

**REGISTRADA BAJO EL N° 20 (S) F° 131/140****Expte. N°166743 Juzgado N° 9**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 7 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "**GARZON NELIDA ELBA C/ MARINO NORBERTO LUIS S/MEDIANERIA**", en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélide Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES**

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 271/ 277?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:****I.-Antecedentes.**

**a)** A fs. 119/129 la Dra. Nélide Elba Garzón -como letrada en causa propia- promueve demanda de cobro de medianería, reparaciones urgentes e indemnización por daños y perjuicios contra el Sr. Norberto Luis Marino.

Relata que, en el año 1991, compró el lote de terreno individualizado como lote 5, Manz. 26, Circ. IV, Secc., Matr. 153.798, comenzando ese mismo año la construcción de un chalet con destino a vivienda permanente y alquiler temporario.

Comenta que el día 8 de julio de 1993 regularizó planos municipales correspondientes a toda la planta baja. Destaca que en tales planos se puede visualizar que la pared lindante (construida de modo encaballado de acuerdo a lo normado por el Código Civil y el Código de Ordenamiento Territorial municipal) lindaba con el lote baldío n. 6 de la misma manzana, propiedad del demandado.

Puntualiza que la pared de mención tiene su comienzo en la línea municipal y se proyecta hasta el fondo de su lote, en forma recta y sin desvíos, siendo paralela también hasta el fondo del mentado lote n°6.

Agrega que -a principios de diciembre de 2004- el accionado comenzó a levantar un tapial paralelo a su pared, desde la mitad del terreno hacia atrás, con una separación de unos 20 cm. respecto de su pared.

Destaca que, en el mismo mes y año, comenzó el accionado a construir un fogón-parrilla, mesada y pileta, pasando caños por su pared medianera, sin permiso ni pago de la medianería, en forma antirreglamentaria.

Señala que tales labores le causaron severos daños y perjuicios, tales como ruidos intensos, resquebrajaduras, filtración de agua, malos olores, manchas de humo en paredes, ventanas, aleros y tejas.

Expresa que el accionado también relleno el terreno con tierra por encima de la capa aisladora de su propiedad, lo que le generó humedades en toda la pared lindera.

Dentro del acápite que denomina "*Liquidación por medianería, daños y perjuicios, reparaciones, readecuaciones, lucro cesante y daño moral*" justiprecia el reclamo por el pago de la pared medianera en la suma de pesos ciento nueve mil quinientos setenta y nueve mil con doce centavos (\$109.579, 12); por los "daños a la propiedad" en la suma de pesos sesenta y ocho mil seiscientos ochenta y cuatro con treinta y ocho centavos (\$68.684, 38); por los "trabajos de readecuación" en la suma de pesos ochenta y dos mil seiscientos (\$82.600); por el lucro cesante en la suma de pesos un millón cuatrocientos cuarenta mil (\$1.440.000), más intereses y costas.

Solicita en concepto de daño moral el importe que se determine judicialmente.

Por otra parte, pide que se condene al demandado a habilitar el ingreso a patio de su propiedad para que se realicen -con carácter urgente- las labores de reparación de los perjuicios materiales provocados como consecuencia de su obrar antijurídico.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se haga lugar a la demanda con costas.

**b)** A fs. 130 se imprime el trámite sumario a las presentes actuaciones y se ordena correr traslado de la demanda por el plazo de ley.

**c)** A fs. 162/ 175 la Dra. Mariana Gabriel Quintana Queiruga -como apoderada del Sr. Norberto Luis Marino- opone excepciones de litispendencia y cosa juzgada.

Funda ambas excepciones señalando que, en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°1 Departamental, tramitaron los autos "Marino Norberto c/ Garzón Nélica s/ Restricciones y límites al dominio", siendo condenada la aquí actora a pagar al Sr. Marino el valor que representa la superficie de 4,72 metros cuadrados.

Expone que la circunstancia denunciada torna viable las excepciones deducidas en los términos y con los alcances fijados en el art. 347 inc. 4° y 6° del CPC.

Subsidiariamente, contesta la demanda promovida en contra de su mandante.

Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en el libelo inicial. Sostiene que la demanda debe rechazarse pues la medianera precede en el tiempo a la construcción de la parte actora. Impugna la procedencia y montos de los parciales indemnizatorios pretendidos.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se rechace la demanda, con costas.

**d)** A fs. 196/ 201 la actora contesta el traslado dispuesto con relación a las excepciones deducidas por la demandada, solicitando su rechazo con costas.

A fs. 220/ 222 la Sra. Juez de primera instancia decide el rechazo de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada, con costas al excepcionante vencido.

**e)** A fs. 226 se abre la causa a prueba en atención a la existencia de hechos materia de comprobación. Los medios probatorios fueron proveídos a fs. 229.

**f)** A fs. 249/ 258 se dicta sentencia conforme los alcances que se fijan en el punto subsiguiente.

## **II.- La sentencia recurrida.**

A fs. 249/ 258 el Sr. Juez de primera instancia resuelve: *"I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Nélica Elba Garzón, por sus derechos, por daños y perjuicios derivados de una cuestión de medianería contra Norberto Luis Marino, y en su consecuencia, condenando a este último a abonar a la actora dentro de un plazo de DIEZ DIAS, el importe a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, y el establecido en concepto de daño moral, de PESOS VEINTICINCO MIL (\$ 25.000), con más los intereses determinados en los considerandos de la presente, bajo apercibimiento de ejecución (art. 163 inc. 7 del CPC). Con costas (art.68 del CPC).- II.- Difiriendo la regulación de los honorarios profesionales, hasta tanto se encuentren firmes tanto la presente como la liquidación respectiva.- REGISTRESE. NOTIFIQUESE"* (textual).

En lo que respecta a la pretensión de cobro de medianería considera la sentenciante que: *"La demanda por cobro de medianería no puede prosperar, dada la precedencia en la construcción de la pared medianera existente con respecto a la vivienda de la actora, la cual se halla separada de la misma, y respecto de la que ningún crédito se demuestra como existente. Así, no hay derecho alguno de cobro con vigencia demostrado en el expediente. La parte actora, tampoco demostró haber construido la medianera (v. dictamen de fs. 249/258, no existiendo mérito para apartarse de lo determinado por la profesional en arquitectura; arts. 375, 384, 473 y 484 del CPC)"* (textual).

Por otra parte, en lo que atañe a la pretensión indemnizatoria, sostiene la Sra. juez de grado que: *"De la incuestionada pericial de arquitectura, de la que como se dijo no existe mérito para apartarse, surgen deficiencias en la ejecución del muro por parte de la actora, el cual se construyó separado de la medianera preexistente, con serios defectos, lo que motivó graves perjuicios de los que se dice víctima"* (textual).

Expresa que: *"Se extrae que los trabajos necesarios para remediar los perjuicios específicamente causados por el demandado y no por la propia mala ejecución de la obra por parte de la actora, son: retiro de todo material vegetal existente en muro medianero y que se abraza a él desde línea municipal hasta el sector de la parrilla; descalce metro por medio del muro a la altura del nivel de piso y corte de 4 hiladas de ladrillo para ejecutar revoques de morteros impermeables que actúan como capa aisladora vertical y horizontal; lavado de todas las superficies de muro de ladrillos con ácido muriático en iguales proporciones de agua, cepillar y lavar con abundante agua, dejar secar y luego de 24 hs. imprimir la superficie con Loxon para ladrillos o similar calidad de pinturas para ladrillos exteriores visto; colocar tejuelas refractarias en el interior de la parrilla y realizar pulmón en la misma; extender conducto de evacuación de humos y gases hasta un metro por encima de la última ventana de la vivienda de la actora, aislar térmicamente dicho conducto; picado y nueva ejecución de solado bajo parrilla con mezclas que contengan ceresita y/o pasta inorgánica para impermeabilización; limpieza de la obra. Dentro de la vivienda de la actora el demandado tendrá a su cargo: picado de revoques hasta el ladrillo y hasta una altura de 0,60 m. del muro medianero dentro del local garaje, ejecución de revoques impermeables, grueso y fino; pintura del sector, en living comedor, en sector de rajadura vertical de techo a piso, picar a ambos lados de la rajadura, ejecutar llaves de arriostamiento y ejecutar nuevos revoques; pintura del sector; limpieza de la obra"* (textual).

Subraya que: *"Tales trabajos son necesarios dada la responsabilidad del accionado por la presencia de la enredadera sobre la pared, filtrando humedad en perjuicio de la actora, y la presencia de una parrilla ilegalmente construida"* (textual).

Sentado lo anterior, destaca que: *"El importe necesario para tales tareas, se determinará a valores actuales, por la experta designada, en la etapa de ejecución de sentencia. Ello debe ser así, dadas las precisiones vertidas por la experta tanto a fs. 249/258 y 260, y la necesidad de contar con el cómputo por parte de la profesional del importe preciso para reparar el daño causado por la presencia de la enredadera sobre la pared, filtrando humedad en perjuicio de la actora, y la presencia de una parrilla ilegalmente construida. El montante así determinado, devengará los intereses que se van a indicar, desde la fecha de la notificación de la demanda"* (textual).

Paralelamente, con relación al reclamo indemnizatorio del parcial "lucro cesante", señala que: *"En los presentes, no se ha demostrado que el destino de la casa fuera su alquiler, por lo que el apartado en tratamiento no puede ser admitido"* (textual).

Por último, con respecto al rubro resarcitorio "daño moral", expresa que: *"Teniendo en cuenta, pues, las antedichas molestias, es dable concluir que se ha generado a la actora, un padecimiento espiritual que es dable indemnizar mediante este rubro; el que esta sentenciante estima razonable y ajustado a derecho sea fijado en PESOS VEINTICINCO MIL ( \$ 25.000,00) (arts.901, 1068, 1078, 1083 del Código Civil; arts. 375, 384, 474 del C.P.C.), con más los respectivos intereses, a computarse desde la fecha del hecho"* (textual).

### **III.- El recurso de apelación.**

A fs. 280 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 249/ 258 y lo funda a fs. 301/ 311 con argumentos que merecieron respuesta de la parte contraria a través del escrito electrónico de fecha 19 de diciembre de 2018.

### **IV.- Los agravios del recurrente.**

En su primer agravio, la apelante critica la resolución dictada por la Sra. Juez a quo por cuanto decide el rechazo de la pretensión de cobro de la medianería *"asegurando inexactamente que la medianería (de la actora) se encuentra construida en parte separada del eje, no tomando en cuenta las pruebas existentes, pruebas éstas emanadas por autoridad competente, aferrándose exclusivamente a la pericia de arquitectura, pericia éste que confunde "actora" con "demandado" en cuanto a la propiedad de la medianería, que además no dice nada sobre que yo haya construido una pared con desvío, aunque su señoría lo asegure"* (textual).

Subraya que: *"en el expediente queda perfectamente demostrado que la pared me pertenece (...) El Sr. Marino en ningún momento acredita en el expediente haber construido la pared de mi casa. El Sr. Marino no apoya su casa sobre mi medianería, apoya un fogón, parrilla y pileta al aire libre, lo que demuestra claramente su intención de usar la medianería, y además construyó un tapial separado del muro medianero que no cumple función alguna y en ambos casos causan daños que se encuentran expresados en la demanda"* (textual).

En su segundo agravio, la apelante cuestiona la decisión de la sentenciante por cuanto decide rechazar el pedido de indemnización del lucro cesante, en la inteligencia de que no se produjo prueba fehaciente que acredite la procedencia del parcial de mención.

Para dar respaldo a la fundamentación de su agravio agrega en esta instancia la siguiente documentación: a) acta de constatación N°161.172 y acta de clausura transitoria, ambas de fecha 14 de marzo de 1994; b) duplicados de recibos N°3919, 3933 y 3936 a nombre de Dos Santos; recibo N°3945 a nombre de Hermanas de Nuestra Señora de la misericordia; c) factura original N°544, de fecha 19-11-94,d) factura original N°4652, de fecha 29/05/1998.

Cabe aclarar que la agregación de documentos pretendida por la actora fue desecha a través de la resolución dictada por este Tribunal de Alzada con fecha 7 de febrero de 2019.

Por otra parte, en su tercer agravio, critica el monto que la sentenciante otorga en concepto de indemnización del daño moral.

Argumenta que: *"el Sr. Marino desde el año 2004 provoca los daños expresados en la sentencia y además son reconocidos por la pericia (en cantidad, calidad y tiempo)"* (textual).

Solicita que: *"se revise la suma otorgada por daño moral, por ser irrisoria, absurda y muy agravante para mi persona y mi familia, que determine una nueva suma acorde al daño probado y a la motivación del demandado"* (textual).

Por último, en su cuarto agravio, señala que: *"la señora juez de grado ha omitido un punto muy importante para resolver esta cuestión, como es la habilitación a esta parte para efectuar las reparaciones urgentes dado que la situación edilicia de mi propiedad se agrava día a día"* (textual).

Solicita que: *"se conceda en forma urgente la realización de las referidas reparaciones por causarme importante gravamen, y se ordene al demandado a depositar en el juzgado la llave del portón de rejas de acceso al patio de su propiedad, considerando que tengo el derecho que me concede la ley a efectuar tanto las reparaciones a mi cargo, como así también, las que se encuentran a cargo del demandado"* (textual).

## **V.- Ley aplicable.**

Por razones de orden lógico, considero imprescindible aclarar que, analizándose en autos una relación de origen legal (cobro de medianería y responsabilidad por daños), para el estudio de la constitución, extinción y efectos producidos -y que resultan materia de agravio – me apoyaré en las normas del Código Civil [ley 340] y no el ya vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina -ley 26.994- ya que éste no es de aplicación retroactiva (art. 3 del C.Civil, art. 7 del C.C.C.N.; conf. Kemelmajer de Carlucci, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", La Ley, 22/04/2015,

AR/DOC/1330/2015; Junyent Bas, Francisco A., "El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial", La Ley, 27/04/2015, AR/DOC/1360/2015).

En efecto, considero que las disposiciones del derogado Código Civil (ley 340) son las aplicables para el estudio de los agravios por estar vigentes al momento en que se dice configurado el "hecho ilícito" que da base a las pretensiones deducidas por la Dra. Nélide Elba Garzón (diciembre de 2004; conf. fs. 120; conforme doct. art. 7 del CCYCN, ley 26.994).

Hecha esta aclaración, me abocaré en el acápite subsiguiente al estudio de la apelación deducida por la parte actora.

## **VI.- Consideración de los agravios.**

Ingresando en el estudio de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal, advierto que el recurso debe prosperar parcialmente.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

### **a) La pretensión de cobro de medianería.**

Adelanto que el primer agravio formulado por la actora debe prosperar.

1.- Del juego armónico de los arts. 2728, 2722, 2723 y 2724 del Cód. Civil se colige que **la deuda por medianería constituye una obligación ambulatoria o propter rem**, pues el vínculo no se establece entre personas determinadas sino entre quienes revisten la calidad de titulares de una relación de derecho real o posesoria respecto de alguna cosa, tanto en el aspecto activo como pasivo (conf. Claudio M. Kiper, "Juicio de medianería", Ed. Hammurabi, 2008, pág. 460 ).

La característica distintiva de estas obligaciones ambulatorias reside en que, creadas ex lege, se constituyen en estrecha conexión con un cosa, por lo que **el crédito o la deuda emergente (en este caso, de la medianería) nace, subsiste o se extingue junto a esa ligazón real** (argto. arts. 2728, 2722, 2723 y 2724 del Cód. Civil; Marta E. Fazio de Bello, "La medianería como problema urbano", Ed. La Rocca, 1998, pág. 111).

Efectivamente, la deuda por medianería es una obligación propter rem porque sólo puede constituirse por los propietarios contiguos y en razón de ese carácter; **es una obligación que no grava (ni favorece) a una o más personas determinadas sino indeterminadamente al poseedor de una cosa, comprendido en el régimen de transmisión del art. 3266 del C.Civil** (argto. arts. 2728, 2722, 2723 y 2724 del Cód. Civil; conf. doctrina citada).

Es por ello que **el actual propietario, y no necesariamente quien edificó el muro medianero, reviste la calidad de acreedor y, por consiguiente, está legitimado para ejercer la acción de reembolso recibida de su antecesor, en su condición de sucesor singular** (argto. arts. 2728, 2722, 2723 y 2724 del Cód. Civil, conf. doctrina citada; jurisprud. Cám.Civ. Com. De San Martín, Sala II, causa N°61.346, RSD-64-10 sent. del 11-05-2010; Cám.Civ.Com. de San Nicolás, causa N°3796, RSD-30-09 sent. del 7-04-2009).

En este sentido, se ha sostenido que cuando el o los condóminos se sirven de la medianería con posterioridad a su construcción, **la procedencia de la acción por cobro de medianería sólo requiere que el actor acredite que se ha hecho uso del muro de su propiedad, sirviéndose de la pared por cualquier aprovechamiento estable de ella, en cuanto acto de utilización efectiva** (argto. arts. 2728, 2730 y conds. del C.Civil, conf. Claudio M. Kiper, Ob. cit. pág. 469; Marcelo López Mesa, "Código Civil y leyes complementarias", T. IV, Ed. Lexis Nexis, pág. 75; Ricardo Papaño - Claudio Kiper-Gregorio Dillón - Jorge Causse, "Derecho Reales", T. I, Ed. Astrea, 2004, pág. 391).

Así es, **la legitimación sustancial activa corresponde al titular actual del inmueble, aunque no haya sido quien edificó la pared**, bastando para la admisibilidad de la acción de cobro de medianería **que el actor acredite que el titular colindante se ha servido de esa pared**, a través de un aprovechamiento activo, viniendo a quedar aquélla en una situación de

accesoriedad respecto de la construcción de éste (argto. arts. 2728, 2730 y conds. del C.Civil, conf. doctrina citada; Jurisp. Cám. Civ. Com primera de La Plata, Sala I, causa N° 241.787, RSD-261-3 Sent. del 28/08/2003; Cám. Civ. Com segunda de La Plata, sala II, causa N° 88148, RSD-129-99 Sent. del 08/06/1999).

2.- Trasladando estos principios al caso bajo examen no comparto el doble orden de motivos que esgrime la sentenciante para dar sustento a la decisión de rechazo de la pretensión de cobro de medianería, a saber: a) la precedencia del muro medianero y b) la ausencia de prueba en cuanto a la construcción del muro medianero por parte de la actora.

Tal como fue señalado en el punto anterior, el crédito derivado de la relación de medianería constituye una típica obligación "propter rem" (derivada del derecho de propiedad sobre la pared medianera) por lo que la Sra. Nélide Elba Garzón, como titular actual del inmueble y aunque no haya sido quien construyó el muro medianero (o bien, dicha pared fuera preexistente), tiene legitimación sustancial activa para reclamar el reembolso pertinente en la medida que acredite que el vecino colindante se ha servido de aquella, lo que a mi entender ocurrió en el caso de autos (argto. arts. 2728, 2722, 2723 y 2724 del Cód. Civil; arts. 375, 384 y conds. del CPC).

Efectivamente, de acuerdo con lo dictaminado por la perito arquitecta Laura Virginia Celli: **"la vivienda de la actora se encuentra edificada entre medianeras desarrollándose en planta baja y planta alta. La vivienda del demandado se encuentra desarrollada en planta baja únicamente, implantada en el terreno sobre la medianería izquierda, mirando desde la línea municipal y sólo apoya en el muro medianero con la actora, una parrilla sin cubierta o techo y su respectivo tiraje"** (textual fs. 1256 vta., el resaltado y subrayado me pertenece).

Cabe resaltar que la información brindada por la experta (en cuanto a la situación de "contacto" o "apoyo" de la parrilla y su respectivo tiraje con la pared medianera de la actora) puede corroborarse a través de **las fotografías que la perito acompaña junto con el informe pericial** (conf. fs. 250/ 255; argto. arts. 354 inc. 1ero, 375, 384, 385/393 y conds. del CPC).

A mérito de lo dictaminado por la perito arquitecta (informe técnico pericial del cual no encuentro razones para apartarme en tanto se encuentra debidamente fundado) considero que le asiste razón a la recurrente cuando señala que se encuentra debidamente acreditado el presupuesto de hecho que exige la ley para tornar procedente la pretensión de cobro de medianería.

Efectivamente, **la prueba colectada en este expediente permite tener por verificado que el accionado se ha "servido" del muro medianero de propiedad de la Sra. Nélide Elba Garzón, obteniendo de ello un aprovechamiento físico efectivo, en tanto ha sido construida sobre dicha pared una parrilla junto con su respectivo tiraje** (argto. arts. 375, 384, 474 y conds. del CPC).

En función de ello, propongo que el primer agravio formulado por la parte actora sea admitido, modificándose -en consecuencia- la sentencia de primera instancia en el sentido hacer lugar a la pretensión de cobro de medianería entablada contra el Sr. Norberto Luis Marino (argto. arts. 375, 384, 474 y conds. del CPC, arts. 2726, 2728 y conds. del C.Civil).

En cuanto al monto de procedencia de la acción, frente a la ausencia de una especificación técnica por parte de la perito arquitecta y de acuerdo a lo establecido por el art. 2728 del C.Civil, **considero que debe condenarse a la parte demandada a pagar en favor de la Sra. Nélide Elba Garzón la mitad del valor de la superficie del muro medianero utilizado para construir la parrilla de mención (junto con su respectivo tiraje) y del terreno sobre el que se hubiere asentado, cuya justipreciación deberá determinar la perito arquitecta Laura Virginia Celli durante la etapa de ejecución de sentencia.** El informe que brinde la experta tendrá el alcance de "pericia arbitral" en los términos de los arts. 514 y 811 del CPC (argto. arts. 514, 811 del CPC; conf. Tachella, Diego Hernán, "Medianería: fijación del valor del muro" nota

pub., en JA 2014-IV; Almeida Pons, Camilo - Caia, Maximiliano, " Sobre el muro contiguo y la pared medianera" nota pub. en L.L. AR/DOC/3754/2006).

A la suma que arribe la perito deberán adicionarse intereses a la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (argto. Jurisp. SCBA C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi", sents. de 21-X-2009; C. 113.397, sent. de 27-11-2013; C. 119.176, "Cabrera" y L. 118.587, "Trofe", sents. de 15-6-2016)

La fecha de inicio para el cómputo de los intereses debe estar dada -a mi entender- por la de la constitución en mora (art. 509 del C.Civil). En tal sentido, no habiendo sido desconocida la recepción de la carta documento N°532296138 (adunada en copia certificada a fs. 18) corresponde que la liquidación de los intereses sea efectuada tomando como punto de partida el día 13 de diciembre de 2004, lo que así propongo (argto. arts. 330, 354 inc. 1ero. " a cont" del CPC).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que el embate bajo estudio debe admitirse, lo que así propongo.

#### **b) El lucro cesante.**

El agravio no prospera.

Efectivamente, el lucro cesante constituye la ganancia o utilidad económica de la que se vio privado el damnificado a raíz del hecho ilícito o del incumplimiento de la obligación. Su reclamo debe hacerse sobre una base real, cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética; por lo que la verificación de este daño no se presume, corriendo a cargo de quien pretende su resarcimiento la efectiva prueba de su existencia (argto. arts. 375, 384 y codns. del CPC; arts. 519, 1069 y conds. del Cód. Civil; conf. Jorge Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños" - T. I., Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Santa Fe, pág. 265; Carlos A. Ghersi, "Teoría General de la Reparación de daños", Ed. Astrea, Cdad. de Bs. As., pág. 63 y sgtes.).

Esta Sala se ha pronunciado, al respecto, señalando que: ***"Para que sea viable la indemnización por el parcial lucro cesante tiene que acreditarse la ganancia dejada de percibir, es decir, debe encontrarse debidamente justificada la actividad frustrada y el tiempo durante el cuál se dejó de percibir las sumas reclamadas"*** (esta Sala, causa N° 144.974, RSD-36-10 del 23-02-10, el resaltado me pertenece).

El Supremo Tribunal provincial se ha pronunciado, en tal sentido, señalando que: ***"La reparación del lucro cesante no se apoya en una simple posibilidad de ganancia ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que debe abonarla, y menos un beneficio para el particular, ya que reemplaza en el patrimonio del afectado aquello que legítimamente se le había incorporado por la actividad desplegada y los elementos de trabajo y capital armonizados en el empeño"*** (SCBA, C 54.024 sent. del 27-XII-06, el resaltado me pertenece).

Trasladando estos principios al caso particular coincido con la conclusión de la sentenciante en cuanto señala que la parte actora no ha logrado demostrar la pérdida efectiva de ganancias -por alquileres caídos- como consecuencia del hecho ilícito atribuido al Sr. Norberto Luis Marino (arts. 375 " a cont", 384 y conds. del CPC, art. 1069 del C.Civil).

Obsérvese al respecto que la accionada desconoció la autenticidad de la prueba documental aportada por la Sra. Garzón con el objeto de acreditar la puesta en alquiler de la vivienda (fotografías e informe del maestro mayor de obras Gabriel Vidal ) sin que la accionante haya producido prueba idónea tendiente a confirmar la eficacia probatoria de dicha documentación (conf. fs. 79/ 89; arts. 354 inc. 1ero., 375 " a cont", 384 y conds. del CPC).

De este modo, valorada la prueba rendida en el expediente, coincido con la Juez de grado en que la accionante no produjo medio probatorio alguno que acredite de modo efectivo el

desmedro patrimonial que alegó haber sufrido a raíz del obrar antijurídico del Sr. Marino, configurado por la pérdida total de la percepción de alquileres de su vivienda durante los períodos correspondientes a los años 2005/ 2015 (arts. 375 " a cont", 384 y conds. del CPC, art. 1069 del C.Civil).

Es más, la recurrente respalda la fundamentación de su agravio en prueba documental cuya agregación en segunda instancia fue desechada de plano a través del proveído de fecha 7 de febrero de 2019 (conf. fs. 315/ 316 vta.) lo que robustece la solución que se propicia en cuanto a la confirmación de la decisión que juzga improcedente el reclamo indemnizatorio formulado a título de lucro cesante (arts. 375 " a cont", 384 y conds. del CPC, art. 1069 del C.Civil).

Este Tribunal ha dicho, al respecto, que: ***"El reclamo por lucro cesante por privación de locar un inmueble, debe surgir de prueba específica que ponga en claro que el inmueble era objeto de renta y que los defectos y, en su caso, las reparaciones, han privado a su titular de alquileres convenidos o frustrado locaciones concretadas"*** (Sala II, causa N° 13235, RSD-415-00 Sent. del 10/10/2000, el resaltado me pertenece).

A mayor abundamiento, cabe subrayar que la ausencia de prueba en torno a la efectiva puesta en alquiler del inmueble de la actora obsta a verificar la procedencia de su reclamo desde la órbita del parcial "pérdida de chance", esto es, como la privación de la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial cierta y concreta con motivo de la puesta en alquiler de la vivienda (arts. 375 " a cont", 384 y conds. del CPC, art. 1069 del C.Civil; jurisp. SCBA. Ac. 118.885 Sent. de 12-VII-2017).

En definitiva, no habiéndose demostrado que -efectivamente- la Sra. Nélide Elba Garzón se haya visto privado de percibir ganancias con motivo del hecho ilícito atribuido al demandado, considero que debe permanecer incólume la decisión de rechazo del parcial bajo estudio, lo que así propongo (arts. 375 " a cont" y conds. del CPC, 1067, 1068, 1069 y conds. del C.Civil).

### **c) El daño moral.**

Adelanto que el agravio que formula la recurrente en cuanto al monto o justipreciación de este parcial, no debe prosperar.

Como es sabido, para fijar el resarcimiento del daño moral se ha de acudir al prudente arbitrio judicial y, por supuesto, evaluar las constancias obrantes en la causa, gozando de plena autonomía dicha fijación por cuanto no resulta necesario que la estimación guarde proporcionalidad con el daño patrimonial otorgado (arts. 165, 375, 384 y conds. del C.P.C.; arts. 1071, 1078 y conds. del C.Civil; conf. Pizarro, "Daño Moral", Ed. Hammurabi, 2004, pág.32; Conf. Matilde Zabala de González; "Resarcimiento de daños"2°, Ed. Hammurabi, 1993, pág. 611; Jurisp. esta Sala, causa N°157.747, RSD-44-15 del 1-04-15; causa N°151.797, RSD-85-13 del 9-05-13, entre otros; SCBA, Ac. 83.961, sent. del 1-IV-2004; Ac. 77.933, sent. del 23-IV-2003; Ac. 74.699, sent. del 13-IX-2000, entre otros).

El Máximo Tribunal provincial se ha pronunciado, al respecto, señalando que: *"La determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión, y ello constituye una cuestión circunstancial propia de los jueces de las instancias ordinarias y detraída, por ende, del ámbito de la extraordinaria, si su ejercicio no resulta irrazonable o absurdo"* (SCBA, C 117.926 Sent. del 11-II-15, el resaltado me pertenece).

Ha dicho también que: *"Con el objeto de determinar el monto indemnizatorio por daño moral, deberán estimarse las circunstancias del caso a fin de que pueda desentrañarse la incidencia que el daño produjo sobre la persona del damnificado (la personalidad del damnificado: edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad); la índole de las lesiones sufridas; la posible influencia del tiempo, como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño moral; y*

*también la personalidad de quien lo produjo, sobre todo cuando pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio causado a la víctima; etcétera.*" (SCBA, C 117.926 Sent. del 11-II-15).

Bajo estos parámetros, y en virtud del material probatorio colectado en el expediente (conf. fotografías, croquis y detalles técnicos volcados en el informe pericial en arquitectura obrante a fs. 1249/ 1258), considero que resulta razonable la justipreciación que la sentenciante realiza respecto del parcial indemnizatorio bajo estudio (argto. arts. 165, 384, 394, 474 y conds. del CPC, art. 1078 del C.Civil).

En efecto, para la estimación del daño moral sufrido por la Sra. Nélide Elba Garzón entiendo que deben valorarse su edad al momento de la construcción ilegal de la parrilla junto con su respectivo tiraje (53 años), los deterioros que provocó dicho obrar antijurídico en el inmueble de la actora (rajaduras en el living-comedor; condensación de muebles próximos al muro), como así también, los arreglos interiores y exteriores que deberá realizar para reparar los desperfectos ocasionados en su propiedad (argto. arts. 384, 474 y conds. del CPC).

A mérito de las razones precedentemente expuestas, tomando en cuenta la entidad de los sinsabores, angustias y frustraciones a los que innegablemente se vió expuesta la actora (las cuáles superan el piso mínimo de molestias a las que todos nos vemos expuestos por la vida en sociedad), así como también lo que indican las reglas de la experiencia, en conjunción el principio de reparación integral, propongo que confirme la indemnización del parcial bajo análisis en la suma de pesos veinticinco mil -\$25.000- (art. 1078 del Cód. Civil; arts. 165 in fine, 375, 384, 474 y ccdtes. del C.P.C.).

#### **d) La solicitud de reparaciones urgentes.**

Respecto a la "obligación de hacer" a la que hace referencia la actora recurrente ( esto es: que en la sentencia se incluya como parte de la "condena" la obligación del demandado de permitir el acceso al sector donde deben realizarse "con carácter urgente" los trabajos de reparación dispuestos por el sentenciante de grado), como cuestión "omitida" por la magistrada de la instancia de origen, realizaré la siguiente aclaración.

No hay duda de que, desde el plano estrictamente procesal, existe la posibilidad de canalizar por medio de la apelación todos aquellos planteos referidos a omisiones del juez de grado en torno a pretensiones volcadas en la demanda (argto. arts. 34 inc. 4to., 163 inc. 6to., 273 y conds. del CPC, conf. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone, "La Alzada, poderes y deberes", Ed. Platense, pág. 215 y ss.; Juan Carlos Hitters; "Técnica de los Recursos Ordinarios", 2da. Ed., Platense, 2004, pág. 420 y ss.; Jurisp. SCBA, Ac. 71.224 del 8-3-00, esta Sala, causa N°146.398, RSI-460-10 del 23-09-10).

Al respecto el art. 273 del CPC dispone: *"El tribunal podrá decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primer instancia, aunque no se hubiere pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios"* (textual).

Ahora bien, cabe preguntarse si una omisión como la descrita por la recurrente requiere de una "condena expresa" en tal sentido como dicha parte pretende.

Entiendo que no.

Aunque desde un punta de vista práctico podría calificarse como inocua la inclusión de un párrafo en el que se mencione que para la ejecución de las tareas es necesaria una orden que implique la autorización para el acceso al patio de la casa del demandado, lo cierto es que ello no solo es "innecesario" sino que, además, puede generar la falsa expectativa de que se trata de "pretensiones acumuladas", y en virtud de ello obtenerse una doble base regulatoria (argto. art. 26 del Dec. Ley 8904).

Señalo que es innecesario porque, habiéndose condenado al accionado a pagar una sumar de dinero para afrontar los gastos reparación de los perjuicios materiales específicamente

determinados por la Juez de grado en su pronunciamiento (con base en lo dictaminado por la perito arquitecta), va de suyo que para la ejecución de tales labores resultará menester ingresar al patio de propiedad del demandado.

Todo ello sin perjuicio de que, en la etapa de ejecución de sentencia, las partes puedan definir la "modalidad" en que se llevarán a cabo las reparaciones mencionadas en el pronunciamiento recurrido (vgr. coordinación de horarios para el ingreso de materiales y demás accesorios a la propiedad del demandado, empresa constructora que ejecutará las labores, uso de llaves de acceso, etc), o en su defecto, lo establecerá la propia juez de grado.

Paralelamente, señalo que no puede calificarse como "pretensión acumulada" porque -en rigor- carece de independencia respecto a los trabajos de reparación a los que condenó la sentenciante. En síntesis, lo solicitado es este agravio es, ni más ni menos, una medida complementaria propia de la etapa de ejecución de sentencia, cuyo alcance deben ser debatidos en primera instancia.

Por todo lo expuesto, considero que el embate bajo estudio debe rechazarse, lo que así propongo.

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, entiendo que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora debe prosperar en forma parcial, es decir, en el sentido y con los alcances fijados en los puntos anteriores, lo que así propongo.

#### **ASI LO VOTO.**

La Sra. Jueza Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

#### **A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:**

Corresponde: I) Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 280 por la parte actora y, en consecuencia, modificar la sentencia recurrida en el sentido y con los alcances fijados en el considerando VI;; II) Confirmar la imposición de las costas de primera instancia en cabeza del demandado en virtud de su condición de litigante vencido (art. 68 del CPC). Imponer las costas de Alzada en función del éxito de los agravios, esto es, en un cincuenta por ciento en cabeza de la parte actora y en un 50% a cargo de la demandada (art. 68, segundo párrafo, del CPC); III) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904).

#### **ASI LO VOTO.**

La Sra. Jueza Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

#### **S E N T E N C I A**

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I) Se hace parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 280 por la parte actora y, en consecuencia, se modifica la sentencia recurrida en el sentido y con los alcances fijados en el considerando VI;; II) Se confirma la imposición de las costas de primera instancia en cabeza del demandado en virtud de su condición de litigante vencido (art. 68 del CPC). Se imponen las costas de Alzada en función del éxito de los agravios, esto es, en un cincuenta por ciento en cabeza de la parte actora y en un 50% a cargo de la demandada (art. 68, segundo párrafo, del CPC); III) Se difiere la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.-.

**NÉLIDA I. ZAMPINI RUBÉN D. GÉREZ.**

**Pablo D. Antonini Secretario**

