

## Construcción De Edificio En Inmueble Lindero Daños En Las Personas Y En Los Bienes

### JURISPRUDENCIA

### Construcción de edificio en inmueble lindero. Daños en las personas

y en los bienes

Se eleva el monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por reparación de los daños y perjuicios que se les derivaran a los actores en sus personas y en sus bienes, con motivo y en ocasión de la construcción de un edificio por parte de los demandados en la finca lindera al habitado por ellos.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los once días del mes de julio de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala 2ª, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "Grasso, Ana María y otros c/ Romaris, Alberto Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri y Osvaldo Onofre Álvarez. La señora juez de Cámara doctora Ana María Brilla de Serrat no interviene por hallarse en uso de licencia. A la cuestión propuesta la doctora Patricia Barbieri, dijo:

I.- El pronunciamiento. La sentencia que luce a fs. 1225/1254 hizo lugar a la demanda promovida por Ana María Grasso, María Elena Bustos y Serghey Tomchenko, contra R y A. S.A., Alberto Osvaldo Romaris, Laura Pilar D'Agostino y Juan Pastorini e hijos S.R.L., con extensión a la aseguradora La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A., a quienes condenó a abonar a los actores la suma de \$ 670.000.- con más los intereses y las costas. El fallo fue apelado por los actores a fs. 1255, la citada en garantía a fs. 1256, los demandados a fs. 1257, y el tercero a fs. 1258, con recursos libremente concedidos a fs. 1255vta. y 1259. Sus agravios se encuentran expresados a fs. 1276/1306, 1332/1337, 1311/1327 y 1309/1310 respectivamente, y recíprocamente contestados por la citada en garantía a fs. 1342/1346 y por la actora a fs. 1347/1350, 1351/1361 y 1363/1367; en tanto que a los demandados y al tercero se les dio por decaído el derecho de hacerlo a fs. 1370.

II.- Antecedentes. a) A fs. 93/106 con las ampliaciones de fs. 117/118 y 184, mediando la cesión de los derechos y acciones de Carlos Alberto Bustos a favor de Mariana Elena Bustos (cfr. fs. 154/155), ésta última, Ana María Grasso y Serghey Tomchenko demandan a Alberto Osvaldo Romaris, María Laura del Pilar D'Agostino y R. y A. S.A., procurando la reparación de los daños y perjuicios que se les derivaran en sus personas y en sus bienes, con motivo y en ocasión de la construcción de un edificio por parte de los demandados en la finca lindera al habitado por ellos. Manifiestan ser integrantes de una misma familia constituida por el matrimonio de Carlos Alberto Bustos y Ana María Grasso, su hija Mariana Elena Bustos y su esposo Serghey Tomchenko, que conviven en el dpto. 2ª del inmueble sito en la calle Humboldt 1934 de esta ciudad. Exponen detalladamente las vicisitudes e inconvenientes sobrevinientes a la adquisición del inmueble de la calle Humboldt 1924/26 por parte de la empresa constructora demandada, con el objeto de erigir allí un edificio, comenzando con la colocación del cartel de anuncio de la obra, la demolición de la casa existente en el lugar, excavación del terreno, etc. Emprenden consecuentemente -luego de agotadas todas las instancias previas intentadas con el objeto de componer sus intereses- la presente acción que encaminan en contra de la empresa constructora propietaria del terreno R. y A. S.A., el director de obra Arq. Alberto Osvaldo Romaris, y la directora del proyecto Arg. María Laura del Pilar D'Agostino. Cuantifican estimativamente su pretensión conforme al siguiente detalle: a) Mariana Elena Bustos: por daños en el inmueble una suma entre \$ 290.000.- y \$ 390.000.- y/o la que resulte de la prueba pericial, por daño físico \$ 66.000.-, por daño psicológico \$ 25.000.-, y por daño moral \$ 40.000.-; b) Serghey Tomchenko: por daño físico \$ 12.000.-, por daño psicológico \$ 40.000.-, y por daño moral \$ 20.000.-; c) Ana María Grasso por daño psicofísico \$ 40.000.-, y por daño moral \$ 20.000.-

b) A fs. 393/412 los accionados por medio de apoderado contestan la demanda y solicitan su rechazo. Formulan una negativa puntual y pormenorizada de cada uno de los distintos hechos y circunstancias argüidas por los actores, salvo aquellos expresamente reconocidos, al igual que su desconocimiento de la documental. Ofrecen su propia versión de los hechos, según la cual en resumidas cuentas, el meollo de la cuestión consiste en la voraz ambición de los actores y en particular de la Sra. Mariana Elena Bustos, de obtener una desmesurada ventaja económica aprovechando que al lado de su vivienda se levantó un edificio nuevo, cuyo progreso y construcción intentaron impedir injustificada y arbitrariamente por diversos medios incluyendo reiteradas intervenciones de la autoridad administrativa de aplicación, de la Justicia Contravencional, y también de la Justicia Nacional en lo Civil. Descalifican en suma la postura asumida por los actores, y la real existencia e importancia de los daños que aluden, interpretando que en el caso no se verifican las condiciones que justifiquen el progreso de la acción intentada. Solicitan la citación en garantía de "La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A." con quién la empresa demandada tiene contratado un seguro por todo riesgo de la construcción de que se trata; y la intervención obligada en calidad de tercero de "Juan Pastorini e hijos S.R.L.", por ser la empresa que se encargó de los trabajos de

demolición en la obra. c) La aseguradora contesta a fs. 573/577 la citación en garantía que se le cursara, y reconoce su condición de tal en virtud del contrato celebrado con la empresa demandada, cubriendo entre otros el riesgo de responsabilidad civil conforme a los términos y condiciones establecidos en la póliza n° 513226.9 en que aquél se encuentra instrumentado. Opone como defensa de fondo la excepción de falta de legitimación pasiva, y formula en lo demás adhesión a la contestación de demanda efectuada por su asegurada. d) ?Juan Pastorini e hijos S.R.L.? hace su presentación a fs. 585/594, y respondiendo a la citación en calidad de tercero que se le endilgara solicita su rechazo así como de la demanda interpuesta. Formula una pormenorizada negativa de las circunstancias relatadas en el escrito inicial y desconoce la documental salvo la de su pertenencia. Expresa que fue contratada por la empresa accionada para realizar trabajos de demolición en el inmueble de la calle Humboldt 1926, conforme al presupuesto confeccionado al efecto contando con la aprobación de la comitente; que por la escasa envergadura de la obra el trabajo insumió tres semanas, período en el cual no se originó incidente alguno, aclarando que no se utilizó pala excavadora y/o martillo neumático, ni se produjo ningún impacto contra la medianera del inmueble lindero; para el retiro de los escombros se utilizó una máquina de propiedad de la empresa ?Cascotera Libertad?, quién proveyó asimismo el personal idóneo para su operación, sin que se reportara ningún evento dañoso o incidente de cualquier naturaleza; que su intervención cesó con la verificación de la empresa constructora, aprobación por ella del final de obra y abono del trabajo sin efectuar observaciones. III.- La sentencia. Conforme la argumentación desarrollada al efecto, precisó la magistrada de grado que en atención a la época en que se originó la situación jurídica objeto las presentes actuaciones, corresponde para su resolución aplicar la normativa entonces vigente, es decir, las disposiciones contenidas en el Código Civil según ley 17.711, en la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor, y en el Código de Comercio. Siguiendo esa línea argumental, a la luz de las pruebas evaluadas a sus efectos tuvo por acreditado que ?en virtud de las obras realizadas en el fundo vecino al de los actores, que comenzaron con la demolición de la casa erigida hasta ese momento, se produjeron daños de importante entidad en el inmueble que habitan, cuya entidad y consecuencias disvaliosas fueron agravándose con el paso del tiempo y debido al accionar de los codemandados, que no cuidaron en forma eficiente la forma en que se efectuaron los trabajos?; y que ?tampoco cumplieron con el compromiso escrito que asumieran...en cuanto a reparar en debida y correcta forma los daños que causarían, que ya habían admitido?. En razón de ello arribó a la conclusión de establecer la responsabilidad de los demandados por las consecuencias derivadas de su accionar y falta de cuidado, en los términos de la enunciada normativa, con la consiguiente obligación de resarcir a los accionantes por los daños y perjuicios emergentes de tal actitud. Responsabilidad que en forma solidaria hizo extensiva a la citada en garantía, declarando la inoponibilidad a las víctimas del daño, de aquellas contingencias derivadas del desarrollo de la relación contractual generada con su asegurado, sin perjuicio de las eventuales repeticiones que pudieren darse entre los contratantes. Fijó entonces las compensaciones correspondientes a los diferentes conceptos objeto de la reclamación, conforme a la siguiente discriminación: 1) reparaciones en el inmueble \$ 360.000.-; 2) Incapacidad sobreviniente: a) Mariana Elena Bustos \$ 80.000.-, b) Serghey Tomchenko \$ 10.000.-; 3) Daño moral: a) Mariana Elena Bustos \$ 80.000.-, b) Serghey Tomchenko \$ 20.000.- c) Ana María Grasso \$ 100.000.-, d) Carlos Alberto Bustos \$ 20.000.- Aclaró la juzgadora que Mariana Elena Bustos se hará acreedora de las indemnizaciones originadas en la pretensión accionada por Carlos Alberto Bustos, en razón de la cesión de derechos litigiosos que éste hiciera a favor de aquélla. En relación con los intereses dispuso que habrán de computarse desde que se ocasionó el perjuicio -fecha en que se realizó la primer denuncia de los incidentes- hasta la fecha de la sentencia a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina; y a partir de entonces hasta el efectivo pago, se liquidarán a la tasa activa cartera general (préstamos) del Banco de la Nación Argentina. IV.- Los agravios. a) Los actores manifiestan su descontento con el monto de las compensaciones dispuestas para enjugar el costo de las reparaciones del inmueble, el daño moral fijado para cada uno de ellos, y la incapacidad sobreviniente de Mariana E. Bustos y Serghey Tomchenko, cuya elevación reclaman por considerarlas exiguas. Extienden sus quejas al rechazo de la partida relacionada con la incapacidad sobreviniente de Ana María Grasso, solicitando la revisión del fallo con la consiguiente admisión de su pretensión resarcitoria. Finalmente cuestionan el tipo de interés y modalidad prevista para su cómputo, y proponen que en su defecto se establezca la aplicación de la tasa activa prevista en el plenario del fuero en los autos ?Samudio de Martínez, L c/ Transportes Doscientos Sesenta S.A. s/ ds. y perj.? para todo el período considerado. b) El tercero ?Juan Pastorini e hijos S.R.L.? se agravia de la imputación de responsabilidad declamada en su contra por la juzgadora, y además por la imposición de la totalidad de las costas del proceso. c) Por su parte los demandados encaminan sus impugnaciones a la atribución de responsabilidad por entender que la sentencia no resulta derivada de los hechos probados en la causa, inadecuadamente evaluados por la sentenciante. También se quejan de la admisión y extensión de la indemnización acordada para cada uno de los rubros mensurados, propugnando su disminución o rechazo según el caso; y de la total imposición de las costas del proceso sin considerar que la actora hubo reclamado un monto superior al fijado en la sentencia. d) La aseguradora se vilipendia en primer término por la extensión de la condena en su contra con la consiguiente obligación de responder con los demandados en forma solidaria, sin la pertinente contemplación de los términos y limitaciones que contiene la contratación del cual

deviene su garantía; y en segundo lugar lo hace en relación con las indemnizaciones acordadas adhiriendo al efecto a las quejas vertidas por los demandados sobre el particular. V.- La solución. Preliminarmente considero apropiado recordar que conforme ha sido sostenido reiteradamente, no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611). Asimismo, los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos los planteamientos, ni evaluar la totalidad de los elementos probatorios agregados al expediente sino que sólo deben hacer mérito de aquéllos que crean conducentes y de las articulaciones que juzguen valederas para la resolución de la litis.- (Conf. CNCiv. Sala 2ª del 19 de julio de 2007 en autos "Palavecino, Alexis c/ Microómnibus SAC y otro s/ daños y perjuicios").

a) La responsabilidad Las relaciones de vecindad entre fundos pertenecientes a distintos propietarios ponen en conflicto sus derechos respectivos, los cuales solo pueden ser conciliados a través de limitaciones impuestas al ejercicio de las facultades naturalmente inherentes a la propiedad. De tal manera, el propietario de un fundo no debe desarrollar actividades que invadan a los vecinos, y si bien solo con respecto a ciertas inmisiones se permite la invasión cuando no es posible evitarla, deberá indemnizar al afectado para compensarlo por las molestias o perjuicios que sufre (cfr. CNCiv., Sala G, 25/08/08, "Bastian, Hernán José c/ Alma Construcciones S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios", Sumario N°18443 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil). El acuerdo privado suscripto el 12 de mayo de 2009 entre el Sr. Carlos Bustos propietario de la UF n° 1 del inmueble de la calle Humboldt 1934, y el Sr. Alberto Osvaldo Romaris constructor a cargo de la obra a realizarse en la finca lindera ubicada en Humboldt 1924/26, da cuenta del compromiso asumido por éste de afrontar y reparar todos los daños materiales y estructurales que se produzcan en el bien de titularidad del primero de los nombrados, como consecuencia de los trabajos realizados en la obra de referencia (cfr. fs. 28).

Partiendo de tal reconocimiento, a la luz de la gran cantidad de elementos probatorios ajenos a la causa que fueron detallados y evaluados por la colega de primera instancia, y que por razones obvias de brevedad omitiré reproducir remitiendo a su lectura, se ofrece un amplio panorama ilustrativo de la naturaleza del emprendimiento que se trata y de los inconvenientes devenidos en el curso de su realización. El perito arquitecto desinsaculado en autos -Juan Pablo Aboitiz- desarrolló la labor pericial encomendada en los términos que ilustra la presentación de fs. 798/807, conformada con el soporte instrumental glosado a fs. 768/797. Allí el experto describe pormenorizadamente las partes o sectores afectados tanto en la medianera como en la unidad funcional de los accionantes, especulando acerca de los antecedentes y posibles razones determinantes de los deterioros que constituyen en marco referencial de las pretensiones indemnizatorias esbozadas en las presentes actuaciones. Brinda respuesta a los interrogantes planteados por los litigantes en los puntos periciales propuestos, y finalmente establece sus conclusiones que contienen un resumen de lo antedicho. Advierte concretamente y así lo transcribo: "1.- Trabajos de demolición, recalce de bases, canalización de estructuras, detalles constructivos sin resolver, todo ello realizado con desapego a las normas y las reglas del arte. 2.- Desajustes entre los planos registrados y lo construido, concretamente con referencia a la superficie construida y la permitida por F.O.T. y medidas de parcela según plano registrado y Registro Catastral. 3.- Deficientes trabajos de terminaciones, en algunos casos sin terminar y sin solucionar al problema de fondo. 4.- Falta de previsión para resolver el detalle constructivo del espacio semi-abierto entre el tabique de hormigón y la medianera terminada (...). El espacio dado de aproximadamente 10 cm. Impide la realización de la capa aisladora faltante y posterior mantenimiento, limpieza, que deberían realizarse por ambas partes en condominio a futuro. De todo ello se desprende la incidencia del 100% de la obra realizada, en el origen de los daños constatados y descriptos? -la negrita me pertenece-. Comparto sus conclusiones, toda vez que las impugnaciones vertidas por los demandados no alcanzan a conmovér, a mi juicio, las fundadas razones dadas por el experto con las que concuerdo sustancialmente, no sólo por fundarse en técnicas propias de su profesión sino también por su concordancia con las reglas de la sana crítica (cfr. arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Ahora bien, si el factor de atribución de responsabilidad proviene del vicio o riesgo de la cosa, la prueba liberatoria recaerá sobre la causalidad ajena al responsable. En el caso de responsabilidad objetiva el dueño o guardián sólo se eximirá de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. art. 1113, CCiv.) o el caso fortuito que fracture la relación causal (art. 513, CCiv.). De los términos del dictamen señalado se colige sin vacilación que los daños en la vivienda de la actora tuvieron su origen en los movimientos y tareas desplegadas en el fundo lindero en ocasión de la demolición de la antigua construcción existente y desarrollo de la nueva edificación erigida en dicho predio. Sin perjuicio de la aseveración del informe, resáltese que la apreciación o ponderación probatoria es una tarea eminentemente jurisdiccional en la que los magistrados realizan un estudio conjunto del material probatorio incorporado en el proceso conforme las reglas de la sana crítica -art. 386, CPCCN-. En este trabajo, son válidos todos los medios probatorios, inclusive indicios o presunciones, desplegando razonamientos deductivos e inductivos, siempre en un marco de legalidad, con el objeto de poner fin al conflicto suscitado entre los litigantes. En este aspecto, Alsina define al indicio como todo "rastros, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho

conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. Esto es así por cuanto el concepto de prueba judicial incluye tanto la fuente (personas y cosas), el medio a través del cual se la introduce o incorpora para la litis (la percepción del juez, el testimonio de terceros y las partes, etc.) y el argumento o las razones por las cuales el juez saca la conclusión? (conf. Kielmanovich, Jorge L., "Teoría de la prueba y medios probatorios?", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 651). Por los argumentos dados, no dudo en concluir que el comportamiento observado por la empresa demandada resulta también prueba corroborante en cuanto a la responsabilidad que se le atribuye. Así, Borda ("Tratado de Derecho Civil - Contratos". 7a. ed., t. II p. 100 n° 1176), señala que, según el art. 1647, los empresarios constructores -entendido el término en su sentido lato y abarcando, en consecuencia, tanto al constructor como al director de obra- son responsables por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales, de todo daño que causen a las fincas vecinas en la construcción de una obra. Y Kemelmajer de Carlucci señala que el propietario de un inmueble que contrata la construcción de un edificio o su refacción parcial o total, deja en manos del locador de obra la dirección técnica y las labores por realizar y que, en la mayoría de los casos, el dueño ejerce una vigilancia casi nula. Es por eso que se ha resuelto que el contratista o el director de obra son quienes deben responder en su cualidad de guardianes de la cosa, por los daños que ella cause a terceros (conf. Belluscio, "Código Civil y leyes complementarias comentando, anotado y concordado", t. 5 p. 474). Asimismo, la sala "L", con voto del doctor Giardulli, quien asevera que, tratándose -como en la especie- de un edificio en etapa de ejecución, éste se encuentra bajo la guarda de quien está a cargo la ejecución de los trabajos y que tiene el mismo alcance que la responsabilidad del dueño, por lo que tanto éste como el director responden por los perjuicios ocasionados a los propietarios linderos, si no demuestran que en la emergencia medió alguna de las eximentes contempladas por el art. 1113 del Cód. Civil, y cita un fallo de la sala "C", publicado en LA LEY, 117-848, n° 11.704, mencionado por Garrido y Andorno, "El artículo 1113 del Código Civil Comentado, Anotado", ed. 1983, pág. 206 (conf. LA LEY, 1997-C, 755, cons. I). Igualmente, este Tribunal, con voto del doctor Bueres, quien aludiendo a sentencias de la misma sala en situaciones análogas, advierte que la condición de director de obra -a despecho de que coincida o no con la condición de "empresario"- es suficiente para adjudicar a quien la detenta la calidad de "guardián", si se parte de la idea que la guarda "intelectual" es el poder de mando o control que se tiene sobre la cosa nociva (ver causa 39.476, "in re": "F., R. D. y otro c. D., J. C. y otros s/ daños y perjuicios", del 22/8/89, cons. II). Y finalmente, la sala "C", a través del voto de quien entonces era su integrante, doctor Marcelo Padilla (conf. ED, 42-350), advirtió que la empresa constructora y el director de obra no sólo son responsables derivados de la inobservancia de las reglamentaciones legales, sino también de todo daño que con motivo de los trabajos pertinentes ocasionen a los vecinos, aun cuando no mediare inobservancia de las disposiciones municipales y cita en apoyo de su postura a Rezzónico, "Contratos", t. II pág. 751 ed. 2a. y nota de Spota al fallo publicado en JA, 1954-III-346, temperamento que -según su parecer- resulta más claro aún frente al nuevo texto del art. 1113, después de la reforma de 1968 al Código Civil (cfr. CNCiv, Sala E, voto del Dr. Calatayud en "B. de V., M. A. y otros c. B. H. Cía. y otro; id. B., M. R. B. H. y Cía S.A.C.I. y D., R. c. Bouza H. y Cía. S.A.C.I. del 24/08/2000, publicado en LA LEY 2001-A , 179 DJ 2001-1 , 700?)- Hizo bien, entonces, la magistrada en considerar -en mérito a los antecedentes del caso- acreditado el nexo causal, lo que sumado a la responsabilidad objetiva propia de toda la cadena que integra el proceso constructivo (cfr. arts. 1, 3, 5 y 40 de la ley 24.240 modif. Por leyes 24.999 y 26.361) genera la presunción seria, grave y concordante que permite confirmar la admisión del reclamo y la condena en forma solidaria de todos los implicados, sin perjuicio de las eventuales repeticiones a que hubiere lugar entre ellos. Propongo entonces al Acuerdo la confirmación de la decisión recaída en primera instancia sobre el particular. b) Reparaciones en el inmueble Reclama el actor por este concepto una suma entre \$ 290.000.- y \$ 390.000.-, habiendo la colega de primera instancia admitido la compensación en la suma de \$ 360.000.-. Esta decisión es apelada por la actora, la demandada y la citada en garantía, según se adelantara en el considerando IV.- En el informe anteriormente referenciado el perito arquitecto designado de oficio detalló las deficiencias advertidas en el curso de la inspección ocular llevada a cabo sobre ambos inmuebles. Documentó sus hallazgos con el aporte de vistas fotográficas de las diferentes dependencias relevadas, procediendo a la confección de un croquis del cuadro de situación advertido, y al análisis de los costos de los trabajos necesarios para reparar los estropicios existentes en la unidad funcional afectada como consecuencia del emprendimiento edilicio desarrollado en el fundo linderero. Según lo consignado en el presupuesto anejado a fs. 797 que contempla el desglose de cada uno de los ítems considerados con sus respectivas cotizaciones parciales, y con indicación precisa de la fuente de donde extrajera la información, estima el experto que el total general expresado a valores del mes de julio de 2013, asciende a la suma de \$ 302.921.- Tales conclusiones no logran ser descalificadas por las impugnaciones vertidas por las partes en sus respectivas presentaciones de fs. 864/871, 873 y 892, a las que diera adecuada respuesta el perito a fs. 901/905 manteniendo lo afirmado en su primigenio informe. En ese orden de cosas, si bien considero que en principio el rubro ha sido convenientemente abordado por la Sra. Juez a-quo, no comparto el valor que asignara al mismo en uso de facultades propias, pues no advierto razón de peso alguna que justifique apartarse de la fundamentada cotización practicada por profesional idóneo en la

materia. En efecto. Para poder apartarse el juzgador de las conclusiones allegadas por el técnico debe tener razones muy fundadas, pues si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que en cuanto el informe comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado ( esta Sala, JA, 1981- II 442; íd. CNCiv., Sala A, 1981- III- 227, esta Sala, Rosalez, Martina y ot. c/ GCBA s/ daños y perjuicios, L. 111.931/ 98 , del 08-08-05; íd. íd. Settembre Carlos Alberto c/ Ferreira Carlos A. s/daños y perjuicios, L. 101.278/97, del 15-09-05). Por otro lado comparto los dichos de la sentenciante relativos a la documentación agregada en la audiencia de fs. 1212, que si bien fuera solicitada por el Juzgado en los términos del art. 36 del CPCC a fines conciliatorios, no habiéndose garantizado la debida defensa al desestimarse el traslado a la contraparte no puede ser considerada en esta instancia. Propongo en definitiva modificar la suma asignada por la Sra. Juez a-quo para compensar el concepto del presente acápite, fijándola en la de \$ 302.921.- c) Incapacidad sobreviniente Cada una de las partes por sus propias razones y argumentos, como se anticipara en el considerando IV.-, se agravian de la indemnización acordada para cubrir éste concepto, y su respectivo rechazo. Se ha expedido esta Cámara Civil recientemente en el sentido que ¿la incapacidad sobreviniente comprende, salvo el daño moral y el lucro cesante, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, como así también a su aspecto estético, es decir, la reparación deberá abarcar no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada? (conf. CCiv, sala ¿M? ? 13/09/2010 ? Estévez, María Cristina c. Amarilla, Jorge Roberto y otros, La Ley Online; AR/JUR/61637/2010). Es sabido que la reparación del daño físico causado debe ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos de la vida de un individuo, dicho de otro modo, debe resarcir las disminuciones que se sufran a consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba, así como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.- En consecuencia, por incapacidad sobreviniente debe entenderse una disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus posibilidades tanto laborativas como de relación y que son consecuencia inmediata de la producción del accidente, prologando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente. Por su parte y en cuanto al daño psicológico, el mismo no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza.- En efecto el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.- Corresponde destacar también que, en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama, de allí que el informe del experto, no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (cfr. CNCiv., sala¿J?,12/07/2011,¿Trejo, Juan Carlos c/ Barrio, Julio César y otro s/daños y perjuicios?,La Ley Online, AR/JUR/39657/2011). Para el acogimiento del rubro que se trata es necesario acreditar que el damnificado sufrió lesiones, tanto físicas como psíquicas de carácter permanente que repercutan en el aspecto patrimonial ya que aquellas que no revistan tal carácter pueden ser contempladas dentro de la partida destinada a enjugar el daño moral. Mariana Elena Bustos: En el libelo introductorio de la instancia la susodicha destacó que por el impacto recibido directamente en su columna cervical cuando se encontraba reposando en la cama de la habitación de sus padres, provocado por un golpe en la medianera ocasionado por una retroexcavadora que realizaba tareas en el predio colindante, debió ser atendida en el Hospital Fernández donde el médico de guardia le diagnosticó lordosis cervical, le colocaron un cuello ortopédico y le indicaron reposo por siete días. Refiere haber sido asistida por otros profesionales del mismo nosocomio, recibiendo tratamiento de rehabilitación traumatológica; y también psicológico en razón del progresivo deterioro psíquico que presentaba. A fs. 1003/1021 la perito médico legista desinsaculada en autos -Dra. Iris Ilona Lieber- luego de haber revisado clínicamente a la accionante, con el aporte de los estudios complementarios requeridos y demás antecedentes mencionados, procedió a brindar respuesta a los puntos periciales propuestos con las pertinentes consideraciones médicas, a cuya lectura remito haciendo uso de los denominados principios de economía y de celeridad procesal. De su contexto se extrae, entre otras conclusiones que encontró en la actora secuelas de cervicobraquialgia, e insuficiencia de la vena yugular derecha del cuello producida por aplastamiento, presentando también tilt test positivo para síncope neurocardiogénico así como alteración de electroencefalograma; en función de lo cual le asigna una incapacidad física del 35% de la T.O. conforme al Baremo informado. En lo que a la faz psicológica se refiere, la experta entiende que presenta un grado de incapacidad del 40% por presentar síntomas de un Trastorno Depresivo Mayor Moderado. Establecido lo anterior, a todo evento considero conveniente señalar que la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral

y social, teniendo en cuenta las circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer. Por todo lo expuesto, a los fines de una adecuada ponderación del perjuicio psico-físico experimentado por la actora y establecer una justa retribución, tengo en consideración su edad al momento del comienzo de los hechos generadores (24 años), la condición personal, sociocultural, y composición de su grupo familiar referidas en las pericias, la entidad de las lesiones sufridas, y las secuelas que inciden en los aspectos del daño objeto de la reparación. En consecuencia, considero que la compensación establecida cubrir la incapacidad sobreviniente resulta algo reducida por lo que propongo su elevación a la suma de \$ 250.000.-

Serghey Tomchenko: El co-actor también manifiesta que como consecuencia de la obra, los daños producidos en la casa, y los sufridos por su esposa Mariana Bustos, presenta un cuadro de estrés postraumático persistente. Afirma que en la madrugada del accidente de la retroexcavadora se despertó con un fuerte dolor de cabeza y alta presión arterial, por lo que se dirigió de urgencia a la clínica Fleni, donde se le diagnosticó una cefalea tensional ocasionada por los nervios y la angustia. Dice padecer además una cérico-dorso-lumbalgia en etapa evolutiva y refractaria a tratamientos habituales. Concluye sosteniendo portar incapacidad psicológica del 20% y física del 6%. La mencionada concurrencia al Sanatorio Fleni se encuentra acreditada con la informativa anejada a fs. 639/641, en cuya historia clínica de una sola hoja consta la consulta conforme a los antecedentes referidos por el paciente, y asentado el diagnóstico de contractura bilateral de trapecios y cefalea de tipo tensional. Se indicó calor local y diclofenac plus. A fs. 1003/102, con las aclaraciones vertidas a fs. 1039/1043 y 1044/1046 al responder los requerimientos en tal sentido e impugnaciones formulados a fs. 1025 y 1028/1035, la perito médico legista previa revisión clínica del reclamante, contando con el soporte de los estudios complementarios consignados, procedió a contestar los puntos periciales propuestos con las pertinentes consideraciones médicas, a cuya lectura remito haciendo uso de los denominados principios de economía y de celeridad procesal. De su contexto se extrae, entre otras conclusiones que el Sr. Tomchenko presenta una incapacidad parcial y permanente del 30% provocada por trastorno por estrés postraumático de grado moderado; y una incapacidad física del 25% por rinosinusitis alérgica crónica, episodios de broncoespasmo agudo con necesidad de internación, atribuido a la presencia de humedades y hongos en las paredes del inmueble que habita. En ese orden de cosas, debo decir que siquiera corresponde contemplar la posibilidad de indemnizar la incapacidad física derivada de las afecciones expuestas por la experta, pues, no se compadecen con los trastornos referidos en la demanda, ni con lo asentado en la historia clínica anteriormente citada; por lo tanto al no encontrarse acreditado su nexo causal con el hecho de la causa, la pretensión deviene improcedente. En lo que respecta al cuadro psicológico descripto, tampoco puede afirmarse sin lugar a dudas que el mismo guarde relación causal con el hecho de la causa por lo que considero que no corresponde admitir el reclamo por tal concepto, sin perjuicio de evaluar sus repercusiones en el ámbito de la reparación del daño moral. Propongo en consecuencia modificar parcialmente la sentencia desestimando la pretensión indemnizatoria por incapacidad sobreviniente.

Ana María Grasso: Informa la Sra. Grasso al demandar, que padece una necrosis de cadera desde hace años, por la que se le decretó una incapacidad del 77%, encontrándose obligada a guardar reposo diario en su casa; que dicho cuadro se agravó al sufrir un infarto de miocardio el 3/9/2007. Si bien reconoce que ninguna de estas enfermedades se atribuye a la obra, aclara que la convivencia constante con ella, los daños producidos a su hija y la angustia de no lograr frenar legalmente los constantes avasallamientos de los demandados, le han producido una incapacidad psicológica del 20%. Coincido y comparto el análisis de la situación descripta por la colega de primera instancia, que la llevaran a denegar el pretendido resarcimiento por el concepto del rubro, pues efectivamente no se logra demostrar el nexo causal vinculante del cuadro psíquico de la actora con el hecho motivo de estas actuaciones, pues las especulaciones de la especialista no logran despejar esa incógnita. A su lectura me remito por razones de brevedad. Propicio así la desestimación del agravio de la apelante con la consiguiente confirmación del fallo.

d) Daño moral Se agravan todos los apelantes, conforme a sus respectivas razones e intereses, según lo anticipado en el considerando IV.-, de la suma que le fuera acordada a cada uno de los accionantes para indemnizar el rubro. El resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar al individuo cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como persona, es decir cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera u otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su vida. Se ha decidido en distintos pronunciamientos de esta Cámara que, es tarea delicada la cuantificación de este concepto pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, que no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y malestares subsistentes. Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o

predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido: por lo que más que cualquier otro rubro, queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a una recta ponderación de las diversas características que emanan del proceso. Así también la determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan a esferas distintas. Debe reconocerse la extrema dificultad que presenta al juzgador su estimación, pues tratándose de vivencias personales, no puede precisarse cuánto sufrió el damnificado a raíz del suceso, pudiendo sólo evaluar la magnitud del dolor que puede provocar el hecho en el común de las personas, valorándolo a la luz de las circunstancias particulares acreditadas en la causa. Si bien, en principio, las molestias derivadas de humedades o daños producidos en un inmueble no tienen entidad propia para ser consideradas generadoras de daño moral, cuando su persistencia y magnitud han provocado una perturbación significativa en el modo de vida de sus habitantes, debe entenderse que existe una lesión de índole espiritual que debe ser reparada. En consecuencia, ponderando la repercusión que en los sentimientos de cada uno de los actores debió generar la imposibilidad de disfrutar plenamente de la propiedad habitada por ellos conforme a su destino y características propias en virtud de los incidentes y estropicios provocados en dicho inmueble con motivo de la construcción del edificio en el fundo lindero, considero que en el caso se encuentran reunidas las condiciones que justifican la admisión de la pretensión resarcitoria por el concepto que se trata. Propongo por ende la elevación de la partida a ciento veinte mil pesos (\$120.000) para María Elena Bustos, veinticinco mil pesos (\$25.000) para Sergio Tomchenko, ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para Ana María Grasso y veinticinco mil pesos (\$25.000) para Carlos Alberto Bustos, admitiendo parcialmente las quejas vertidas por los accionantes.

e) Intereses La colega de primera instancia dispuso que los intereses habrán de computarse desde que se ocasionó el perjuicio -fecha en que se realizó la primer denuncia de los incidentes- hasta la fecha de la sentencia a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina; y a partir de entonces hasta el efectivo pago, se liquidarán a la tasa activa cartera general (préstamos) del Banco de la Nación Argentina. Ante ello se agravia la parte actora en los términos consignados en el considerando IV.- En primer lugar diré que en lo atinente a las doctrinas plenarias si bien no desconozco que el art. 303 del CPCCN fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853, recientemente sancionada, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién resultará operativa a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, continuando vigentes las doctrinas plenarias citadas en el presente. Criterio este que se encuentra avalado por la Acordada N° 23/13 de la CSJN, en tanto corresponde dar una visión integradora a la reforma y a todo el sistema judicial. Teniendo en cuenta el marco de los agravios formulados, la fecha del hecho de autos en base a los fundamentos vertidos en mi voto, en los autos ?MONDINO, Silvana Andrea c/ TETTAMANZI, Hernán Diego y otros s/ daños y perjuicios? (R. 524.899) del 14/04/2010, a los que en honor a la brevedad me remito, propongo que los intereses se liquiden a la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina desde la fecha dispuesta en la sentencia recurrida hasta el 20/04/09, y a partir de entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En cuanto a los artículos del Código Civil mencionados en los considerandos precedentes, considero un deber aclarar que se corresponden con el texto legal -vigente a la fecha del hecho- aprobado por la ley 340 y sus modificatorias.

f) Limite de cobertura del seguro Como se anticipara en el considerando IV.-, cuestiona la aseguradora la extensión de la condena en su contra estableciendo su responsabilidad en forma solidaria con la de los demandados, sin contemplar las condiciones del contrato de seguro. En razón de su disconformidad con la tesis adoptada por la anterior magistrada, la apelante expresa a fs. 1332/1337 los fundamentos por los cuales debería revocarse el pronunciamiento en crisis en cuanto a este punto se trata, y en consecuencia, condenar a su parte solamente en la medida del seguro. Si bien el juzgador debe elegir y aplicar correctamente el derecho, independientemente del error en que las partes pudiesen incurrir en su individualización -principio ?iura novit curia?-, debe tenerse presente que el mismo debe resultar necesariamente de los hechos y planteos formulados por las partes, dado que el magistrado se encuentra constreñido por la determinación efectuada por ellas en los escritos constitutivos del proceso. Ello así, con el objeto de evitar que se puedan introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho respecto de las cuales las partes no puedan ejercer su derecho de defensa. En ese orden de cosas, habida cuenta de lo que resulta de las constancias instrumentales aportadas a la causa, y de la naturaleza y condiciones del aseguramiento de que se trata, ajeno a la voluntad de los terceros no vinculados a su contratación, entiendo que él mismo resulta condicionante de la condena en su medida conforme a las previsiones del art. 118 ley 17.418. Debe destacarse que las cláusulas que limitan el riesgo asegurable no pueden ser ignoradas, en tanto el seguro de responsabilidad civil se instituye en beneficio del asegurado y los terceros solo pueden aprovechar sus efectos en la medida en que el contrato así lo permita. Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo la modificación parcial del fallo recurrido en cuanto a este punto se trata.

g) Costas Respecto de las ?costas? se tiene dicho reiteradamente que, en un juicio en el cual se ha determinado la responsabilidad civil del demandado, la totalidad de las mismas deben imponerse a su cargo aun cuando alguno de los rubros no

fueron acogidos o lo fueron por una entidad inferior al monto reclamado, porque las costas forman parte de la indemnización (cfr. CNCiv., sala ?A?, 23/12/2008, ?M., M. A. y otro c. G., N. N.?, LL 2009-B-252). Así también que, en los procesos de daños y perjuicios deben imponerse las costas al demandado vencido aun cuando no hayan prosperado todos los rubros pretendidos por el actor, atento al principio de reparación integral y a la naturaleza resarcitoria que revisten estos gastos, como parte integrante de la indemnización, sin que obste a ello la demasía en la pretensión esgrimida, pues fue la actitud del accionado la que hizo necesario tramitar el pleito. (cfr. CNCivil, sala ?G?, 29/02/2008, ?Luna, Marcelo Sebastián c. Collia, Pablo Walter y otro?, LL 2008-C-274).

Por ello, no hallando mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 CPCC), considero que el agravio expresado por los demandados y el tercero debe ser desestimado, propiciando la confirmación de lo decidido por la Sra. Juez a-quo.

Por lo tanto voto propiciando: 1) Se modifique parcialmente la sentencia fijando en la suma de trescientos dos mil novecientos veintinueve pesos (\$302.921) la asignación para atender las reparaciones en el inmueble; elevando a la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) la compensación establecida para enjugar la incapacidad sobreviniente de la co-actora Mariana Elena Bustos; y desestimando la indemnización por incapacidad sobreviniente del Sr. Serghey Tomchenko. 2) Elevar las partidas en concepto de daño moral a ciento veinte mil pesos (\$120.000) para María Elena Bustos, veinticinco mil pesos (\$25.000) para Sergio Tomchenko, ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para Ana María Grasso y veinticinco mil pesos (\$25.000) para Carlos Alberto Bustos; 3) Se la modifique también disponiendo que los intereses se liquidarán a la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina conforme los fallos plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c/Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios?, del 2 de agosto de 1993, y ?Alaniz, Ramona E. c/Transportes 123 SACI s/daños y perjuicios?, del 23 de marzo de 2004, desde la fecha dispuesta en la sentencia recurrida hasta el 20/04/09 y a partir de entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (in re ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta SA s/ds. y ps.?). 4) Se haga lugar parcialmente a las quejas vertidas por la empresa aseguradora, y en virtud de ello, se haga extensiva la condena a la citada en garantía sólo en la medida del seguro (conf. art. 118 de la ley 17.418).

5) Se la confirme en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio. 6) Se impongan las costas de alzada en el orden causado en atención a los vencimientos parciales y mutuos (art. 71 CPCC). 7) Difiérase la regulación de honorarios por la actuación profesional en la alzada, hasta tanto sean establecidos los correspondientes a la anterior instancia. Así mi voto.- El señor juez de Cámara doctor Osvaldo Onofre Álvarez, por análogas razones a las aducidas por la señora juez de Cámara doctora Patricia Barbieri, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

PATRICIA BARBIERI OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ La señora juez de Cámara doctora Ana María Brilla de Serrat no interviene por hallarse en uso de licencia. Este Acuerdo obra en las páginas n n del Libro de Acuerdos de la Sala ?D?, de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, de julio de 2017. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia fijando en la suma de trescientos dos mil novecientos veintinueve pesos (\$302.921) la asignación para atender las reparaciones en el inmueble; elevando a la suma de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) la compensación establecida para enjugar la incapacidad sobreviniente de la co-actora Mariana Elena Bustos; y desestimando la indemnización por incapacidad sobreviniente del Sr. Serghey Tomchenko, 2) elevar las partidas en concepto de daño moral a ciento veinte mil pesos (\$120.000) para María Elena Bustos, veinticinco mil pesos (\$25.000) para Sergio Tomchenko, ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para Ana María Grasso y veinticinco mil pesos (\$25.000) para Carlos Alberto Bustos; 3) Se la modifique también disponiendo que los intereses se liquidarán a la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina conforme los fallos plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c/Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios?, del 2 de agosto de 1993, y ?Alaniz, Ramona E. c/Transportes 123 SACI s/daños y perjuicios?, del 23 de marzo de 2004, desde la fecha dispuesta en la sentencia recurrida hasta el 20/04/09 y a partir de entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (in re ?Samudio de Martínez, Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta SA s/ds. y ps.); 4) hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la empresa aseguradora, y en virtud de ello, se haga extensiva la condena a la citada en garantía sólo en la medida del seguro (conf. art. 118 de la ley 17.418); 5) Se la confirme en todo lo demás que fuera materia de apelación y agravio; 6) imponer las costas de alzada en el orden causado en atención a los vencimientos parciales y mutuos; 7) diferir la regulación de honorarios por la actuación profesional en la alzada, hasta tanto sean establecidos los correspondientes a la anterior instancia. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. La señora juez de Cámara doctora Ana María Brilla de Serrat no interviene por hallarse en uso de licencia. Patricia Barbieri Osvaldo Onofre Álvarez

019818E