**STJSL-S.J. – S.D. Nº 139/16.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a diez días del mes de agosto de dos mil dieciséis**,***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*,** se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, OSCAR EDUARDO GATICA y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“OFRÍA RUBÉN MARCELO RAFAEL c/ RUBIO MANUEL FROILAN s/ DAÑOS y PERJUICIOS (CIVIL) - RECURSO DE CASACIÓN”* -** IURIX Nº 232228/12.

Conforme al sorteo practicado oportunamente con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. LILIA ANA NOVILLO, OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del Código Procesal Civil?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse, la interpretación que debe hacerse del caso en estudio, o la jurisprudencia contradictoria a unificarse?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que por escrito IOL (actuación N° 4841017) presentado en fecha 6/11/2015, el demandado interpone recurso de casación en contra de la Sentencia Definitiva N° 8/2015 dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de esta Primera Circunscripción Judicial (fs. 285/286).

Para mayor claridad es de destacar, que la Sentencia de la Excma. Cámara confirma la sentencia de primera instancia, que condena al demandado a abonar al actor la suma de $ 478.800.- (pesos cuatrocientos setenta y ocho mil ochocientos), con más la tasa activa promedio que publica el Banco de la Nación Argentina desde la fecha de la pericia, realizada por el perito Parma en fecha 1/12/2013, hasta su efectivo pago, a la par que condena al Sr. RUBIO a realizar a su costa todas las obras necesarias en su propiedad, a efectos de evitar futuras filtraciones que provoquen daños en la propiedad del actor.

En la fundamentación presentada IOL (actuación N° 4882265) el 17/11/2015, el recurrente justifica la procedencia del recurso alegando que la Sentencia omite aplicar las disposiciones de los arts. 386, 387, 389, 390 del Código Civil y Comercial según Ley 26.994, así como también lo expresamente normado en los arts. 60, 163 inc. 5°, 6°, 164, 417, 472, 473, 477 ss. y cc. del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Pcia. de San Luis, es decir, que invoca la causal prevista en el inciso a del art. 287 del CPC y C, y, a todo evento, el inc. b afirmando que las mismas se han interpretado erróneamente al juzgar el presente caso. Asimismo, arguye que en la decisión impugnada, se ha efectuado un irrazonable e infundado análisis de la prueba y/o lisa y llanamente se ha prescindido del mismo, por lo que –señala- se configuraría la doctrina del absurdo.

De seguido, expone los antecedentes de la causa, y en el punto IV encuadra el caso en las causales de los incs. a y b del art. 287 del CPC y C., puntualizando sobre la absurda apreciación de las pruebas. Así, señala que su parte quedó en rebeldía por aplicación de lo normado en art. 120 del CPC y C, sin embargo el Juez de Primera Instancia como la Excma. Cámara no han dado expreso cumplimiento a lo normado en el artículo 60 primera parte del CPC y C, en tanto, a tenor de la insuficiente prueba del actor directamente condenaron a su mandante sin más.

De igual modo manifiesta, que el CPC y C. nada dice respecto de a quién corresponde la carga de la prueba, en el caso de la confesión ficta y que la responsabilidad por la destrucción de la casa del actor, por el agua que la cisterna del demandado derramó por debajo de la tierra, es un hecho que obligatoriamente DEBIÓ SER PROBADO A TRAVÉS DE LOS MEDIOS TÉCNICOS Y PERICIALES QUE ASI LO DEMUESTREN, cosa que en autos está tan ausente, como la contestación de demanda.

En suma, y sobre el punto afirma que en las inferiores instancias, se ha efectuado una errónea aplicación de lo normado en los arts. 60 y 417 del CPC y C.; generando efectos que los mismos no contienen como es dar por establecido, que es a la demandada a quien solamente le incumbe la carga de la prueba en contra de su confesión ficta; cuando el CPC y C ordena que los efectos de la confesión se analizarán a la luz de toda la prueba rendida en autos, (no solo la que pueda producir la demandada). Señala que los jugadores ordinarios debieron claramente limitar los efectos de la confesión ficta del art. 417 CPC y C., a los hechos personales que pudieren estar en la órbita de conocimiento del demandado y no tener por probados, hechos que necesariamente exigen de una prueba pericial técnica, que finalmente el actor nunca desarrolló.

Destaca la insuficiencia de la prueba pericial y la falta de acreditación de la relación causal, entre los daños sufridos y el hecho que se imputa. Ello así, explicita que si bien de las actas de constatación notarial, del relevamiento efectuado por la Municipalidad, de las fotos sacadas por el Ingeniero Deltrozzo al diligenciarse el mandamiento de constatación, y los dichos del albañil Camargo, demuestran claramente que la casa del actor sufrió daños; no existe prueba alguna de que el mismo sea consecuencia de la existencia de una cisterna enterrada en el fundo del demandado. Es decir, lo único que existe al respecto, es la ficción surgida de la inasistencia del demandado a la confesional, que carece absolutamente de rigor técnico.

Asimismo, refiere a la pericia efectuada por el Ingeniero Parma (propuesto por el propio actor) y afirma que de la misma no surge la conclusión de causalidad, y agrega, que los informes periciales carecen de la debida fundamentación y son solo una manifestación de voluntad de los peritos, por lo que el resolutorio impugnado resulta arbitrario y de fundamentación aparente; violatorio de la manda procesal establecida en el art. 477 del CPC y C.

Agrega que conforme al sistema dispositivo reinante en el procedimiento civil, la parte accionante tiene la carga de acreditar los extremos que lleven a la convicción del Juez interviniente, la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, entre los cuales se encuentra la existencia de nexo de causalidad; y el actor no ha acreditado la existencia de nexo de causalidad entre la cisterna de la demandada y los supuestos daños que habría sufrido en su propiedad.

Dice que en el caso de autos, no existió ni por asomo la utilización de los denominados MÉTODOS DE DETECCIÓN DE FALLAS.

Indica que se ha omitido la aplicación de lo normado en el ARTÍCULO 472 del CPC y C SOBRE LA PRESENTACIÓN DEL DICTAMEN; se ha omitido la aplicación de lo normado en el art. 473 CPC y C., en el art. 477 del CPC y C., sobre la EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN; y violado lo normado en los arts. 386, 387, 389 y 390 del código Civil y Comercial, vigente de la República Argentina.

Finalmente argumenta sobre la nulidad de la pericia utilizada para arribar al exorbitante monto de condena y expresa que jamás se corrió traslado a su parte de la pericia practicada; violándose su legítimo derecho de defensa en juicio, a la par que reprocha al Tribunal haber fallado ultra petita, mandando a pagar más de lo peticionado válidamente por el actor, en flagrante violación del art. 330 del CPC y C., pues la condena a la accionada ha sido por un monto superlativamente superior, al demandado en el libelo introductorio.

2) A fs. 293/297, contesta el recurso de casación la parte actora. Arguye que el recurrente plantea una mera discrepancia con la interpretación de los hechos y la ponderación de las pruebas, efectuadas por el juez a quo y ratificadas por la Excma. Cámara; y que el recurso no observa los recaudos del art. 287 del CPC y C., que impone la efectiva demostración del error jurídico que se le atribuye a la sentencia cuestionada.

Manifiesta, que el recurrente reitera los argumentos (agravios) expuestos al fundar su apelación ante la Alzada, centrando su crítica en la prueba pericial; a la par que refiere cuestiones que están vedadas en la casación, como ser, las meramente procesales, las de ponderación de prueba o interpretación de los hechos de la causa.

Concluye destacando la excepcionalidad del recurso, que solo analiza la aplicación errónea y/u omisión de aplicar la norma que corresponda y cita jurisprudencia en apoyo de su argumentación.

3) A fs. 290/292 vta. (en rigor léase fs. 310/312), dictamina el Sr. Procurador General. En lo sustancial, se pronuncia por la improcedencia del recurso y expone: *“….sin duda alguna en el caso concreto, se pretende -ante la disconformidad con el fallo de primera y segunda instancia- crear una tercera instancia ordinaria, ya que, se advierte que los agravios del recurrente se encuentran principalmente vinculados con cuestiones de hecho y prueba, como lo es el amplio cuestionamiento al informe pericial y el resto de la prueba producida y considerada por el Juez y posteriormente por la Cámara de Apelaciones, incumpliéndose de esta manera lo específicamente normado por los arts. 287 y 288 del C.P.C.”*

4) Que estando la causa en estado de dictar sentencia, corresponde, en primer lugar, examinar el cumplimiento de los recaudos formales establecidos en nuestro código de rito, en orden a la admisibilidad del recurso en cuestión.

Así conforme a las constancias de la causa, la sentencia de Cámara se notificó en fecha 3/11/2015 (actuación N° 4817457), el recurso se interpuso el 6/11/15, y se fundó el 17/11/15, por lo que el mismo luce temporáneo (art. 289 CPC y C.)

De igual modo, el recurrente cumplió con el depósito legal del art. 290 del CPC y C., y la resolución impugnada es sentencia definitiva en los términos impuestos por el art. 286 del CPC y C.

Conforme a ello, es que en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el art. 301 inc. a del CPC y C. el recurso de casación es formalmente admisible, por lo que VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

 ///…

///…

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Que luego de merituados los fundamentos recursivos, debo pronunciarme por la improcedencia de la vía casatoria.

En efecto, considero que cabe aplicar aquí lo dicho reiterada e invariablemente por este Tribunal en cuento a que: *“el recurso de casación solo tiene viabilidad en el caso que exista un motivo legal (o causal); por ende no es suficiente el simple interés –el agravio- sino que se precisa que el defecto o error que se le imputa al decisorio recurrido esté expresamente tipificado –objetivado- por la ley.”* (Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, 2ª Ed., p.213).

Surge de modo manifiesto que el demandado, bajo la pretensión de que *“el Tribunal de Alzada ha omitido aplicar la norma legal (Arts. 386, 387, 389, 390 del Código Civil y Comercial según Ley 26.994, Arts. 60, 163 inciso 5to, 6to, 164, 417, 472, 473, 477 ss. y cc. del C.P.C.)”* o que *“ha interpretado las mismas erróneamente”*, procura obtener la revisión del fallo, en tanto sus agravios –por demás inconsistentes, para demostrar la existencia de alguna de las causales previstas por el art. 287 inc. a o b del CPC y C., solo traducen una mera disconformidad con lo resuelto, con el análisis e interpretación de la confesión ficta; de la prueba pericial y/o la aplicación de la carga probatoria. Todo ello se colige fácilmente de manifestaciones como: *“Que, tanto la Juez de Primera Instancia como la Excma. Cámara…., por la sola razón de que a tenor de la insuficiente prueba del actor directamente condenan a mi mandante sin más.”*… *“La Excma. Cámara….al expedirse acerca de la validez de la confesión ficta se encuentra enrolado en la corriente jurisprudencial que le confiere el carácter de IURUS TANTUM por lo que el demandado será entonces quien ha de correr con la carga de la prueba de los hechos que neutralicen el valor probatorio…”; “…la Excma. Cámara de Apelaciones … no procedió a efectuar análisis de la prueba obrante en el Expediente tal como se lo manifestáramos, violando así lo que las mismas normas establecen respecto al análisis e interpretación de las pruebas rendidas en autos…” “…la A Quo asentó su motivación en uno o dos informes periciales carentes de la debida fundamentación…”; “… EL DECISORIO OBJETO DE CRÍTICA NO HA REALIZADO UNA CORRECTA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LAS CARGAS PROBATORIAS…”*

En este contexto, cabe recordar que este Superior Tribunal incansablemente ha dicho: **“Si de la lectura del recurso de casación se advierte que se plantean cuestiones de naturaleza esencialmente probatoria; estas son ajenas a la Casación según pacífico criterio de este Alto Cuerpo, puesto que la finalidad institucional de este carril impugnatorio busca el cumplimiento de la ley, la unificación de la interpretación del derecho y por ende debe aprehender los hechos como vienen relatados por los jueces de grado.”** (STJSL-S.J.–S.D. N° 022/14 “ABERASTAIN, GUSTAVO ARIEL c/ SERVITRANS S.R.L. y OTROS s/ DEMANDA LABORAL - RECURSO DE CASACION” Expte. Nº 12-A-13 - IURIX Nº 128648/9., sent. del 13/03/14), en tanto **“en lo que respecta a la merituación de la prueba, los jueces son libres en la selección de los medios probatorios e indiciarios que los conducen a establecer los hechos, y de optar por aquellos que les ofrecen mayores garantías de eficacia en el descubrimiento de la verdad, ya sea omitiendo o haciendo prevalecer unos u otros, por lo que esta temática queda- por regla- excluida del control casatorio, puesto que la finalidad institucional de este carril impugnatorio busca el cumplimiento de la ley, la unificación de la interpretación del derecho y por ende debe aprehender los hechos como vienen relatados por los jueces de grado.”** (cfr. STJSL-S.J.–S.D. N° 065/14.- “CORREA, LUIS PABLO c/ VOLTELEC MATERIALES ELECTRICOS S.R.L. y OTROS s/ EMBARGO PREVENTIVO – LABORAL - RECURSO DE CASACIÓN.” Expte. Nº 12-C-2013 – IURIX Nº 104279/9 sent. 29/05/2014).

Asimismo, cabe advertir que no se configura la hipótesis del absurdo, sino que por el contrario, al fallo atacado cuenta con un exhaustivo análisis de las constancias de la causa y se ajusta razonablemente a las probanzas rendidas y normativa aplicable al caso.

Por último, y para mayor abundamiento cuadra señalar que: ***“La casación no es una tercera instancia y no está en la esfera de sus poderes valorar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Cámara por este recurso se concede solamente contra la sentencia cuya injusticia provenga de un error de derecho, excluyendo el error de la determinación de las circunstancias de hecho del caso sometido a juicio.”*** (cfr. STJSL-S.J. N° 102/13 “URQUIZA ALICIA INES c/ MAZZONI CARLOS y OTRA s/ LABORAL - RECURSO DE CASACION." Expte. Nº 01-U-13 -IURIX Nº 172642/9, del 6/11/2013; STJSL-S.J.– S.D. Nº 047/16, “SIRONE, LUIS BARTOLO c/ BLANCO RICARDO LUIS s/ LABORAL s/ RECURSO DE CASACIÓN” - IURIX Nº 172912/5, del 31/03/2016).

Por lo expuesto, y atento a que de la lectura del fallo atacado, no surge configurada ninguna de las causales previstas en el art. 287 inc. a y b del CPC y C., el recurso debe ser rechazado.

Por ello, VOTO a esta SEGUNDA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.-**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Dado la forma como se ha votado la cuestión anterior, no cabe su tratamiento. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de Casación interpuesto, con pérdida del depósito. Asimismo, corresponde la refoliatura de la presente causa a partir de fs. 297 en adelante. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Las costas deben imponerse al recurrente en casación vencido (art. 68 del CPC y C.). ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. OMAR ESTEBAN URÍA y OSCAR EDUARDO GATICA, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, agosto diez de dos mil dieciséis.-**

***Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.***

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto, con pérdida del depósito.

II) Costas al recurrente en casación vencido.-

III) Refoliar, por Secretaría desde fs. 297 en adelante.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

No firma el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, por encontrarse excusado.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, OSCAR EDUARDO GATICA y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*