--- En la ciudad de Trelew, a los 29 días de octubre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G. A., G. y otra c/ P., E. R. y otro s/ daños y perjuicios” (Expte. 19709 – Año 2008)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 652.----------

---

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo:----------

------- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 620 contra la sentencia de fs. 611/619, que hiciera lugar a la demanda promovida G. G. A. y M. F. V. contra E. R. P. por daños y perjuicios, condenando a este último a pagar la suma de $ 25.000 en concepto de daño moral con más intereses respectivos e imponiendo las costas al demandado vencido.--------- A fs. 630 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 648/649, cuyo traslado conferido a fs. 650, no fuera contestado por la contraria.---------- I.- Comenzaré por reseñar los agravios vertidos por la demandada a fs. 648/649, para luego adentrame en su análisis.----------

------- Se agravia la accionada de que en el fallo en crisis se hubiera reconocido indemnización por daño moral, dado que tratándose de un caso de inmisiones en las relaciones de vecindad, la norma del art. 2618 del C. Civil nada dice acerca de qué es lo que debe o puede ser indemnizado, como lo hacía el viejo art. 2619, dejando librado al juzgador la cuantía de la indemnización a pagar. Considera que en esta materia el resarcimiento no debe comprender al daño moral pues la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad tiene un fundamento objetivo, extraño a la ilicitud y por ende extraño a la norma del art. 1078 del C. Civil. Cita doctrina y jurisprudencia con relación a la responsabilidad en el caso del art. 2618 del C. Civil, considerando que se trata de una responsabilidad proveniente de acto lícito y de carácter objetivo, por lo

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

que no es procedente el resarcimiento de daño moral. Finalmente considera que se trata de una cuestión de derecho, por lo que debe ser examinada aunque no se haya propuesto al responderse la demanda.---------- II.- Reseñada la expresión de agravios, cabe analizar su contenido a fin de indagar acerca de la procedencia o no del recurso.---------- 1) En primer lugar habré de decir que si bien es cierto que la improponibilidad del reclamo por daño moral por tratarse de un caso previsto por la norma del art. 2618 del C. Civil -en ello consiste el agravio- no fue planteado al contestarse la demanda (ver fs. 146/153), dado que como lo expresa la apelante, se trataría de una cuestión de aplicación del derecho, en virtud del principio “iura novit curia” procede el tratamiento del recurso. Es que la alzada puede pronunciarse de conformidad con el aforismo “iura novit curia”, es decir, dando distintos fundamentos de derecho que los invocados por las partes y el propio juez de primera instancia, reconociendo esta facultad como única limitación, el ámbito de los puntos resueltos con carácter firme en primera instancia (conf. CSJN, 12/5/89, LL, 1989-E-726, nº 670).---------- 2) Sentado lo anterior, es de reiterar que el agravio de la demandada radica básicamente en que no procede el resarcimiento del daño moral, ya que la responsabilidad enrostrada tiene su fundamento en la norma del art. 2618 del C. Civil, que deja a criterio del juez la cuantía de la indemnización, mas por tratarse de un supuesto de responsabilidad por acto lícito y objetiva, no corresponde reconocer el daño moral pedido por ser una cuestión extraña al art. 1078 del C. Civil. Ante todo es de decir que efectivamente la norma del art. 2618 del C. Civil establece, en la parte que aquí interesa, que: *“...Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias...”*. El derogado artículo 2619 en cambio disponía que: *“...La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor vocativo o venal que ellas sufran”*. Como se aprecia la norma anterior expresamente circunscribía el resarcimiento al daño patrimonial, mientras que el actualmente vigente art. 2618 no limita el resarcimiento a un tipo determinado de perjuicio, por lo que, en principio no se deduce del texto de la norma, la improcedencia del daño

moral.---------- 3) Los argumentos que invoca el recurrente consisten en que la improponibilidad del reclamo por daño moral se deriva de que se trata de una responsabilidad objetiva por acto lícito. Respecto a esta caracterización, el sentenciante de grado, luego de realizar un examen minucioso de los hechos generadores de la responsabilidad endilgada, concluyó que: *"Del análisis de las pruebas mencionadas, surge, sin lugar a duda que el demandado obró de manera antijurídica provocando injustamente perjuicios a los actores al haber actuado en infracción de las normas legales vigentes en la materia. En efecto, tal como se señalara, desde sus comienzos el comercio del accionado fue objeto de reiteradas denuncias policiales que dieron lugar a varias condenas contravencionales por la emisión de ruidos molestos que perjudicaban a los vecinos del lugar entre los cuales se encontraban los actores; una acción de amparo promovida por los vecinos en la cual el accionado se comprometió a solucionar los problemas de sonido y que no cumplió; y actuaciones administrativas ante el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Rawson en virtud de las cuales se le impusieron sanciones desde multas hasta la clausura del establecimiento por infringir las Ordenanzas 3033 y 3504...Es decir, que se han acreditado de manera acabada los presupuestos fácticos exigidos por el artículo 2618 del Código Civil para el funcionamiento de la responsabilidad en este ámbito, esto es, la molestia que excede la normal tolerancia; la permanencia o persistencia de la incomodidad; y la relación de vecindad aunque hubiere mediado autorización administrativa. De acuerdo a ello, considero, que el factor de atribución aplicable en la materia es objetivo independiente de todo reproche de culpa o dolo que pudiera merecer la conducta desplegada por el demandado, en razón de haberse excedido los límites de la normal tolerancia según se ha demostrado en forma contundente en la causa..."* (ver fs. 617 vta., 2do. párrafo/618, 1er. párrafo).---------- Es de destacar que dicha conclusión del "a quo" no fue objetada en la expresión de agravios. De la misma surge que se determinó que la responsabilidad enrostrada es de carácter objetivo pero que la conducta desplegada por el demandado fue antijurídica, haciendo especial mención de las ordenanzas infringidas por el mismo. Con lo cual ni siquiera estamos ante el común caso de una antijuridicidad civil atípica o material, sino

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

ante un supuesto de antijuridicidad típica, formal o expresa en los términos del art. 1066 del C. Civil (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto: “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Ed. Depalma, 1993, págs. 129/130). Es de recordar que el art. 1066 precitado prevé expresamente los actos prohibidos por las leyes municipales y en el fallo atacado se mencionó la expresa infracción del demandado de dos ordenanzas municipales, sin que ello fuera cuestionado en la expresión de agravios. Parecería que esto resulta contradictorio con el encuadre de los hechos bajo la normativa del art. 2618, al menos debería serlo para el quejoso, en cuanto considera que dicha responsabilidad es generada por un acto lícito. No se me escapa que gran parte de la doctrina ha catalogado a este supuesto como un ejemplo de responsabilidad por acto lícito, pero al decir de Vázquez Ferreyra, ¿qué tiene de lícito exceder la normal tolerancia entre vecinos, al punto de ocasionar un daño injustificado al lindero?, y con cita jurisprudencial expresa que la responsabilidad emergente del art. 2618 del C. Civil, ya sea que se considere que tiene su fundamento en el uso abusivo o antifuncional de los derechos (art. 1071), o que deriva del principio general de la responsabilidad objetiva a raíz de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, no exige elemento subjetivo a título de dolo o culpa, por lo que la responsabilidad no nace porque el acto está expresamente prohibido por ley sino porque está vedada la ejecución u omisión de conductas que puedan interferir en la esfera patrimonial o moral de otra persona generando el entuerto perjudicial o dañoso (conf. aut. cit., op. cit., pág. 147).---------- Amén de lo dicho, más allá de que el exceso de la normal tolerancia ya haría incurrir en ilicitud a la conducta enrostrada a la luz del art. 2618 mentado, reiteramos que en la especie se determinó la infracción concreta de ordenanzas municipales. Y en tales casos se ha sostenido que siendo la responsabilidad que contempla el art. 2618 de naturaleza objetiva, es dable condenar al dueño de la cosa molesta a indemnizar la reparación de agravio moral, porque, aunque el art. 1078 del C. Civil reserva esa obligación para el caso de los actos ilícitos, éste lo es por contravenir la norma municipal (art. 1066 del C. Civil) (conf. C. Civ. y Com., San Isidro, sala 2da., 3/6/03 JA 2006-II-síntesis, cit. en López Mesa, Marcelo: “Código Civil y Leyes Complementarias Anotados”, LexisNexis, 2008, Tº III,

pág. 1184). En igual sentido se consideró que es procedente la indemnización del daño causado por ruidos molestos que exceden la normal tolerancia y el cese de las actividades que los causan si el demandado obró ilícitamente en tanto omitió solicitar autorización municipal para su realización y violó reiteradamente la reglamentación referida a los ruidos excesivos (conf. C. Civ., Com. Lab. y Paz Letr. Curuzú Cuatiá, 13/3/00, LLLitoral 2001-789, cit. en López Mesa, op.cit., ídem, págs. 1193/1194).---------- En síntesis, más allá de que no comparto que el supuesto del art. 2618 del C. Civil responda a los lineamientos de la responsabilidad por acto lícito, en la especie se ha identificado la infracción concreta a ordenanzas municipales que convierten a la conducta del demandado en antijurídica en los términos del art. 1066 del C. Civil, por lo que debe rechazarse el agravio en el aspecto analizado.------- 4) Finalmente tampoco cabe atender la improcedencia del daño moral con el fundamento de que se trata de una responsabilidad objetiva. Y es que resulta claro que el art. 1078 rige aún en casos de responsabilidad objetiva, no hace falta más que pensar en los innumerables antecedentes de accidentes de tránsito con fundamento en el art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil. Es que queda claro que para el recurrente lo que inhabilitaría el resarcimiento del daño moral es el carácter de acto lícito de los supuestos del art. 2618, ya que el art. 1078 está previsto para los actos ilícitos. Y la cuestión de la antijuridicidad ya la hemos tratado con resultado negativo para el apelante. Sólo agregaré que se ha entendido que la indemnización de los daños ocasionados por las molestias causadas por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no se agota en la enumeración contenida en el art. 2618 del C. Civil; así, como son reparables aquellos daños provocados por el ilícito, por lo que es procedente la indemnización del daño moral, en los términos del art. 1078 del C. Civil, en caso de acreditarse que los ruidos excedieron la normal tolerancia, cuestión de hecho subordinada a las circunstancias del caso (conf. CN. Civ., Sala C, 12/9/96, LL, 1997-D-290; DJ 1997-3-35). En el mismo orden de ideas se ha sostenido que la producción de ruidos intolerables y polvillo en suspensión constituye una molestia con aptitud suficiente como para provocar en la víctima un padecimiento espiritual, una mortificación de ánimo y pérdida de tranquilidad, factores reparables desde la

óptica del daño moral, y que, en cuanto tal, no requiere de la prueba directa de su existencia, bastando para su configuración la demostración del hecho antijurídico (conf. C. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala 2da., 18/11/99, JA 2000-III-464). Y en forma conteste también se consideró que el daño moral configura uno de los perjuicios resarcibles que contempla el art. 2618 del C. Civil, pues al referirse a los “daños” de manera genérica, deben considerarse comprendidos los ocasionados al inmueble vecino y los sufridos en la propia persona del dueño (conf. CN ContAdm. Federal, Sala 2da. 30/3/00, LL 2000-D-726; DJ 2000-3-462).----------

En síntesis, concluyo en la inexistencia de óbice alguno a que se resarza el padecimiento moral en los supuestos del art. 2618 del C. Civil, ya que no es obstáculo para ello ni que se trate de responsabilidad por acto lícito -postura que no resulta compartida por el suscripto de acuerdo a lo ya razonado-, ni que se esté frente a un caso de responsabilidad objetiva. En consecuencia se rechaza el recurso de apelación deducido por la accionada.----------

---------- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo en cuanto fuera materia de agravios, con costas a la demandada recurrente (conf. art. 68 del rito).---------- En cuanto a los honorarios por las tareas desarrolladas ante la Alzada, atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, propongo regular al Dr. R. J. L., letrado apoderado de la demandada, en un 3,5% del monto de condena, con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).----------

---------- Voto entonces a esta cuestión parcialmente por la AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:---------- El sufragante en primer término ha reseñado de modo completo y claro la sentencia de fs. 611/619, así como la expresión de los agravios vertidos por la parte demandada recurrente en escrito obrante a fs. 648/649, lo cual me exime de realizar nuevamente dicho relato, por lo que ateniéndome a ello paso derechamente al tratamiento de los mismos.----------

---- I.- Comenzaré por señalar que allende que tengo mis reparos en relación a la pregonada cuestión de derecho para de allí, postular que tal omisión del

concreto y puntual planteo defensivo al tiempo de trabarse la litis por medio, “debe” suplirse por intermedio del “*iuria novit curia”* . Ello, en primer lugar, porque la cuestión vinculada a tal ejercicio propiamente jurisdiccional, cual es, la aplicación del derecho aplicable al caso no necesitaría del agravio sino de la previa introducción del planteo con base en una argumentación técnica jurídica que permita al juzgador conocer y expedirse al respecto. Y, en segundo lugar, por cuanto no hecho de tal manera el juzgador de primera instancia estuvo impedido de conocer y resolver sobre tal aspecto por cuanto no conformó el marco fáctico jurídico que tuvo a su disposición al tiempo de emitir su veredicto. Y, en último término, en lo que considero resulta más trascendente, la contraparte no tuvo oportunidad de conocer siquiera del planteo que ahora se realiza en segunda instancia bajo el ropaje de consistir en una “cuestión de derecho” –salvo el traslado de la expresión de agravios que se le corriera a fs. 650- lo cual trae a colación una posible mengua al adecuado ejercicio del derecho a defensa en juicio.---------- Destaco también que precisamente el brocardo “*iuria novit curia”* tal como correctamente lo destacara el magistrado que me precede en la votación, consiste en ejercer la “calificación según correspondiere por ley, declarando el derecho de las partes” (conf. art. 163, inc. 6 “in fine” del C.P.C.C.), enuncia pura y simplemente que el juzgador no se encuentra “atado” a los errores u omisiones de las partes y utilizar preceptos legales que las partes no hayan invocado. No obstante, en el caso tal circunstancia no es la que concurre en la especie, puesto que al momento de sostener el recurso lo que se introduce es un posicionamiento lisa y llanamente defensivo en tanto se esgrime una motivación jurídica que expresa un punto de vista distinto al argüido por el juzgador de primera instancia. En tales términos, estimo que en realidad operan en el supuesto los límites impuestos a este cuerpo revisor por los arts. 271 y 277 del C.P.C.C. (ver: Loutayf Ranea, Roberto, en “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, ed. año 1989, T. 1, Capitulos XI, & 61. y XII, & 63 y sgtes.).---------- Empero, sin perjuicio de los reparos antes enunciados merced a que mi colega de sala, Dr. De Cunto ingresó al tratamiento de la cuestión, en aras de no plantear una disidencia que resulte inoperante y que provoque un dispendio jurisdiccional ineficiente, merced al

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

modo en que concluye y que adelanto opinión comparto, pasaré al tratamiento del planteo impugnaticio.---------- Dicho ello, entonces, es de poner en el tapete que el recurso se sustenta en postular que no procede el resarcimiento del daño moral por perjuicios producidos por molestias derivadas de relaciones de vencindad según la norma contenida en el art. 2618 del Código Civil.---------- Principio por establecer mi opinión en un sentido diametralmente distinto a la tesitura argüida por la parte demandada recurrente en tanto, tengo para mi, que no existe fundamento ni razón jurídica alguna que permita aseverar válidamente que no procedala reparación integral de los daños ocasionados a otro, entre los que se encuentra indudablemente el daño moral, aún en la esfera de los provocados por hechos lícitos, si se compartiera que el supuesto contemplado por el artículo 2618 del Código Civil traduce un hacer lícito –lo cual adelanto opinión en el sentido que no incide de modo alguno en la cuestión bajo análisis- tal como lo postula el co-demandado recurrente.---------- Y, si bien es cierto que no cualquier inmisión por ruidos molestos que exceda la normal tolerancia produce “per se” daño moral resarcible, también lo es que no hay una regla genérica que lo descarte o lo restrinja en todo supuesto que se presente. Esto es, por el contrario, “prima facie” bastará que se invoque y se pruebe un perjuicio extrapatrimonial para que éste torne en un daño resarcible independientemente de cual fuere el hacer antijurídico y el factor de atribución de la responsabilidad de los daños que se hubieran producido (contractual o extracontractual; objetivo o subjetivo). Y en punto a la prueba del daño extrapatrimonial tampoco es predicable que haya diferencias en la exigencia para su acreditación entre una u otra órbita del deber de responder por los daños y perjuicios o según fuera el ipso de atribución que lo determine.---------- En síntesis, no encuentro que sea admisible aceptar la postura que promueve que los jueces pudieran negar una reparación del daño moral pedido y probado sustentándose en argumentos como los invocados por el recurrente. En consecuencia, insisto, denunciado y acreditado el daño moral derivado de la violación de la prohibición de exceder la normal tolerancia ha que hace referencia el artículo 2618 del Código Civil el juzgador deberá ordenar su reparación (Conf. Pizarro,

Ramón Daniel “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición”, Ed. Hammurabi, ed. Año 1996, pág. 202, & 34).---------- Establecida tal postura, aunque solo a título “obiter dicta”, diré que bien advirtió el magistrado sufragante la aplicación al caso de la norma contenida en el art. 1066 del Código Civil, en cuanto que la conducta de los demandados importa una infracción a dos ordenanzas municipales; o bien, allende que pueda adherirse a la postura doctrinal que sobre la materia postula que la responsabilidad por los daños derivados del exceso en las molestias derivadas de las inmisiones inmateriales se funde en la teoría del “abuso del derecho” disciplinada luego de la reforma de 1968, en forma genérica, por el art. 1071 del Código Civil, en relación al ejercicio de la propiedad reglado en los arts. 2513 y 2514 de dicho cuerpo legal; o bien, que se trate de un supuesto de responsabilidad objetiva por el ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, aún cuando excesivo por ultrapasar las incomodidades ordinarias de la vecindad y reportar un ataque al derecho ajeno al causarle un daño; u otras como la teoría de la inmisión; o, del uso excepcional del fundo; o, la del “cuasicontrato de vecindad”; o cualquier otro fundamento, es de enteramente compartible la tesitura que visualiza que la responsabilidad emergente del artículo 2618 de mentas no nace porque el acto esté prohibido por la ley expresamente, sino porque está vedada la ejecución u omisión de conductas que puedan interferir en la esfera patrimonial o moral de otra persona generando el entuerto perjudicial o dañoso, lo cual es así en virtud de que la ejecución de una actividad lícita, a todo evento, no conlleva como corolario ni legitima indiscriminadamente, todos los perjuicios causados (Conf. C. 1ra., Civ. Y Com. La Plata, 5/6/86, J.A. 1986-IV-139, cit. por Vázquez Ferreira en, “Responsabilidad por daños –Elementos-”, ed. Depalma, ed. año 1993; ver también: Andorno Luis O., “Las molestias de vecindad –art. 2618 del Código Civil-. La responsabilidad ambiental”, en J.A. T. 1999-IV-1074 y sgtes., con cita de Chavarri, Angel B., “Régimen jurídico de las molestias de vecindad – Art. 2618 del Código Civil-“; Revista de la Universidad de Buenos Aires, Vol. 5, año 1981, en homenaje a Rafael Bielsa, pág. 176 y s.s.).---------- En resumen, de todo lo expuesto no puedo más que concluir de manera coincidente con el Dr. De Cunto, en que el

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

presente recurso debe ser desestimado.---- II.- Conclusión:---------- ---------- Por lo antes expuesto, corresponde confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la parte demandada recurrente vencida en ella (Conf. art. 279 del C.P.C.C.).---------- Los honorarios del Dr. R. J. L., letrado apoderado de la parte demandada apelante, por sus tareas de alzada, apreciados por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en la suma equivalente al 3,5% del monto del capital de condena que se liquide en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6, 14 y conc. de la Ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).---- ----------

Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:---------- ---------- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Confirmar el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.--------- II.- Imponer las costas de esta sede a la demandada apelante, en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 del ritual).---------- III.- Regular los honorarios, por las tareas desarrolladas en esta sede, del Dr. R. J. L., en un 3,5% del monto de condena, con más el IVA correspondiente.---------- ---------- Así lo voto.---------- ---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por resulta éste fiel reflejo del acuerdo antes logrado.---------- ASI LO VOTO.---------- ---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art 8 de la ley 1130, textos de la ley 4550), pasándose a dictar: ---------- ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ---------- ----

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- I.- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.- ------- II.- IMPONER las costas de esta sede a la demandada apelante, en virtud del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 del ritual).---------- ---------- III.- REGULAR los honorarios, por las tareas desarrolladas en esta sede, del Dr. R. J. L., en un 3,5% del monto de condena, con más el IVA correspondiente.----------

------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

FDO.: ALDO LUIS DE CUNTO – SERGIO RUBEN LUCERO

--- REGISTRADA BAJO EL Nº 40 DE 2008 – SDC.- Conste.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA