



REGISTRO Nro. 136-S FOLIO Nro. 590/6

Expediente nº 131.705 – Juzgado nº5

// En la ciudad de Mar del Plata a los 18 días del mes de Junio del año dos mil trece, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“FORACE, Tomás y Otra c. CONSORCIO AVDA. COLON 1485 s. Daños y perjuicios”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi .

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia que obra a fs.590/608 el Sr. Juez de primera instancia, hizo lugar a la demanda entablada por Tomás Forace y Tiendas Roxana contra el Consorcio del edificio sito en Avda. Colón nro.1485, Mar del Plata, y condenó a este último a pagar a los reclamantes la suma de pesos quince mil doscientos cincuenta , de los cuales \$ 14.250 deberían ser pagados a Tomás Forace y \$ 1.000 a Tiendas Roxana, todo ello con más intereses y costas.

Previamente (fs. 595), había rechazado la defensa de prescripción de la acción opuesta por el consorcio demandado a fs. 256



vta., considerando que la promovida por Tomás Forace se encontraría eventualmente afectada por el plazo ordinario del art.4023, ya que se trata de una relación “contractual” entre copropietarios de un mismo edificio.

Con respecto al reclamo de Tiendas Roxana S.A. – comodataria del primero – aún cuando quisiera encuadrarse la prescripción en el plazo del art.4037, el Sr. Juez de la instancia anterior, consideró que: **a)** no habían pasado dos años desde que la sociedad actora tomó conocimiento de los hechos cuando la demanda fue presentada; **b)** que el resultado de recurso de revocatoria interpuesto a fs.248, y de su apelación en subsidio (fs.274/279/80) desbaratan el cimiento en que la accionada construyó su defensa, pues allí la Cámara de apelaciones ha dicho que - antes del traslado de la demanda- el gestor puede acreditar legítimamente su personería aún fuera del plazo del art.48 del CPC, lo que implica que se tenga por ratificado todo lo actuado por el mandatario en nombre de su mandante, “retrotrayéndose dicho efecto al momento de la presentación de la demanda” (sic fs.595 vta.).

Tampoco fue estimada la parte principal de la reparación del daño que invocó haber sufrido Tiendas Roxana S.A., habiéndose fundado ese rechazo en la falta de prueba de la magnitud, alcance, y evaluación del daño.

Contra la sentencia, interpusieron recursos de apelación tanto la actora como el demandado. Los recursos les fueron concedidos libremente y fueron fundados y respondidos.

II: El único agravio de la parte actora consiste en la crítica que ensaya respecto al rechazo del daño ocasionado por pérdida de la mercadería perjudicada a raíz de las filtraciones de agua en el depósito.



Con síntesis y precisión, la apelante describe cuales son las pruebas que acreditan los perjuicios causados a la mercadería de la comodataria, recordando que: **a)** existe un acta notarial de constatación con fotos certificadas por la Notaria que data del 15 de Mayo de 1999. **b)** que se acompañaron remitos y facturas respecto a la mercadería perjudicada, debidamente contabilizadas: **c)** que se acompañó un inventario certificado por Contador Público Nacional, volcado en los libros de la actora y con respaldo en la documentación pertinente: **d)** que mediante prueba informativa los vendedores de las mercaderías reconocieron las facturas que se les adjuntaron; **e)** que el CPN Luis A. García reconoció el inventario y su certificación; **f)** que los testigos Marioni y De la Canal (por la actora) y Díaz y Oholeghy, también ratificaron que había gran cantidad de ropa perjudicada por el agua filtrada desde el edificio.

Finalmente, y en cuanto a la valuación del daño, la apelante sostiene que habrá que estar al inventario, las facturas y los remitos, y que existe material suficiente para cuantificar el perjuicio. Pide que se revoque la sentencia en cuanto ha sido materia de agravio.

III: Los agravios de la parte demandada son tres:

a) Critica el rechazo de la excepción prescripción, advirtiendo que si bien la demanda fue promovida dentro del plazo de dos años por la gestora, la ratificación de su actuación se produjo el 25 de Septiembre de 2001, motivo por el cual apelante entiende que se encontraba cumplido el plazo de prescripción, por lo que conforme la doctrina legal de la SCBA, la demanda no interrumpió el curso de la prescripción liberatoria.

b) En segundo lugar se agravia de la atribución de responsabilidad, sin considerar que ha existido una ruptura del nexo adecuado de causalidad al mediar culpa de la víctima, ya que Tiendas



Roxana S.A. actuó con negligencia al no conservar la cosa dada en comodato, conforme lo ordena el art.2266 del Código Civil.

Recuerda que pasaron varios meses durante los cuales se acumuló agua en el depósito, y que si bien el sentenciador ha dicho que tal conducta pertenece al ámbito del comodato – salvo los supuestos de los arts.1161 y 1162 del Código Civil - , lo que ha sucedido en el caso es que solo la comodataria tenía acceso al depósito y pasaron varios meses sin que se interesara.

c) Finalmente, y en lo que hace a la cuantificación del daño, la demandada entiende que se ha violado la congruencia al fallar “ultra petita” e incluir la reparación de viga y columna en el sector de la loza del entre piso que la actora no había pedido al demandar, a la vez que impugna el monto al que se arribó solo en base al presupuesto agregado por la actora, oportunamente negado.

IV: Tratamiento del agravio de la demandada respecto al rechazo de la defensa de prescripción:

Dado que la defensa de prescripción alude a la vigencia de la acción intentada, corresponde tratar en primer lugar el recurso de la demandada al respecto, porque el análisis respecto a si la acción está prescripta es necesariamente **previo** al de su procedencia.

Como la prescripción es impeditiva de la acción iniciada su tratamiento debe ser abordado en primer término por el juzgador en el complejo de cuestiones que componen el litigio (López Herrera Edgardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ed. Lexis Nexis, Tomo I, pág. 435; SCBA, L. 35.917, sent. del 2-9-1986; L. 36.412, sent. del 21-4-1987; L. 42.844, sent. del 7-8-1990; L. 55.798, sent. del 1-8-1995, L. 78.337, sent. del 14-11-2001, L. 82.737, sent. del 11-3-2009, entre otras, esta Cámara Expediente nº 146.568– “Rimoldi S.A.C.I.F. s. Quiebra c. Sindicato Trabajadores Municipales de General Pueyrredón s. Rendición de cuentas”, sent. del 22-2-2011 R31 (S) F°142/155, voto Gárez-Monterisi; expediente 150.643 entre otros).



a) Con independencia de que -desde hace años- se cuestiona el deslinde de las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad, sosteniendo que la mayor parte de las diferencias son ficticias, y que aún siendo reales algunas de ellas, no revisten una trascendencia tal que justifique un trato diferente en materia de plazo de prescripción (conclusiones de la comisión nro. 2 en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche, Abril de 1989; Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad en La Ley 1989-C-1186; Bustamante Alsina Jorge "Teoría General de la responsabilidad civil edit. Abeledo Perrot Bs.As. 1993, p. 94 Tesis de la unicidad), conforme la ley vigente, debe distinguirse previamente el ámbito propio de la responsabilidad en que se desenvuelve el reclamo, para aplicar el plazo de prescripción de diez años previsto en el art.4023, o el dos años contenido en el art.4037 del Código Civil.

La diferencia ha sido claramente explicada por Jorge Bustamante Alsina del siguiente modo: *"lo que ubica a la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual, o fuera de él en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación violada, sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera que sea la fuente la responsabilidad entra en el ámbito contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual o delictual que es regla en materia de responsabilidad civil. Cualquier hipótesis que no entre en el ámbito contractual, que es de excepción, cae en el ámbito delictual que es de derecho común"* (cit. por Pizarro – Vallespinos, "Obligaciones", edit. Hammurabi, Bs.As. 1999, p.469).

b) En el caso, la obligación es del consorcio, es evidentemente previa, determinada y se vincula específicamente con el copropietario (Tomás Forace), pero no lo es en relación a la persona jurídica – Tiendas Roxana S.A.- que es comodataria de Forace, y respecto de la cual no tiene una obligación legal, ni vínculo alguno que reúna aquellas características, y que en consecuencia exceda el marco del deber genérico



de no dañar a otro.

De allí que el plazo de prescripción aplicable al caso resulte – a mi juicio – el de dos años previsto por el art.4037 del Código Civil, tal como lo señala la demandada apelante en el punto A de su escrito a fs.629 vta, y como lo expuso con toda claridad al contestar la demanda (fs. 256 vta. y siguientes)

c) A favor de que en un caso como el de autos ha operado la prescripción, militan diversas opiniones y antecedentes.

Tal como lo relata Edgardo López Herrera (Tratado de la prescripción liberatoria" edit. Lexis Nexis tmo. I. Ps.331/2, Bs.As.2007) "todos los defectos que impidan que el acto procesal pueda ser considerado mínimamente como demanda tornan inaplicable la excepción legal", así por ejemplo "la demanda presentada sin firma no se considera demanda porque la firma es indispensable para que exista expresión de voluntad, o si la presenta un gestor procesal que no obtiene la ratificación del dueño, o si se presenta una demanda con falta de personería, o **con un mandato de fecha o ratificación posterior a la demanda...**" la jurisprudencia considera que la demanda no expresa una pretensión, tiene un defecto que la torna inválida para interrumpir la prescripción" (ob.y p. cit. el destacado no es original).

Los antecedentes que hacen alusión a un caso como el de autos han emanado – justamente- de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Así en el caso "Pucheta, Eustaquia c. Arbolares S.A. y Otra" JA 1992-III síntesis, citado por López Herrera en nota al pie del resaltado en el párrafo anterior.

Con mayor detalle el mismo Tribunal ha dicho que "Si bien la gestión realizada por quien no acreditó su representación -y aún cuando se la declarara nula por aplicación del art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial- puede poseer efectos interruptivos o suspensivos



del curso de la prescripción, ello es a condición de que al tiempo de esa gestión el mandato existiera y que los efectos retroactivos de la ratificación no perjudican los derechos constituidos en favor de terceros por el mandante en el lapso intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación (arts. 1935 y 1936, C.C.). **Por ello, si el gestor acreditó su personería cuando la prescripción estaba ya ganada en beneficio del hipotético deudor, su intervención no interrumpe la prescripción** (in re “Brunatti, Rubén Oscar c/ Zamora, Héctor Aníbal y otros s/ Indemnización daños y perjuicios AyS 1995 III, 832, ídem Núñez, Victor Alfredo c/ Laminage S.A. y/o quién resulte responsable s/ Daños y perjuicios”)

d) El criterio relatado es prácticamente unánime.

Luis Moisset de Espanés (“Prescripción” Edit. Advocatus Córdoba 2006) sostiene la misma opinión al coincidir con la jurisprudencia de la Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, que se orienta por rechazar la prescripción si la personería se acreditó con posterioridad a la presentación interruptiva, **si el mandato existía realmente**, ya que el texto actual del art. 3986 es muy amplio (p.229). Expresamente manifiesta que si la prescripción puede ser interrumpida por quien no tiene capacidad legal para presentarse en juicio (en términos literales del actual artículo 3986), con mayor razón entonces puede interrumpir su curso demandando, el mandatario que después presenta el poder, **si este existía a ese momento**, en tanto el mandato presentado posteriormente implica una ratificación.

Un argumento similar ha sido el utilizado por el Sr. Juez de la instancia anterior, al juzgar que la presentación del mandato importa una ratificación de lo actuado por la gestora, aunque sin distinguir si el mandato existía al tiempo de promover la acción, o si como efectivamente sucedió, fue otorgado cuando la acción estaba ya prescripta, por lo que el razonamiento atacado por el apelante, peca por haber omitido considerar los derechos de los terceros que menciona el art.1936 del Código Civil sobre el final.



El fundamento usado en la sentencia tendría como base que, aunque no exista una ratificación expresa que retrotraiga los efectos al día del acto, si ha habido al menos una ratificación tácita del art.1935, al otorgarse un mandato general para asuntos judiciales, haberle brindado a la gestora todos los documentos que llena el primer cuerpo de este expediente, cuya facilitación por parte del Sr. Forace a la Dra. Casado no pudieron tener otro fin que llevar adelante el reclamo entablado.

Es altamente probable que el presidente del directorio de Tiendas Roxana S.A. supiera que la letrada promovería la demanda, con el inventario, las facturas, los remitos, el acta notarial, y los nombres y domicilios de los testigos dependientes de la sociedad anónima que estuvieron presentes cuando se encontró la mercadería mojada, y que deben haber sido entregados por el o por su personal. Si con ese conocimiento no hizo más que incluirla luego en un poder general que se presentó antes de correr traslado de la demanda, debemos admitir que ha habido una ratificación tácita.

e) Ahora bien, la ratificación equivale al mandato, sea tácita o expresa, pero ello es sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros entre el acto y su ratificación que no pueden ser afectados (arts.1935/6 del Código Civil; Ariza, Ariel "Código Civil comentado" director Ricardo Luis Lorenzetti edit. Rubinzal Culzoni tº II p.533), pues "la ratificación no es oponible a estos terceros que consolidaron una situación jurídica en fecha anterior al acto ratificatorio..." (Ariza ob. y p. cit.).

Esta solución es común al sistema de nuestro derecho respecto a la convalidación de los actos, entendida esta última como el saneamiento de un acto imperfecto. La confirmación, la ratificación, y la autorización son especies del genero convalidación de los actos jurídicos. Respecto al primero, el art. 1065 dispone que no puede perjudicar a terceros, entendiendo por tales todas las personas que después de



otorgado el acto confirmado, pero antes de la confirmación, han adquirido algún derecho propio respecto a los bienes que son objeto del acto confirmado (Salvat –López Olaciregui Derecho Civil Argentino tº II parte general p.778 , y p.791 nº2692.II, edit. Tea Bs.As.1964). Respecto a estos terceros la confirmación es inoponible (Rivera, Julio César “Instituciones de derecho civil: parte general” edit.Abeledo Perrot, 5ta, edición actualizada, Bs.As.2010, p.749 con cita de la X Jornadas nacionales de derecho civil, Corrientes, 1985).

La limitación de los efectos de la confirmación o de la ratificación son similares en el derecho español y en el italiano. Federico de Castro y Bravo califica la situación como la convalecencia de un negocio (“El negocio jurídico” Civitas, Madrid, 1985, p.485), y Emilio Betti (“Teoría del negocio jurídico” edit. Revista de derecho privado, Madrid, 1959 p.365) explica que esa convalecencia se termina mediante la confirmación o convalidación que subsana la precariedad del acto incompleto o de la situación de hecho ante las partes, pero no puede perjudicar a los terceros (art.1445 del Código Civil Italiano).

En el ámbito particular del contrato de mandato, Lorenzetti (“Tratado de los contratos” Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, tº II, p.178) explica que la ratificación es inoponible a los terceros, al igual Rubén Compagnucci de Caso (“Código Civil comentado” Belluscio- Zannoni tº 9 p.263, Astrea, Bs.As-2004,dejando a salvo la opinión contraria de Albaladejo).

f) En el caso, la gestora interpuso la demanda el día 14 de Mayo de 2001, y habiendo tomado conocimiento Tiendas Roxana S.A. – a través del presidente del directorio (fs.210 vta.último párrafo) - del daño sufrido al menos, en el día en que se labró el acta notarial (fs.29) que data del 15 de Mayo de 1999, siguiendo la jurisprudencia indicada más arriba, se debe concluir que para que la demanda resultara realmente interruptiva, debió ratificarse lo actuado en los términos del art.1936 antes del plazo de prescripción, esto es, el mismo 14 de Mayo o el día 15 del mismo mes antes



de las 24 hs (art. 24 del Cód.Civil) , o el poder debió haberse extendido el 15 de Mayo o en fecha anterior, pues en cualquier otro supuesto –y al no existir otro acto interruptivo o suspensivo- tanto la ratificación expresa, como el mandato, no pudieron afectar la consolidación del derecho a obtener la liberación correspondiente al encontrarse la obligación de reparar atribuida al consorcio demandado, modificada por una causa legal (arts.505 2do.párrafo; art.515 inc.2º , art.1936 in fine , 3949 del Código Civil).

Parece insuficiente, o quizás inatingente, el argumento utilizado por el Sr. Juez en cuanto considera que al haberse pronunciado este Tribunal sobre la validez de la presentación del mandato fuera de plazo, ello resulte útil para sanear la voluntad del acreedor.

Lo que la Cámara de Apelaciones – con otra conformación- convalidó en este mismo expediente, fue la presentación del poder fuera del plazo del art.48, y antes de que se corriera traslado de la demanda. Tuvo así por acreditada la personería invocada por la gestora, aún cuando el poder fue presentado fuera de plazo. Se trata –evidentemente – de una cuestión procesal relativa a la actuación de un letrado que se presenta como gestor y luego acredita que tiene un poder, otorgado en fecha posterior a su primera actuación.

En modo alguno ello puede incluir la validez de la representación para las consecuencias sustanciales de aquel acto procesal, con lo es la interrupción del curso de la prescripción liberatoria, las que por cierto no se rigen por el Código Procesal, sino por la ley de fondo, en este caso los artículos 3986 y 1936 del Código Civil, que impiden que la ratificación afecte los derechos que los terceros han adquirido entretanto.

Por otra parte, no se ha agregado ni invocado que se haya efectuado una intimación a reparar el daño causado (art.3986-2), o el reconocimiento de la obligación (art.3989), o el sometimiento a árbitros o



amigables componedores (art.3988), y las diligencias previas para demandar no suspenden ni interrumpen la prescripción como es sabido (Trigo Represas, Felix A. en Código Civil Comentado directores Kemelmajer, Koper –Trigo Represas edit. Rubinzal Culzoni .arts.3875 a 4051 p.412 y siguientes), y ya vimos que la acreditación de personería con un mandato de fecha posterior a aquella en la cual prescribía la acción no puede afectar los derechos que entretanto adquirieron los terceros.

Por ello, es que propongo que se haga lugar al recurso de la demandada en esta parcela, y se revoque la sentencia en este aspecto, haciendo lugar a la excepción de prescripción opuesta por el consorcio demandado, con costas al actor.

V: Si mi voto es compartido, habrá progresado el agravio de la demandada respecto a la prescripción de la acción promovida por Tiendas Roxana S.A., y quedará desplazado el recurso de la actora referido a la prueba del daño que se reclamaba mediante dicha acción prescripta, por lo que no corresponde tratarlo.

Por la misma razón, tampoco procede ingresar al tratamiento del segundo agravio de la demandada que insiste en la influencia causal de la culpa que atribuye a la comodataria en los daños sufridos.

VI: Resta pronunciarse sobre el otro agravio de la demandada referido a la supuesta incongruencia de la sentencia, fundado en que el Sr. Juez habría fallado “ultra petita”.

El agravio no puede tener andamio cuando claramente el sentenciador ha explicado a fs.602 vta, que en la demanda el Sr. Forace reclamó una suma determinada por el daño a su propiedad, “o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse” (fs.210 in fine), frase esta que indica un monto provisional de demanda (Zavala de González, Matilde “El



proceso de daños" edit.Hamurabbi, Bs.As.1993, p.76 y siguientes) y que permite al Juez pronunciarse por un monto superior al provisoriamente reclamado, sin incurrir en incongruencia alguna (art. 330 segundo párrafo del CPCC).

No se trata de incluir en la sentencia un daño distinto al demandado, sino que dentro de las reparaciones al inmueble afectado, se han incluido los trabajos para arreglar una viga, una columna y el sector de loza que se evidencian afectadas en la pericia, y que aumentan el monto reclamado por el rubro en pesos mil quinientos.

La queja relativa a que – para fijar la suma de condena - se ha utilizado el monto del presupuesto acompañado por la actora y desconocido por la demandada, no ha de correr mejor suerte.

El presupuesto que data del 15 de Mayo de 2000, asciende a \$ 12.750 (fs. 31), mientras que la pericia de arquitectura evaluó los arreglos necesarios en la suma de \$ 26.150 a Febrero de 2009 (fs.553).

En la sentencia se fijaron las sumas de \$ 12.750 con más la de \$ 1.500 correspondiente al arreglo de la viga, columna y loza ya tratadas.

Como el recurso no puede empeorar la situación del apelante, y la actora no recurrió la fijación del monto, este Tribunal no puede fijarlo en los valores más próximos a la sentencia (Pizarro-Vallespinos "Obligaciones, Hammurabi, Bs.As.1999, p.671 n° 544; ; Alterini, Ameal y López Cabana "Obligaciones civiles y comerciales" edit. Abeledo Perrot, página 277 n° 614 Bs.As. 2003) que son los de la pericia, y que es lo que corresponde al criterio actual, pues la directiva esencial en la materia sigue siendo la reposición de las cosas a su estado anterior aunque sea por vía de una de dinero que sea útil para ello, y no cubra solo la motad del presupuesto de 2009 (art.1083 del Código Civil).



Por ello considero que debe rechazarse este agravio.

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada, y estimar favorablemente la defensa de prescripción opuesta en relación al reclamo entablado por Tiendas Roxana S.A., sin entrar al tratamiento del recurso de la misma co-actora que ha quedado desplazado por la prescripción liberatoria acogida.

Propongo que las costas por la defensa de prescripción en ambas instancias, sean impuestas en un 80% a la co-actora Tiendas Roxana S.A. y en un 20% a la demandada, teniendo en cuenta el vencimiento parcial y mutuo (art.71 del CPC) y que no se impongan por el recurso de la actora, en tanto ha quedado desplazado (art.68 2do. párrafo del CPC).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se hace lugar parcialmente al recurso de la demandada, y se estima favorablemente la defensa de prescripción opuesta



en relación al reclamo entablado por Tiendas Roxana S.A. **II)** Se deja constancia que no se trata el recurso de la misma co-actora que ha quedado desplazado por la prescripción liberatoria acogida. **III)** Las costas por la defensa de prescripción en ambas instancias, se imponen en un 80% a la co-actora Tiendas Roxana S.A. y en un 20% a la demandada, teniendo en cuenta el vencimiento parcial y mutuo (art.71 del CPC). **IV)** No se imponen costas por el recurso de la actora, en tanto ha sido desplazado (art.68 2do. párrafo del CPC). Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 de la ley 8904. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art.135 del CPC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone
Secretario