

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - FIDEICOMISO - DAÑOS EN EL INMUEBLE - DEMOLICIÓN DE OBRA

Partes: Valiente Guillermo Ariel c/ Haimovich Jorge Mario | daños y perjuicios

Tribunal: Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de Rosario

Sala/Juzgado: 6ta nom.

Fecha: 11-mar-2017

Cita: MJ-JU-M-104654-AR | MJJ104654

Producto: STF,MJ

Obligación del dueño de inmueble de indemnizar los perjuicios causados al propietario del inmueble vecino debido a rajaduras y desprendimientos a raíz de excavaciones llevadas a cabo para la construcción de un edificio.

Sumario:

1.-Es responsable por los perjuicios causados en el inmueble vecino al predio donde se lleva adelante la construcción de un edificio, el demandado, toda vez que el fideicomiso resulta ser la constructora y a su vez propietaria del inmueble, en cuanto representada por el fiduciario a cuyo nombre figura ese derecho de dominio, así, el demandado resulta ser propietario (imperfecto, pero propietario al fin), constructor y director de obra, por lo cual su responsabilidad, también será de carácter objetivo, por cuanto ha sido una de las personas que ha contribuido a que la actividad riesgosa se pudiese desarrollar, resultando, además, propietario y guardián de las cosas afectadas a tal actividad, y responsable directo por la misma actividad riesgosa desarrollada.

2.-Habiendo quedado debidamente acreditado que los codemandados eran propietarios por del predio baldío sobre el que decidieron emprender la elevación de un edificio, seguramente a título de inversión para lo que contrataron a una empresa -locación de obra-, que realizó la demolición de la construcción preexistente y luego se llegó a la etapa de la ejecución de una excavación con el fin de asentar los cimientos y la estructura de nivel de la planta baja, actividad que en sí misma no es riesgosa, pero se convirtió como tal al omitirse adoptar las medidas adecuadas para evitar el desplome de la pared, lo que hizo que perdiera sustentación, generando graves deterioros y derrumbe en el inmueble vecino ocupado por el actor, están obligados a indemnizar los perjuicios que causaron.

3.-Tratándose de una responsabilidad objetiva, para su constitución sólo requiere la prueba de

la existencia de un daño en cuyo acaecimiento ejerció influencia causal decisiva el riesgo o vicio de la cosa, de modo que proviniendo el perjuicio de la cosa misma, no procede la prueba exonerativa de inculpabilidad.

4.-La responsabilidad debe recaer sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa, es decir, sobre el dueño o guardián de la actividad constructiva, reconociéndose expresamente tal factor imputativo en relación a la actividad constructora, y especialmente respecto de los riesgos y daños que acarrea la excavación, indispensable a los fines de ella construcción de un edificio.

Rosario, 11 de mayo de 2017.- Y VISTOS: Los presentes caratulados:

"Valiente, Guillermo Ariel c/ Haimovich, Jorge Mario s/ Daños y Perjuicios", expediente CUIJ N° 21-00176178-9, los cuales se hallan en estado de resolver y de los que resulta:

I. Demanda y Contestación: Dado que los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda, de la contestación y de las peticiones formuladas en ellas, los mismos se exponen a fin de delimitar debidamente, por congruencia procesal, los alcances de la sentencia (artículo 243 C.P.C.C.).

I.1. Demanda: Valiente, Guillermo Ariel (DNI 14.081.729), Sito, Claudia Celina (DNI 14.803.540), Valiente, María Julia (DNI 33.562.074), Valiente, María Gabriela (DNI 34.420.381), Valiente, María Laura (DNI 34.420.382), Valiente, José Ciriaco (DNI 39.052.810) y Valiente, María del Pilar (DNI 39.951.206) promueven por intermedio de apoderado, acción contra el Sr. Haimovich, Jorge Mario (DNI 7.624.286) en carácter de fiduciario del Fideicomiso Balcarce 320 y de director de obra realizada en dicho inmueble; y contra el Fideicomiso Edificio Balcarce 320 en carácter de empresa constructora.

I.1.2. Dice que el Sr. Guillermo Ariel Valiente es propietario del inmueble sito en calle Balcarce 330 de Rosario, desde el día 01/10/1991. Manifiesta que tras la etapa de construcción, que finalizó en el año 1998, los actores se mudaron a su nueva casa. Señala que desde hace dos años aproximadamente, el Sr. Valiente y su familia advirtieron que se comenzaban a realizar algunas obras civiles tendientes a la construcción de un edificio de propiedad horizontal en el inmueble lindante con el suyo, más cercano a la intersección de calle Balcarce con calle Catamarca. Afirma que en base a averiguaciones realizadas verbalmente, pudieron saber que el terreno habría sido adquirido por un fideicomiso. Expresa que desde el inicio de la obra y hasta el momento de interponer demanda, los actores sufrieron todo tipo de inconvenientes, molestias y daños ocasionados por el accionar negligente del propietario del terreno, de la constructora y del director de obra, produciéndose los daños materiales que relaciona.

I.1.3. Reclama indemnización por daños materiales y daño moral. Ofrece pruebas.

II.2. Contestación de demanda. Citación en Garantía.

II.2.1. Comparece y contesta la demanda el demandado Haimovich, Jorge Mario, por apoderado, a fs. 106/112, en calidad de fiduciario del fideicomiso demandado. Dice que en ese carácter de fiduciario del Fideicomiso demandado, el cual a esa fecha ya estaba dado de baja, administró el mismo hasta el cumplimiento de su objeto. Reconoce que se levantó por comisión del Fideicomiso referido un edificio de planta baja y diez pisos en el lugar señalado.

Niega que se le hayan causado los daños relatados en la demanda, y afirma que muchos de los daños señalados en la misma fueron provocados por la tormenta de granizo que ocurriera a fines del año 2005. Postula que puntualmente, la destrucción de tejas señalada en la demanda y las consiguientes filtraciones, tuvieron ese origen. Alega que muchas de las cuestiones detalladas en el escrito introductorio de la acción, como daños provocados por la construcción del edificio, son en realidad grietas o roturas propias de la antigüedad de la construcción de propiedad de los actores. Solicita se rechace la demanda con costas. Ofrece pruebas.

II.2.2. Por su parte, la citada en garantía Berkley International Seguros S.A., aseguradora del Fideicomiso Balcarce 320, comparece y contesta demanda por apoderado a fs. 128/131. Acata la citación, e invoca límite de garantía, a saber: \$100.000 con una franquicia obligatoria a cargo del asegurado "sobre todo y cada siniestro del 10% del monto indemnizatorio con un mínimo del 1% y un máximo del 5% de la suma asegurada". Solicita se rechace la demanda, con costas. Ofrece pruebas.

Solicita aplicación del artículo 505 del CC (hoy 730 del CCC). Niega la existencia del hecho, que existan los daños alegados por los accionantes, que quepa responsabilidad a su parte y que se adeude suma alguna.

II.2.3. A fs. 138/144 contesta la demanda Jorge Mario Haimovich, pero aquí en calidad de director de la obra llevada a cabo por el fideicomiso de calle Balcarce 320. Los términos del responde son substancialmente idénticos a los formulados cuando respondió en calidad de fiduciario, niega que existan daños en el inmueble del actor, que le corresponda a los accionantes suma alguna y que le quepa responsabilidad. Plantea prescripción de la acción. Afirma que la demanda es harto imprecisa, lo que motivó al tribunal que se le requiriera al actor que aclarase quienes y en qué carácter eran demandados en estos actuados mediante decreto del 26/05/2010 y que recién en ese momento se demanda a Haimovich en calidad de director técnico de obra. Sostiene que la incorporación como sujeto pasivo del proceso se produce luego de más de cinco años y medio de producidos los supuestos hechos que provocaron los daños constatados en la propiedad del actor y su familia. Afirma pues, que ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 4037 del CC y por ende prescripta la acción.

II.2.3.1. A fs. 146 el actor contesta la prescripción invocada por la accionada. Afirma que la demanda fue iniciada contra quienes figuraban como titulares del dominio "y/o quien resulte jurídicamente responsable", en razón de desconocer quienes eran en definitiva responsables.

Efectuada la Audiencia de Vista de Causa, habiendo desistido las partes de toda aquella prueba que no consta agregada en autos, consentido el procedimiento y producido los alegatos de las partes, queda la causa en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

I. Legitimación: La legitimación de las partes en este proceso ante la ausencia de controversias o cuestionamientos referidos al tema es un análisis propio del órgano jurisdiccional por ser un presupuesto estructural de la relación jurídico procesal, cuyo análisis oficioso se sustenta en su íntima vinculación con una adecuada conformación del proceso y por ende del dictado de una sentencia útil. En tal sentido, se ha afirmado claramente que "Para el juez no existe impedimento para pronunciarse de oficio en la sentencia acerca de la existencia o inexistencia de la legitimación sustancial activa y pasiva, aún en la hipótesis de que el demandado se haya abstenido de plantear esta circunstancia en la oportunidad procesal adecuada, o la haya

articulado en los alegatos, o incluso al momento de expresar agravios, habida cuenta que se trata de una cuestión de derecho rigiendo al respecto el principio del *iura novit curia*. En el caso, interpuesto el recurso de casación contra una sentencia dictada en el trámite de ejecución de sentencia, se advierte la falta de legitimación de la casacionista, quien se presentó en la ejecución hipotecaria invocando su carácter de cónyuge del demandado fallecido, pero sin acreditar el vínculo que alega ni el fallecimiento del demandado. Dichos errores en la tramitación, inadvertidos e ignorados en la sentencia de primera instancia y advertidos por la Alzada, que decidió continuar el trámite en vista del tiempo transcurrido, afectan la validación de la relación jurídica procesal, en su correcta integración, correspondiendo decretar de oficio la nulidad de todas las presentaciones efectuadas por la parte casacionista a partir de su primera presentación en la causa, e ineficaces todos los actos de cualquier carácter dictados en su consecuencia, por la manifiesta falta de legitimación, no resultando aplicable el principio del acto consentido, ni el instituto de la preclusión procesal, aunque no haya sido impugnado por la contraria, en virtud de estar involucrado el orden público, ni siendo susceptible de convalidación en la instancia extraordinaria, deviniendo el recurso de casación en una cuestión abstracta y por lo tanto inabordable¹, y en igual sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I:2 "La falta de legitimación del actor autoriza y obliga a los jueces a expedirse incluso de oficio, pues siendo una cuestión de legitimación su falta significa la no presencia de un presupuesto procesal esencial al tiempo del pronunciamiento. La falta de legitimación es declarable y controlable de oficio, haya o no consentimiento de las partes, tácito o expresamente, porque la legitimación la crea únicamente la ley sustancial y no depende de la actitud de los litigantes (Devis Echandía, Hernando Teoría General del Proceso, Universidad, T.1-297; Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, T. 1-p. 189 y 342 entre otros)".

I.1. Legitimación activa:

I.1.1. Los actores se hallan legitimados para accionar, atento afirmar que constituyen un grupo familiar que habita el inmueble ubicado en calle Balcarce 330 de Rosario, lo cual acreditan con las partidas de matrimonio y nacimientos que en fotocopias certificadas obran reservadas en secretaría y simples agregadas a fs 50/55.

I.1.2. En particular, Guillermo Ariel Valiente alega ser propietario de tal inmueble. Ahora bien, tal calidad, ha sido negada por la accionada y la aseguradora en su responde (vid fs. 107 y 128). Tal titularidad dominial no ha sido acreditada por dicho actor, dado que no puede considerarse documental suficiente a tal fin las fotocopias simples de la escritura n° 78 obrante en el expediente sobre embargo preventivo (CUIJ N° 21-00175942-3) que por cuerda corre agregado a los presentes y a fs. 10/14 de estos actuados. El medio idóneo para acreditar la titularidad del dominio lo constituye el pertinente informe del Registro General de la Propiedad. Ahora bien, si puede considerarse acreditada la calidad de usuario del actor Valiente, a tenor de las constancias obrantes en el expediente administrativo 36117/2016 J remitido por la Municipalidad de Rosario, obrante a fs. 307/318 de autos, donde consta el plano de la vivienda ubicada en el inmueble de marras, a nombre de Guillermo Ariel Valiente, aprobado y con final de obra.

I.2. Legitimación pasiva:

I.2.1. Jorge Mario Haimovich ha sido demandado en el doble carácter de fiduciario del Fideicomiso Edificio Balcarce N° 320 y de director de la obra en construcción allí realizada. En el primer carácter se encuentra legitimado pasivamente, por ser el "dueño" o "guardián" de los

bienes fideicomitidos, y responde hasta el límite del valor de dichos bienes, sin que se vea afectado su patrimonio personal, salvo violación de la ley, o del incumplimiento de las obligaciones asignadas en función de la calidad de fiduciario. Asimismo en tal carácter representa al Fideicomiso de Calle Balcarce N° 320. La doctrina al abordar el tratamiento de este tema expresa que "El fiduciario, quien ejerce el dominio imperfecto de los bienes que integran el patrimonio afectado, asume la obligación de cumplir con las instrucciones que se le impartan, de administrar ese patrimonio fideicomitado en beneficio del beneficiario, "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios" (art.6º, ley 24441). Como buen hombre de negocios, y en cumplimiento del objeto del fideicomiso, el fiduciario contrae obligaciones, asume compromisos, celebra contratos, efectúa pagos, realiza todos y cuantos actos jurídicos y materiales resulten menester para cumplir con el compromiso asumido. Pero, en mérito del artículo 16 de la ley, "los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso", o con mayor precisión, se podría afirmar que el fiduciario no será responsable de las obligaciones contraídas en ejecución del fideicomiso, sino con los bienes que integran el patrimonio fideicomitado. En el caso del fiduciario, diríamos como principio general que no ha dudas de que es "dueño" de los bienes fideicomitados, y que en la mayoría de los casos debe también reunir el carácter de "guardián" 3. En su calidad de Director de la Obra, tal como se reconoce a sí mismo a fs. 80, también se encuentra legitimado.

I.2.2. El Fideicomiso de Calle Balcarce N° 320, se halla asimismo legitimado, por haber sido la empresa constructora del edificio que se desarrolló en dicho domicilio, tal como asimismo reconoce el fiduciario a fs. 80 de autos. El hecho de que el Fideicomiso se encontrare dado de baja por cumplimiento de su objeto (lo cual no se ha acreditado en autos), no inhibe la posibilidad de demandarlo por hechos ocurridos durante el desarrollo de su objeto. Tan es así, que la aseguradora al tiempo de la construcción del edificio ha comparecido y acatado la citación en garantía. De no ser así, se constituirá una suerte de impunidad respecto de las personas jurídicas, contraria al principio de justicia consagrado en nuestra Constitución Nacional. Por otra parte, la ley 24.441 (vigente y aplicable al fideicomiso sub iudice), determina con claridad que el patrimonio fideicomitado se constituye como de afectación, siendo independiente del patrimonio del fiduciario⁴. Asimismo, el fideicomiso demandado es asegurado, con lo cual quedó constituido el litisconsorcio pasivo necesario conformado por aseguradora y asegurado⁵, en el presente caso donde la citación ha sido formulada por el actor y la citada no ha cuestionado tal legitimación.

II. Prescripción: Tal como se verifica en la demanda, el actor demandó, entre otros a "quien resulte jurídicamente responsable". Tal fórmula permite interrumpir la prescripción, cuando se desconoce la identidad del demandado. Ahora bien, ello no implica que dicha interrupción se mantiene durante todo el proceso, como en el caso en cual al momento de demandar se identifica claramente al sujeto pasivo de la acción, porque tal criterio atentaría contra la seguridad jurídica que pretende, 4 Artículo 11: Sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas. Artículo 12: El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos. Artículo 13. Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.

Artículo 14. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Artículo 15. Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos. precisamente el instituto de la prescripción liberatoria. Por eso, ha de entenderse que la prescripción corre nuevamente, a partir de la interposición de la demanda contra accionado indeterminado, desde ese mismo momento, siendo, pues el plazo de prescripción el plazo con que cuenta el actor para lograr la identificación del sujeto pasivo. En el caso de autos, el actor contaba hasta el 15 de agosto de 2008 para identificar al demandado (vid fs. 33 de autos). Tal identificación se produce el 18/04/2008, cuando la apoderada de Haimovich lo sindicó como director de la obra de calle Balcarce 320/324 (fs. 80), produciéndose la ampliación de la demanda el 05/05/2008 (fs. 84). Los actos jurídicos posteriores del Tribunal, dirigidos a que el actor aclarara la calidad en que demandaba a Haimovich no inhiben el acto procesal concreto de la ampliación, formalizada en la fecha indicada, con posterioridad a su individualización como director de obra. Así, pues, la prescripción no ha operado, debiendo rechazarse la defensa interpuesta por el arquitecto Jorge Mario Haimovich.

II. Hecho alegado. Encontrándose en discusión la existencia de los daños alegados en la demanda y reconocido el hecho de la construcción del edificio, corresponde detenerse en el análisis de la prueba colectada en autos a fin de determinar si han existido o no daños atribuibles a la actividad de construcción del edificio de marras.

II.1. En la pericia acompañada a fs.171/216 por el perito designado en autos, Ingeniero Civil Roberto Martín Althaus, se verifican los daños que sufrió la propiedad ubicada en calle Balcarce 330 de Rosario, los que describe e ilustra con las fotografías allí tomadas y que obran agregadas en autos (fs. 171/202). Afirma que los daños descriptos en el primer punto pericial fueron causados por la construcción del edificio de propiedad horizontal en el inmueble lindero, ubicado en Balcarce 320 de Rosario derivados de los asentamientos diferenciales entre el "edificio liviano" del actor y el "edificio pesado" de la demandada, lo que provocó daños. Detalla y cuantifica dichos daños. A fs. 237 aclara, determina y cuantifica los daños producidos en el tejado.

II.2. El testigo José Roberto Gorostiaga, declara en el marco de la AVC celebrada en fecha 28/04/2017 afirma que "Hubo problemas con la construcción del edificio, hubo inconvenientes en la casa de Guillermo producto de la construcción lindera, veíamos manchas, grietas y el patio arruinado cuando íbamos por algún cumpleaños o algo así. También una vez Guillermo me mostró que tenía filtraciones de agua". Al preguntársele si notó alguna variación en el carácter y la forma de vida del actor y su familia, manifiesta:

"La casa era punto de reunión de amigos y familia, a partir del deterioro ellos no quisieron recibir gente, tenían bronca por cómo estaban viviendo y les daba vergüenza, eso hizo que las reuniones fueran menos, más distanciadas, ellos se alejaron un poco de la vida social que tenían en su casa. Les caían cosas, se metía el albañil en el balcón, les pasaban cosas muy estresantes que repercutieron en su relación con familias amigas." Formuladas que le fueron otras preguntas, dice que vivían en la casa Guillermo Valiente, Claudia Zito, y sus cinco hijos.

Dice que esto habrá sido a mediados los años 2000. Afirma que actualmente la casa sigue con problemas, el living está negro, con grietas y parches, pero la casa está deteriorada. Nos reunimos menos y generalmente no en la casa.

II.3. El testigo Guillermo Luis Berra, declara en el marco de la AVC celebrada en fecha 28/04/2017, a tenor de pliego abierto a fs. 31 vta. declara: "Conozco bien el inmueble, desde que se estaba construyendo. Debe ser principios de la década del '90". Preguntado sobre si ha notado alguna variación en el inmueble, manifiesta: "He notado deterioro en la construcción paredes rajadas, pedazos de mampostería y tejas caídas en el patio de la casa y problemas en planta baja y superior. No soy arquitecto, pero creo que estos daños deben ser por la medianera en la construcción del edificio lindante. Hay un parche incluso en la pared de al lado de la computadora, que yo recuerdo.

Estas cuestiones ocurrieron desde el año 2002 o 2003, aproximadamente." Al preguntársele si ha notado alguna variación en el carácter y la forma de vida del actor y su familia, dice que: "Alteró la vida de una familia normal, había ruidos, no se podía dejar los chicos afuera de la casa". Formulando preguntas, dice que en la casa vivían el matrimonio y sus cinco hijos.

II.4. El testigo Fabián Abelardo Aguirre, en el marco de la AVC dice: "Conozco el inmueble desde hace bastante tiempo, cuando él estaba con planes de hacer la casa, será a principios de los '90." Preguntado sobre si ha notado alguna variación en el inmueble, declara: "Supe de los problemas porque él me comentaba y además nos reuníamos en la casa de él y veíamos que había partes que no estaban en condiciones. Habían empezado a construir un edificio al lado y a partir de allí comenzaron problemas de rajaduras y filtraciones, se tapaban los desagües, recuerdo un agujero que había y era porque habían pasado un taladro de punta a punta, estaba la casa deteriorada en relación con el principio cuando íbamos. Todo esto fue más o menos a partir hace unos 15, 16 o 17 años atrás. Vivían en la casa Guillermo con su mujer y sus hijos." preguntado sobre si ha notado alguna variación en el carácter y forma de vida del actor y su familia, contesta: "Yo lo que vi más que nada en el cambio de carácter de Guillermo era que era muy abierto con su casa, que había hecho con mucho amor, siempre me invitaba y nos juntábamos con amigos a comer asado, y cuando empezó este tema yo noté como que le empezó a dar vergüenza y cada vez nos invitó menos, nos comenzamos a juntar afuera. He ido alguna vez pero muy poco. Siempre decía mirá lo que hicieron con mi casa, en cada salida nos decía de la casa." III.5. De la prueba rendida, pues, hemos de concluir en que se produjeron los daños determinados en la pericia y que los mismos fueron consecuencia de la construcción realizada por el fideicomiso demandado.

IV. Responsabilidad. Cabe pues, analizar la responsabilidad que puede caberle a la parte demandada en virtud de los hechos referidos. Dicha cuestión será analizada conforme a las normas vigentes a la fecha del hecho, esto es, conforme las normas contenidas en el Código de Velez, dado que las mismas refieren a la conformación de la responsabilidad, la cual se produce en el momento mismo del hecho, a diferencia de las normas referidas a la prejudicialidad y a aquellas otras dirigidas al Juez al para ser aplicadas al momento de sentenciar.

IV.1. Fideicomiso de calle Balcarce 320:

IV.1.1. Atribución objetiva de responsabilidad: En el caso, procede, respecto de la constructora, esto es, el Fideicomiso demandado, verificar si procede considerarlo responsable, bajo la imputación objetiva de responsabilidad. El hecho de la construcción constituye per se una

actividad riesgosa y deviene asimismo riesgosa la cosa construida la cual, no se presenta como inerte sino en movimiento evolutivo. La construcción por definición constituye una actividad definida como un conglomerado de múltiples actividades que se vale de diferentes elementos riesgosos para la consecución de su fin al cual se llega mediante un proceso. La actividad riesgosa la realiza la constructora, la cual en el caso resulta ser el mismo fideicomiso constituido para el construir y adjudicar las unidades habitacionales. No hay duda que con punto de partida en el contrato de fideicomiso, nos encontramos frente a una cadena de vínculos jurídicos sucesivos y ensamblados en pos de una misma finalidad y provecho, al cual no son en modo alguno ajenos los propietarios fiduciarios, tanto más por cuanto se halla unificado el fiduciario con el director de obra y la constructora con el fideicomiso. Es que, a su calidad de propietario, suma el carácter de guardianes, subsumible en la categoría jurídica de "guarda provecho", que es aquella que tiene por guardián a quien aprovecha, usa u obtiene un beneficio económico o personal en consonancia con sus intereses. Estamos en presencia de la idea de riesgo provecho. Nos encontramos frente a quienes se benefician con el desarrollo de la actividad riesgosa (construcción) y que, en definitiva tienen a su cargo -en dicha calidad- la supervisión de la referida actividad, pero que además, resultan titulares de una cosa riesgosa (inmueble en evolución).

En este sentido se ha indicado que "Sabido es que crea el riesgo quien con sus cosas, sus animales o sus empresas, multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad. De ahí que no toda cosa dañadora sea en sí una cosa riesgosa. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o cuando han sido los medios utilizados los que han aumentado o repotenciado el peligro de daño, entonces el dueño o guardián de ellas debe responder con prescindencia de su culpa, porque el factor de atribución está en la creación del peligro potencial, no en haber descuidado la vigilancia (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Código Civil y leyes complementarias", Astrea, t. V). Se entiende que una actividad es riesgosa cuando, por su propia naturaleza o por las circunstancias de su realización, genera un riesgo o peligro para terceros. El carácter de riesgo de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosis de la actividad, debe realizarse en abstracto. Con cita de Zavala de González, sostiene que la cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad (Pizarro, Ramón, ob. cit., pág. 556). Se entiende que la responsabilidad debe recaer sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa. todo aquél que, en el carácter antes señalado, interviene en la realización de la actividad riesgosa, sea o no su último ejecutor, debe responder frente a la víctima, obtenga o no un beneficio con dicha actividad, pues el fundamento de la obligación de resarcir radica en la creación del riesgo y no en una contrapartida por el beneficio experimentado (Pizarro, Ramón, ob. cit., pág. 557)"7; "El fundamento de la responsabilidad es un riesgo creado. Una actividad se considera riesgosa cuando por sus características propias, ordinarias y normales, o por las circunstancias de su realización, genera un riesgo o peligro para terceros. En el caso ha quedado debidamente acreditado que los codemandados propietarios por entonces del predio baldío, decidieron emprender la elevación de un edificio, seguramente a título de inversión. Para ello, contrataron a una empresa -locación de obra-, se realizó la demolición de la construcción preexistente y luego se llegó a la etapa de la ejecución de una excavación con el fin de asentar los cimientos y la estructura de nivel de la planta baja. La actividad en sí misma no es riesgosa, pero se convirtió como tal al omitirse adoptar las medidas adecuadas para evitar el desplome de la

pared, lo que hizo que perdiera sustentación, generando graves deterioros y derrumbe en el inmueble ocupado por el actor. En síntesis, tratándose de una responsabilidad objetiva, para su constitución sólo requiere la prueba de la existencia de un daño en cuyo acaecimiento ejerció influencia causal decisiva el riesgo o vicio de la cosa, de modo que proviniendo el perjuicio de la cosa misma, no procede la prueba exonerativa de inculpabilidad.

Sólo se acepta la demostración de la causa extraña, de suerte tal que se elimina la responsabilidad por no haber causalidad (Conf. Goldenberg, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", p. 227). Y aunque no se considere que concurrió el riesgo o vicio de la cosa, cabe preguntarse si puede entenderse que la parte demandada estaba realizando una actividad riesgosa. Se ha sostenido que la responsabilidad no surge, sin más, por el daño causado por una actividad cualquiera, sino por la que es riesgosa. El riesgo no puede quedar reducido a una simple relación de causalidad, ciega y mecanicista, entre cierto elemento y un perjuicio. El riesgo es un factor de atribución y, por ello, es una razón especial para responder. El fundamento de la responsabilidad es un riesgo creado, un peligro que la actividad genera, fincando el factor atributivo en un poder-deber relativo a esa fuente de peligro que domina o controla el obligado, de manera expresa o virtual. Se hallan comprometidas todas las personas que, por haber generado la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por lo tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control, a fin de evitar que ese peligro se actualice en daño (Conf. Zavala de González, Matilde, "Responsabilidad por riesgo", págs. 195 y sigs.). Una actividad se considera riesgosa cuando por su propia naturaleza, es decir, por sus características propias, ordinarias y normales, o por las circunstancias de su realización, por ejemplo, algún accidente de lugar, tiempo o modo, genera un riesgo o peligro para terceros (Conf. Pizarro, Ramón, "La responsabilidad civil por actividades riesgosas", en LL, 1989-C-941). Más modernamente se habla también del riesgo de empresa como factor de atribución de responsabilidad civil independiente y autónomo, de naturaleza objetiva, fundado en el riesgo provecho.

No está referido sólo a la mayor responsabilidad de quien se beneficia o lucra, sino a la peculiaridad de la posición del empresario, ya que goza de una superioridad jurídica y social y aprovecha de las ventajas de una coyuntura favorable, por lo que es equitativo que cargue también con los inconvenientes de una perturbación que recae entonces en su esfera de responsabilidad (Conf.

Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, "Un aspecto de la teoría del riesgo", en "Derecho Privado", Libro Homenaje a Alberto Bueres, pág. 1294)⁸.

IV.1.2. Dicho ello, debemos precisar que el art.

1.113, 2do. párrafo del C.C. regula la responsabilidad del dueño o guardián derivada del "riesgo o vicio de la cosa". Si nos posicionamos en la teoría que entiende que el riesgo es un factor de imputación de igual entidad que la culpa, procede la interpretación extensiva del mencionado párrafo del 1.113 por analogía⁹. Se ha dicho sobre el particular que "Estamos persuadidos de que el art.

1.113 C.C. correctamente interpretado da pie para sostener que cae bajo su órbita todos los supuestos de daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada, intervenga o no una cosa". Se ha dicho que "puede admitirse que el art. 1.113, parr. 2º, segundo supuesto del Cod. Civil, contempla la responsabilidad civil por actividades riesgosas"¹⁰. En el mismo sentido se expidió nuestra Corte Suprema Provincial¹¹ al señalar que el fallo debía analizar si la actividad

realizada era riesgosa y el grado de incidencia de la tarea desempeñada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹² se ha expedido en igual sentido al señalar que el juez debe analizar las tareas propias de la actividad en el marco del art. 1.113, 2do párrafo.

IV.1.3. Se es conteste en que la responsabilidad debe recaer sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa,¹³ es decir, sobre el dueño o guardián de la actividad constructiva, reconociéndose expresamente tal factor imputativo en relación a la actividad constructora, y especialmente respecto de los riesgos y daños que acarrea la excavación, indispensable a los fines de ella construcción de un edificio: "Los efectos de la excavación sobre un edificio de las características aludidas forman parte del riesgo propio de la actividad y conllevan la responsabilidad objetiva de quien la desarrolla"¹⁴. Resulta evidente que la demolición de una propiedad y el posterior asentamiento de un edificio en el mismo sitio, actividad que se realiza al lado de una propiedad mas liviana (tal como indicó el perito) configura una actividad que deviene peligrosa o riesgosa para el inmueble lindero, conforme a las condiciones de tiempo, modo y lugar, y de acuerdo al normal desarrollo de los acontecimientos; "el carácter de riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosisdad de la actividad, debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto. La cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad. Si sobre la base de tales aspectos concurriría una clara probabilidad (aunque abstracta o genérica) de eventuales perjuicios, funcionará el factor objetivo de atribución si el daño ocurre (Zavala de Gonzalez)"¹⁵.

IV.1.4. Eximentes de responsabilidad: En cuanto a las eximentes de responsabilidad objetiva tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "En tal sentido, este Tribunal ha resuelto que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113 del Código Civil debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor, lo que, como ya se adelantó, no se ha demostrado que haya acontecido en el sub lite (Fallos: 310:2103). Por lo tanto, la provincia es responsable en los términos del mencionado artículo"¹⁶.

IV.1.4.1. Y también se ha dicho que: "Así, al tratarse de un daño ocasionado por el riesgo, a la damnificada le bastaba con probar el daño sufrido y la adecuada relación de causalidad entre ambos. Con la reunión de dichos extremos, se presume la responsabilidad del dueño o guardián quien, por lo visto, para eximirse o disminuir tal atribución, debe acreditar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder, mediante la demostración cabal de los hechos que alegue con tal finalidad (conf. art. 1113, párr. 2º, in fine, CCiv.; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil.

Obligaciones", t. IV-A, p. 598, n. 2626 , "Estudio de la reforma del Código Civil", p.

265 y "Código Civil Anotado", t. II-B, p. 462; Borda, Guillermo A., "Obligaciones", t.

II, p. 254, n. 1342; Trigo Represas en Cazeaux y Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", t. III, p. 443; Orgaz A., "La Culpa", p. 176 y "El daño con y por las cosas", en LL 135-1995; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio y Zannoni, "Código Civil comentado, anotado y concordado", t. V, p. 461, n. 15; Bustamante Alsina, J., "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 265, n. 860)"¹⁷.

IV.1.4.2. Nuestro más alto tribunal provincial ha dicho que: "Conforme a la norma del artículo 1113, 2do párrafo, 2da parte del Código Civil, no es posible sostener que incumbe al actor la prueba fehaciente de la violación reglamentaria que imputa a su contraria, pues a él le basta con acreditar la existencia del nexo causal adecuado entre la cosa riesgosa y el daño, correspondiendo a la parte demandada que pretende liberarse de responsabilidad demostrar la culpa de la víctima, de un tercero o el caso fortuito con aptitud para quebrar tal nexo"¹⁸.

IV.1.5. Carga de la Prueba: En orden a la carga de la prueba se es conteste en que se invierte la carga de la misma, debiendo el accionado demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder o el caso fortuito o fuerza mayor para poder liberarse de responsabilidad¹⁹. En esta línea se ha dicho que:"Cuando la ley presume la relación causal, la prueba de los eximentes debe ser inequívoca, en tanto que acorde con una orientación jurisprudencial aquiescente, cuando la ley invierte el onus probandi de la relación causal y el demandado debe acreditar la intervención de una causa ajena, la apreciación de la prueba sobre esta eximente debe ser severa: se requiere certeza de que el daño no obedece a la causa aparente que se imputa a dicho sujeto. 2.-La prueba del hecho del tercero debe ser valorada en forma estricta, y los impedimentos de responsabilidad, deben ser apreciados restrictivamente, por la finalidad social típica de la norma, que ha creado factores de atribución, que deben cesar solo en casos excepcionales, sin conferirles desmedida extensión. 3.-Frente a la insuficiencia de la prueba acabada de una ruptura causal que opere como 18 Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, in re: Maujo del Riego, Amador v. Vuletich, Horacio y ots. 28/12/1994. Lexis N° 18/4415.

19 Conf: Saires, Sergio Eduardo vs. Vilar, Diego s. Ordinario - CCC 1ª Córdoba, 30/03/2010.

WebRubinzal danosacc1.r279; Gonzalez, Antonio Maximiliano c/ Serena, Ana Edith y otro - Ordinario - Daños y Perj. - accidentes de transito - expte. N° 505105/36" webrubinzal danosacc6.1.r102. eximente, la concepción objetiva muestra su verdadera trascendencia jurídica, ya que la carga de la prueba de la culpa de la víctima pesa sobre quien la invoca, y ante su ausencia, la regla de derecho indica como debe fallar el Juez": Andino María Laura c/ Piserchia Juan Pablo s/ daños y perjuicios"²⁰ IV.1.6. Conforme a lo normado por el artículo 1.113 segundo párrafo del Código Civil, debió el demandado acreditar alguna de las eximentes allí especificadas, o la general de caso fortuito o fuerza mayor. Nada de ello ha probado.

IV.2. Responsabilidad de Jorge Mario Haimovich en calidad de director de obra.

IV.2.1. En primer lugar ha de determinarse que papel jugaba el demandado en la construcción de marras.La Ordenanza 4975/60, sección 2.2. párrafo 2.2.5 "responsabilidades" determina que:

Director de Obra: "Es el profesional que realiza la supervisión técnica de la obra, controlando la fiel ejecución de la misma, de acuerdo a la documentación técnica del proyecto. En aquellos casos en que la figura del Constructor es asumida por el Propietario del inmueble, esta figura asume todas las responsabilidades técnicas de la obra, no siendo exigible el rol de Representante Técnico"; que Constructor: "Es la persona física o jurídica que asume las responsabilidades emergentes de la ejecución material de la obra. El Constructor deberá ser profesional habilitado u autorizar al profesional habilitado en la función de Representante Técnico como responsable técnico de la ejecución de la obra. Puede ser el propietario, en cuyo caso será empresario de su propia obra, debiendo responsabilizarse por sus funciones como

tal."; que 20 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Segunda: 19-dic-2013:

MJ-JU-M-83613-AR | MJJ83613. En igual sentido: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: Vazquez José alberto c/ Suppone Vicente s/ Ordinario - Daños y Perj. Recurso de Apelación: 29-nov-2005: MJ-JU-M-49613-AR | MJJ49613 | MJJ49613.

Representante Técnico del Constructor: "Es el profesional que asume las responsabilidades de orden técnico en la ejecución material de la obra cuando el Constructor es una empresa constructora no propietaria del inmueble".

IV.2.2 Cuando es el propietario quien lleva adelante la obra -por administración- el director de obra no asume las tareas propias de la conducción de la construcción porque ellas están reservadas al representante técnico de la constructora. En esa hipótesis resulta de clara aplicación el artículo 49 inciso g del decreto 4156/52 en cuanto define a la dirección de obra como la tarea de inspección de la misma "sin estar en ello comprendido ningún otro trabajo."; en cambio, cuando es el propietario del inmueble quien asume la calidad de constructor, el director de obra "asume todas las responsabilidades técnicas de la obra, no siendo exigible el rol de Representante Técnico".

IV.2.3. Así, cuando en la actividad de construcción, de tipo compleja, podemos distinguir con claridad la figura del propietario, diferenciada de la del constructor, se configuran dos actividades profesionales distintas: Por un lado el representante técnico del constructor, y el director de obra. El representante técnico lo es del constructor y el director de obra, lo es del propietario.

IV.2.4. En el caso de autos, el fideicomiso resulta ser la constructora y a su vez propietaria del inmueble, en cuanto representada por el fiduciario a cuyo nombre figura ese derecho de dominio.

Así, Haimovich, resulta ser propietario (imperfecto, pero propietario al fin), constructor y director de obra, por lo cual su responsabilidad, también será de carácter objetivo, por cuanto ha sido una de las personas que ha contribuido a que la actividad riesgosa se pudiese desarrollar, resultando, además, propietario y guardián de las cosas afectadas a tal actividad, y responsable directo por la misma actividad religiosa desarrollada, tal como se ha indicado supra. Distinta hubiere sido la solución en la hipótesis en que sólo se hubiere desempeñado como director de obra, dado que en tal caso, su responsabilidad, en cuanto profesional, será subjetiva. Pero -como dijimos- no es el caso. Así, Haimovich no ha probado eximente alguna de responsabilidad, por lo cual conforme al artículo 1.113 segunda parte segundo párrafo del Código de Vélez, será responsable.

IV.1.7. Los efectos de la sentencia se hacen extensivos a la citada en garantía (artículo 118 de la ley 17.418).

V. Rubros. De acuerdo los rubros reclamados en la demanda, y atento la prueba producida en autos, corresponde formular la siguiente valuación:

V.1. DAÑOS PATRIMONIALES:

V.1.1. Normas aplicables.

V.1.2. A los fines de la cuantificación de la reparación del rubro daños patrimoniales, se aplicarán las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1° de agosto del 2015, dado que son normas dirigidas al Juez al momento de sentenciar.

V.1.3 En efecto, toda vez que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia (artículo 772, CCyC), las normas aplicables -que captan en su antecedente normativo tal presupuesto- son las vigentes al momento de la emisión del decisorio (arg. art. 7°, CCyC, texto análogo al previsto en el art. 3°, CC de Vélez Sarsfield, según Ley Nro. 17.711). No otra conclusión cabe, habida cuenta que se trata de textos normativos que integran las reglas técnicas de la actividad de sentenciar²¹, pudiendo ser reconocidas a través de la facultad del órgano jurisdiccional de seleccionar el Derecho aplicable²².

V.1.4. Así, la aplicación lisa y llana del Código Civil de Vélez Sarsfield a sentencias dictadas bajo el Código Civil y Comercial hoy vigente (como se consigna en el Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew, de fecha 15.04.2015, en La Ley del 20.04.2015, pág.

11, cita online AR/JUR/3918/2015), por la sola razón de haber tramitado los litigios bajo el primero de los ordenamientos mencionados, implica una postergación de la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial sin bases legales, consagrando la regla de la aplicación diferida del Código Civil velezano después de su derogación lo cual constituiría una ultraactividad contraria a derecho.

V.1.5. En tales términos, cabe distinguir entre las normas que gobiernan el momento de la constitución y la extinción de una situación jurídica, de aquellas que refieren al contenido y las consecuencias, siendo que cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa²³, lo que no impide la aplicación de las normas del Código Civil hoy derogado, aunque sólo a los hechos ocurridos bajo su imperio, con excepción, tal como se dijo, de las normas dirigidas al juez al momento de sentenciar.

V.1.6. Se ha explicado que si el ad quem "revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme al artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, págs. 270 y ss. consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos"²⁴.

V.1.7. Así, las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta otra ley de orden público que determina su aplicación a los procesos en curso²⁵.

V.1.8. El artículo 1740 del CCC manda a reparar de modo pleno.

V.1.9. En función del sistema de fuentes adoptado por la el sistema normativo vigente (arts. 31 y 75 -inc. 22-, CN; art.1°, CCC), resulta significativo destacar, la protección constitucional del derecho de propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional) y su amparo en las convenciones internacionales con jerarquía supralegal que aluden al tema tratado (art. XII de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art.

17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer). Se considera entonces que la indemnización que se otorgue debe atender, primordialmente, al mantenimiento incólume del derecho de propiedad violado por el hecho ilícito, en cuanto produce un daño injusto.

V.1.10. El sistema normativo vigente dispone que el resarcimiento de los daños consistirá en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (art. 1740, CCC).

V.1.11. A los fines de la cuantificación debida deberá estarse al artículo 772, CCC, conforme la prueba producida en autos.

V.2. Costo de reparación: En cuanto al daño producido a la propiedad del actor en su calidad de usuario, atento no haber probado ser dueño del mismo, tal como se indico en el acápite de la legitimación activa, tendrá derecho al correspondiente resarcimiento. En efecto, ha sostenido nuestro más alto tribunal provincial en el caso "Procahska" que:

"El art. 1110 del CCiv. estatuye -refiriéndose a la reparación a que alude el art. 1109 del mismo ordenamiento- que "puede pedir esta reparación, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño o sus herederos, sino también el usufructuario o el usuario, si el daño irrogase perjuicio a su derecho". Vale decir que se acuerda el derecho a reclamar la indemnización a tres categorías bien definidas de sujetos: a) el propietario; b) el poseedor; y c) el usuario o usufructuario. conforme la doctrina jurisprudencial de la Corte Sup. es irrelevante la calificación explícita invocada en la demanda a los efectos del art. 1110 del CCiv. En este sentido, el alto tribunal ha dicho que:

"Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, al hacer lugar parcialmente a la demanda por indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, rechazó varios de los reclamos efectuados por el actor, entendiendo que éste no había probado ser titular del dominio del vehículo dañado. Ello así, pues asiste razón a dicha parte cuando afirma que no accionó solamente como propietario sino también como usuario del automotor habida cuenta que, de diversos párrafos del escrito de demanda resulta, inequívocamente, que el actor invocó estar frente al camión que conducía en la situación propia del usuario, aun cuando no la calificara así de modo explícito, lo que es irrelevante frente al deber de los jueces de aplicar el derecho a los hechos del caso" (Fallos: 305:650). En la misma línea se ha descartado que tal solución violente el principio de congruencia: "Es arbitraria la sentencia que consideró ajeno a los alcances del debate -daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito- el título de usuario del actor, pues tal interpretación aparece como la aplicación mecánica de un principio procesal fuera del ámbito que le es propio, toda vez que el material fáctico aportado -tanto en la demanda como en la contestación- exteriorizaba una diversa extensión del thema decidendum y, por esta vía, culmina en la frustración ritual del derecho de la actora a obtener la tutela jurisdiccional de su pretensión resarcitoria mediante el dictado de una sentencia que constituya la aplicación del derecho vigente a los ' hechos controvertidos'" (Fallos:310:171). Siguiendo esa doctrina, esta Corte ha sostenido, en caso análogo, que es arbitraria la sentencia dictada con los fundamentos ya cuestionados "por colisionar con el standard vinculado al exceso ritual manifiesto, standard que impide "la renuncia sustancial a la verdad que inequívocamente surge

de las actuaciones" ("Sanguinetti v.

Pedroza", A. y S. t. 98, ps. 111/115, voto del Dr. Barraguirre). La primera condición ha sido expresamente desechada por la Corte Sup. que, sin equívocos, ha expresado que esa única circunstancia "no es idónea para demostrar per se la ausencia de daño patrimonial alegado, toda vez que el daño se tradujo en las averías sufridas por el automotor, con independencia de las variadas formas en que pudieron gravitar en el patrimonio de una persona". Y agregó que: "de lo dicho se sigue que hacer depender la falta de demostración del perjuicio patrimonial alegado por el actor de la sola circunstancia de no haber probado el previo pago de la reparación de la cosa deteriorada, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, con adecuada referencia a los hechos comprobados de la causa." (sentencia de fecha 16/8/1979, in re "Castelli, Raúl L. v. Díaz, Eduardo P. y otra s/ Daños y perjuicios", causa C. 33, XVIII, consids.

4 y 5, Fallos: 301:685). Asimismo, in re "Villafañe, Oscar R. v. Adrover, Gerónimo O. s/ Daños y perjuicios", del 2/9/1986, causa V.327.XX). La frondosa jurisprudencia elaborada en torno al art. 1110 del CCiv. es muestra cabal, a mi juicio, de que el "usuario" previsto en esa norma es un status jurí dico que dista de ser unívoco; que presenta matices diferenciales según sean las situaciones de hecho que se ventilan en la causa; que, según sea el nexo que lo vincula con la cosa, puede estar más próximo o más lejano a ella -circunstancia que también incidiría a los efectos de la acreditación del perjuicio-; que, en muchos casos, roza la figura del poseedor; que, además, pueden ser diversos, atento las circunstancias referidas, los rubros indemnizatorios que, con respecto a él, pueden acogerse; etc. Pero, a la luz de la referida norma y de los principios generales que rigen en el ámbito indemnizatorio, el Juez no puede, escudándose en párametros más o menos generales, declinar el justo imperativo de verificar la efectiva existencia de un perjuicio, sino a riesgo de dejar un daño sin reparar²⁶. La jurisprudencia indicada resulta aplicable al artículo 1772 del CCC. La pericia formulada en autos, determinó como costo de reparación del inmueble (sinc onsiderar el techo) la suma de \$125.858; para repara el tejado, la suma de \$ 75.383; como costo de zinguería \$ 8.557; reparación por reemplazo de las alfombras de los dormitorios \$ 5.101. Así, determina que el costo de la reparación del inmueble asciende a la suma \$ 214.899 a la fecha de pericia. En consecuencia, se fija 26 Corte Sup. Just. Santa Fe, 27/07/1994: "Prochaska, Ladislao F. v. Meneghetti, Nélica R" Lexis N° 70010905. En igual sentido: Callegari, Domingo J. vs. Pizzi, Onofre s. Recurso de Inconstitucionalidad - Demanda ordinaria /// Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 15-02-2000; Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe; RC J 15010/09; en igual sentido:

Tribunal Superior de Justicia de Mendoza: "Monasterolo Marcelo R. y otro c/ Adrian Garrefa y otro Ordinario Recurso de Casacion" ("M" 61/01), 03/06/2003. WebRubinzal juac 23.7.r13.como indemnización por este rubro, la suma de doscientos catorce mil ochocientos noventa y nueve (\$ 214.899.-).

V.3. Indemnización de las consecuencias no patrimoniales: Pretenden, asimismo, resarcimiento por el daño moral, consecuencia no patrimonial en la terminología del CCyC) padecido en razón de los sufrimientos y molestas sufridos como consecuencia de los daños que se produjeron en el domicilio donde habitaban los actores, rubro que igualmente deberá prosperar pues no puede dudarse que ello ha comprometido las afecciones más íntimas de los accionantes. Ha de tenerse en cuenta al momento de considerar la reparación del daño moral, que "el principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la

índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima. también interesa la personalidad de la víctima y su receptividad particular"²⁷. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho, en relación al daño moral que "A fin de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste"²⁸; "procede el resarcimiento del daño moral sufrido, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado, en las circunstancias del caso, por la sola realización del hecho dañoso de que se trata y su particular naturaleza, así como la índole de los derechos comprometidos. A fin de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos 308:698; 318:1598; 321:1117, entre otros),"²⁹. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, ha entendido, asimismo que "Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial existen diversos criterios en orden a la necesidad de la prueba del daño moral. Así, hay quienes efectúan distingos según se trate de daño moral derivado de hechos ilícitos o de un incumplimiento obligacional.

También están los que entienden que el daño moral no requiere prueba específica alguna, debiendo tenérselo por presumido por el sólo hecho de la acción antijurídica. Advierte Mosset Iturraspe que ello se explica por cuanto de ciertos ilícitos que dañan a la persona causando un perjuicio en su cuerpo o en su psique, en la salud o integridad física, en su honor, o en su libertad de movimientos, se deduce el sufrimiento moral; lo que no sucede en los casos de que lo dañado sean cosas o bienes, en los que hay que probar el menoscabo espiritual. Añade el citado autor que la presunción para algunos es absoluta o irrefragable, mientras que para la mayoría -entre la que se enrola decididamente- es "iuris tantum", es decir, salvo prueba en contrario. Por lo demás, existen quienes estiman que la prueba del daño moral pesa forzosamente sobre el damnificado, no siendo necesario aportar prueba directa, sino que a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse de ésta la existencia del daño moral. Cuestión ésta -vale destacar- que si bien se advierte nítidamente cuando el bien jurídico afectado de cuya lesión deriva el daño moral es la integridad física o moral de una persona, no sucede lo propio en algunos otros supuestos, en los que el actor deberá extremar los recaudos probatorios (Doctrina: Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por 2912/06/2007 "Serradilla c/Provincia de Mendoza Lexis N° 35010960. daños", t. V, 1999, Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 235/242; Pizarro, Ramón D. "Daño moral", 2004, Ed. Hammurabi, ps. 622/63)"³⁰. "Sobre el criterio de cuantificar el daño moral en una relación porcentual con el daño material, -como ha dicho con acierto el Alto tribunal de la Nación- el daño moral no tiene necesariamente que guardar relación con el material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (citas: Corte Sup., Fallos 311:1018; 312:1597; 316:2774 y 2894; 318:1598 y 2002; 320:536; 321:1117)"³¹.

V.3.1. Finalmente cabe destacar que el artículo 1.714 manda indemnizar "ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Además, ha de estarse a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto determinó que ha de tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho³², la entidad del sufrimiento, la índole del hecho ilícito el carácter resarcitorio de la indemnización y que -como se dijo- no debe guardar necesariamente relación con el daño material, dado que no es un accesorio de éste³³. Tal como expresa Galdós³⁴, las ahora

llamadas satisfacciones sustitutivas y compensatorias constituyen no el precio del dolor, sino el precio del consuelo que procura mitigar el dolor de la víctima a través de bienes deleitables. Para ello, obviamente ha de tenerse en consideración la dimensión del dolor padecido por la víctima.

V.3.2. Por lo ello, cual en virtud de las condiciones personales de las víctima, las características que revistió el hecho ilícito, los padecimientos derivados de la imposibilidad del uso regular de la propiedad. En este aspecto, debemos recordar que el derecho a una vivienda digna adquiere la calidad de Derecho Humano. En efecto, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"; y el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que: "Toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuadas y una mejora continuada de las condiciones de existencia.". A fuer de las declaraciones de los testigos, debemos concluir en que la actividad comercial riesgosa que causó el daño probado en estos actuados a la casa donde residían los actores afectó la dignidad que revestía originariamente la vivienda, tal como además puede apreciarse en las fotografías de autos. Así conforme las previsiones de los artículos 1738, 1740, y 1741 del Código Civil y Comercial, y artículo 245 del CPCCSF, se fija como indemnización: Valiente, Guillermo Ariel: la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-); Sito, Claudia Celina: la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-); Valiente, María Julia; Valiente, María Gabriela; Valiente, María Laura; Valiente, José Ciriaco y Valiente, María del Pilar, la suma de pesos veinte mil (\$20.000), para cada uno de ellos.

V.4. Así, el monto total de condena, para todos los actores asciende a la suma de \$414.899. Debe destacarse que el monto de condena supera el límite de cobertura denunciado por la aseguradora, el cual nunca fue cuestionado ni por la actora ni por la asegurada, por lo cual la citada responderá en el límite del seguro. Así en relación a los daños materiales la aseguradora se hará cargo de la condena hasta dicho tope, y con la franquicia pactada consistente en el 5% de \$ 100.000. Finalmente cabe destacar que no se hallan comprendidos los intereses, ni costas en los límites referidos. En este punto, debe recordarse lo decidido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: ". la imposibilidad - bajo ningún aspecto - de que la condena pecuniaria hecha extensiva a la aseguradora superase (a su respecto) el límite establecido por la suma asegurada viola claramente lo dispuesto en los arts. 109, 110 y 111 de la Ley 17.418, habida cuenta el rol concretamente asumido por la citada en garantía en el proceso (vgr. oposición a la pretensión de los actores requiriendo el rechazo de la demanda, sin efectuar depósito alguno de la suma asegurada ... Así, el asegurador compareció a la litis, asumió su defensa, a la par del asegurado - y no efectuó depósito alguno de la suma asegurada y del importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento, sin dejar la dirección exclusiva de la causa al asegurado y manifestando oposición a la pretensión de las accionantes; luego no es posible proclamar la liberación de su obligación respecto de los gastos y costas del proceso (conf. Art 110 Ley 17.418), debiéndose entender - tal como lo considera el recurrente - que los intereses deben ser considerados como parte integrante de la noción de gastos que da cuenta el art. 111 de la Ley 17.418 (Conf. C.N.Civ. Sala C, sent. Del 8-III-1976. "El Derecho", 67-352; C.N. Civ. Y Com. Fed. Sala 2°, sent. Del 12-IX-1996; y jurisprudencia citada en Amadeo, José Luis, "Compendios de Jurisprudencia: Ley 17.418 de Seguros anotada", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pag. 197 y ss, entre otros). Que más allá

de la suma asegurada, se observa una obligación complementaria de asegurador que comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero (arg. Arts. 109, 110, 111, Ley 17.418; conf. Stiglitz Rubén "Derecho de Seguros", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 2° Edic.

Actualizada, Tomo II, pag. 255/257; Haperín Isaac, "Seguros", Depalma, Buenos Aires, 2001, 3° edic., actualizada y ampliada, por Barbato Nicolás, pag.

650, 703), la que, por un lado, atento su fuente legal, imperativa, no resulta susceptible de limitación convencional, tornándose nula toda cláusula de la póliza de seguros por medio de la cual se pretenda retacear la extensión de dicha adicional carga de la aseguradora. si bien, también tiene dicho esta Corte que la obligación de la aseguradora no puede exceder la suma asegurada, aunque la indemnización que deba pagar el asegurado la supere... dicho límite contenido en la póliza de seguros respectiva no puede incluir las sumas que deban abonarse como gastos y costas judiciales por el proceso (arts. 61, 62, 109, 110, 111, 118 y ccetes. Ley 17.418),; solución que posee suficiente sostén axiológico, pues de otra forma, la prolongación del proceso perjudicaría siempre al asegurado."35.

VI. Intereses De conformidad con lo dispuesto por el art. 1747 del Código Civil y Comercial, y lo peticionado por las partes corresponde determinar la tasa de interés que operará como reparadora del daño moratorio.

VI.1. Recordemos que "el interés moratorio constituye la forma específica de indemnización por el atraso en el pago de una obligación pecuniaria, o sea que, en principio reemplaza a los daños y perjuicios que corresponden en el caso de incumplimiento de otras clases de obligaciones"36.

VI.2. En tal sentido ha dicho la jurisprudencia:

35 SCJBA, Acuerdo N° 2078, 04/11/09, autos:"Labaronnie Osvaldo y O c/Madeo Leonardo y O s/Daños y Perjuicios".

"Los intereses deben computarse desde la fecha del hecho, porque en la responsabilidad extracontractual la mora se produce en el mismo momento del evento dañoso. Por ello los intereses deben calcularse desde allí"37; VI.3. El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1746 adopta el método de capital humano, que expresan las fórmulas Vuoto o Marshall (conf. Acciarri, H.A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", Revista La Ley del 15/7/2015), lo cual, si bien no resulta excluyente, ,servirá como pauta orientadora al juzgador, quien podrá asimismo ponderar las circunstancias personales a los fines de que la reparación del daño sea plena.- VI.4. La modificación de los montos indemnizatorios que de ello se derive, determina la necesidad de revisar la tasa de interés aplicada.- VI.5. Conforme lo dispuesto por el art. 1740 CCCN, en la búsqueda del valor justicia, es deber de los jueces tender a lograr en sus sentencias que la reparación sea plena, sin que ello permita deban desentenderse del resultado económico de los pronunciamientos que dictan.- VI.6. Por lo demás, no debe soslayarse que con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación , la facultad de los jueces de fijar la tasa de interés moratoria en los procesos judiciales , resulta menguada al remitir en el art. 768 inc. c) a la reglamentación del Banco Central de la República Argentina, la cual al momento no ha sido dictada.- VI.7. Sentado lo expuesto, debe recordarse que los jueces no deben desentenderse de las consecuencias patrimoniales de sus sentencias, así como

también que los mecanismos de actualización o la aplicación de tasas de interés solo constituyen arbitrios tendientes a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento, toda vez que si ello no operase así, el resultado se tornaría injusto objetivamente y debe ser dejado de lado, en tanto la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas.

VI.8. De conformidad con lo expresado, y ponderando los valores indemnizatorios fijados en esta sentencia, se aprecia que mantener la tasa de interés que usualmente fijaba este Tribunal, importaría, en este caso concreto, un enriquecimiento injustificado en favor del acreedor, lo que nos lleva a revisar la tasa mixta hasta ahora aplicada, y fijarla en el 8 % anual, para valores a la fecha de sentencia. En consecuencia, se fijan las siguientes tasas de interés: a) desde la fecha del hecho (arg. art.1748, CCC) y hasta el plazo para el pago determinado en esta sentencia, el interés aplicable será, del 8 % anual; b) Para el rubro "costo de Reparación": Desde la fecha del hecho y hasta la fecha de pericia, si fija un interés del 8% anual, y desde la fecha de pericia hasta el plazo para el pago determinado en esta sentencia, se fija un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual efectiva para descuento de documentos a treinta días); c) desde el vencimiento de dichos plazos y hasta su efectivo pago, el capital puro de condena devengará un interés punitorio equivalente al doble de la tasa promedio entre la tasa activa (promedio mensual efectiva para descuento de documentos a treinta días) y la tasa pasiva (promedio mensual efectivo para plazo fijo a treinta días según índice diarios) sumada, conforme índices del Nuevo Banco de Santa Fe SA.

Esta misma tasa será aplicable a los gastos realizados dentro de estos actuados, desde la fecha en que cada erogación fue realizada.

VII: Costas. En estos obrados, de conformidad con su resultado, las costas, serán soportadas por la vencida (art. 251 CPCCSF).

Por todo lo expuesto, normas legales citadas, y actuaciones que se tienen a la vista:

El Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual número Seis de la ciudad de Rosario: RESUELVE :

1. Hacer lugar a la demanda instaurada en autos y, en consecuencia, condenar: 1) al sr. el Sr. Haimovich, Jorge Mario (DNI 7.624.286) y 2) Al Fideicomiso Edificio Balcarce 320 para que en el término perentorio de diez días, abone, con más los intereses explicitados en los considerandos a:1) Valiente, Guillermo Ariel (DNI 14.081.729), la suma de pesos doscientos sesenta y cuatro mil ochocientos noventa y nueve (\$264.899); 2) Sito, Claudia Celina (DNI 14.803.540): la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-); 3) Valiente, María Julia (DNI 33.562.074), Valiente, María Gabriela (DNI 34.420.381), Valiente, María Laura (DNI 34.420.382), Valiente, José Ciriaco (DNI 39.052.810) y Valiente, María del Pilar (DNI 39.951.206), la suma de pesos veinte mil (\$20.000) a cada uno de ellos.

2. Imponer las costas del pleito conforme lo expresado en los considerandos.

3. Hacer extensivos los efectos de esta sentencia a la aseguradora citada en garantía Berkley International Seguros S.A.

4. Los honorarios de los profesionales intervinientes en autos serán regulados, oportunamente, por el sr. Juez de Trámite mediante auto separado. A la aplicación del artículo 730 CCC,

difiérase para su oportunidad.

5. No encontrándose presentes las partes para la lectura de la sentencia, notifíquese la por cédula. Insértese, Déjese copia y notifíquese. Autos: "DIEL, JORGE ENRIQUE C/BLAZKA, JORGE ALBERTO y otros S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expediente CUIJ N° 21-00192161-1.

DR. HORACIO ALLENDE RUBINO

JUEZ

DRA. ANALIA N MAZZA DR.IGNACIO V. AGUIRRE

JUEZ JUEZ

Dr. MARIANO NOVELLI Secretario El Dr. Horacio L. Allende Rubino por sus fundamentos, en cuanto a los intereses: En relación a los intereses fijados en autos, entiendo que ha de seguirse los parámetros fijados por la Alzada³⁹, en razón de constituirse la fijación de una tasa pura de interés en doctrina legal. En efecto, derogado el artículo 622 del Código Velezano, el artículo 768 del CCC ha quitado a los jueces la facultad de fijar intereses moratorios que no hubieren sido pactados por las partes, fijados en leyes especiales, o determinados por el BCRA específicamente para el caso de litigio judicial. De manera tal que, la fijación de los intereses ha dejado de ser una cuestión de "hecho", como venía sosteniendo la jurisprudencia en general, y en ese mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe⁴⁰, para constituirse en una cuestión de "derecho", dado que las tasas de interés moratorio, en defecto de acuerdo de partes solo puede ser determinada por la ley.

Ahora bien, dado que el BCRA no ha fijado tasa alguna, y que no existe ley especial que la determine para estos casos, los jueces deben fijarlos (por imperio del artículo 3° del CCC). Consecuentemente la determinación de la tasa pura por parte de la Alzada, para deudas de valor fijadas a la fecha de la sentencia, se constituye en doctrina legal porque subsana la falta de cumplimiento por parte del BCRA de la manda del artículo 76 8 inciso c) del CCC. Siendo pues doctrina legal, obliga a estos jueces (art. 42 de la ley 10.160). En consecuencia, se fijan las siguientes tasas de interés: a) desde la fecha del hecho (arg. art. 1748, CCC) y hasta el plazo para el pago del monto derivado de esta sentencia, el interés aplicable será, del 8 % anual; b) Para el rubro "costo de Reparación", atento haberse determinado el monto a la fecha del hecho, desde esa fecha y hasta la fecha de su efectivo pago, se fija un interés equivalente a la tasa activa promedio mensual efectiva para descuento de documentos a treinta días sumada, conforme índices del Nuevo Banco de Santa Fe SA; c) desde el vencimiento de dichos plazos y hasta su efectivo pago, el capital puro de condena devengará un interés punitivo equivalente al doble de la tasa promedio entre la tasa activa (promedio mensual efectiva para descuento de documentos a treinta días) y la 40 in re: "ECHEIRE, Pilar contra MACHADO, Marcelo y otros -Daños y perjuicios- (Expte. 105/10)" (Expte. C.S.J. Nro 482, año 2010). A y S t 241 p 143-146.

tasa pasiva (promedio mensual efectivo para plazo fijo a treinta días según índice diarios) sumada, conforme índices del Nuevo Banco de Santa Fe SA.

Esta misma tasa será aplicable a los gastos realizados dentro de estos actuados, desde la fecha en que cada erogación fue realizada.

DR. HORACIO ALLENDE RUBINO

JUEZ