los relevamientos y constataciones anteriores a las referidas pericias. No le asiste la razón al nulidicente. Como principio general es dable mencionar que para que prospere el recurso de nulidad contra la sentencia, es necesario que la misma adolezca de vicios o defectos de forma, y que éstos sean manifiestos y graves. Es decir, para que la sentencia sea descalificada como acto jurisdiccional válido, la violación a las formas y solemnidades propias de aquélla deben revestir el carácter de graves y ser capaces por sí solas de poner en peligro evidente el derecho de defensa en juicio del impugnante o algún otro derecho sustancial del quejoso amparado en alguna cláusula de la Constitución Nacional. La jurisprudencia ha señalado que la procedencia del recurso de nulidad posee carácter excepcional y debe ser de interpretación estricta, y no procede en aquellos supuestos en los cuales el agravio del recurrente puede ser reparado a través del recurso de apelación. El carácter excepcional que corresponde otorgar a la procedencia del recurso de nulidad ensambla armoniosamente con el principio de conservación de los actos procesales, ya que el defecto procesal que torna procedente su admisión debe ser dañoso en el sentido de generar un perjuicio no susceptible de reparación por otra vía que no sea la declaración de nulidad (CCCom. de Rosario, sala II, 11-3-97 Rep. L. L. L998-2235, N° 37 y L. L. Litoral L998-1-36). El recurrente no logró acreditar perjuicio alguno que justifique la declaración de nulidad del procedimiento desde la providencia que ordena la medida para mejor proveer hasta la sentencia. Más allá de las limitaciones reconocidas doctrinaria y jurisprudencialmente a la facultad de los magistrados respecto del alcance y contenido de las medidas para mejor proveer, lo cierto es que en el caso, el decreto que según el nulidicente adolece de vicios, no afecta en modo alguno la estructura formal de la pieza resolutoria. Yerra el recurrente al cuestionar la incorporación de la prueba documental (fs. 201/292) y el informe pericial (fs. 293/307) con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia (v fs. 200 vta.). Cabe advertir que el decreto de clausura del período probatorio no tiene efectos preclusivos. Ello significa que las pruebas que se incorporen con posterioridad al mismo, incluso las que lo sean luego del llamamiento de autos, pueden ser consideradas por el juez en la sentencia. Tiene dicho la jurisprudencia que: "El juez puede valorar las probanzas incorporadas después de clausurado el debate y aun luego de dictada la sentencia de primera instancia, siempre y cuando se hubiera ofrecido en tiempo". (CCCR. 4A,

28L0.97 Z, CD v6. 0, Sum 15530). En igual sentido, se ha dicho: "El hecho de haberse dictado la providencia de autos, no obsta a la recepción de la prueba, ya que si alguna viniere o se produjere antes de la sentencia, será tomada en cuenta (CPC, art. 150) (CCCR, 1a, 121191, Z, 59-J/241; Z, CD v6, Sum. 838; Lexis N° 9200047; CCCR, 2a, 03.09.91, LLL, 1998-1-46). En virtud de lo expuesto, no habiendo acreditado el recurrente el perjuicio que dice haber sufrido con motivo del dictado de la medida para mejor proveer; y siendo que el traslado ordenado por el sentenciante a los fines de que se alegue sobre el informe pericial presentado a fs. 293/307 respeta el principio de contradicción y bilateralidad, otorgando a las partes la posibilidad de ejercer debidamente su derecho de defensa, corresponde rechazar el recurso de nulidad inter puesto. Voto por la negativa. A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: De conformidad con lo expuesto por el Sr. vocal preopinante, voto por la negativa. A la segunda cuestión, dijo el Dr. Cúneo: El actor promovió demanda de daños y perjuicios contra el Consorcio del Edificio de Departamentos "Guía IX" por la suma de \$99.66750.-, con más intereses y costas. Relató que vivía con su esposa, Anita Magdalena Benko, en el departamento de su propiedad sito en calle Cortada Ricardone N° 1261/63, en el piso 11 -último piso sobre el cual se encuentra la terraza del consorcio-, desde el año 1980. Expresó que ya en los años 1996/1997 comenzaron a observar la aparición de rajaduras y grietas en el techo y paredes de su vivienda, las cuales comenzaron a expandirse rápidamente, produciéndose filtraciones de agua y humedad por distintas partes del departamento, las que se agravaban los días de lluvia, debido a la falta de mantenimiento y tratamiento de la azotea. Mencionó que efectuó una constatación por el Ingeniero Di Cesare, perteneciente al Departamento de Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Rosario, quien destacó la anormalidad de la situación y aconsejó su urgente solución. Sostuvo que presentó diversas notas dirigidas al Sr Intendente de la ciudad de Rosario y a la Municipalidad de Rosario; que solicitó una nueva inspección y que a los fines de preservar la prueba solicitó judicialmente una medida de aseguramiento para que se constaten las condiciones de la vivienda en particular, de la terraza y del edificio en general. Reclamó los rubros de: a) daño emergente y gastos futuros \$...-, b) daño mobiliario \$...-, c) daño moral \$...- y d) daño psicológico \$... La demandada negó todos y cada uno de los derechos invocados en la demanda que no sean objeto de un expreso reconocimiento. Afirmó que el consorcio realizó en varias oportunidades y en la medida que era necesario, trabajos de mantenimiento y conservación de la terraza, implicando el desembolso de una suma importante de dinero para el consorcio y los consorcistas, siendo ejecutados y finalizados en el mes de abril de 2011. Manifestó que en la constatación judicial la oficial de justicia actuante se extralimitó en sus funciones y concluyó en forma parcial y errónea a favor del actor. Dijo que el edificio en general se encontraba en buen estado de conservación y mantenimiento, y que no obstante ello, con el transcurso del tiempo podían aparecer desperfectos tanto en las partes de la propiedad exclusiva de los consorcistas como en aquellas de propiedad común. Mediante Sentencia N° 361 dictada en fecha 19 de marzo de 204, el juez de grado hizo lugar a la demanda. Concluyó que el consorcio demandado es civilmente responsable por la omisión dañosa tanto del deber de reparar la cosa común como de resarcir los daños que se ocasionaron en la propiedad del actor. Agregó que el perito ingeniero y la arquitecta, al presupuestar manifestaron que la responsabilidad de la demandada se corresponde con la reparación de la cosa de uso común, pero que inescindiblemente ha afectado al inmueble de la actora; es por tal motivo que corresponde el resarcimiento de los gastos de reparación del interior de la vivienda del actor, resultando por ende procedente la indemnización pretendida por el rubro material, fijando la misma en \$...- Concedió el rubro de daño moral argumentando que resultaba razonable y equitativo, en relación a las personas afectadas, con la valoración de todas las circunstancias particulares que reviste el caso analizado. Así surge de las declaraciones testimoniales y de lo manifestado por el perito ingeniero: el deterioro sufrido en la vivienda que no se encontraba apta para ser habitada y la grave enfermedad que padecía una de las personas que habitaban el inmueble1 Estimó razonable fijar el valor del rubro en la suma de \$... 2. Contra dicho pronunciamiento inter puso recurso de apelación y conjunta nulidad la demandada. 2.1. Al expresar agravios, la recurrente se queja de la resolución impugnada por cuanto sostiene que el actor promovió la presente demanda contra el consorcio por los daños sufridos por él y su familia, cuando en rigor de verdad, sólo lo hace por derecho propio y a su exclusivo provecho. Asimismo se agravia que el sentenciante haya tenido por acreditados los daños en el mobiliario en función de los dichos de los testigos. Continúa quejándose de que se haya fijado la indemnización en concepto de daño material por reparaciones estructurales en la suma determinada por la perito arquitecta a fs. 306 (\$...), la que resulta irrazonable. Expresa que el daño psicológico fue rechazado dado que el sentenciante consideró que el mismo iba a tratarse junto con el daño moral, y por ello debió haberle impuesto las costas. Por último se agravia de la tasa de interés aplicada equivalente a la activa del B.N.A para cartera general nominal anual vencida (sumada) a 30 días, por cuanto afirma que dicha tasa se aplica cuando la obligación es comercial. Denuncia como hecho nuevo la ejecución de tareas de mantenimiento llevados a cabo tanto en la terraza del edificio como en el frente y paredes medianeras. 2.2. La actora contesta y expresa que la demanda fue inter puesta por su parte por los daños y perjuicios ocasionados en el inmueble de su propiedad, así como también en su salud y en la de su familia1 Manifiesta que el inmueble es un bien ganancial y que denunciado el fallecimiento de su cónyuge -la Sra. Benko- comparecieron sus 3 hijos, estando todos ellos legitimados procesalmente para

continuar esta acción. Menciona que los daños al mobiliario fueron probados en autos con las declaraciones de los testigos, las constataciones y que, además, los mismos son una razonable y directa consecuencia de la humedad y del agua que se escurría por el techo del departamento; y que la indemnización por daño material resulta razonable, dado que el mismo se encuentra sobradamente acreditado y detallado en el informe pericial. En cuanto al daño psicológico, refiere que no fue rechazado in limine por el magistrado sino que lo consideró como un rubro para evaluar la entidad del perjuicio moral, otorgándole importancia y considerándolo al momento de ponderar la cuantía de la indemnización del daño moral, incluyéndolo dentro de éste -el que fue debidamente acreditado en autos-. Finalmente en cuanto a la tasa de interés aplicada, manifiesta que es la apropiada dado que remedia los efectos nocivos de la depreciación del dinero y la finalidad de su aplicación es la de compensar la devaluación mitigando los efectos de la inflación. 3. Cabe adelantar que el recurso interpuesto no ha de prosperar. El recurrente se agravia que el sentenciante haya basado su decisorio para la cuantificación de los daños materiales denunciados por la actora en la pericia presentada por la Arquitecta Liliana Heisser a fs. 293/30, siendo que la misma fue presentada con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia. En primer término es dable destacar que conforme lo establece el art. 150 del CPCC, las pruebas pueden ser incorporadas al proceso después de clausurado el período probatorio y ser consideradas por el juez en la sentencia, siempre que hayan sido ofrecidas oportunamente. En estos casos y ante una eventual disconformidad sobre el contenido de las mismas, las partes pueden objetarla en la instancia procesal correspondiente. En el caso, el momento apropiado para cuestionar la pericia practicada por la arquitecta era en esta alzada al expresar sus agravios, atacando las conclusiones a las que arribó la perito y acreditando fehacientemente sobre la base cierta de hechos concretos que el informe pericial no era ajustado a la realidad. En otras palabras, en esta instancia el recurrente tenía la oportunidad para cuestionar la pericia incorporada en autos luego del llamamiento de autos, y no lo hizo. Sólo se limitó a manifestar su disconformidad con la misma sin siquiera acompañar prueba en contrario. Si bien es cierto que no resulta unánime, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente ajena al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan fehacientemente concluir en el error o el inadecuado uso que en el caso el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado, ya que la sana crítica aconseja cuando no existe otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, aceptar las conclusiones periciales. Sabido es que las opiniones de los peritos no resultan vinculantes para el juez, pero para apartarse de sus conclusiones se requieren razones serias, elementos objetivos que acrediten la existencia de errores de entidad que justifique prescindir de sus conclusiones, no bastando, exponer meras discrepancias con la opinión del experto o de formular consideraciones genéricas que pongan en duda sus conclusiones, sino de demostrar con fundamentos apropiados y de modo convincente que el peritaje es equivocado. La apelante no rebate las conclusiones a las que arriba el sentenciante para fijar el monto de los daños materiales en base a las estimaciones efectuadas por la Arq. Liliana Heisser en su informe pericial. En virtud de ello y al no existir argumentos sólidos que permitan apartarnos del mismo, el presente agravio no ha de prosperar. En segundo término se agravia del rubro daño moral otorgado por el judicante. Al respecto cabe mencionar que en reiterados pronunciamientos, esta Sala ha sostenido que para acreditar el daño moral en su existencia y entidad, no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades de la víctima a fin de establecer el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto. "A partir de la acreditación de evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral" (Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral", Bs. As., Hammurabi, 1996, ps. 559 y ss.j. Del mismo modo, Matilde Zavala de González expresa que el medio general de prueba del daño moral es presuncional, sobre la base de la experiencia existencial del magistrado (en: "Resarcimiento de daños", 2a. edic., Bs. As., Hammurabi, 1996, t. 2, p. 569.). Además, se ha sostenido jurisprudencialmente que no resulta necesaria la prueba de la existencia y extensión de daño moral, puesto que siendo éste una lesión a los sentimientos, surgirá su existencia de la valoración de la circunstancias fácticas que haga el juzgador y, de concluirse que los mismos son aptos para producirlo, su monto será objeto de estimación judicial (v de esta Sala, entre otros, casos: "Blanch", "Stagnita Roque", acuerdo N° 38 D-04-0L). Los sinsabores que conlleva la necesidad de denunciar el hecho, la pérdida de tiempo y las indudables molestias y angustias que ocasiona vivir en tales circunstancias, producen una serie de padecimientos que no requieren una prueba extra. No conozco ningún hombre que no sufra angustia cuando sus bienes resultan dañados, máxime tratándose de su propia vivienda y la de su familia. En estos casos debe establecerse válidamente una presunción -ésta judicial- sobre la existencia de daño moral, cuando resulta notoria la afectación de la faz espiritual de las personas que padecen determinado perjuicio, "no pueden los Jueces obviar el propio conocimiento de determinadas circunstancias que son, además, habituales y fácilmente constatables puesto que lo contrario implicaría un desdoblamiento de la personalidad que sólo llevaría a que la justicia actúe en forma automática". Como lo expresa Ciuro Caldani, "la vinculación con el ser y con la vida es fundamental para que las nociones de

daño y reparación no se conviertan en abstracciones inadecuadas a los fines que se pretenden" (en: "Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación", LA LEY 29/9/92). En consecuencia, el presente agravio debe ser rechazado. Continúa quejándose el apelante de que las costas le hayan sido impuestas en su totalidad cuando, según entiende, el rubro daño psicológico fue rechazado. No le asiste la razón. El juez de grado al tratar el tema refiere expresamente que: "En lo referente al daño psicológico invocado, cabe, inicialmente, destacar que la jurisprudencia no es pacífica en cuanto a la distinción y autonomía que cabría reconocer a dicho rubro respecto del tradicional 'daño moral'. El suscripto comparte la línea jurisprudencial de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que señala: "el daño psíquico carece de autonomía aunque puede tener incidencia tanto en la faz material como moral" (C.NAp. Civ, Sala D, E/03/L992, "Martjena, Ergasto v Institutos Antártida S.A y otro", JA L993-III-137). De ello se desprende que este rubro no fue rechazado sino que fue incorporado como parte integrativa del daño moral por cuanto el sentenciante entendió que no correspondía su tratamiento en forma separada e independiente. En lo que respecta a la suma otorgada por el rubro daño moral (\$40.000.-), cabe señalar que, en virtud de lo expresado precedentemente y habiéndose dado un tratamiento unificado con el daño psicológico, dicha suma comprende ambos conceptos; por lo que las afirmaciones efectuadas por el apelante en relación a ella carecen de sustento fáctico, y no merecen tratamiento alguno. Por otra parte, corresponde destacar que la ejecución de las tareas denunciadas como hecho nuevo en esta alzada no quedó acreditada. Ello por cuanto de las constancias acompañadas (facturas y recibos confeccionados a nombre del Consorcio Edificio Ricardone 1266 y los contratos de locación de fs. 431 y 442 -sin la reposición de sellado alguno que les confiera fecha cierta, perjudicando su oponibilidad frente a terceros-), no surge el efectivo cumplimiento de las mismas. Por último, el agravio vertido sobre la tasa de interés aplicada por el juez de grado, tampoco ha de prosperar. Esta Sala viene sosteniendo que la fijación de intereses es, especialmente en países como la Argentina, provisional ya que su determinación debe responder a las fluctuantes condiciones de la economía. Aun antes del plenario "Samudio" también ha considerado que cabe tener en cuenta para la fijación de la tasa de interés una tasa que refleje la influencia del alza registrada en los precios que integran la "canasta familiar". En virtud de ello corresponde, aun en la hipótesis de obligaciones civiles, que el monto adeudado devengue hasta su efectivo pago un interés equivalente a la tasa activa sumada de acuerdo a los índices del Banco de la Nación Argentina (ver Protocolos de esta Sala). Cabe considerar que el momento a partir del cual comienza la aplicación de esta tasa (activa), es el de la fecha en que se ha cuantificado cada daño. Así por ejemplo, para los montos fijados por los daños del vehículo es la fecha de la pericia; para el daño moral la fecha de la sentencia de 1º instancia, para el daño por incapacidad, la fecha de esta sentencia. (Barbero, Ariel E., "Intereses moratorios: se vuelve a la buena senda", L.L., C40509, p. 5). Más allá de lo expuesto, se deja a salvo la facultad morigeradora del Tribunal si en virtud de circunstancias sobrevinientes la aplicación de dicha tasa pudiera tornarse abusiva. En virtud de las consideraciones vertidas precedentemente a la segunda interrogante, voto por la afirmativa. A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: Compartiendo los argumentos expuestos por el Dr. Cúneo, adhiero a su voto. A la tercera cuestión, dijo el Dr Cúneo: corresponde en consecuencia: 1. No hacer lugar a los recursos de nulidad y apelación interpuesto, con costas a la perdidosa (Art. 251 CPCC). 2. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el ...% de los que en definitiva resulten regulados en primera instancia. A la misma cuestión, dijo el Dr. Chaumet: El pronunciamiento que corresponde dictar en los presentes autos, es el que formula el Dr. Cúneo. En tal sentido voto. Seguidamente, dijo el Dr. Peyrano: Habiendo tomado conocimiento de los autos, y advirtiendo la existencia de dos votos coincidentes en lo sustancial, que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160).

Con lo que terminó el Acuerdo, y atento sus fundamentos y conclusiones, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial integrada; RESUELVE: 1. No hacer lugar a los recursos de nulidad y apelación interpuesto, con costas a la perdidosa (Art. 251 CPCC). 2. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el ...% de los que en definitiva resulten regulados en primera instancia. Insértese, hágase saber, bajen y déjese nota marginal de esta resolución en el protocolo del juzgado de origen. CÚNEO CHAUMET PEYRANO (ART. 26, LOPJ) Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online 005990E