



1-58815-2014 -

"FUENTES DE GATTI, BLANCA Y OTRO C/ CATALDO, NÉSTOR EMILIO S/
DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARIO)"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 1 - TANDIL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 20 días del mes de Mayo de 2014 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"FUENTES DE GATTI, BLANCA Y OTRO C/ CATALDO, NÉSTOR EMILIO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARIO) ", (Causa Nº 1-58815-2014)**, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI-COMPARATO-BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

- 1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 428/439?
2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I.a) El presente proceso fue iniciado el día 24.05.06. por los **Sres. Juan Carlos Gatti y Blanca Iris Fuentes**, quienes accionan contra el Maestro Mayor de Obras **Sr. Néstor Emilio Cataldo**, procurando ser resarcidos de los daños y perjuicios que dicen haber padecido con motivo de un contrato de locación de obra celebrado entre la hija de los actores –**Sra. Marisa Gatti**- y el accionado.

Narran los actores en el escrito de inicio (fs. 9/28) que el día 10.12.1993 se suscribió el contrato antes referido, por el cual se encomendó al demandado el proyecto, dirección y administración de la construcción de una vivienda, a edificarse en un terreno aportado por la hija de los actores, sito en calle Santa María de Oro nº 172 de la ciudad de Tandil. La vivienda fue entregada el día 27.05.1996 y obtuvo final de obra el día 11.03.2003.

Continúan relatando que el día 30.05.2003 adquirieron la vivienda de referencia a su hija, a través de la Escritura de Compraventa nº 139, pasada por ante la Notaria Patricia Pizzorno, y señalan que ello les confiere legitimación activa para promover este proceso a título de sucesores singulares (conf. fs. 9vta. y 20vta./21).

Afirman que desde la fecha de la adquisición habitaron la vivienda con normalidad, pero que aproximadamente sobre el mes de octubre del año 2005 comenzaron a detectar que en ciertos sectores de la misma se comenzaban a producir desniveles y hundimientos que anunciaban un grave y anormal deterioro en una vivienda destinada a larga duración. Precisan que en el mes de septiembre eran pequeñas fisuras (que entendieron propias del deterioro por uso de la vivienda) pero luego pasaron a ser verdaderas “rajaduras” cuyas medidas aumentaban día tras día. Afirman que la gravedad de los deterioros fue aumentando, revistiendo particular seriedad el hundimiento que comenzó a producirse en sector del living-comedor, que es la entrada principal de la vivienda. Prosiguen diciendo que frente a la incertidumbre sobre cuál era la gravedad que revestían tales fallas, recurrieron al asesoramiento de peritos técnicos en la materia, con cuya opinión determinaron que era necesario efectuar un relevamiento urgente de los daños y de la proyección de los mismos, tanto para salvaguardar su seguridad personal como para evaluar la promoción de una eventual acción judicial.

Fue así –prosiguen diciendo- que el día 07.12.2005 se efectuó un Acta de Constatación Notarial del Inmueble, tomándose además 29 fotografías, con la intervención del Notario Juan Manuel García y el Arquitecto Pablo Bonavetti. Refieren que éste último profesional hizo constar en esa ocasión que “Las grietas y hundimientos observados denotan la probable presencia de problemas estructurales y/o deficiencias del terreno. Para determinar con certeza las causas de las deformaciones del edificio, se recomienda la realización de un

estudio de suelo con apreciación de variantes de composición a lo largo del tiempo, y de un peritaje del sistema de fundaciones y estructura portante”.

Explican a continuación que ello dio lugar a que con fecha 27.12.2005 promovieran los autos “Fuentes de Gatti, Blanca y otro s/ Prueba Anticipada”, en trámite ante el mismo Juzgado, en cuyo marco se ordenó la realización de una pericia de arquitectura que estuvo a cargo del Arquitecto Gabriel Mingo. Refieren que se fijó como fecha de pericia el día 27.04.2006, y que en la misma estuvo presente el demandado. Aclaran que antes de presentar la pericia propiamente dicha el idóneo presentó un informe preliminar, en el cual advertía sobre un peligro de ruina inminente y sugería medidas de evacuación, y que notificados de ello procedieron a mudarse el día 18.05.2006.

A continuación relatan la profunda perturbación que ello trajo en su vida cotidiana, dado que al no encontrarse en condiciones económicas de afrontar un alquiler, comenzaron a vivir alternadamente en casas de sus dos hijas, quienes cuentan con sus propias familias y no poseen viviendas amplias, por lo cual la residencia en tales condiciones perturbó su propia vida y la de sus hijas. Concluyen afirmando que la ruina de su vivienda le acarreó la ruina de su propia vida, en razón del desorden, incertidumbre y tristeza que ello trajo aparejado.

Encuadran jurídicamente el caso dentro del contrato de locación de obra, y en ese marco entienden que la responsabilidad del accionado encuentra fundamento en el art. 1646 del Código Civil, ya que el concepto de “ruina” al que se refiere la norma no comprende sólo la caída o destrucción de la cosa, sino que también queda comprendida la “amenaza de ruina”.

Puntualizan que en este caso los defectos se originan por haberse edificado la vivienda de un modo inadecuado para el suelo sobre el cual la misma se construía, y recalcan que el accionado actuó como proyectista, director, constructor y administrador de la obra.

También se refieren a las obligaciones que asume el locador en el marco de este contrato y a la prohibición de la dispensa contractual de responsabilidad, la que encuentra su razón de ser en la asimetría del nivel de conocimientos de las dos partes del contrato. En este marco conceptual, afirman que el “Acta de antecedentes” suscripta el día 17.10.2000 –agregada a fs. 2-

pretendió ser una dispensa anticipada de responsabilidad profesional, que como tal carece de todo valor, e inclusive se vuelve en contra del propio constructor pues allí se hace constar que el procedimiento de construcción no fue el adecuado en atención a las características del terreno.

Reclaman daños material –compuesto por diversas partidas- daños moral y daño psíquico, por un total de \$ 244.556 y/o lo que en más resulte de las pruebas a producirse y de la apreciación del juzgador, con más sus intereses y aplicación del índice de costos de la construcción.

Ofrecen prueba y solicitan que oportunamente se haga lugar a la demanda.

A fs. 55/59 los actores presentaron otro escrito en el cual –y en lo que aquí interesa- afirmaron que ya había concluido el proceso de prueba anticipada, solicitando así su acumulación a estas actuaciones, y ampliaron la prueba ofrecida.

b) Bilateralizada la demanda bajo el cauce del proceso ordinario (fs. 36), se presentó el accionado a fs. 80/88 a contestarla y oponer excepción de prescripción.

En esa faena, y dando cumplimiento a la carga que impone el art. 354 inc. 1ro. del C.P.C.C., comienza por negar o reconocer –según los casos- todos los hechos expuestos en la demanda. Es importante apreciar que en uno de los párrafos destinados a ese fin afirma que resulta absurdo reclamar daño emergente como consecuencia de la ruina de la obra cuando aún no se ha producido la misma, ni existe prueba contundente de que pueda producirse (fs. 82vta., arriba).

Luego narra su propia versión de los hechos, afirmando que es profesional y empresario de la industria de la construcción, que desde hace más de 35 años se dedica a la actividad y ha intervenido en el proyecto, dirección y dirección ejecutiva de más de 700 viviendas.

Relata que en ese marco el día 10.12.93. celebró con la Srta. Marisa Elizabeth Gatti un contrato para la construcción de una vivienda tipo económica, suscribiéndose al efecto las condiciones generales y la memoria técnica. Agrega que en ésta última se aclaraba lo relativo a la excavación de cimientos, precisándose que la operación allí detallada era la que correspondía a un terreno adecuado, y que “de ser necesario distinto tipo de fundación, por

deficiencias propias del terreno o en caso de medianera, se efectuará como adicional a cargo del suscriptor”.

Continúa diciendo que el terreno que luego proveyó la locataria no era el adecuado, por lo cual le aconsejó que procurara adquirir otro, pues el costo de una fundación adecuada a ese tipo de terreno encarecería la construcción en aproximadamente un ochenta por ciento. Sin embargo, la Srta. Gatti se presentó junto a su padre –hoy actor- manifestando que no podían adquirir otro terreno ni afrontar el mayor costo estimado para aventar cualquier futuro problema, y pese a que fueron advertidos sobre las consecuencias que podría traer la construcción en esas condiciones –rajaduras, hundimientos, etc...- pidieron que la misma se llevara a cabo de todos modos, aunque a través de un sistema de “cimentación reforzada” que de todos modos no era el aconsejable, asumiendo ellos la responsabilidad por los eventuales daños.

Prosigue relatando que la obra se realizó siguiendo las indicaciones del propio actor, y fue entregada el día 27.05.96., recibéndola de plena conformidad la Srta. Gatti.

Sin embargo –continúa- a mediados del año 2000 se presentó la locataria, acompañada de su progenitor, a fin de consultar al accionado sobre cómo podría prevenirse para que no continuaran agravándose los hundimientos de piso de 2 a 3 cm., puertas y ventanas que ya no cerraban y rajaduras que ya habían comenzado a manifestarse en distintos puntos de la vivienda con aberturas de 4 a 5 mm. de luz. Expresa que frente a tal consulta sugirió la construcción de pozos romanos hasta tierra firme para luego calzar con vigas las bases del inmueble, pero nuevamente le manifestaron que no podían absorber el costo de los materiales y de la mano de obra.

Explica que en ese contexto se suscribió el “Acta de antecedentes” de fecha 17.10.2000, la que da cuenta que ya en esa fecha el Sr. Gatti conocía perfectamente el “estado de deterioro” que comenzaba a sufrir la vivienda. También refiere en otro pasaje (fs. 86) que en esa misma época realizó una reparación preventiva por su cuenta y cargo en la zona de la medianera y en una parte del inmueble, además de colocar testigos de yeso en distintas grietas que presentaban las paredes, a los fines de controlar el avance del deterioro.

Finalmente, refiere que en marzo de 2003, cuando fue solicitado el final de obra para realizar la escritura traslativa de dominio de la Srta. Gatti a sus padres, la casa ya presentaba importantes rajaduras y hundimientos.

En base a estos antecedentes, y como ya se anticipara, el accionado antepone la excepción de prescripción anual establecida en el art. 1646 del Código Civil. Argumenta que si bien los actores expresan en la demanda que comenzaron a conocer el estado de “ruina” del inmueble en sentido jurídico a partir del mes de octubre de 2005, la realidad es que ya sabían del estado de deterioro que comenzaba a ser evidente a fines del año 2000, cuando concurrieron a realizarle la primera consulta.

Ofrece prueba.

c) A fs. 90/91 la co-actora Blanca Iris Fuentes contestó el traslado de la documentación adjuntada por la accionada y de la excepción de prescripción, cuyo tratamiento se difirió a fs. 92 para el momento de dictar sentencia.

d) A fs. 94 se abrió la causa a prueba y concluida esta etapa las partes presentaron alegatos (conf. fs. 418/423 y 424/427).

II) De este modo se arriba al pronunciamiento de fs. 428/439 que viene apelado, el que en su parte resolutive hace lugar a la excepción de prescripción opuesta por la demandada y en consecuencia rechaza la acción, impone costas a la actora vencida y regula honorarios a todos los profesionales intervinientes.

Los argumentos medulares –de hecho y de derecho– que condujeron al “a quo” a fallar del modo anticipado pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La excepción de prescripción planteada en autos debe analizarse a la luz de lo normado por el art. 1646 del Código Civil.

b) Ese mismo artículo exige analizar si nos encontramos ante un supuesto de ruina. Etimológicamente “ruina” significa destrucción, es decir, el fin de la cosa. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias de nuestro país entienden que la palabra ruina ha de entenderse en sentido jurídico y no gramatical, por lo que comprende toda degradación de los elementos esenciales de la obra, aunque sea gradual o paulatina, que haga peligrar

su solidez o duración, comprometiendo por ende su conservación, cuando la obra no concluyó todavía su vida técnica o económicamente útil.

c) Las pruebas recolectadas en autos despejan toda duda acerca de que la edificación comenzó a arruinarse. En el informe técnico producido en el marco de la prueba anticipada se afirma que el incorrecto sistema de fundaciones elegido originó el colapso de la vivienda, se detallan las fallas que se observan, y se responde afirmativamente respecto a la posibilidad de que se agraven las fallas, comprometiendo la estabilidad del inmueble, con riesgo bastante alto de derrumbe total o parcial.

d) Otro dato significativo es que el demandado nunca negó la existencia de los defectos que denotan la ruina del edificio, sino que centró su defensa en que la construcción se realizó en un terreno no apto, o que hubiera necesitado trabajos extras que encarecían su costo, por lo cual los actores asumieron el riesgo de realizar la obra en tales condiciones.

e) Para dirimir la excepción de prescripción, el punto clave tiene que ver con el momento en que comenzaron a evidenciarse los signos de ruina. Para ello, del plexo de la prueba producida en autos (acta de antecedentes del 17.10.2000, dictamen pericial oficial emitido por el Ingeniero Civil Daniel Cavalieri de la Asesoría Pericial de La Plata, absoluciones de posiciones del demandado y del co-actor Gatti, declaraciones testimoniales de los empleados del accionado que participaron en la obra, declaración testimonial del profesional que atendió a la co-actora Sra. Blanca Fuentes en el Servicio de Salud Mental del Hospital Ramón Santamarina) puede concluirse que los actores tomaron conocimiento del comienzo de la ruina del edificio por lo menos desde el año 2000.

f) Es aplicable al caso el criterio jurisprudencial que entiende que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por ruina contra el constructor, en los casos de ser ésta inminente o por degradación paulatina, será la fecha en que el dueño actuando diligentemente, haya podido cerciorarse de la virtualidad ruinosa de los vicios aparecidos en la obra. Queda sujeto al criterio judicial determinar en cada caso concreto si hubo o no diligencia en su comprobación por parte del acreedor y, en consecuencia, si operó o no la prescripción de la acción (CC0002 SM 30839 RSD-1201-91 S 17-12-1991, "Fisco de la Pcia. de Bs. As. c/ Integral Constructora SC s/ Daños y perjuicios").

III) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue objeto de varios embates recursivos, ya que los co-actores apelaron la decisión de fondo y la regulación de honorarios de todos los profesionales por considerarlos altos (conf. fs. 443), aunque éste último recurso fue luego declarado parcialmente desierto en relación a los peritos por no haber sido fundado (fs. 476). Por su parte, el letrado patrocinante del demandado apeló sus honorarios por bajos (fs. 465).

Recibidos los autos en esta alzada, los co-actores expresaron agravios sobre la cuestión de fondo a fs. 486/492, obteniendo respuesta a fs. 494/496. Las críticas pueden resumirse del siguiente modo:

a) No es correcto razonar que mediante la suscripción del “acta de antecedentes”, que en rigor consistió en una dispensa anticipada de responsabilidad, los demandados debieron conocer el estado de ruina, o el eventual y futuro estado de ruina.

b) La doctrina adecuada a este caso es la que sustenta López de Zavalía, en el sentido que cuando en tiempos distintos se producen sucesivas ruinas parciales, ubicándose todas dentro de los diez años, el tiempo de la prescripción se cuenta para cada ruina por separado.

c) Obviamente que al suscribirse el acta de antecedentes en el año 2000 el demandado podía avizorar lo que ocurriría con la vivienda unos años después, pero en modo alguno podían hacerlo los actores, que son legos en la materia. Inclusive, ni siquiera el demandado se representó en el año 2000 que la fisura en la pared medianera sería el principio del hundimiento total de la propiedad, ya que –como surge de la pericia de fs. 131/141- al momento de la construcción se desconocían totalmente las características del subsuelo, ya que el relleno es mucho más profundo a lo que se menciona en el “acta de antecedentes”. También en esa pericia se da cuenta de que el avance de los daños fue muy importante si se los coteja con el estado del inmueble al producirse la prueba anticipada. En definitiva, el “a quo” afirma que los actores debían conocer al firmar el acta de antecedentes que la ruina se produciría, pero ha quedado probado que ni el propio demandado conocía las características del terreno y por ende las eventuales consecuencias de su negligencia.

d) En general no existe un plazo determinado para establecer la ruina, sino que a los efectos de la prescripción su término comienza

cuando el dueño, a través de un comportamiento diligente, logra comprobar la virtualidad ruinosa.

e) El estado de la propiedad en el año 2000 era el que surge del acta de antecedentes, y sobre esa base se afirma erróneamente que los actores debían entender y conocer el estado de ruina. No fue sino en el año 2005, momento en el cual la propiedad se hizo inviable para el uso, que tomaron conocimiento de la situación.

f) Si bien comparten el concepto jurídico de “ruina” proporcionado por el juzgador, en el sentido de que para que ella se configure no es necesaria la caída del edificio, la diligencia que se les exige se debe condecir con el estado de hecho del inmueble en los distintos momentos considerados por el “a quo”.

g) Al fallar se omite considerar la cuestión a la luz del deber de información profesional, el concepto de profesión, la asimetría en el nivel de conocimientos de los contratantes y fundamentalmente del principio protectorio, el cual incorpora límites basados en las desigualdades económicas y de conocimiento.

h) Tampoco se hace aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, ya que se coloca sobre los actores la carga de demostrar que no sabían que la ruina se produciría y/o que la falla en la pared medianera era el principio del hundimiento de la propiedad.

i) El acta de antecedentes es relevante en lo que hace a la descripción del estado de hecho del inmueble en el año 2000 (fisura de la medianera y algunas fisuras internas del inmueble), pero no es correcto que de allí pueda inferirse que los actores debían avizorar la futura ruina.

j) En el año 2000 la vivienda era y se encontraba apta para su uso. Los testimonios rendidos en autos no acreditan que la ruina se produjo en el año 2000, y menos aún que los actores conocieran dicho estado en ese momento.

IV) A fs. 497 se llamó autos para sentencia y a fs. 500 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V) Por evidentes razones metodológicas comenzaré abordando los agravios vertidos por los actores contra el progreso de la excepción de prescripción, que naturalmente determinó el rechazo de la demanda.

a) A esos fines, y como punto de partida, creo importante destacar que no se encuentra controvertido que el caso se rige por el art. 1646 del Código Civil (texto según ley 17.711), el cual regula lo atinente a la responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por la **ruina de la obra**.

Esta circunstancia es importante pues de la conjugación de los arts. 1646 y 1647bis del Código Civil se desprende que dicho cuerpo legal establece un sistema para la responsabilidad de los locadores de obra que prevé tres casos diferentes: el de los vicios evidentes, el de los vicios ocultos y el supuesto de ruina (Tallone, Federico C. "Aspectos relevantes sobre la responsabilidad de los profesionales de la construcción", en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2004-2, "Responsabilidad de los Profesionales de la Construcción", pág. 285 y sig., esp. pág. 294).

Más puntualmente, se ha dicho que el artículo 1647 bis regula el régimen general, es decir, el aplicable a todo tipo de obras; en cambio, el art. 1646 es un régimen especial o limitado (Nicolau, Noemí L., comentarios a los arts. 1629-1647 en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias", Hammurabi, reimpresión, 2007, T. 4-A, pág. 645). Kemelmajer de Carlucci adhiere a esa caracterización, pero aclara que ella depende del concepto de "ruina", ya que un sector de la doctrina y la jurisprudencia se adhiere a una noción tan amplia que, en los hechos, y más allá de los conceptos, convierte al art. 1646 en el régimen general (aut. cit., "Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración", en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2004-2, "Responsabilidad de los Profesionales de la Construcción", pág. 7 y sig., esp. pág. 20).

Por tal motivo, reviste una gran y doble importancia precisar el concepto de "ruina". En primer lugar, de él dependerá aplicar el régimen protectorio del art. 1646, o el más restringido del art. 1647 bis (Kemelmajer de Calucci, Aída "Responsabilidad...", cit., pág. 23). En segundo lugar, y aún en los casos en los que no se encuentre discutido cuál es la norma aplicable –como

ocurre en el sub lite, conforme se anticipara- de dicho concepto dependerá si se configura o no el presupuesto de hecho que habilita la aplicación del art. 1646.

b) Tal como lo destacó el Sr. Juez de grado, etimológicamente “ruina” significa “destrucción”, es decir, “el fin de la cosa”, es la “acción de caer o destruirse una cosa, destrozo, decadencia, restos de un edificio arruinado” (conf. Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, Ed. Bibliográfica S.A., Barcelona, 1970). Este sentido estricto es propiciado por alguna doctrina (López de Zavalía), pero no es el que sostienen mayoritariamente los autores y jurisprudencia de nuestro país, quienes consideran que a la ruina aludida por la norma en examen debe asignársele un sentido jurídico y no gramatical, comprensivo de la destrucción total o parcial, la amenaza de ruina, y la ineptitud funcional de la obra (Alou, Stella Maris, “Fundamentos de Derecho Contractual. Parte especial”, obra dirigida por Noemí L. Nicolau, La Ley, T. II, pág. 390, citada por el “a quo”; sobre el concepto de “ruina” también puede consultarse a Spota, Alberto G., “Tratado de la locación de obra”, Depalma, T. II, págs. 263/264; Lorenzetti, Ricardo L., “Tratado de los Contratos”, Rubinzal Culzoni, segunda edición ampliada y actualizada, T. II, págs. 741/743; Nicolau, Noemí L., comentarios..., cit., págs. 647 a 648; Molina Quiroga, Eduardo y Viggiola, Lidia, comentarios a los arts. 1623-1647 bis en Belluscio (dir.) y Zannoni (coord.) “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Astrea, T. 8, págs. 215/217; López Herrera, Edgardo (director), “Tratado de la prescripción liberatoria”, Lexis Nexis, Tomo II, págs. 723/724; trabajos publicados en la Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2004-2, “Responsabilidad de los Profesionales de la Construcción”, a saber: Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., págs. 7 a 92, esp. págs. 23 a 32; Galdós, Jorge M., “La prescripción en las acciones por responsabilidad en la construcción privada. Primeras aproximaciones”, págs. 163 a 208, esp. pág. 183; López Mesa, Marcelo J. “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, págs. 209 a 274, esp. págs. 239 a 244; Tallone, Federico C. “Aspectos...”, cit., págs. 285/295, esp. págs. 290/295; Hernández, Carlos “El plazo de garantía y caducidad del art. 1646 del Código Civil. Alcances y antecedentes históricos”, págs. 353/375, esp. págs. 366/368; Tale, Camilo “Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra”, págs. 413 a 490, esp. págs. 418 a 425).

Tanto se ha dicho, en doctrina y jurisprudencia, acerca del concepto de “ruina”, que en algunos de los trabajos antes citados se efectúa una clasificación de las acepciones, distinguiendo una postura estricta que se apoya en el significado gramatical de la palabra, una acepción amplia o extensiva que suele denominarse “ruina funcional” pues entiende que la ruina es tal cuando torna a la cosa impropia para su destino, y una acepción intermedia en la que a su vez aparecen distintas variantes (Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., págs. 24 a 31; Alou, Stella Maris, “Fundamentos...”, cit., págs. 390 a 393; López Mesa, Marcelo J. “Responsabilidad...”, cit., págs. 239 a 244; López Herrera, Edgardo (director), “Tratado...”, cit., T. II, págs. 723/724). Sin embargo, estos autores aclaran que la acepción estricta no es seguida por ningún autor nacional (Kemelmajer de Carlucci), o que solo es seguida por López de Zavalía (Alou, López Mesa, López Herrera).

Con lo dicho, queda en claro que la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por abrumadora mayoría, participan de un criterio intermedio o amplio de “ruina”, entendiendo que la misma excede el significado gramatical del término.

Es importante mencionar que nuestro cimero tribunal provincial ha sentando doctrina legal (art. 278 y sig. del C.P.C.C.) al respecto, afirmando que “Para que exista ruina de la obra no es necesario que las fallas comprometan la estabilidad o solidez del edificio, pues basta que las deficiencias impidan el normal uso y goce de la cosa, desnaturalicen el fin de la obra o impidan su aprovechamiento adecuado” (SCBA, Ac 61024 S 7-7-1998, Juez Negri (SD) “Proyectos Especiales Mar del Plata Sociedad del Estado c/ Seminara S.A.I.C.F. y otros s/ Cumplimiento de contrato. Cobro de multas. Daños y perjuicios”, DJBA 155, 187; LLBA 1998, 1358; citado por Alou, Stella Maris, “Fundamentos...”, cit., pág. 391, cita 8, quien ubica a este fallo dentro de la doctrina amplia; López Mesa, Marcelo J. “Responsabilidad...”, cit., págs. 242, cita 94, quien también sitúa a este precedente dentro de la concepción más flexible).

Como hemos visto en la reseña inicial, el “a quo” adoptó una acepción intermedia de la palabra “ruina” (fs. 432vta.), con la cual los recurrentes prestaron expresa conformidad en la expresión de agravios (fs. 488vta./489), por lo que en principio nada cabría agregar en esta alzada (doctr. art. 266 última parte del C.P.C.C.). Sin embargo, antes de finalizar este apartado creo

necesario referirme a dos cuestiones vinculadas al concepto de ruina que resultarán de suma importancia a la hora de concretar mi propuesta decisoria.

La primera es que, como bien lo ha hecho notar Carlos Hernández, en el ámbito del contrato de locación de obra se han verificado **reformas legislativas y evoluciones jurisprudenciales tendientes a reforzar la garantía de los dueños de las obras**, trazándose así un paralelismo con la protección que se ha buscado en el ámbito de la defensa del consumidor. En lo que aquí concierne, explica el autor que esta tendencia encuentra su mayor expresión en el régimen de la responsabilidad por ruina, cuya notable expansión conceptual tiene el propósito de contribuir no sólo a la seguridad de los edificios destinados a larga duración, sino también a la ampliación de la tutela del crédito de los adquirentes (aut. cit., “El plazo...”, cit., págs. 353/354).

La segunda es que, naturalmente, esa “notable expansión conceptual” a la que con su habitual claridad se refiere Carlos Hernández ha dado lugar a que dentro del concepto de “ruina” se incluyan situaciones muy variadas y que representan distinto grado de peligrosidad para el inmueble y sus moradores. El mismo autor se refiere a ello unas páginas más adelante, transcribiendo un pasaje de la obra de Pascual (“El contrato de locación de obra en la ley 17.711”), en el que afirma que *“La jurisprudencia ha contemplado diversos supuestos específicos, declarando que dentro de las previsiones legales debe incorporarse el hundimiento de pisos, la humedad generalizada, o las rajaduras aparecidas en los muros o tabiques divisorios como consecuencia del asentamiento del terreno”* (aut. cit., “El plazo...”, cit., pág. 368, cita 49; el destacado me pertenece). Del mismo modo, en la obra de Lorenzetti –citada por los actores en la demanda- se señala que el término “ruina” comprende: **a) La amenaza de ruina, es decir la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe;** **b) el grave daño al inmueble o degradación que pone en compromiso su estabilidad;** **c) el derrumbe del edificio;** **d) las filtraciones importantes o humedad generalizada; las rajaduras de muros que excedan las simples fisuras; los hundimientos de pisos;** **e) la destrucción de un tinglado por la acción de agentes naturales que se ha hecho posible por la insuficiencia de sus anclajes en tierra;** **f) la ruina parcial** (aut. cit., “Tratado...”, cit., págs. 742/743, con cita de Alterini, Salerno, Garrido y Zago; los destacados me pertenecen). Me permito agregar que en el plano de las hipótesis estos distintos supuestos de “ruina” pueden presentarse

excluyentemente (ej: una vivienda que solo presenta una humedad generalizada), conjuntamente (ej: una vivienda que presenta humedad generalizada y rajaduras de muros) o sucesivamente (una vivienda que en un principio sólo presenta humedad y rajaduras, en una etapa posterior se coloca en situación de “amenaza de ruina” entendida como riesgo concreto de derrumbe, y finalmente se derrumba).

c) Sentado lo anterior a modo de pautas introductorias, cabe entrar de lleno en la cuestión atinente a la prescripción.

El segundo párrafo del art. 1646 del Código Civil dispone que *“Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de producida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla”* (el destacado me pertenece).

La doctrina y la jurisprudencia son uniformes en considerar que el primero es un plazo de caducidad y el segundo de prescripción, por lo que no ahondaré sobre el particular.

Cabe acotar, casi *obiter dicta*, que algunos autores han criticado el plazo anual de prescripción por ser muy breve, apuntando que debió ser de dos años, y que no se justifica un plazo tan corto cuando al mismo tiempo se modificó el art. 4037, aumentándose de uno a dos años el lapso prescriptivo para la acción de responsabilidad extracontractual (Tale, Camilo “Responsabilidad...”, cit. pág. 489, con cita de Moisset de Espanés). Sin embargo, también se ha explicado que la brevedad del plazo de prescripción tiene por fundamento incitar al dueño a iniciar prontamente las acciones cuando la obra presenta defectos que afectan la solidez, pues una denuncia oportuna puede evitar un agravamiento de los daños. Además, el Código argentino, a diferencia de otros, no establece plazo de caducidad para denunciar los vicios, plazo que sí existe en el artículo 1647 bis para los daños que no causan ruina (sesenta días). De lo que se sigue que no existiendo plazo para denunciar, no es ilógico que el legislador previese un plazo de prescripción tan breve (Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., págs. 63/64).

Lo que sí ha generado muchísimas disputas es el comienzo del plazo de prescripción. La eminente jurista mendocina antes citada aborda esta cuestión con gran claridad, afirmando que cuando la ruina consiste en el derrumbe del edificio, o sea, en los supuestos en los que la instantaneidad y

contundencia del hecho permiten establecer un instante preciso de producción de la ruina, la determinación del momento a partir del cual comienza a computarse el plazo de prescripción no presenta mayores inconveniente. En cambio –agregando cuando la ruina consiste en daños que afectan la solidez del edificio, o en la general ineptitud funcional de la obra, la solución presenta mayor complejidad en tanto y en cuanto a tal situación se arriba luego de un *iter* a veces prolongado, donde la aludida ineptitud se inserta en un contexto fáctico de perfiles indefinidos y donde, por otra parte, la causa de los deterioros puede inicialmente ser atribuida a circunstancias distintas a las enumeradas en el artículo 1646 o no verificarse su presencia con claridad. Menciona que Garrido y Andorno sostienen que en estos casos el plazo de un año comienza a computarse desde que existen elementos de hecho evidentes y notorios de la amenaza de ruina, mientras que desde la jurisprudencia también se ha sostenido que el año de la prescripción se computa desde que a través de un comportamiento diligente se tuvo conocimiento del vicio ruinoso. Finalmente, la autora que venimos siguiendo dice que -aunque con muchas dudas- comparte la opinión de Spota, para quien el plazo anual comienza a correr con la caída o con la pérdida de estabilidad. Es decir, que si los signos notorios de ruina aparecieron al primer año pero la caída, o la pérdida de estabilidad, ocurrieron en el noveno, la acción no está prescripta si se intenta en el término del año del derrumbe. No obstante –concluye- en estos casos el empresario podrá invocar como concausa del daño la falta de denuncia del vicio si una comunicación oportuna le habría permitido proceder a las reparaciones necesarias, aunque en este caso el problema ya no pasaría por el ámbito de la prescripción sino por el de las eximentes (Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., págs. 64/65).

En la misma postura se enrola López Herrera en su excelente “Tratado de la prescripción liberatoria”. También refiere este autor que una posición –entre quienes sitúa a Garrido y Andorno- sostiene que el plazo comienza a correr desde que la ruina es inminente, cuando hay hechos evidentes y notorios de la amenaza de ruina. Si bien admite que esta posición es consecuente con la consideración de que la amenaza de ruina, ruina es, contraargumenta afirmando que eso no quiere decir que el término de prescripción deba comenzar en ese mismo momento. Por tal motivo adhiere a la posición de Spota, quien destaca que la ley, con buen criterio, habla del “tiempo” de la ruina, de lo que se

sigue que el día último en que comienza a correr la prescripción breve de un año (el *dies a quo*) lo constituye la ruina ya producida (aut. y ob. cit., T. I, pág. 159).

Es casi innecesario aclarar que la posición que sustentan estos autores en torno al inicio del cómputo del plazo de prescripción es la más favorable para el locatario, comitente o dueño de la obra. Ahora bien, hemos de recordar que en el caso de autos el “a quo” adhirió clara y expresamente al criterio doctrinario y jurisprudencial –muy difundido por cierto- que entiende que en los casos de ruina inminente o por degradación paulatina la fecha de inicio del cómputo de la prescripción será aquella en la que el dueño, actuando diligentemente, haya podido cerciorarse de la virtualidad ruinosa de los vicios aparecidos en la obra (fs. 438, último párrafo). Y en la expresión de agravios no se ataca directamente esa “cuestión de derecho” (doctr. art. 266 última parte del C.P.C.C.), sino que se argumenta que en el año 2000 –fecha en la cual el “a quo” ubicó el inicio del estado de ruina-, la vivienda se encontraba apta para su uso, y que sus moradores (los actores) no tenían cómo saber que años después el inmueble “amenazaría ruina” en el sentido de que podía derrumbarse. Así las cosas, y por imperio del principio de congruencia (arts. 34 inc. 4to., 266 y conc. del C.P.C.C.), este tribunal se ve impedido de considerar la posible aplicación de otro criterio en cuanto al inicio del cómputo de la prescripción, pero sí se debe analizar la cuestión desde la perspectiva propuesta por los recurrentes, tarea a la cual me abocaré a continuación.

A esos fines, y analizando los elementos reunidos en autos en orden cronológico, es dable observar que en el “Acta de Antecedentes” obrante a fs. 2 y 74 de este proceso –reconocida y agregada por ambas partes-, suscripta el día **02.10.2000**, se hizo constar que el día 9 del mes anterior el Sr. Juan Carlos Gatti se presentó ante el demandado para informarle que la pared medianera tenía “una rajadura” (conforme punto 9). El instrumento, analizado en su totalidad, no es claro en cuanto a si se trataba de una única rajadura (conf. el aludido punto 9 y el punto siguiente, en el que se habla de “la falla”) o si se trataba de más de una rajadura (conf. encabezamiento, donde se habla de “rajaduras”). En ese mismo instrumento el Sr. Cataldo hace constar que la falla se produjo “por hundimiento de terreno” (conf. encabezamiento y punto 10), y explica a la propietaria y su padre cuál sería “la solución definitiva” (punto 10, que remite a los puntos 1 y 2).

Nótese que en ese instrumento no se habla de hundimientos de pisos de la vivienda u otros defectos, sino únicamente de “rajadura” o “rajaduras”, aunque sí se aclara que esta falla encontraría su causa en el hundimiento “del terreno”. Empero, en la contestación de demanda se expresa que la consulta era más abarcativa, ya que el Sr. Gatti y su hija también habrían expresado en el año 2000 que los pisos habían comenzado a hundirse y que algunas puertas y ventanas ya no cerraban (fs. 84vta., tercer párrafo). En sintonía con ello, y como bien lo señaló el “a quo”, el Sr. Gatti admitió al absolver posiciones que la consulta también abarcó la cuestión atinente al hundimiento de pisos (ver fs. 435, abajo).

Así las cosas, no puede dejar de advertirse que existen contradicciones entre el “Acta de antecedentes” obrante a fs. 2 y otras alegaciones y pruebas reunidas en el proceso, aunque –como se verá- las mismas no resultarán dirimientes para la resolución de la litis.

Avanzando en el tiempo, también es muy aguda la apreciación del “a quo” cuando valorando el testimonio del Dr. Juan Martín Modaffari arriba a la conclusión de que ya en el **año 2003** la Sra. Blanca Fuentes estaba psíquicamente afectada por los problemas de la vivienda (fs. 436vta./437). Ello da cuenta de que por ese entonces el grado de deterioro del inmueble debía ser algo más importante que el que se registraba en el año 2000. Y ese testimonio también quita credibilidad al pasaje de la demanda en el que se dice que por ese entonces la vivienda era un hábitat propicio para el desarrollo de la vida familiar (fs. 9vta./10), lo cual, inclusive, podría constituir una presunción en contra de los actores, conforme lo dispone el art. 163 inc. 5to del Código de la Nación, reforma que si bien no está contenida en el Código Provincial se inspiró en soluciones jurisprudenciales (esta Sala, causa nº 51.658, “James & Son Argentina S.A.”, del 25.09.08., con sus citas: Fenochietto-Arazi, “Código...”, T. I, pág. 635; Obra colectiva “La valoración judicial de la conducta en juicio”, dirig. por Jorge W. Peyrano, esp. págs. 60, 90, 125, 157 y 216; entre otras). De todos modos, y como contrapartida, también debe tenerse en cuenta que los mismos actores trajeron al proceso el acta de antecedentes firmada tres años antes en la que ya se daba cuenta de los primeros problemas en el inmueble, por lo cual su afirmación respecto a la habitabilidad del inmueble en el año 2003 debe valorarse en ese contexto.

Continuando con la secuencia temporal, el día **07.12.2005** se llevó a cabo el Acta de Constatación Notarial en la que participaron el Escribano Juan Manuel García, la co-actora Blanca Iris Fuentes junto a su letrada patrocinante Dra. María Laura Izuzquiza, el Arquitecto Pablo José Bonavetti y el fotógrafo Daniel Peusovich, quien tomó 29 fotografías (conf. fs. 8/10 y 18/46 del proceso de prueba anticipada). En esa diligencia el Arquitecto describió todos los defectos observados, informó que "las grietas y hundimientos observados denotan la probable presencia de problemas estructurales y/o deficiencias del terreno", e indicó que para determinar con certeza las causas de las deformaciones del edificio era necesario la realización de un estudio de suelo con apreciación de variantes de composición a lo largo del tiempo y un peritaje del sistema de fundaciones y estructura portante.

Luego, en el marco del proceso de prueba anticipada, se designó como Perito Arquitecto al Sr. Gabriel Esteban Mingo, quien inspeccionó el inmueble el día **27.04.2006** (conf. fs. 95), presentó un informe preliminar unos pocos días después (fs. 98/99) y finalmente la pericia (fs. 105/116), acompañando a ésta 37 fotografías que se conservan guardadas en un sobre (conf. providencia de este tribunal de fs. 502). Es muy importante observar que en el informe preliminar de fs. 98/99 el idóneo advierte sobre el "peligro de ruina inminente" (ver título del escrito), solicitando que dicha circunstancia se ponga en conocimiento inmediato de los moradores para que procedan a la evacuación de la vivienda, para así evitar un evento luctuoso "consecuencia de un eventual derrumbe". Luego, en la pericia propiamente dicha, el experto ratificó que los daños que presenta la vivienda comprometen su estabilidad (respuesta 16 a fs. 113), señaló que el grado de factibilidad de que se produzca el derrumbe total o parcial es bastante alto (respuesta 17 a fs. 113), afirmó que existían procedimientos técnicos que podrían impedir el agravamiento de las condiciones en que se encuentra la construcción pero que los mismos son tremendamente costosos y de difícil aplicación (respuesta 18 a fs. 114), y que necesariamente debería procederse a la demolición total de la vivienda (respuesta 19 a fs. 114).

Finalmente, y ya en el marco de este proceso, la vivienda que nos ocupa fue inspeccionada el día **10-03-2011** por el Sr. Daniel A. Cavalieri, Ingeniero Civil que se desempeña como Perito Oficial en el Departamento Judicial de la Plata (conf. fs. 126 y 131/141 de estas actuaciones). Del dictamen

pericial que fue acompañado de 38 fotografías se destacan –en lo que aquí interesa- los siguientes aspectos: a) la información que –según el acta de antecedentes- le habría suministrado el constructor a la locataria de obra antes de iniciar la construcción no era correcta, ya que allí se menciona que la profundidad del relleno del terreno es de 3 mts., cuando en realidad es de 7 mts. (fs. 131vta., anteúltimo párrafo); b) al momento de la construcción se desconocían totalmente las características del subsuelo, por acción y por omisión (fs. 132); c) el avance de los daños observados por el perito fue muy importante si se los compara con el estado de la vivienda al momento en el que se realizó la prueba anticipada (fs. 132); d) en el año 2000 aparecen las “primeras evidencias de los movimientos”, por lo que hubiera correspondido hacer un mantenimiento preventivo (fs. 133); e) al momento de la pericia ya es imposible reparar la vivienda pues su grado de inestabilidad no lo permite, por lo que la única solución posible es su demolición y reconstrucción total (fs. 133).

Entiendo que este derrotero les da la razón a los actores cuando al expresar agravios afirman que la situación en la que se encontraba el inmueble en el año 2000, y de la que da cuenta el “Acta de Antecedentes” que ellos mismos arrimaron al proceso, no les permitía vislumbrar que ya en ese entonces existía una “amenaza de ruina” –terminología que se emplea en la demanda a fs. 15- entendiendo por tal “la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe”, como se lo aclara en la enunciación de supuestos de ruina que proporciona Lorenzetti, quien a su vez toma el concepto de Spota (aut. y ob. cit., pág. 742, apartado “a”, transcripto y destacado *ut supra*).

Nótese que en ningún pasaje del “Acta de Antecedentes” que fue confeccionada ese año se hace referencia a un riesgo más o menos inminente de derrumbe. Ello constituye un dato muy revelador, pues es evidente que si el propio constructor hubiera sospechado que tal riesgo existía así lo tendría que haber hecho constar, para cubrir su eventual responsabilidad ante daños mayores, por imperio del principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil) del que se deriva el deber de información, e inclusive por razones morales y hasta humanitarias (doctr. art. 902 del Código Civil).

Adviértase también que una situación análoga se presenta al realizarse el Acta de Constatación, ya que en esa ocasión también

participó un profesional -el Arquitecto Pablo José Bonavetti- que no advirtió sobre el posible riesgo de derrumbe ni sugirió evacuar el inmueble.

Es recién con el informe preliminar presentado por el Arquitecto Mingo que se tiene una noticia cierta y elocuente del riesgo inminente de derrumbe.

Finalmente, creo que es muy importante apreciar cuál es el alcance exacto de los argumentos empleados por el accionado al contestar demanda (fs. 80/88), tanto al pronunciarse sobre los hechos alegados por la contraria como al proporcionar su propia versión de lo acaecido (doctr. art. 354 inc. 1 y 2 del C.P.C.C.), e inclusive al oponer la defensa de prescripción. En esa pieza procesal el Sr. Cataldo afirma que los actores estaban en conocimiento de la situación “de deterioro” del inmueble, ya desde el año 2000, y es sobre tal base que estructura la excepción de prescripción (ver por ejemplo fs. 85 primer párrafo y fs. 86vta. primer párrafo). Pero, al mismo tiempo, dice y afirma en reiterados pasajes que no existe prueba contundente de que la ruina –se entiende que en sentido de “derrumbe”- pueda producirse (ver, entre otros muchos pasajes, fs. 82vta.), y que todavía es posible realizar tareas para “prevenir” la llamada ruina del edificio (fs. 85vta.).

Esta tesitura es también adoptada por el demandado al absolver posiciones, pues al serle preguntado si a la fecha en que la vivienda fue inspeccionada por el Perito Arquitecto Mingo “se encontraba con gravísimos deterioros que comprometían su estabilidad” (pregunta 17 a fs. 214vta.) respondió “no es cierto. Tiene deterioros que si se hiciese lo que se recomienda en todo momento, la vivienda sería salvable, es decir, no proseguiría el deterioro” (fs. 215vta./216).

Ello me permite concluir que si el propio accionado, al contestar demanda el día 30.11.2006, o al absolver posiciones, pone en duda que el inmueble “amenace ruina”, con mucha mayor razón podían ignorar la situación los propios habitantes de la vivienda en razón de ser legos en la materia.

Está fuera de discusión –y en ello coincido totalmente con el “a quo”- que el inmueble presentaba deterioros en el año 2000, cuyo alcance es difícil de precisar en razón de las discordancias ya apuntadas entre el “Acta de Antecedentes”, los dichos de la accionada al contestar demanda, y la confesión del Sr. Gatti. Pero, en el peor de los casos, esos desperfectos consistían en algunas

rajaduras, incipiente hundimiento de algunos pisos y aberturas que no cerraban. Es igualmente cierto que probablemente la situación se había agravado en el año 2003, a razón de las declaraciones del profesional que en ese tiempo atendía a la co-actora. Pero, por los argumentos ya vertidos, ello no conduce necesariamente a concluir que en alguna de esas fechas los actores ya podían representarse que el inmueble corría riesgo de derrumbe, circunstancia que –reitero- no les fue informada por el demandado en el año 2000, e inclusive la sigue negando al contestar demanda y absolver posiciones.

Sentadas estas conclusiones fácticas, resultan plenamente aplicables al caso las reflexiones vertidas por Camilo Tale al referirse al plazo de prescripción que nos ocupa. Afirma este autor que *“Puede ser que se manifiesten severas rajaduras o hundimientos, pero que el damnificado esté incierto acerca de la posibilidad de remediar el defecto. Además, se perjudicaría si demandara inmediatamente, pues los peritos y el tribunal podrían decidir que los vicios no constituyen ruina. Parece más razonable, por tanto, comenzar a contar el lapso prescriptivo desde que la ruina es evidente; como leemos en un fallo entrerriano, desde que, por notorias y evidentes circunstancias fácticas, se manifiesta la amenaza de ruina de la obra.”* (“Responsabilidad...”, cit., págs. 488/489, con sus citas).

Para concluir este apartado creo necesario agregar unas últimas aclaraciones, a los fines de evitar que los alcances de la solución propuesta en esta parcela del voto puedan ser desinterpretados.

Como antes dijimos, siguiendo a Carlos Hernández, la expansión conceptual que se ha verificado en torno a la expresión “ruina” ha dado lugar a que dentro del mismo se incluyan situaciones muy variadas y que representan distinto grado de peligrosidad para el inmueble y sus moradores. También trajimos a colación los supuestos de “ruina” que se mencionan en la obra de Lorenzetti, para ilustrar que los mismos abarcan situaciones muy diversas. Más precisamente, y en lo que interesa para este caso, en el punto a) se menciona “La amenaza de ruina, es decir la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe” y en el punto d) “las filtraciones importantes o humedad generalizada; las rajaduras de muros que excedan las simples fisuras; los hundimientos de pisos”. Finalmente, acotamos que frente a esta diversidad de

supuestos de “ruina” los mismos se podían verificar excluyentemente, conjuntamente o sucesivamente.

Es evidente que en el caso de autos se verificaron, sucesivamente, las dos situaciones contempladas por Lorenzetti en los puntos transcritos, lo que *a priori* podría llevar a pensar que el inicio del cómputo de la prescripción debe contarse desde que se produjeron las rajaduras y hundimientos. Esta es, evidentemente, la posición que intenta sostener el accionado, ya que – como vimos- afirma que existía un estado de deterioro producido por rajaduras y hundimientos, pero niega que haya una posibilidad concreta de derrumbe, y sitúa el inicio de la prescripción en la época en la que aparecieron las primeras rajaduras y hundimientos.

Sin embargo, a mi modo de ver esa interpretación no es sostenible.

En primer lugar, recordemos que la posición más favorable al comitente de la obra –seguida entre otros por Spota, Kemelmajer de Carlucci y López Herrera- entiende que la prescripción anual debe comenzar a contarse desde el efectivo derrumbe de la obra, aunque antes hayan aparecido signos evidentes de ruina. Sin embargo, ya hemos visto que por razones procesales este tribunal está impedido de analizar la posible aplicación de este criterio al presente caso.

Ante este límite, entiendo que frente a la amplitud conceptual de la que se ha dotado a la palabra “ruina”, el análisis del inicio del cómputo de la prescripción no puede estar divorciado del supuesto específico de ruina que se alega en la demanda.

De lo contrario se llegaría al absurdo de perjudicar al dueño de la obra, lo cual es un contrasentido si se tiene en cuenta que –como lo explica Carlos Hernández- la ampliación del concepto de “ruina” tuvo por objeto la mayor protección de los adquirentes de viviendas. Para graficarlo con un ejemplo, una acción de responsabilidad por ruina iniciada en el año 2000 tras constatarse que el inmueble presenta peligro de derrumbe, podría considerarse prescripta si el constructor prueba que cinco años antes el inmueble padecía de una humedad generalizada.

Además, ha de recordarse que uno de los caracteres más importantes del instituto de la prescripción es que es de interpretación

restrictiva (*stictissimae interpretationis*), lo que implica que no es de interpretación analógica, **que ante la incertidumbre el derecho subsiste**, que en situaciones dudosas debe considerarse que la prescripción ha sido interrumpida o suspendida, y que también en casos de duda debe estarse por el plazo más dilatado sin que sean aplicables los plazos más breves por analogía (López Herrera, Edgardo, “Tratado...”, cit., T. I, págs. 25/26).

Por otro lado, y como lo advierte Camilo Tale en el pasaje arriba transcripto, si se exigiera al dueño del inmueble que promueva la acción ante el primer supuesto de “ruina” (entendida en sentido amplio) que se le presente, correría el riesgo de que su demanda sea rechazada por entenderse que el caso no constituye un supuesto de ruina.

Entiendo que este criterio es propiciado por los actores en al menos dos pasajes de la expresión de agravios (fs. 487 y 488), cuando afirman –con cita de López de Zavalía- que cuando en tiempos distintos se producen sucesivas ruinas parciales, ubicándose todas dentro de los diez años, el tiempo de la prescripción se cuenta para cada ruina parcial por separado. Como explica Kemelmajer de Carlucci, la ruina parcial es la que incide solo sobre una parte de la obra, como por ejemplo la rotura de una viga, la caída del techo de una habitación, el derrumbe de un muro, etcétera, aunque para otros hay ruina parcial cuando el defecto puede ser subsanado y el inmueble aprovecharse, como ocurre con las filtraciones en el techado (aut. y ob. cit., pág. 31, con su cita). En este caso no ha habido “ruina” total o parcial en sentido estricto, por lo cual esa referencia a las “ruinas parciales sucesivas” que contiene la expresión de agravios ha de entenderse necesariamente referida a los distintos supuestos de ruina específicos que sucesivamente se fueron presentando en la obra.

Con lo dicho, queda en claro que por razones procesales no he considerado la posible aplicación al caso del criterio más favorable al comitente, es decir, el que entiende que la prescripción anual debe comenzar a contarse desde el efectivo derrumbe de la obra.

Por otro lado -y si bien el tema puede ser discutido por quienes se enrojan en posiciones más estrictas- no afirmo que las rajaduras en las paredes o los hundimientos de pisos no constituyan “ruina” a los fines del art. 1646. Simplemente sostengo que a los fines del cómputo de la prescripción, y descartada la posible aplicación del criterio más amplio, el análisis no puede estar dissociado de

concreto supuesto de ruina que se invoca en la demanda. En el caso de autos una lectura integral del escrito de inicio revela que el reclamo se funda en lo que Lorenzetti –siguiendo a Spota- denomina “la amenaza de ruina, es decir la posibilidad concreta y previsible de que se produzca un derrumbe”, y es bajo ese prisma que he analizado la excepción de prescripción.

Por todo lo expuesto, y con las aclaraciones vertidas, he de propiciar la revocación de este aspecto del decisorio.

VI) Para el caso de que lo anteriormente propuesto sea aceptado por mis estimados colegas procederé ahora a considerar las cuestiones que quedaron desplazadas por la solución dada por el Sr. Juez de grado, comenzando –naturalmente- por las defensas opuestas por el accionado que exceden la excepción de prescripción. Esta solución se impone por el principio por aplicación del **principio de “plenitud de la jurisdicción”**, según el cual en estos casos en los que no se comparte el fundamento del juez por el cual se rechazaron las pretensiones contenidas en la demanda, debe la alzada pronunciarse sobre las mismas, sin que corresponda devolver el expediente al juez de primera instancia para que dicte un nuevo decisorio (De los Santos, Mabel “Flexibilización de la congruencia”, La Ley del 22.11.07., mediante remisión a otro trabajo de la misma autora: “Procedimiento en segunda instancia”, en la obra colectiva “Recursos ordinarios y extraordinarios”, Arazi (dir.) De los Santos (coord.), pág. 209; esta Sala, causas n° 53.322 “Larregina” y sus acumuladas, del 22.10.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.799, “Veiga”, del 25.02.10.; n° 55.098, “Volonté”, del 15.07.11.; n° 55.193, “Sucesores de Abdala” del 25.08.11.; n° 55.573, “De Lorenzo”, del 15.12.11., entre otras). Este fue inclusive el proceder que adoptó esta Sala en un precedente que presentaba características fácticas muy similares al presente aunque el caso quedó enmarcado en la figura de la compraventa de inmueble a construir, ya que se revocó lo atinente a la procedencia de la prescripción y luego se analizaron las defensas de fondo y los rubros indemnizatorios (causa n° 51649 “Auguste”, primer voto de la estimada ex colega Dra. Fortunato de Serradell, del 21.05.08., que luego tramitó ante la Excma. Suprema Corte como C. 104.744, recayendo sentencia confirmatoria el día 26.06.13.).

A esos fines, lo primero que cabe observar es que en el escrito de contestación de demanda se enuncia el objeto de esa presentación (fs. 80), se reconocen o niegan los hechos expuestos en la demanda en los términos

del art. 354 inc. 1ro. del C.P.C.C. (fs. 80/83), se proporciona la propia versión de los hechos en los términos exigidos por el inciso 2 de la misma norma (fs. 83/85vta.), se opone excepción de prescripción (fs. 86/87) y se ofrece prueba (fs. 87/vta.). Con ello quiero hacer notar que esa pieza procesal no contiene un acápite específico para contestar demanda “en subsidio”, es decir, para el caso de ser rechazada la excepción de prescripción, tal como habitualmente se hace en presentaciones similares.

No obstante lo anterior, e interpretando dicho escrito con criterio amplio –como habitualmente lo hace este tribunal- podría entenderse que el accionado también opone una defensa subsidiaria, cual es que la comitente de la obra y su padre fueron advertidos de los posibles riesgos de emprender la construcción bajo la modalidad que efectivamente se empleó, pero no obstante ello insistieron en que la obra se llevara adelante y asumieron la responsabilidad por los eventuales daños que pudieran producirse.

Así delimitado el tema a resolver, es dable recordar que el art. 1646 del Código Civil, en su párrafo final, dispone que “No será admisible la dispensa contractual por ruina total o parcial”.

Como bien se ha explicado, tras la reforma introducida por la ley 17711 al art. 1646 del Código Civil ha quedado en claro que se trata de una norma imperativa, pues todo lo vinculado al arte de la construcción interesa al orden público general, ya que al Estado le interesa la higiene, la seguridad, el urbanismo, etcétera (Nicolau, Noemí L., comentarios..., cit., págs. 645 y 647; Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., pág. 10).

Por tal motivo, y por ser el locador de obra un profesional, no debe seguir los pedidos del comitente, sino conducirse de conformidad con las reglas del arte y de la técnica (Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., pág. 49). Comenta esta autora que el proyecto originario de Código Civil francés permitía al arquitecto liberarse acreditando que había intentado por todos los medios posibles convencer al comitente que no debía edificar en esas condiciones, pero la causal fue eliminada porque, como adujo Tronchet, en esos supuestos el profesional debe negarse a construir.

Despejado lo anterior, entiendo que la procedencia de la demanda se impone, ya que en el “acta de antecedentes” (fs. 2 y 74), en la contestación de demanda (fs. 80/88) y en la absolución de posiciones (fs. 215/216)

el demandado reconoció que la fundación o cimentación utilizada no era adecuada para el terreno aportado por la locataria y que esa es la causa de los problemas que luego presentó la vivienda, lo que torna indudable la configuración de los presupuestos de hecho exigidos por el art. 1646 del Código Civil.

VII) En función de lo antes propuesto me abocaré ahora al tratamiento de los distintos rubros indemnizatorios reclamados en la demanda, aclarando –como punto de partida- que el caso se inscribe en la órbita de la **responsabilidad contractual** (Alou, Stella Maris, “Fundamentos...”, cit., pág. 395; Nicolau, Noemí L., comentarios..., cit., pág. 651; Galdós, Jorge M., “La prescripción...”, cit., pág. 186; López Mesa, Marcelo J. “Responsabilidad...”, cit., pág. 218; entre otros).

a.1) En primer término los actores reclaman como un componente del daño material el “**costo de construcción de la vivienda**”, es decir, la totalidad del valor de una nueva construcción de un inmueble de similares características. A esos fines recuerdan que la superficie construida es de 71,28 mts. cuadrados y de acuerdo a los costos de construcción vigentes a la fecha de la demanda el mismo oscila entre los \$ 1400 y \$ 1500 por metro cuadrado, por lo que el reclamo a ese momento asciende a \$ 103.356. También afirman que a esa suma deben adicionarse los gastos de demolición total de los muros, retiro de demolición, costo total de los amoblamientos sanitarios y de cocina, costo de nuevo proyecto, dirección y representación técnica de la obra y reconexión de servicios, rubros que estiman en \$ 40.000. Solicitan que para que la suma reclamada no se vuelva obsoleta se le aplique el índice del costo de la construcción (ICC) que proporciona el INDEC (fs. 21vta./22vta.).

Al contestar demanda el accionado niega que la casa en cuestión deba ser demolida pues existen distintas posibilidades de solución (fs. 81vta.) y coherente con ello considera absurdo el reclamo de daño emergente como consecuencia de la ruina de la obra cuando la misma aún no se ha producido ni existe prueba contundente de que pueda producirse (fs. 82vta., primer párrafo). Por lo demás, y en un planteo que ha de considerarse subsidiario del anterior, niega que el costo de construcción de una vivienda similar ascienda al monto estimado por los actores, expresando que el mismo sería de \$ 43.257 de acuerdo a lo que vienen abonando otros suscriptores por viviendas similares. También afirma que los honorarios profesionales que corresponde percibir de acuerdo a las directivas del

Colegio de Técnicos de la Provincia de Buenos Aires para el caso de viviendas de estas características, y por una cuestión social, es de \$ 3883, conforme surge de la planilla adjunta al contrato (fs. 82vta.).

2) Desde el punto de vista conceptual la procedencia de este reclamo es indiscutible. En tal sentido se ha dicho que, ante todo, se debe reparar la obra destruida o inútil (“daño intrínseco”) y que el damnificado tiene derecho a optar entre la reparación en especie (o sea, que el constructor reconstruya) o el pago de la indemnización dineraria, es decir, **el costo de erigir nuevamente la obra** (art. 1083 del Código Civil, aplicado por analogía a la responsabilidad obligacional). Además, si hubo derrumbe, son resarcibles los gastos para retirar escombros (Tale, Camilo, “Responsabilidad...”, cit., págs. 485/486).

Si bien en la contestación de demanda el accionado afirmó –como ya vimos- que la vivienda podía ser reparada, hemos de tener presente que al dictaminar el Arquitecto Gabriel Mingo en el marco de la prueba anticipada, en el año 2006, afirmó que es cierto que existen procedimientos técnicos que impiden que las condiciones estructurales de una obra, en cuanto a estabilidad, se agraven con el paso del tiempo, pero son tremendamente costosos, de difícil aplicación y en este caso particular poco factibles, ya que toda la vivienda está construida sobre un gran basural, en el que la materia orgánica está en lento proceso de putrefacción (respuesta 18 a fs. 114). Coherente con ello, preguntado en el punto siguiente sobre el costo y tiempo de las reparaciones, el experto indicó que necesariamente se deberá proceder a la demolición total de la vivienda.

No encuentro mérito para apartarme en este aspecto de dicho dictamen pericial que aparece sólidamente fundado (doctr. arts. 384, 474 y conc. del C.P.C.C.), a lo que se suma, como elemento muy relevante, que al impugnar la pericia el accionado no objetó la recomendación de demolición sino que se centró en otros aspecto (fs. 123/124).

A lo dicho cabe agregar que en la Pericia practicada por el Sr. Daniel A. Cavalieri, Ingeniero Civil que se desempeña como Perito Oficial en el Departamento Judicial de la Plata (obrante a fs. 131/141 de estas actuaciones) también se consigna que la solución propuesta por el constructor en el “Acta de Antecedentes” para detener el deterioro del inmueble era de muy laboriosa realización y sumamente onerosa, e inclusive podían resultar nuevos daños

colaterales producto de impactos o vibraciones, lo que lleva al experto a concluir que esa solución no era viable (fs. 131vta., último párrafo y fs. 132, primer párrafo). En sintonía con ello, el perito afirma en otros pasajes que no es factible reparar la vivienda y que la única solución posible es la demolición y reconstrucción total (fs. 133, párrafos 7mo. y 9no.). Es dable tener en cuenta que esta pericia había sido ofrecida por el propio demandado (fs. 270vta./271) y que no fue motivo de pedido de explicaciones o impugnaciones.

Lo expuesto que me lleva a concluir que, descartada la posible reparación de la vivienda, el reclamo es procedente en los términos en que fue formulado por la parte actora.

3) En lo que hace a la cuantificación de este rubro, hemos visto que en los escritos constitutivos de la litis –ambos presentados en el año 2006- las partes estiman montos muy distintos para el costo de construcción de una vivienda de estas características, ya que la actora lo sitúa entre \$ 1400 y \$ 1500 por metro cuadrado, y la demandada en \$ 606,86 por metro cuadrado ($\$ 43.257 / 71,28 \text{ mts. cuadrados} = \$ 606,86$).

En la pericia practicada por el Arquitecto Gabriel Mingo en el marco de la prueba anticipada, que también data del año 2006, el idóneo estima el monto de la construcción para una vivienda de similares características en \$ 78.000, en concepto de materiales y mano de obra, a los que habría que sumar otros \$ 12.000 en concepto de honorarios profesionales por proyecto, dirección técnica, estudio de suelos, derechos de edificación municipales, timbrados, copia de planos, etcétera (respuesta 19 a fs. 114). Luego, al responder la pregunta 21 a fs. 115, estima que el valor de la vivienda como tal en ese momento es inexistente, pero sí apunta que podrían rescatarse de la demolición algunos materiales (algunas carpinterías, rejas, tejas, tirantes y cumbreras, artefactos sanitarios, griferías, etcétera) que podrían estar en el orden de los \$ 5000.

Este aspecto de la pericia sí es impugnado por el accionado (fs. 123/124), quien considera elevadas las sumas de \$ 78.000 y \$ 12.000 estimadas por el perito, y afirma que el valor de los materiales recuperables nunca puede ser inferior al 20% del valor del bien.

Sin embargo, al contestar la impugnación el perito (fs. 126/127) ratifica el valor estimado para la construcción de la vivienda, pero nada dice sobre la objeción respecto al valor de los materiales recuperables.

Es dable observar que en el año 2008 el mismo perito arquitecto presentó una pericia similar –aunque más acotada- a fs. 256 de estos autos principales, y en este caso estimó en \$ 96.000 el valor de construcción de una vivienda similar para ese momento, y en \$ 16.000 los restantes gastos referidos en su anterior pericia. Este nuevo dictamen no fue objeto de impugnaciones ni pedidos de explicaciones.

Finalmente, en la pericia practicada por el Ingeniero Daniel A. Cavalieri (fs. 131/141 de estas actuaciones), que fue redactada el día 22.03.2011, se estima el costo de construcción para ese momento en \$ 142.000 (fs. 133 y vta.) y también se aclara que podrían aprovecharse –previa verificación- la cubierta, carpintería y parte de las instalaciones (fs. 133, anteúltimo párrafo). Recordemos que esta pericia, ofrecida por el demandado, no fue objeto de observaciones.

Finalmente, útil es observar que a fs. 203 obra una respuesta de “Demoliciones Tandil S.R.L.”, de fecha 16.07.2007, por la cual se informa sobre el costo de demoler la totalidad de la edificación y de retirar todos los escombros y materiales resultantes de la misma. Allí se consigna que el precio a abonar por esta tarea es de \$ 1000, pero también se aclara que todos los materiales resultantes de la demolición (tejas, tirantería, aberturas, etcétera) quedan en poder de la empresa, quien puede disponer de ellos desde el momento de comenzar las tareas. También se aclara que el presupuesto no contempla ningún tipo de realización ni pago de ningún trámite y/o gravamen ante organismos públicos y/o privados, ni tampoco la contratación de profesional actuante ante los organismos antes mencionados.

Todos estos elementos probatorios revelan que la cuantificación del rubro en examen no es sencilla, pues convergen muchos factores que la dificultan.

Uno de ellos es que no se trata “simplemente” de evaluar el costo de construir una nueva vivienda, sino que antes hay que demoler la existente, lo que genera interrogantes sobre su costo, la posible utilización de los materiales utilizables, etcétera. Sin embargo, el informe de “Demoliciones Tandil S.R.L.” obrante a fs. 203, que no fue objetado por las partes, es ilustrativo al respecto, ya que de allí surge que según la modalidad empleada por la empresa ella cobra un precio en dinero y además conserva para sí todos los materiales

rescatados de la demolición. A eso se suma que hay gastos adicionales que la empresa no cubre. Todo lo cual permite concluir que aunque la construcción preexistente puede reportar algún beneficio económico (por la eventual recuperación de algunos materiales), en el balance final resulta más oneroso demoler una vivienda y construir una nueva que construir directamente sobre un terreno baldío.

Naturalmente que la otra gran dificultad que presenta la tarea de cuantificación de este rubro es que los montos estimados por las partes y los peritos han ido aumentando con el correr de los años, como lógica consecuencia del proceso inflacionario sostenido que se viene verificando en nuestro país, por lo cual debe considerarse que inclusive la última de las estimaciones efectuadas en autos –que como vimos es la contenida en la pericia del Ingeniero Daniel A. Cavalieri, del 22.03.2011- ha de reputarse desactualizada al presente.

Como vimos en la reseña inicial, la parte actora se representó esta situación en el escrito de demanda, y por ello solicitó que para que la suma reclamada no se volviera obsoleta se le aplique el índice del costo de la construcción (ICC) que proporciona el INDEC, e inclusive ofreció pruebas a esos fines (documentación adjunta a la demanda de fs. 5/8, oficio al INDEC respondido a fs. 190/192 y pericial contable de fs. 261/262). Sin embargo, tal mecanismo de actualización se encuentra vedado por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, que no han sido derogados por la ley 25.561 (ver votos del Dr. Hitters en causas C 101774 “Ponce” del 21.10.09; L 94446 “Ginossi” del 21.10.09.; C 100375 “Quadrana” del 25.11.09.; L 90741 “Britte” del 23.03.10.; L 92783 “Vigueras” del 17.03.10.).

Ahora bien, es dable recordar que en el escrito de inicio, de fecha 24.05.2006 (fs. 27vta.), se reclamó por todos los conceptos la suma de \$ 244.556, “con más sus intereses, aplicación del índice que infra se peticiona y costas hasta el efectivo pago y/o lo que en más resulte de las probanzas a producirse y de la justa apreciación de V.S.” (fs. 9).

Tuve oportunidad de referirme a esta cuestión en un reciente voto (causa n° 57741, “Iglesias”, del 07.11.13.), en el que sostuve que al fijar las indemnizaciones los jueces deben procurar hacerlo a los valores más actuales posibles al momento de la sentencia, y que ello no implica transgresión a

la ley de convertibilidad pues no se trata de obligaciones de dar sumas de dinero sino de obligaciones de valor.

Como explicaba en ese precedente, ya antes me había referido a esta cuestión en múltiples ocasiones, remontándose los primeros votos a la época en que este tribunal contaba con una integración parcialmente distinta a la actual, y el suscripto votaba en disidencia respecto a la tasa de interés que correspondía aplicar, entendiendo que debía ser la pasiva y no la activa. Tal como lo decía en esas oportunidades –en lo que ahora interesa-, y lo he reiterado en votos más recientes, **al momento de fallar debe procurarse no acudir a parámetros desactualizados, sino que deben tomarse los valores más actualizados posibles al momento de la sentencia** (causas nº 53.388, “Pesce”, del 21.10.09.; nº 53.322, “Larregina”, y sus acumuladas, del 22.10.09.; nº 53.571, “Ciolfi”, del 28.10.09.; nº 53.489, “Alvarado”, del 29.10.09.; nº 53.514, “Romay” del 18.11.09.; nº 55.358, “Strosio” del 01.12.11., entre otras).

Afirmaba en esas ocasiones que esta cuestión relativa a la desactualización de los montos indemnizatorios fue objeto de amplio desarrollo en el plenario de la Cámara Nacional Civil “Samudio de Martínez...”, del 20.04.09., en fallos posteriores que fueron dictando las mismas Salas de dicha Cámara y en diversos comentarios doctrinarios. En especial, y a los fines que ahora interesan, conviene recordar el voto en el plenario de la prestigiosa magistrada y procesalista Dra. Mabel de los Santos, donde subraya la **conveniencia de determinar los valores a la fecha de la sentencia como un modo de lograr una reparación integral**, apreciación que es elogiada por Barbero al comentar el plenario (“Interés moratorio: se vuelve a la buena senda. Plenario de la Cámara Civil de la Capital”, en La Ley del 04.05.2009; puede verse también a Zavala de González, “Daño moral por muerte”, Astrea, 2010, pág. 187, apartado 67, “A qué fecha calcular los valores. Influencia en la tasa de interés”). En la misma senda señalaba el maestro Trigo Represas en otro comentario al mismo plenario que “... tradicionalmente se ha sostenido entre nosotros de manera uniforme, por doctrina y jurisprudencia, el principio de la reparación integral de los daños, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1109 y concordantes del Código Civil (...) Ahora bien, el axioma de la reparación integral o plena impone a su vez, con carácter general, la elección del día de la última sentencia para la valoración del daño y fijación del monto de la indemnización, en razón de ser el más cercano al momento

en que se hará efectiva la reparación. Habiendo habitualmente ocurrido nuestra jurisprudencia, muy abundante por cierto, a este procedimiento de determinar el valor de los daños y perjuicios a la fecha del último fallo; sosteniéndose que de lo contrario el damnificado no recibiría la indemnización integral a que tiene derecho conforme al régimen del Código Civil (“El plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, que se enrola en la tendencia que aplica la tasa “activa” de interés”, en Suplemento “La nueva tasa de interés judicial”).

También existe una nutrida jurisprudencia provincial que ha entendido que en estos casos –reparación de daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos- se trata de una deuda de valor y, por lo tanto, la fijación de los montos indemnizatorios debe hacerse a la fecha de la sentencia conforme lo requiere el principio de reparación integral, quedando la cuestión por ello, y hasta el momento de la sentencia, fuera del ámbito de la ley de convertibilidad (CC0001 LM 549 RSD-7- S 15-4-2004, “Consultora Pronor S.A c/ Goncalvez Pinto, Carlos Alberto s/ Daños y perjuicios”; ídem CC0101 LP 221575 RSD-196-95 S 31-8-1995, “Diaczun, Nicolás c/ Carpintería D’Cort S.R.L. y otro”; CC0100 SN 4016 RSD-276-2 S 18-7-2002, “Rodríguez de Martínez Susana M. y otro c/ Reynoso Adolfo R. y otros s/ Daños y perjuicios”, todos disponibles en base Juba). También Trigo Represas, en el trabajo antes citado, apunta que el objeto del resarcimiento de los daños resulta una obligación “de valor”, en donde lo adeudado lo constituye un “quid”, un valor o una estimable utilidad, ambos abstractos, que en cuanto tales resultan ser algo por completo distinto a una concreta suma dineraria.

Es ilustrativo agregar que el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 se refiere a las “deudas de valor” en el art. 772, disponiendo –en lo que aquí interesa- que “El monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda”. Como se explica en los fundamentos del Proyecto, la disposición recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido por la doctrina, y se prescribe que el monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda, con la finalidad de asignar prioridad al “valor real”. Cabe agregar que en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se celebraron en septiembre del año en curso en la Universidad de Buenos Aires, se consideró adecuado el texto proyectado

(conclusiones de la Comisión 2, “Cuestiones actuales del derecho de las obligaciones”).

También apunté en varios de los votos antes citados que los tribunales deberían considerar con mucha amplitud los medios y la oportunidad para que se permita al acreedor demostrar cuál es la entidad del daño a valores actuales, además de hacer uso de la facultad del art. 165 del C.P.C.C., lo que no implica transgredir la prohibición de actualizar los montos de condena en el sentido que se lo hacía antes de la ley de convertibilidad, mediante índices indexatorios, sino tan solo obtener valores actualizados al momento de hacerse efectiva (con cita de Vázquez Ferreira, Roberto A., “La tasa aplicable en los juicios de responsabilidad civil”, La Ley, 2009-C-655).

Finalmente, también aclaré en la causa “Iglesias” que la fijación de montos actualizados no colisiona con el principio de congruencia, señalando que cuando en las demandas se reclama una suma determinada pero se lo sujeta a lo que en más o menos resulte de la prueba, o de la ponderación del magistrado, es posible acordar una suma indemnizatoria superior a la peticionada por un reclamo dependiente de prueba (De los Santos, Mabel “Flexibilización de la congruencia”, en La Ley del 22.11.07.; esta Sala, causa n° 55.358, “Strosio” del 01.12.11., entre otras). Y también se ha sostenido, con un criterio más amplio que no puede sino ser compartido, que como directiva emanada del requisito de congruencia el juez debe partir del “valor” estimado por el actor al tiempo de demandar, más ese “valor” no debe ser confundido con una “cantidad de moneda”, por lo cual la suma estimada al inicio por el pretensor no queda cristalizada, sino que puede y debe fijarse otra nominalmente superior si expresa un valor idéntico o similar al que tenía la reclamada en la demanda (Zavala de González, “Daño moral por muerte”, Astrea, 2010, pág. 187).

Aplicando estos principios al caso de autos, y tomando como pauta orientadora el costo aproximado del metro cuadrado de construcción de una vivienda económica en la actualidad (\$ 6000 o más), propongo al acuerdo otorgar por este primer rubro indemnizatorio la suma de \$ 470.000, compuestos de \$ 430.000 en concepto de construcción propiamente dicha de una nueva vivienda de similares características, \$ 30.000 en concepto de costo de nuevo proyecto, dirección y representación técnica de la obra y reconexión de servicios, y \$ 10.000 en concepto de demolición y retiro de escombros y materiales del terreno,

incluyendo en tal cifra los ítems que la empresa “Demoliciones Tandil S.R.L.” no comprende en su presupuesto.

b.1) También reclamaron los actores en el escrito de inicio una suma para afrontar el **canon locativo futuro**, es decir, el necesario para abonar el alquiler de una nueva vivienda por todo el tiempo que insuma el proceso y hasta tanto se indemnice el daño patrimonial. Aclaran que si bien en ese momento eran ayudados por su familia –recuérdese que en otro pasaje explican que vivían alternadamente con sus dos hijas- necesitaban alquilar un inmueble para vivir. En ese momento estimaron el valor de la locación mensual de una vivienda de similares características en \$ 900, y reclamaron un total de \$ 43.200.

2) En el plano conceptual, la doctrina ha señalado que son resarcibles los cánones de alquiler que debe pagar el comitente para usar un inmueble semejante al arruinado, mientras éste se reconstruye, por ser la inhabilitación de la vivienda una consecuencia inmediata de la ruina (art. 520 del Código Civil; Tale, Camilo “Responsabilidad...”, cit., pág. 485). En idéntica orientación, aunque en el marco específico de una resolución contractual, en precedentes de esta Sala se ha dicho que deben indemnizarse los perjuicios derivados de la privación de uso de la cosa, entre los que se cuentan –tratándose de inmuebles- el alquiler de otra vivienda (causa n° 53830, “Augelli” del 24.02.11., entre otras).

Ahora bien, la prueba reunida en autos indicaría que los actores, hasta el presente, no han alquilado un nuevo inmueble para vivir.

Nótese que al declarar como testigo el Sr. Sandro Milla –que se infiere es un compañero de trabajo del co-actor-, en el año 2008, fue preguntado acerca de qué lugares habitaron los actores luego de dejar la propiedad objeto de este juicio, a lo que respondió que lo hicieron en la casa de la hija (fs. 240 y 241, pregunta 8va.).

Pero aún más clarificador es el testimonio del Sr. Mariano Leandro Perrone, quien es yerno de los actores, y al prestar declaración –también en el año 2008- manifestó que los accionantes estuvieron viviendo en la casa del testigo, aunque en ese momento ya se encontraban viviendo en un departamento que construyó su suegro, “bastante precario” (fs. 248 y 249, pregunta 8va.). En sintonía con esto último, en la pericia psicológica (fs. 232/235) la Licenciada Caracoix refiere que los actores le informaron que se encontraban

viviendo en un pequeño departamento que construyeron en la parte trasera del terreno con la ayuda de sus hijas, amigos y la Cooperativa Agropecuaria donde trabaja el Sr. Gatti (fs. 234).

Antes de seguir avanzando no quiero pasar por alto que el testigo antes mencionado es –como ya vimos- yerno de los actores, parentesco que lo coloca en situación de **testigo excluido**, por lo cual no debió tomársele declaración (art. 425 del C.P.C.C.; arts. 347, 350, 351, 363 y conc. del Código Civil; Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos...”, T. V-B, pág. 192, con cita de la Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causa B-50.820, reg. sent. 24/82). Ahora bien, el problema que se presenta en estos casos es el de determinar qué valor probatorio tiene la declaración del testigo excluido una vez que éste –por inadvertencia- ya declaró en el expediente. Sobre el particular, esta Sala tiene dicho que la finalidad de la exclusión es la de proteger el derecho del testigo a no sufrir la violencia de declarar en un proceso en que sea parte un pariente tan cercano, pero que si a pesar de ello y por inadvertencia se ha tomado la declaración, ella puede ser apreciada por el juez, porque habiéndose ya atestiguado, nada se repara con prescindir del testimonio rendido e incorporado al proceso, el que puede servir para esclarecer debidamente el hecho (causa n° 33796, “Librandi” del 12.08.93., voto del Dr. Céspedes, con cita de Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. IV págs. 577 y 579; causa n° 43507, “García de Saez” del 27.03.02., voto de la Dra. Fortunato de Serradell, con cita de Arazi, “La prueba en el proceso civil”, pág. 330; ídem Fenochietto-Arazi, “Código...”, T. II, pág. 443; causas n° 56.983 “Barbato” del 15.11.12. y n° 54.940, “Arias” del 15.10.13., ambas con primer voto del suscripto). De todos modos, es casi innecesario aclarar que aún cuando se adopte esta postura “amplia”, la declaración del testigo excluido debe ser valorada con extrema prudencia, ya que si los dichos de los testigos no excluidos pero sí comprendidos en las generales de la ley deben ser ponderados con estrictez, con mayor razón cabe tal razonamiento tratándose de un testigo que no debió declarar en razón de su parentesco cercano con una de las partes.

En el caso de autos entiendo que el testimonio de Perrone debe ser valorado pese a ser yerno de los actores, pues el mismo arroja luz sobre el aspecto que estamos analizando y, ciertamente, no beneficia a sus suegros. Ello es así pues de su declaración surge –como ya anticipamos- que los actores no habrían alquilado una nueva vivienda durante todo el dilatado tiempo

que duró este proceso, lo cual, naturalmente, hubiera conducido a fijar una suma muy importante por este rubro. Sin embargo, me anticipo a decir que el derrotero habitacional que padecieron los actores según los dichos de este testigo sí deberá tenerse en cuenta para cuantificar el daño moral.

Ahora bien, pese a lo antes dicho, entiendo que no puede pasarse por alto que el presente proceso no se encuentra aún terminado pues este decisorio puede ser objeto de eventuales recursos (doctr. art. 278 y sig. del C.P.C.C.), por lo que aún se desconoce cuándo percibirán los actores la indemnización correspondiente. A ello se suma que una vez que dispongan de ese dinero deberán comenzar el proceso de demolición y construcción de la nueva vivienda. En función de estas circunstancias, estimo que a los actores les asiste el derecho a poder alquilar una **vivienda digna** al menos para el futuro y hasta tanto puedan terminar de construir su vivienda propia, lo que afirmo teniendo en cuenta que el departamento en el que vivirían actualmente es “bastante precario” y fue construido por el propio actor (doctr. art. 14 bis de la Constitución Nacional).

3) En lo que hace a la cuantificación de este rubro, en la pericia de tasación obrante a fs. 218 –que no fue objetada por las partes- el martillero Abel Carlos Carbone estima en \$ 700 mensuales el valor del alquiler de una vivienda similar pero en condiciones de habitabilidad. Sin embargo, hemos de reparar en que dicha pericia fue presentada el día 11.09.2007, por lo cual el monto allí informado también se encuentra desactualizado.

En función de lo expuesto, he de proponer al acuerdo reconocer por este rubro la suma de \$ 72.000, la que estimo prudente y equitativa tomando como base de cálculo un alquiler de \$ 3000 mensuales durante el lapso de dos años (doctr. art. 165 último párrafo del C.P.C.C.).

c.1) También reclaman los actores el resarcimiento del **daño moral**, haciendo alusión a los temores, preocupaciones e incomodidades que padecieron como consecuencia de la ruina de la vivienda. Reclaman por este concepto la suma de \$ 25.000 para cada co-actor, aunque hemos de recordar que todos los rubros están sujetos a lo que en más resulte de la prueba y/o de la apreciación del juzgador.

2) Si bien nos hallamos situados en el campo contractual, en el cual la procedencia del daño moral puede dar lugar a dudas en razón de la redacción del art. 522 del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia

vienen exhibiendo una marcada apertura al respecto. Tuve oportunidad de referirme *in extenso* a esta cuestión en una de las causas antes citadas (n° 53830, “Augelli” del 24.02.11.), a cuya íntegra lectura remito en honor a la brevedad, en la cual se confirmó el daño moral reconocido a la cliente de un Banco que no pudo finalizar su vivienda porque la entidad crediticia no puso a su disposición el dinero comprometido.

En idéntica orientación, en algunos de los trabajos antes citados, referidos puntualmente al supuesto de ruina de la obra, se ha admitido la procedencia del daño moral, el cual se deriva –en lo que para este caso interesa- de la frustración de poseer vivienda propia y las incomodidades intensas o prolongadas en el tiempo (Tale, Camilo “Responsabilidad...”, cit., pág. 486; Kemelmajer de Carlucci, Aída “Responsabilidad...”, cit., págs. 67/68).

Por último, y sin entrar a analizar si el daño moral debe necesariamente probarse o surge *in re ipsa* de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cierto es que en el caso de autos se encuentran acabadamente probadas las preocupaciones, angustias e incomodidades que debieron padecer los actores como consecuencia del estado de ruina de su vivienda, que inclusive repercutieron muy negativamente sobre su salud y vida de relación (pericia psicológica de fs. 232/235; declaraciones testimoniales del Dr. Jorge Alberto Garaguso –médico psiquiatra que atendió al Sr. Gatti- de fs. 247, del Dr. Juan Martín Modaffari –médico psiquiatra que asistió a la Sra. Fuentes de Gatti- de fs. 252, del Sr. Sandro Milla –presunto compañero de trabajo del Sr. Gatti- de fs. 241, del Sr. Mariano Leandro Perrone –yerno de los actores- a fs. 249).

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad de los actores –que por ser personas de bajos recursos se vieron impedidos de alquilar otra vivienda- y la prolongación de sus preocupaciones y angustias en el tiempo, estimo prudente y equitativo fijar por este concepto la suma de \$ 35.000 para cada uno de ellos (arts. 522 del Código Civil y 165 del C.P.C.C.).

d.1) Por último, también se reclama en la demanda por el **daño psíquico** padecido por los actores, explicándose que el rubro es petitionado pues a partir de los sucesos desencadenantes de este proceso debieron someterse a tratamiento psiquiátrico-farmacológico, a través de sesiones de terapia, tranquilizantes, relajantes musculares y antidepresivos. Detallan que concurren a sesiones semanales con los Dres. Garaguso y Modafari, cuyas

consultas ascienden a las sumas de \$ 80 y \$ 50 respectivamente, las cuales no son cubiertas por su obra social. También refieren que los medicamentos sí obtienen un descuento del 50% por la obra social, por lo que su costo mensual asciende a la suma de \$ 350.

2) En el trabajo de Kemelmajer de Carlucci tantas veces citado a lo largo de este voto se menciona un fallo en el cual se admitió el daño psicológico separado del daño moral (“Responsabilidad...”, cit., pág. 68). En nota al pie la jurista mendocina acota que “más allá de la dudosa autonomía conceptual del daño psíquico, resulta difícil afirmar si la decisión es o no acertada pues en los fundamentos no se aclara en qué consistieron los daños ni la ruina”.

Esta Sala ya ha tenido oportunidad de referirse en muchas ocasiones a la procedencia del daño psicológico, en especial en casos derivados de accidentes de tránsito en los que las víctimas habían sufrido lesiones o inclusive fallecido. La conclusión a la que hemos arribado en dichas causas es que el daño psicológico es un daño conceptualmente autónomo, y que como tal debe ser apreciado y valorado a fin de lograr su debida reparación, al margen de que se lo resarza en forma autónoma o que pase a integrar las partidas del daño patrimonial o extrapatrimonial, o de ambas (causa n° 55.358, “Strosio”, del 01.12.2011, con sus citas, entre muchas otras).

En el caso de autos, hemos visto que lo que se reclama bajo el rótulo de “Daño psíquico” es el menoscabo económico sufrido por los actores en razón de tener que costearse los tratamientos psiquiátricos y los medicamentos correspondientes, por lo que el rubro, así reclamado, integra la partida del daño material. Sin embargo, y conforme surge del desarrollo que antecede, también he ponderado el daño psicológico de los actores para apreciar y cuantificar con mayor precisión el daño moral.

La existencia de los gastos antes referidos ha quedado demostrada con las declaraciones testimoniales de los dos profesionales que asistían a los actores (Dr. Jorge Alberto Garaguso a fs. 247 y Dr. Juan Martín Modaffari a fs. 252) y la pericia psicológica de fs. 232/235. De todos estos medios probatorios surge que los actores eran tratados por ambos profesionales y que éstos les recetaron diversos fármacos, aunque no surge el costo de las consultas ni de los remedios. Sin embargo, también obra en autos una contestación de oficio de la “Farmacia Central”, de fecha 28.11.2007, en la que se aclara que la cobertura

que brinda la obra social prepaga de los actores ("ACA Salud") varía según el plan contratado (que no se especifica en el oficio), pudiendo ser de un 0%, de un 40% o de un 50%, y seguidamente se informan los precios de los fármacos correspondientes según los distintos porcentajes de cobertura (fs. 297/309). Pero, nuevamente, estos valores han quedado desactualizados.

Ante estas dificultades probatorias, pero siendo cierta la existencia del daño, es aplicable la doctrina según la cual los gastos médicos y de farmacia no exigen una prueba acabada de su existencia, máxime cuando pudieron ser corroboradas las lesiones sufridas por el actor y la atención que se le dispensara, aunque fuera atendido en un Hospital Público, ya que estas entidades no cubren todos los gastos que requiere la atención médica y que la gravedad de las lesiones autoriza a presumir que se han debido hacer (art. 165 y conc. del C.P.C.C.; esta Sala, causas n° 56.663, "Rebolino", del 11.10.12., voto de la estimada colega Dra. Comparato; n° 55.968, "Suárez", voto del estimado colega Dr. Bagú; ambas con cita de la C.S.J.N., "Migoya, Carlos Alberto c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y Perjuicios", del 20.12.11.; posteriormente causa n° 57741, "Iglesias", del 07.11.13.).

Por lo expuesto, teniendo en cuenta la duración del proceso y que estos tratamientos no habrían concluido definitivamente (conforme surge de las declaraciones de ambos profesionales) estimo prudente y equitativo fijar por este concepto la suma de \$ 15.000 para cada co-actor.

VIII) Como corolario de todo lo expuesto he de propiciar al acuerdo revocar la sentencia de primera instancia en tanto hizo lugar a la excepción de prescripción, y hacer lugar a la demanda por la suma de \$ 642.000, la que devengará intereses desde el día 02.05.2006, por ser la fecha en la que a través del informe preliminar obrante a fs. 98/99 de la prueba anticipada se conoció el peligro de ruina (Tale, Camilo "Responsabilidad...", cit., pág. 486).

Dichos intereses se devengarán hasta el efectivo pago de la deuda, y se calcularán de acuerdo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561; 622, Código Civil; Excma. S.C.B.A. C. 101.774 "Ponce" del 21.10.09.; C. 94.077 "García" del 07.04.10.; C. 97.868, "González" del

18.05.2011; C. 105.172, "P., M. N." del 11.03.13.; C. 103.555, "Romero" del 22.05.13, entre otras; esta Sala en su actual integración, causas n° 54.876 y 54.877, "Rubolino" y "Fuchila" –acumuladas-, del 14.06.2011; n° 56.896 "Friggieri", del 15.11.12., entre muchas otras).

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, corresponde revocar la sentencia de primera instancia en tanto hizo lugar a la excepción de prescripción, y hacer lugar a la demanda por la suma de \$ 642.000, la que devengará intereses desde el día 02.05.2006 y hasta el efectivo pago que deberá realizarse dentro de los diez días corridos de adquirir firmeza la resolución que apruebe la liquidación (arts. 163 inc. 7, 164 y conc. del C.P.C.C.), debiendo aquéllos calcularse de acuerdo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa.

Con costas al demandado en ambas instancias (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios contenidas en la sentencia de primera instancia y difiriéndose las mismas para la oportunidad de los arts. 51 y 31 de la ley 8904, lo que torna innecesario el análisis de la admisibilidad y fundabilidad de los recursos interpuestos contra los estipendios.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú** **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; **se Resuelve: I)** Revocar la sentencia de primera instancia en tanto hizo lugar a la excepción de prescripción, y hacer lugar a la demanda por la suma de \$ 642.000, la que devengará intereses desde el día 02.05.2006 y hasta el

efectivo pago que deberá realizarse dentro de los diez días corridos de adquirir firmeza la resolución que apruebe la liquidación (arts. 163 inc. 7, 164 y conc. del C.P.C.C.), debiendo aquéllos calcularse de acuerdo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa; **II)** Con costas al demandado en ambas instancias (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios contenidas en la sentencia de primera instancia y difiriéndose las mismas para la oportunidad de los arts. 51 y 31 de la ley 8904, lo que torna innecesario el análisis de la admisibilidad y fundabilidad de los recursos interpuestos contra los estipendios. Notifíquese y devuélvase.

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-

