

## Danos Y Perjuicios Responsabilidad Del Estado Gobierno De La Ciudad De Buenos Aires Arbolado Publico Danos Al Inmueble Dano Moral

### JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Buenos Aires, se reúnen

en acuerdo los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de fs. 1116/1143 en los autos ?Narcisenfeld Natalia y otros c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)?, EXPTE. N° 26269/2008-0, quienes votan en el siguiente orden: Dr. Esteban Centanaro y Gabriela Seijas, al tiempo que resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? A la cuestión planteada, el Dr. Esteban Centanaro dijo: I. El 20/02/2007 se presentaron la Sra. Natalia Narcisenfeld y el Sr. Damián Marcelo Peisajovich ante la Justicia Nacional en lo Civil y promovieron demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA). Relataron que ambos habitaban la vivienda ubicada en la calle Nogoyá N° ... de esta Ciudad -que pertenecía a la Sra. Natalia Narcisenfeld, su madre y sus hermanas junto con sus dos hijos y su nieto; inmueble que había sucumbido y caído en ruinas por la negligencia e impericia del GCBA. Mencionaron que el demandado había plantado un árbol de la especie Fraxinus Excelsior en la vereda frente a su vivienda y que, como consecuencia del crecimiento desmedido de sus raíces, le había causado daños estructurales que provocaron el deterioro de su inmueble. Indicaron que, al carecer de facultades para podar ramas y raíces o -en su caso- trasplantar el árbol, en el año 2001 efectuaron los primeros reclamos ante el Centro de Gestión y Participación N° 10 de la Ciudad -en adelante CGP 10-, requiriendo la reparación de la acera y el corte de las raíces. En el año 2004 directamente solicitaron la extracción de la especie ya que los daños en su vivienda eran visibles. Pusieron de resalto que el 24/09/2004 el propio CGP 10 había remitido la nota N° ... solicitando a la Dirección General de Espacios Verdes que realizara en forma urgente una inspección del árbol a los fines de evaluar si este podía ser el causante de los daños registrados en la propiedad y que, en caso de no corresponder su extracción, se procediera a cortar sus raíces. Junto con lo anterior, indicaron que la Guardia de Auxilio había apuntalado el inmueble que ya presentaba peligro de desmoronamiento. Explicaron que, como respuesta a ello, el 25/11/2004 habían sido notificados de la inspección efectuada sobre el árbol donde se refería que la mayoría de las ramas secas en las puntas se encontraban del lado de la calle y que, a simple vista, no se relacionaba el estado del inmueble con el desarrollo radicular del árbol. Describieron que, con posterioridad, habían sido intimados a que presentaran un profesional matriculado a los efectos de efectuar los trabajos de restablecimiento de las condiciones de seguridad de la construcción, alertando sobre el peligro en la que se encontraban los moradores de la finca en atención a su dudosa situación de estabilidad. Luego, se vieron obligados a desalojar el inmueble, debiendo alquilar un departamento de dimensiones muy inferiores. Dieron cuenta de los daños que la situación les había provocado a cada uno, solicitando la reparación de los daños materiales que había sufrido el inmueble, la privación de uso, el lucro cesante como consecuencia de la imposibilidad de alquilar el local comercial que se emplazaba en la planta baja y el daño moral. Practicaron liquidación dejando en claro que los valores reclamados podían verse modificados por la prueba a producirse. Fundaron en derecho, ofrecieron prueba y requirieron que se hiciera lugar a la demanda. II. A fs. 130 la magistrada titular del Juzgado Nacional Civil N° 20 declaró su incompetencia, decisión que fue apelada por la parte actora y revocada por la Sala K de la Cámara de Apelaciones en lo Civil. Encontrándose el trámite ante el referido Tribunal, el 13/04/2007 la parte actora denunció que habían sido informados de la presencia de una cuadrilla del GCBA que se encontraba efectuando trabajos vinculados con el cerramiento del inmueble para su posterior demolición. Remitidos diversos informes y corrido el traslado de la demanda, a fs. 186/188 los actores indicaron que el demandado había procedido a la demolición parcial de la vivienda. Pusieron de resalto que aquella medida unilateral había frustrado la posibilidad de poder constatar los daños del inmueble y su origen, formándose una presunción iuris tantum a su favor. En este sentido solicitaron nuevos puntos de pericia. III. A fs. 202/212 se presentó el GCBA y contestó demanda. Luego de las negativas de rigor, indicó que las desmejoras en el inmueble se habían producido por la falta de preservación y por las deficientes obras de refacción llevadas adelante por los actores. En este sentido resaltó que al efectuarse la apertura de la pared frontal para colocar la vidriera del comercio, la pared había sufrido daños por el corrimiento del esfuerzo de cargas y, posteriormente, había sido abierto el frente para colocar un aparato de aire acondicionado, colapsando la estructura definitivamente al colocarse una viga. Mencionó que el Fraxinus excelsior, por sus características botánicas, presenta poco desarrollo lateral radicular. Explicó que para efectuar el allanamiento y demolición parcial del inmueble se había tramitado el expediente administrativo N° 24.711/0. Negó que su conducta hubiese producido los daños en el inmueble, sino que estos se debían a la desidia de los actores. Impugnó la liquidación practicada, ofreció prueba y solicitó el rechazo de la demanda con costas. IV. A fs. 334 el entonces titular del Juzgado

de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires N° 10, solicitó a la jueza civil que se inhibiera de continuar con la tramitación del proceso. A fs. 335 se elevaron las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el fin que dirimiera la contienda negativa de competencia. A fs. 344 el Máximo Tribunal federal se expidió remitiendo la causa al fuero local. V. A fs. 1116/1143 el juez de grado dictó sentencia. Allí hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó al GCBA que le abone a la Sra. Natalia Narcinsefeld la suma de quinientos sesenta y siete mil ochocientos noventa y cinco pesos (\$ 567.895) y al Sr. Damián Marcelo Peisajovich la suma de sesenta y siete mil ochocientos noventa y cinco (\$ 67.895) con más los intereses fijados en el fallo plenario de esta Cámara ?Eiben Francisco c/ GCBA s/ empleo público?, expediente N° 30.370/0, sentencia del 31/05/2013. Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de los honorarios para el momento en que existiera liquidación definitiva y aprobada. En primer lugar señaló que, de acuerdo con la fecha en la que habrían ocurrido los hechos, resultaba aplicable el derogado Código Civil y que el planteo debía resolverse a la luz de los principios generales establecidos para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita. A renglón seguido refirió que al momento de la interposición de los reclamos por parte de la Sra. Narcisenfeld regía la Ordenanza N° 44.779 que establecía el régimen para la preservación, conservación, recuperación, mejoramiento y todo lo atinente al arbolado público de la Ciudad de Buenos Aires. En el artículo 1° de la citada norma se definía como arbolado público a todos los ejemplares arbóreos y arbustivos existentes en lugares pertenecientes al dominio público municipal. Resaltó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° se encontraba prohibida la eliminación, erradicación y/o destrucción de aquellos, así como su poda y/o cortes de ramas y/o raíces, siendo únicamente habilitado a ello la Dirección General de Parques y Paseos en los casos previstos en el artículo 6° y mediando -en su caso- denuncia del frentista o la empresa adjudicataria ante la dirección. En el artículo 10° de la ordenanza se disponía que ?[l]a dirección general de Parques y Paseos tomará las medidas necesarias para la conservación del arbolado público, conforme a las normas técnicas para su adecuado manejo y conservación. A tal fin realizará inspecciones periódicas a los efectos de detectar enfermedades o daños con la supervisión de un ingeniero forestal o agrónomo cómo técnico responsable?. Luego subrayó que la ley 1556 había reproducido - sustancialmente- las prescripciones reseñadas. Con ello en mente y de acuerdo con la prueba producida en autos, repasó cronológicamente lo acaecido. Efectuado el relevamiento, concluyó que la demanda no había cumplido con las obligaciones legales impuestas en la normativa señalada, toda vez que de las actuaciones no se desprendería que hubiese procedido a dar respuesta a alguno de los reclamos que había efectuado la parte actora en el año 2001. Subrayó que fue recién en el año 2004, con posterioridad al reclamo efectuado por la Sra. Narcisenfeld, que había tomado intervención. Apoyándose en los artículos 10 y 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad concluyó que entre los reclamos originados en el 2001 y el 2004 había transcurrido en exceso la pauta temporal fijada en la normativa sin que la Administración se hubiese expedido ni invocado razones para excusarse de responder a la requisitoria que se le había formulado. Por otra parte, mencionó que a lo largo del tiempo y, al menos hasta el año 2004, se había permitido que el desarrollo del árbol continuara avanzando sin hacerse nada al respecto. No había podido evaluarse si correspondía, al menos en aquel momento, la poda, eliminación o corte de ramas y raíces en los casos previstos en el artículo 6 de la ordenanza 44.779. Refirió que la demandada no había procedido a verificar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de conservación del arbolado público, ponderando el estado del ejemplar ubicado en la vereda de la casa de los actores de acuerdo con las denuncias efectuadas por ellos y, en particular, una vez que se le hizo saber el estado de la vivienda. Subrayó que el arbolado ubicado en las aceras integra el dominio público de la demandada de conformidad con la interpretación armónica de los artículos 2339, 2340 inciso 7°, 2344, 2328 y 2520 del Código Civil. La falta de su mantenimiento da cuenta que es el estado de la cosa involucrada lo que la convierte en apta para provocar un perjuicio a los transeúntes y, en este caso, a los propietarios del inmueble de marras. En siguiente orden analizó la relación de causalidad entre la conducta reprochada al GCBA y los daños ocasionados. Para ello relevó los diferentes informes presentados por los peritos designados en autos, así como los obrantes en los expedientes administrativos y los dos testimonios brindados en autos. Así concluyó que las impugnaciones efectuadas por el GCBA no resultaban suficientes para desvirtuar el hecho de que, conforme lo indicaban los peritos intervinientes, el crecimiento de las raíces del árbol había sido la causa de los daños padecidos en el inmueble donde habitaban los actores. Resaltó que el demandado no había probado que los daños se hubieran producido por falta de mantenimiento o por la realización de obras antirreglamentarias. Junto con lo anterior, mencionó que el hecho de que las raíces hubieran destruido las cañerías y que, por ello, el suelo no hubiese absorbido el agua de las lluvias, daba una adecuada respuesta a lo señalado por el testigo experto a fs. 378 cuando sostuvo que una tormenta acaecida en el año 2004 había llevado al descalce del suelo y a lo expuesto en el registro N° 4360/DGGAyE/2004 del 22 de octubre de 2004 en cuanto a que se había observado grietas y fisuras en tabiques y muros en la zona de acceso de la vivienda de asentamientos diferenciales que habrían sido causados por pérdidas en las cañerías de desagüe cloacal y pluvial ocasionadas por las rupturas de las cañerías por las raíces del árbol ubicado en la vereda. En otro orden de ideas, observó que la conducta de los dependientes de la demandada al reparar la vereda del inmueble había atentado contra la misión de descubrir

la verdad objetiva, puesto que habían cortado las raíces del árbol sin mediar ninguna comunicación. Esos cortes daban lugar a dudas en tanto la destrucción de aquellas impedía saber con exactitud si las raíces se habían desarrollado directamente por debajo de la propiedad. Aquella actividad, totalmente unilateral e inconsulta, no podía perjudicar a la parte actora, y por tanto generaba una presunción en contra de la demandada (artículo 145 antepenúltimo párrafo del CCyT), que sumada a la ausencia de factores que sugirieran que había mediado culpa de la parte actora -falta de mantenimiento de la propiedad o la ejecución de trabajos antirreglamentarios-, las múltiples y contradictorias hipótesis ensayadas por el demandado a lo largo del trámite administrativo y judicial y lo dictaminado por los expertos, lo convencían de que había sido el crecimiento desmedido de las raíces del árbol situado frente a Nogoyá N° ... el que había generado los perjuicios denunciados por la actora. A su criterio, la Administración no había tomado todos los recaudos necesarios que requerían las especiales circunstancias de tiempo, personas y lugar. Llegado a este punto, abordó el estudio de la procedencia -o no- de los daños reclamados. En orden al daño material, indicó que del informe de dominio acompañado no surgía que el Sr. Damián Marcelo Peisajovich fuese titular del inmueble por lo que carecía de legitimación para reclamarlo. De aquella constancia podía desprenderse que la Sra. Narcisenfeld era condómino en una sexta parte, de modo que no podía hacer sobre la cosa común innovaciones materiales sin el consentimiento de los demás condóminos. De allí que no correspondía indemnizar a la coactora por el total de la suma de dinero necesaria para demoler el resto del inmueble y reconstruirlo, sino que resultaba prudente otorgarle el proporcional de aquel y que, ponderando la antigüedad del inmueble cuyo estado anterior a los daños no había sido acreditado, arrojaba la suma de quinientos mil pesos (\$ 500.000) de acuerdo con el valor denunciado por el perito el 1 de diciembre de 2016. Con relación al resarcimiento de los gastos por alquiler, expensas y servicios, el a quo señaló que se encontraba debidamente acreditado que los actores habían tenido que alquilar otro inmueble como consecuencia de la inhabilitación del suyo, acompañando constancias del contrato de locación y su prórroga (hasta el 01/09/2009), así como los recibos de pago. Considerando que los actores habían tenido que trasladarse de su vivienda a raíz del hecho de autos, lo cual hacía presumir que habían tenido que sufragar los gastos de alquiler de otro inmueble y teniendo presente los valores que resultaban de la documentación señalada -cuyos montos no habían sido desvirtuados por el demandado- estimó prudente reconocer la suma de diecisiete mil setecientos noventa pesos (\$ 17.790) que resultaba un resarcimiento igual al 50% de la suma total. En atención a que no había acreditado quién había abonado aquellos gastos, decidió otorgar la mitad de la suma a cada actor. Entendió que los gastos por expensas, gas, agua, teléfono y ABL no se fundamentaban en la privación del uso del inmueble, de modo que reconocerlos importaría un enriquecimiento sin causa. Rechazó el reclamo por lucro cesante ya que no se habían aportado pruebas suficientes sobre la existencia de una explotación o la pérdida de oportunidad de alquiler del local y que el testigo Parnas había declarado que había habido actividad comercial hasta el año ?noventa y pico?. Con relación al daño moral otorgó la suma de cincuenta y nueve mil pesos a cada uno. Aclaró que la tasa de interés reconocida se aplicaría: 1) al daño material desde la fecha de presentación de la pericia de ingeniería (01/12/2010); 2) a los gastos de alquiler desde la fecha de celebración del primer contrato (01/03/2005); 3) al daño moral a partir de la fecha de la sentencia. VI. A fs. 1144 el letrado apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación y presentó la expresión de agravios a fs. 1155/1165. Sostuvo que el a quo había valorado incorrectamente la prueba de autos. En este sentido insistió en que la pericia de ingeniería presentaba una serie de inconsistencias que la tornaban inhábil para acreditar los extremos invocados en la demanda y sobre todo la relación de causalidad con el suceso de autos. Afirmó que el informe presentado carecía de un adecuado examen y omitía detallar los principios técnicos y científicos que avalaran las conclusiones del experto. Reiteró que, de acuerdo con lo informado por la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencia en la nota 2372-DGGAYE-2007, los daños de la propiedad se habían producido por vicios constructivos en la obra de remodelación del frente del local comercial. En segunda instancia cuestionó los montos otorgados en la sentencia de grado. Con relación al daño material mencionó que en autos no se había acreditado que aquellos se hubieran originado en una conducta ilegítima que le fuera imputable. Subsidiariamente solicitó la readecuación del monto, al considerarlo desproporcionado. En orden a los gastos de alquiler, indicó que no existía prueba alguna que avalara el otorgamiento del rubro, por lo que instó su rechazo. Al referirse al daño moral, sostuvo que debía ser rechazado o, eventualmente, readecuado. En tercer lugar se quejó de la imposición de las costas, requiriendo que, en caso de confirmarse la sentencia, fuesen distribuidas en función de los vencimientos parciales y mutuos. Hizo reserva del caso constitucional y de la cuestión federal y solicitó que se modificara la sentencia con costas. VII. A fs. 1148 la parte actora interpuso recurso de apelación, presentando su memorial de agravios a fs. 1166 y vta. Criticaron allí el monto reconocido por cada uno de los rubros, al considerarlos insuficientes. Por el daño material, de acuerdo con el valor tasado por la pericia (\$ 4.400.000), le correspondían a la coactora -titular de un sexto del inmueble- la suma de setecientos treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos (\$ 733.333,33). Por los gastos de alquiler, indicaron que en la actualidad continuaban alquilando el departamento denunciado, debiendo reconocerse el valor de la locación hasta el momento en que puedan volver a habitar el inmueble dañado. En orden al daño moral, recordaron

que habían pasado 17 años desde los primeros reclamos ante el GCBA, habiendo padecido en ese tiempo innumerables angustias e incomodidades. La Sra. Narcisenfeld subrayó que el inmueble había sido construido por sus padres y allí había residido hasta el momento en que debió mudarse como consecuencia de los daños ocurridos por el crecimiento de las raíces del árbol plantado frente a su vereda. VIII. Corrido el pertinente traslado [cfr. fs. 1167], la parte actora no hizo uso de su derecho; mientras que el GCBA presentó a fs. 1168/1170 la contestación del memorial de agravios de la contraparte. A fs. 1173 y vta. obra el dictamen de la Sra. fiscal de Cámara. A fs. 1174 se dispuso el pase de los autos al acuerdo. IX. Preliminarmente, es oportuno destacar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean ?conducentes? para la correcta composición del litigio (confr. artículo 310 del CCAT y doctrina de Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230, entre otros). X. El GCBA entiende errada la sentencia de primera instancia por cuanto, a su criterio, las constancias de autos resultan insuficientes para acreditar que el daño en el inmueble se hubiese producido por el crecimiento de las raíces del árbol ubicado en la vereda del inmueble. Cuestiona la prueba pericial y subraya que los actores habrían efectuado obras antirreglamentarias en el inmueble. Como punto de partida, tal como mencioné al votar en la causa ?Ottolenghi, Eduardo Martín c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)?, Expte. N° 7878/0, Sala II, la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquella para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos del proceso. En el ámbito local, las pautas que deben seguirse en lo tocante a este punto se encuentran en el artículo 310 del código de rito local -concordante con el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, en cuanto se dispone que ?...los/las jueces/zas forman su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa?. Las citadas reglas de la ?sana crítica?, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las ?máximas de experiencia?, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad (conf. PALACIO, LINO ENRIQUE, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, T° IV, núm. 421, págs. 414 y sigtes). En este contexto, advierto que el magistrado de grado ha efectuado un correcto análisis de la prueba pericial. Todos los peritos que participaron de las diversas pruebas en el domicilio de los actores coincidieron en que la causa dominante del deterioro del inmueble fue el crecimiento de las raíces del árbol que se encontraba emplazado en la vereda, descartando, en principio, que los daños respondiesen a la realización de una refacción mal ejecutada. En este punto es útil subrayar que: 1) todos los profesionales coinciden en que no había constancia de la realización de obras posteriores a la construcción de la vivienda y 2) a fs. 550 la ingeniera Soraya Pereyra descartó ?...que hubiese sido un asentamiento por una remodelación que haya tenido lugar en un determinado momento previo a la denuncia realizada por la parte actora 2000, no se podría explicar la agudización del problema en la manera en que lo hizo, dado que estuvo en condiciones de habitabilidad hasta el año 2004, así como tampoco que el hecho no haya sido advertido anteriormente al informe de 2007 por varios profesionales avezados que intervinieron desde organismos oficiales y otros especialistas, que coincidentemente informaron sobre la presencia del crecimiento radicular del árbol. Es inverosímil que la actora haya podido realizar una remodelación cuando fue desplazada del inmueble y tomó custodia del mismo y fuerte intervención el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires...? Con relación al informe pericial, cabe recordar que el art. 384 del CCAT establece que ?la fuerza probatoria del dictamen pericial es estimada por el/la juez/a teniendo en cuenta la competencia del/la perito/a, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los/las consultores/as técnico/as o los/las letrados/as, y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca". En tal sentido, son abundantes los fallos y coincidentes los fundamentos que los sustentan, al precisar que las conclusiones del perito no pueden ser dejadas de lado por el juez sin la previa exposición de las razones fundadas que estime adecuadas para desvirtuarlas. "El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero [...] se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones" (conf. Fenochietto, Carlos Eduardo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 690 y ss.). Es decir que el juez no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto y tiene la obligación de fundar su discrepancia. Correlativamente, la parte que pretenda que se adopte una solución distinta de la propiciada por el experto deberá exponer razones muy fundadas que sustenten su posición ya que no es suficiente la mera discrepancia con el dictamen. Junto con ello, es necesario destacar la declaración testimonial que prestó a fs. 378 y vta. el Sr. Juan Manuel Sujov quien, en calidad de arquitecto, había brindado asesoramiento a los actores y coincide con la evaluación efectuada por los peritos en

orden a que el descalce del inmueble tenía origen en el crecimiento de las raíces del árbol plantado en la vereda. Teniendo en cuenta que los diversos profesionales avalaron la postura esgrimida por la parte actora y que, el hecho alegado por el GCBA como causante de los daños denunciados no ha sido debidamente acreditado, estimo que el agravio en estudio debe ser rechazado. Cabe recordar que quien no prueba los hechos pertinentes pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (confr. Fassi, Santiago C. - Maurino, Alberto L., ¿Código procesal civil y comercial anotado y concordado?, ed. Astrea, tomo III, Buenos Aires, 2002, pág. 415; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, ¿Zurutuza José Miguel c/ Dir. Gral. de Fabricaciones Militares s/ empleo público?, del 12/08/97; "Miguel A. c/ E.N. s/ retiro policial", del 14/9/93; entre otros muchos). En el artículo 301 del CCyT se establece que cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. Esa actividad procesal es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quién a su vez puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (confr. arg. CSJN, "Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Bs. As., Prov. de y otros s/ daños y perjuicios", del 19/12/95).

XI. Resuelto lo anterior, cabe abordar las críticas esbozadas por las partes con relación a los montos indemnizatorios reconocidos.

1. Daño material: El argumento expuesto por el GCBA con relación a la improcedencia del rubro como consecuencia de la falta de acreditación del nexo de causalidad debe ser rechazado en atención a lo resuelto con anterioridad. Idéntica solución cabe aplicar a las críticas de ambas partes en orden al monto reconocido por el a quo. Para decidir el alcance del resarcimiento, el magistrado de grado tuvo en cuenta que la coactora era condómino del inmueble y que no se había acreditado en qué estado se encontraba este con anterioridad a la aparición de los daños, de modo que la mera alusión al error de cálculo de acuerdo con el valor de reconstrucción aludido por el perito resulta insuficiente para demostrar que el resarcimiento reconocido no se ajusta a derecho. Por su parte el GCBA simplemente solicitó que se readecue el monto a su justa medida, omitiendo indicar cuál podría haber sido el error en la justipreciación impugnada. En tal orden de ideas, corresponde rechazar los agravios en estudio.

2. Gastos de alquiler: El agravio del GCBA vinculado a la improcedencia del rubro debe ser rechazado en tanto carece de crítica concreta y razonada. El demandado se ha limitado a indicar que no existía prueba para la acreditación del daño sin hacer un expreso repudio a los contratos de locación acompañados por la parte actora y considerados por el magistrado de grado para conceder el reclamo. Por su parte los actores han expuesto que en la actualidad mantienen su condición de locatarios del inmueble sito en la calle Nazca N° 1754 sin acompañar ninguna constancia de ello, extremo que no solo quita contenido a su agravio sino que imposibilita la revisión del monto otorgado al desconocerse los términos en que la alegada relación se desarrollaría. Como consecuencia de lo anterior, corresponde rechazar los agravios en estudio.

3. Daño moral: Al emitir mi voto en la causa ¿Bilik Mariano Fabián c/ GCBA s/ Daños y perjuicios?, EXP 2139/0, sentencia del 29/11/2013, Sala II -entre muchos otros-, sostuve que el daño moral, puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, Tratado de Responsabilidad Civil, t I, pág. 215; Mayo, Jorge, Código Civil Comentado, Concordado y Anotado. dirigido por Belluscio, Augusto y coordinado por Zannoni, Eduardo, t. II, pág. 230; Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, p. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág. 179, núm. 556/7; CNCiv., Sala A, ¿Mastandera, Lorenzo Héctor c/ Máxima AFJP S.A.?, 09/12/08, voto del Dr. Ricardo Li Rosi). También se ha sostenido que el daño moral consiste en "...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho como, consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..." (Zavala de González, Matilde; Resarcimiento de daños, t. 2.a., págs. 49). Señala la misma autora que "...constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto como consecuencia del suceso, opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, incómodas o aflitivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal..." (Zavala de González, Matilde; op. cit., págs. 554-5). En ese sentido, ya he dicho que "[e]l daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son elementos que permiten aquilatar la

entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto...? (cfr. ?Naccarato, Roberto Aníbal c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos?, EXP 1187/0, sentencia del 2 de julio de 2002; ?A., A. C. c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)?, EXP 18296/0, sentencia del 23 de junio de 2011, ambas de Sala II). En cuanto a la prueba de estos daños, ?...operará normalmente por vía de presunciones judiciales u hominis (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que el caso del daño patrimonial...? (Pizarro, Ramón D., op. cit., ps. 565). Así, para que el daño moral sea resarcible debe ser cierto y personal; derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado, y, finalmente, debe existir relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En el sub examine, es indudable que las circunstancias de autos debio provocarle a los actores sentimientos de dolor, angustia, desazón que deben ser reparados. Obsérvese que, pese a haber guardado una conducta ajustada a derecho al efectuar las denuncias ante el GCBA y acudir ante el IVC para solicitar un crédito para la refacción de su vivienda, ambos debieron atravesar no solo el proceso de deterioro del inmueble sino además mudar, luego de tantos años, su residencia a efectos de preservar su seguridad física. Así las cosas, corresponde establecer el monto de la indemnización. Al respecto, cabe señalar que si bien no es fácil mensurar en dinero el daño moral y, en un sentido estricto, ninguna suma será adecuada compensación, es deber de los jueces buscar el equilibrio y fijar con prudencia la respectiva indemnización. El dinero tiene un valor compensatorio que permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido. Pero no puede dejar de considerarse que ese derecho de la víctima no puede traducirse en un beneficio que no guarde relación con la subsistencia del perjuicio o con la reparación de otros daños, es decir, debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que desvirtúe la reparación pretendida. La fijación de dicha reparación, por sus particulares características, depende, en definitiva de un juicio de valor que el sentenciante está facultado a realizar (conf. CSJN, Fallos: 323:1779; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, sentencia dictada en los autos ?Cozzi Jorge Alberto c/ E.N. -Min. De Defensa- Prefectura Naval Arg.?, el 23/05/96; Sala IV, sentencia dictada en la causa ?Miguens, Francisco F. c/ E.N. (M° de Defensa Resol. 1250/95)?, el 14/06/01). Por ello, en atención a las pruebas obrantes en autos, estimo que corresponde elevar el monto otorgado por el magistrado de primera instancia a la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) para cada uno de los actores. En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación incoado por la parte actora y rechazar el presentado por el GCBA. XII. Por último debe considerarse la crítica expuesta por el GCBA con respecto a la imposición de costas a su parte. Las costas son, en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento (art. 62 del CCAyT). Se imponen no como una sanción sino como el resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena fe con que haya actuado por haberse creído con derecho. La justificación de la condena en costas está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, haciendo su imposición al deber del juez de condenar al derrotado. Por lo tanto, el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, quien debe salir incólume del proceso. Así, quien hace necesaria la intervención del tribunal por su conducta -acción u omisión- debe soportar el pago de las costas que la contraparte ha debido realizar en defensa de sus derechos. Lo expuesto constituye aplicación de una directriz axiológica, de sustancia procesal, en cuya virtud ?se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia? (Chiovenda, en Ensayos de Derecho Procesal [trad. Santis Melendo], T. II, p. 5). En el caso de autos, más allá del rechazo de algunos rubros indemnizatorios incluidos en la demanda, entiendo que el GCBA ha resultado sustancialmente vencido, por lo que corresponde rechazar el agravio y confirmar la imposición de costas decidida en la instancia. En atención al modo en que han sido resueltas las apelaciones, estimo que las costas de esta instancia deben distribuirse en el orden causado [art. 62 y ccddes. del CCAyT]. XIII. Por las consideraciones que anteceden, propongo al acuerdo, en caso de compartirse mi voto: 1) rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA a fs. 1144; 2) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y modificar el monto otorgado por daño moral de acuerdo a lo indicado en el punto XI.3 de mi voto; 3) imponer las costas de esta instancia en el orden causado. A la cuestión planteada la Dra. Gabriela Seijas dijo: I. Comparto las consideraciones expresadas por Esteban Centanaro para rechazar la apelación del GCBA y hacer lugar parcialmente a la presentada por Natalia Narcisenfeld y Damián M. Peisajovich en lo que concierne al daño moral, con costas de esta instancia en el orden causado. Del dictamen del perito ingeniero en construcciones, Juan L. Wiener, se desprende con claridad que ha quedado corroborada la relación causal entre el fresno europeo (*Fraxinus excelsior*) situado en la vereda de la calle Nogoyá al ... de esta Ciudad y los daños causados (v. fs. 1043 vta., respuesta C, 1044 vta., respuesta 1, y 1045/1045 vta., respuesta 4). En particular, en la última respuesta mencionada brindó una explicación en detalle del proceso por el que las raíces del árbol en cuestión originaron grietas y fisuras en el suelo sobre el que se asentaba el inmueble

afectado. Lo apuntado en dicho informe resulta concordante con otras constancias obrantes en el expediente, tales como el testimonio de Juan M. Sujov, arquitecto que en su momento inspeccionó la vivienda (v. 378/378 vta.). II. El supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil (invocado por los actores en la demanda, v. fs. 125, ap. V) requería acreditar que el daño fue causado por la infraestructura que depende del GCBA (en el caso, el árbol situado en la vereda) y que, demás, no se verificaban las causales de eximición allí contempladas. En contraste, el GCBA se ha limitado a introducir el planteo de una serie de causas ajenas (vgr. falta de mantenimiento y realización de obras antirreglamentarias) vinculadas, en lo sustancial, con las aseveraciones vertidas en la Nota 2372-DGGAyE-2007 del 9 de agosto de 2007 (v. fs. 199, reservada en el sobre "Efecto N° 93?"), que, a su criterio, desplazarían por completo la incidencia causal de las raíces arbóreas. Tal como sostuvo el doctor Segon, ninguna de las hipótesis allí esbozadas cuenta con respaldo probatorio en autos. Por el contrario, merece destacarse el Registro 4360-DGGAyE-2004 del 22 de octubre de 2004 firmado por el arquitecto Delfor E. García, a cargo del Área Técnica de la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencia, en el que se advirtieron grietas y fisuras "indicativos de asentamientos diferenciales" que "serían causados por pérdidas en las cañerías de desagüe pluvial y cloacal, debido muy posiblemente a la obstrucción de las mismas por las raíces del árbol existente en la acera, habiéndose producido la rotura de casi todo el sector de acer[a] correspondiente por el crecimiento desmedido de las raíces citadas" (v. punto 5 en el archivo "0004\_20070309\_142426.tif" del CD que contiene el exp. adm. 2283/2005, reservado en el mismo sobre). En este orden de ideas, hay consenso doctrinario y jurisprudencial en torno a que la eximente alegada debe ser probada por el indicado como responsable para destruir la presunción que gravita sobre él, debiendo estarse, ante la duda, por mantener esta última (cf. Ramón D. Pizarro, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 256). III. Finalmente, en lo relativo a la elevación del monto reconocido en concepto de reparación del daño moral, cabe agregar que la suma peticionada en la demanda ascendía a sesenta mil pesos (\$60 000) (v. fs. 124 vta., ap. III, punto 4, y 124 vta./125, ap. IV). No obstante, al precisar el objeto, los actores expresaron su sujeción a "lo que en más o en menos resulte de la prueba" (v. fs. 119, ap. D). En tal sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que una condena judicial no quebranta los términos de la litis ni decide ultra petita aun cuando exceda el importe indicado en la demanda, si la expresión de este último ha sido seguida de la reserva relativa a "lo que en más o en menos resulte de la prueba". Explicando el Alto Tribunal que esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba (doctrina de Fallos, 266:223; 272:37; 291:88 y sus citas, entre otros; v. "Oblita Ramos, Nancy c/ Copla Cooperativa de Provisión de Servicios para Transportistas de Consumo y Crédito Limitada", del 17/11/94, en Fallos, 317:1662). Las particulares circunstancias del caso, en el que se vio afectado el hogar conyugal de la familia constituida por los actores, la insuficiente respuesta a las denuncias oportunamente presentadas ante el GCBA y el tiempo transcurrido, son aspectos que justifican elevar el monto en la suma precisada por mi colega. En este sentido dejo expresado mi voto. Por lo expuesto, se RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA a fs. 1144; II) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y modificar el monto otorgado por daño moral de acuerdo a lo indicado en el punto XI.3 del voto del Dr. Centanaro; 3) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Se deja constancia de que el Dr. Hugo Zuleta no suscribe la presente por hallarse excusado a fs. 764. Notifíquese a las partes y a la Sra. fiscal ante la Cámara. Oportunamente, devuélvase. Esteban Centanaro

JUEZ/A DE CAMARA CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA III Gabriela Seijas JUEZ/A DE CAMARA CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA III Correlaciones: Bianchi, Rubén, Dario c/GCBA s/amparo - otros - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 24 - 10/05/2019 - Cita digital IUSJU038684E

001256F