

Obra En Construccion Edificio Lindero Danos En La Propiedad

JURISPRUDENCIA

Obra en construcción. Edificio lindero. Daños en la propiedad

Se confirma la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda en la que se reclama por los daños y perjuicios que sufriera el actor como consecuencia de la construcción de un edificio lindero a su propiedad. En Buenos Aires, a los días del mes de junio de 2019 hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "Contento, Pablo Javier c/ Rivadavia Park S.A. y otros Daños y Perjuicios derivados de la vecindad- ordinario?, y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo: I.- La sentencia de primera instancia que obra a fs. 485/502, rechazó las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción interpuestas por Rivadavia Park S.A., Miguel Alejandro Wajnsztok, con costas; asimismo, rechazó las excepciones de no seguro y de caducidad de cobertura opuestas por Federación Patronal Seguros S.A., con costas, e hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por Pablo Javier Contento contra Rivadavia Park S.A. y Miguel Alejandro Wajnsztok, a quienes condenó a abonarle al actor la suma de \$99.600, con más intereses y las costas del proceso e hizo extensiva la condena respecto de SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. y Federación Patronal Seguros S.A. Contra dicho pronunciamiento se alzaron SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., cuya memoria luce a fs. 562/564 y mereciera la respuesta del actor de fs. 598/599; Rivadavia Park S.A., cuyas quejas obran a fs. 566/571, las que fueran respondidas a fs.600/603, también por el actor; Miguel Alejandro Wajnsztok, quien hizo lo propio a fs. 572/577, contestadas a fs. 590/593 y Federación Patronal Seguros S.A., la que elevó sus críticas a fs. 578/588, las que merecieron la respuesta de fs. 594/597. II.- El proceso se origina con motivo de los daños y perjuicios que el actor dice haber sufrido como consecuencia de la construcción de un edificio lindero a su propiedad, con domicilio en Rivadavia ... de esta ciudad, que comenzó a fines de 2012. Refirió que el 10 de junio de 2013 comenzó a notar en la pared lindera a la obra daños, grietas de piso a techo de la pared de tres habitaciones y en el cielo raso, así como descomposición de la madera del piso contiguo a la medianera. Ante tal situación, habló con el encargado de la obra y tras comentarle lo sucedido, subió a la propiedad a observar los daños y tomar fotografías a fin de hacérselas llegar al arquitecto de la obra. Le dijeron que se comunicarían en 15 días, sin embargo, nadie lo contactó por lo que nuevamente se acercó a la obra para intentar hablar con el arquitecto, lo que no fue posible. Frente a ello solicitó la intervención del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por lo que a fines de junio de 2013 realizó el reclamo para evaluar los daños y asegurarse de que no existiera peligro de derrumbe y el 3 de julio de 2013 un profesional del Gobierno de la Ciudad se apersonó para realizar las pericias, pero como no se encontraba en el domicilio fue imposible. A mediados del mismo mes otro profesional de turno de la Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires concurrió a su domicilio a fin de efectuar la correspondiente pericia, constatando que las aberturas coincidían con los típicos movimientos realizados por el socavamiento del suelo, pero que no había peligro de derrumbe. Las grietas eran cada vez mayores y cuando llovía éstas se humedecían y se descascaraba la pared, lo que hacía de su casa un ambiente tóxico, motivo por el cual se vio obligado a mudarse. Así, desde febrero de 2014 se domicilia en Quintino Bocayuva 291, piso 1°, departamento C, de esta ciudad, propiedad que debió alquilar dada la imposibilidad de continuar habitando su propiedad como consecuencia de los daños causados por la obra lindera.- Señala que luego de reiterados intentos infructuosos de localizar al arquitecto o ingeniero de obra, el 16 de octubre de 2013 contrató a un arquitecto para que realice un informe pericial en su domicilio y le detalle los trabajos a efectuar en concepto de reparaciones y el presupuesto de las mismas. El 9 de noviembre, envió una carta documento denunciando e intimando al Sr. Miguel A. Wajnsztok y al Sr. Ariel Fridman, arquitecto e ingeniero de la obra, respectivamente, a la reparación integral de los daños y perjuicios causados en su propiedad. La misiva dirigida al Sr. Fridman es respondida por Rivadavia Park S.A. con fecha 18, por medio de la que niega y rechaza los daños denunciados e informa que enviará a un arquitecto a fin de efectuar el relevamiento de la pared lindera, lo que no sucedió, por lo que tuvo que cursar una nueva intimación con fecha 27 de noviembre, que también es contestada por Rivadavia Park S.A. proponiendo una nueva fecha de constatación. A fines de diciembre de 2013 comparece el arquitecto Miguel A. Wajnsztok, enviado por Rivadavia Park S.A., quien tomó fotografías de los daños y concluyó que los mismos eran producto de la obra lindera. Ante el silencio, procedió a iniciar los trámites de mediación privada, la que concluyó sin acuerdo. SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., reconoce la existencia de una póliza n°... de responsabilidad civil cuyo asegurado es Rivadavia Park S.A., y niega que los daños descriptos hayan sido causados por la obra lindera al edificio del actor. Rivadavia Park S.A., dedujo la excepción de falta de legitimación pasiva como defensa de fondo toda vez que no ha llevado adelante el proyecto, ni la dirección de obra, ni la construcción de la misma, sino que resulta ser la dueña del inmueble. Asimismo, planteó excepción de prescripción con fundamento en que el actor detectó los daños en

noviembre de 2012 y citó a mediación prejudicial en diciembre de 2013, la que se cerró en marzo de 2014, y las actuaciones se iniciaron en junio de 2015 por lo que a su entender habría transcurrido el plazo de prescripción. Miguel Alejandro Wajnszok adhiere en todas sus partes a la contestación efectuada por Rivadavia Park S.A. y articuló la excepción de falta de legitimación pasiva, cuanto refiere que es de profesión arquitecto y que no reviste calidad de constructor, por lo que no puede ser considerado responsable por los daños sufridos a raíz de la construcción de obra llevada a cabo por la empresa constructora. Federación Patronal Seguros S.A. dedujo la excepción de falta de legitimación pasiva por inexistencia de seguro, ya que el contrato de seguro celebrado con el codemandado Wajnszok tenía vigencia desde el 20 de mayo de 2013 hasta el 20 de mayo de 2014, con modalidad denominada "base de reclamos o claims made", mediante la cual se amparaba el riesgo de responsabilidad civil profesional. Señala que los hechos objeto de la presente litis ocurrieron a fines de 2012, fecha en la cual el codemandado no se encontraba asegurado. En forma subsidiaria opone excepción de caducidad de cobertura por inexistencia de denuncia ya que afirma que su asegurado jamás denunció los hechos objeto de la litis, carga que se encontraba en su cabeza. III.- El Sr. Juez de grado, desestimó la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Rivadavia Park S.A., que fundó en el hecho de ser la dueña del inmueble y no haber llevado adelante el proyecto, dirección ni la construcción de la obra. Para así decidir, entendió que Rivadavia Park S.A. se limitó únicamente a negar su calidad de constructora y directora de obra, indicando que en carácter de dueña del edificio encomendó a los profesionales y empresas que contrató el proyecto, la dirección y construcción de la obra, pero omitió nombrar e individualizar quiénes fueron los contratados y no acompañó los contratos suscriptos con los aludidos profesionales y empresas. También consideró la póliza n° ?, que la tuvo a Rivadavia Park S.A. como asegurada por responsabilidad civil derivada de la excavación y construcción del edificio sito en Avda. Rivadavia 3641/45/53 de esta ciudad, y que fue esta sociedad la que, por medio de su apoderado, contestó la carta documento n°40225493, que estaba dirigida al Sr. Ariel Fridman, de la que surge que esa empresa informó la fecha en que el arquitecto se apersonaría en el inmueble del accionante a fin de efectuar un relevamiento de la pared lindera, y que posteriormente, por carta documento del 2 de diciembre de 2013 se disculpaba porque "el arquitecto de la empresa" no pudo comparecer en la fecha acordada. La aludida sociedad se agravia por ello, sobre la base de dos argumentos, a mi modo de ver, irrelevantes, que muy lejos están de rebatir las razones en las que el a quo fundó el rechazo de la defensa. Uno de ellos es una reiteración de lo expuesto al responder la demanda y se refiere a que siendo la dueña del inmueble no llevó adelante el proyecto, la dirección, ni la construcción de la obra. El otro se limita a sostener que el hecho de haber contestado una carta documento dirigida a Ariel Fridman no le atribuye responsabilidad. Esta sala ha sostenido reiteradamente que para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, el planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenten, se analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Ello no significa ingresar en un ámbito de pátrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad, y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estiman configurados según el análisis -que debe hacerse- de la sentencia apelada (esta sala, 11/2013 "Gini, Marcela Alejandra c/ Ponce, Jorge Gustavo y otro s/ daños y perjuicios", L. 629.142; 20/5/2013, "Ávila, Gustavo José c/ Transporte Automotor Plaza SACI y otros s/ Daños y perjuicios" L. 616.334"; ídem, 8/2/2013, "Abraham, Christian Walter c/ Rodríguez, Diego Cristian y otros s/ Desalojo por vencimiento de contrato" L. 604.274; entre muchos otros). En su escrito, el apelante debe examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el ad quem, dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio. Luego de analizar la pieza presentada por la recurrente, no puedo menos que concluir en que, en lo atinente a la defensa en cuestión, no cumple con los requisitos de suficiencia técnica exigidos por los arts. 265 y 266 del CPCCN, pues no deja constituir un mero desacuerdo con lo decidido acerca del rechazo de la defensa, sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos tenidos en cuenta por el magistrado de grado. En efecto, trató de escapar del alcance de esta acción articulando esta defensa, desplazando una eventual responsabilidad que podría caberle, en cabeza de profesionales y empresas que contrató para hacer el proyecto, la dirección y construcción de la obra, pero que, como bien lo señaló el Sr. juez de la instancia de grado, omitió en todo momento nombrar e individualizar, y mucho menos acompañó los contratos que habría suscripto con ellos. Luego respondió una misiva dirigida al Sr. Ariel Fridman, ingeniero de la obra, fijando fecha de inspección de la propiedad del actor, y posteriormente otra en la que se disculpa porque el "arquitecto de la empresa" no pudo concurrir. Si a ello se suma la existencia de la póliza de seguro que la tiene como asegurada por responsabilidad civil derivada de la excavación y construcción del edificio sito en Avda. Rivadavia 3641/45/53 de esta ciudad, no puedo sino presumir y con alto grado de certeza, que Rivadavia Park S.A. llevó adelante las tareas de construcción en Avda. Rivadavia 3641/45/53, por lo que propondré al acuerdo que se declare la deserción del recurso en examen y la confirmación de lo decidido en la sentencia de grado en este punto. La sentencia también desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por el codemandado Miguel Alejandro

Wajnsztoł, quien refiri3 ejercer la profesi3n de arquitecto en forma independiente, en consideraci3n a que su propio letrado apoderado present3 copia de los planos de la obra en construcci3n, de los que se desprende que el proyecto y direcci3n de la misma se encontraba a su cargo, as3 como tambi3n el hecho de revestir el car3cter de constructor y ejecutor estructural. Nuevamente en esta ocasi3n, considero que los agravios de esta parte son irrelevantes, m3xime cuando de su propio texto surge el reconocimiento expreso de su calidad de director de la obra, se3alando que el hecho invocado en la sentencia respecto de los planos no le atribuye responsabilidad. Por ello propondr3 al acuerdo que se declare la deserci3n del recurso y la confirmaci3n de la sentencia en lo que refiere a esta defensa. IV.- Corresponde ahora tratar los agravios referidos al rechazo de las excepciones de prescripci3n deducidas por Rivadavia Park S.A. y el codemandado Wajnsztoł. Se3ala la empresa codemandada que el actor comenz3 a detectar los da3os en noviembre de 2012 y cit3 a mediaci3n prejudicial en diciembre de 2013, la que finaliz3 en marzo de 2014. Posteriormente, en junio de 2015 se iniciaron las presentes actuaciones. Consecuentemente, sostiene que la acci3n se encuentra prescripta, puesto que el plazo comenz3 a correr en la primera fecha se3alada.- Dicho ello, es del caso se3alar que toda vez que la prescripci3n supone necesariamente el transcurso de un cierto per3odo de tiempo, existir3 siempre un momento que le sirve de punto de partida. En el caso, trat3ndose de una prescripci3n liberatoria o extintiva, la misma se funda en la inacci3n del acreedor y su curso comenzar3 a correr desde que ha nacido la acci3n, pues es en raz3n de su duraci3n que la ley la declara extinguida. Desde esta perspectiva, advierto que el actor tom3 conocimiento de los da3os en su propiedad el 10 de junio de 2013, seg3n surge del escrito de demanda y as3 lo reconocen los incidentistas en sus respectivas memorias, de modo que si la acci3n se inici3 el 4 de junio de 2015, claramente el plazo para que opere la prescripci3n no hab3a transcurrido a3n, m3xime si se tiene en cuenta el plazo por el cual estuvo suspendido en raz3n de la instancia prejudicial de mediaci3n. Siendo ello as3, corresponde desestimar los agravios y confirmar la sentencia en este aspecto, lo que as3 propondr3 al acuerdo. V.- La sentencia tambi3n desestim3 la excepci3n de falta de legitimaci3n pasiva opuesta por la citada en garant3a Federaci3n Patronal Seguros S.A., fundada en la inexistencia del seguro, alegando que la p3liza que instrumenta el contrato de seguro por responsabilidad civil profesional celebrado con el codemandado Wajnsztoł ten3a vigencia desde el 20 de mayo de 2013 hasta el 20 de mayo de 2014, por lo que entiende que al momento en que ocurrieron los hechos la p3liza no se encontraba vigente.- Para as3 decidir el sentenciante consider3 que toda vez que los da3os en la propiedad del actor comenzaron del 10 de junio de 2013, independientemente de que los trabajos en la obra lindera iniciaran a fines de 2012, los mismos ocurrieron durante la vigencia del contrato de seguro. En sus agravios la citada en garant3a manifiesta haber celebrado con Wajnsztoł un contrato de seguro con la modalidad denominada "Base reclamos o Claims Made" mediante la que se amparaba el riesgo de responsabilidad civil del codemandado en su car3cter de arquitecto matriculado y reitera que, contrariamente a lo dispuesto en la sentencia, no cubr3a el evento ventilado en autos toda vez que al momento del inicio de la obra, fines de 2012, no exist3a contrato celebrado con el Sr. Wajnsztoł, ya que contrat3 una p3liza de seguros reci3n en el a3o 2013, con vigencia entre el 20 de mayo de ese a3o y el 20 de mayo de 2014. Adem3s entiende que m3s all3 de la modalidad pactada en la que se establece un per3odo de retroactividad, la actora no ha demostrado que los perjuicios mencionados se hayan producido durante el per3odo de vigencia de la p3liza y menos a3n durante el per3odo de retroactividad, por lo que entiende que no existe responsabilidad asegurativa. Las cl3usulas "Claims Made" disponen que la cobertura ampara los eventos ocurridos durante el plazo de vigencia de la p3liza, siempre que el "reclamo" se efect3e dentro de ese mismo per3odo. En algunas hip3tesis se agrega un a3o o cinco a3os posteriores a partir de la finalizaci3n del plazo de la p3liza (Conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Contrato de seguro: La cl3usula "Claims made" LL, 1998-C, 1174). Tales cl3usulas son propias de los contratos de responsabilidad civil y se denominan as3 en oposici3n a las coberturas "per occurrence?". Los seguros de responsabilidad civil se iniciaron sobre la base de ocurrencia, o sea que el asegurador responde de los perjuicios causados por el hecho generador de la responsabilidad civil al asegurado, cuando tal hecho sucede durante la vigencia de la p3liza. Esta situaci3n produjo problemas para los aseguradores y para los asegurados en el caso de los llamados seguros de cola larga, generalmente de responsabilidad civil general, responsabilidad civil profesional y por da3o ambiental, caracterizados por el largo per3odo durante el cual los aseguradores deben constituir reservas por siniestros ocurridos pero no reportados. Precisamente las cl3usulas "claims made" fueron instauradas pensando esencialmente en la necesidad de enfrentar los efectos de los denominados siniestros tard3os, es decir, supuestos en los que el da3o del tercero se produce o manifiesta con posterioridad a la acci3n u omisi3n del responsable de la que tal da3o deriva, pudiendo a su vez transcurrir largos per3odos de tiempo entre la manifestaci3n del da3o, y el reclamo del tercero perjudicado (Conf. Czernizer, Diego G; Wierzba, Sandra M. La cl3usula "Claims Made" en los seguros contra responsabilidad m3dica: la experiencia argentina, RCyS 2002, 296). La p3liza Claims Made, no s3lo debe estar vigente a la fecha de ocurrencia del incidente, sino que debe estarlo tambi3n a la de interposici3n del reclamo por parte del tercero; o bien, si la cobertura no se ha renovado, el asegurado debe haber contratado un per3odo extendido de denuncia. O sea que la cl3usula "claims made" requiere que el siniestro se produzca durante la vigencia de la p3liza, pero adem3s exige que el "reclamo" tambi3n se efect3e durante la vigencia del seguro, o en algunos casos hasta uno o dos a3os despu3s de

finalizada la vigencia. Por tanto, los hechos dañosos ocurridos durante los plazos de cobertura de la pólizas, pero reclamados después de su vigencia y antes que se produzca la prescripción, tendrían como único responsable al asegurado. Se ha dicho que esta cláusula es abusiva pues desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. En el seguro de responsabilidad civil, la obligación del asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la responsabilidad civil operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual, y la obligación del asegurador se agota una vez satisfecho el crédito del damnificado. Limitar en el tiempo la garantía asegurativa, condicionándola a que el damnificado concrete un reclamo durante la vigencia del contrato o dentro del año siguiente a su finalización, importa una supresión materialmente ilícita de la obligación del asegurador o, desde la perspectiva inversa, la abusiva eliminación de los derechos del asegurado (Conf. Stiglitz, Rubén "Seguro contra la Responsabilidad Civil en el MERCOSUR y control del Estado sobre las condiciones generales de póliza", LL, 1996-I-914).

La principal consecuencia de esta cláusula es desproteger a los asegurados, puesto que el profesional que contrató esta póliza, muy posiblemente haya cumplido absolutamente con todas las prestaciones a su cargo como pagar la prima; realizar la denuncia del siniestro; etcétera, pero a pesar de haber actuado de acuerdo a Derecho, puede ser que no tenga la protección de la póliza contratada porque el reclamo fue realizado fuera de los plazos fatales, decididos por la propia aseguradora. Por lo tanto, se produce la paradoja de que la validez concreta de la póliza depende del hecho de un tercero (el plazo en que la víctima realiza el reclamo). La cláusula claims made es una nefasta incorporación contractual en la póliza de seguros de responsabilidad civil, especialmente de profesionales. Los jueces deberían fulminarla de nulidad, dado que desnaturaliza la finalidad propia del seguro. Para mantener la seguridad jurídica, la confianza de la sociedad en los seguros, y por cuestiones éticas y económicas, las compañías de seguros deberían dejar de utilizar las cláusulas claims made (Conf. Sobrino, Augusto R., Derecho de seguros: La cláusula "claims made" (Una peligrosa inclusión en las pólizas de responsabilidad civil), JA 1996-I-790). En análogo sentido se ha dicho que este mecanismo desde el punto de vista jurídico, conduce a sostener la ilicitud de este tipo de cláusulas, porque se hace depender el derecho del asegurado de la inacción de un tercero (la víctima) a cuyo accionar resulta ajeno. Asimismo, la tardanza del tercero damnificado en accionar no modifica el riesgo asumido originariamente, que consiste en mantener indemne al asegurado por cuanto deba a ese tercero. Además, altera la esencia del seguro de la responsabilidad civil, que promete mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero "a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido", sin indicar límites temporales respecto del asegurado. Por otra parte, normalmente importará una abreviación del plazo de prescripción, prohibida por el art 59, LS. Con este tipo de cobertura se intenta erigir el reclamo en riesgo, lo que encierra un profundo error. El reclamo sólo es un instrumento de una pretensión que se comunica y se hace valer ante el deudor, pero carece de aptitud ontológica para erigirse en riesgo. Éste en el seguro de la responsabilidad civil, consiste en convertirse en sujeto pasivo de una deuda de responsabilidad y no en la posibilidad de recibir un reclamo del tercero. La lógica interna de la cláusula lleva a que el asegurado tenga que tomar otra póliza, con el mismo asegurador, para poder seguir cubriendo su responsabilidad luego de vencido el plazo habilitante de los reclamos, con lo queda cautivo del asegurador (Conf. Barbato, Nicolás H.; Halperin, Isaac, Seguros, Editorial: Depalma, Edición: 2001, Abeledo Perrot On line). Pretende confundir la delimitación del riesgo que hace al elemento objeto del contrato de seguro con los efectos de éste que se verifican en la etapa funcional (duración de la garantía asegurativa). Implica una cláusula abusiva, al ampliar los derechos del predisponente asegurador y restringir los del asegurado (art. 37 inc. a de la ley 24240), por lo que debe tenerse por no convenida. Importa una infracción a un derecho garantido constitucionalmente, como lo es la protección de los derechos económicos (art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica) y de los intereses económicos de los consumidores (art. 42 de la Constitución Nacional) (Conf. Compiani, M. Fabiana, Actualidad en el seguro de mala praxis médica, JA 2006-IV-982). Es una cláusula abusiva en tanto al apartarse de la definición legal, limita temporalmente la garantía asegurativa, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Se genera así una desnaturalización de las obligaciones que, en lo que al asegurador se refiere, deben extenderse al débito de responsabilidad del asegurado por hechos acaecidos durante la vigencia del contrato de seguro, con abstracción de la oportunidad en que el damnificado concrete su pretensión resarcitoria. Por ello, la cláusula "claims made" deberá tenérsela por no convenida, o lo que es lo mismo, deberá decretarse de pleno derecho la nulidad (manifiesta) parcial del contrato de seguro que la incluya, por la sola circunstancia que se verifique su existencia, y sustituida por la norma legal o principio general aplicable, en el caso, el art. 109 de la Ley de Seguros. Es evidente que, a pesar de las variantes sucesivas proyectadas en los últimos tres lustros, las mismas no han logrado dotarlas de algún contenido que se adecue a la noción universal del seguro contra la responsabilidad civil. Ello significa que la cláusula no ha alcanzado en su versión inicial ni con las mudanzas subsiguientes, superar un "test" de legitimidad ni un "estándar" de legalidad. La dicción pasada, como la actual, sigue contrariando el orden jurídico. Cuando una cláusula nace ilícita y abusiva, el hecho de redactarla de otro modo pero con el mismo designio, no logra ni podrá legitimarla (Conf. Stiglitz, Rubén S., La cláusula "claims made" y sus últimos estertores, RCyS 2011-VIII, 41). La cláusula "Claims Made" es ilegal, porque se está modificando el art. 109, que se encuentra dentro de las normas inmodificables por su letra o

naturales (art. 158, de la Ley de Seguros). Importa una desnaturalización y una restricción de los derechos del asegurado; y una correlativa ampliación de los derechos del asegurador, que resulta abusiva en los términos del art. 37 de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor (Conf. Morandi, Juan Carlos Félix, "Seguro de Responsabilidad Civil", en la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 8, p. 18, editada por la Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, Colombia, Junio de 1996). Desde ya que también existen opiniones contrarias a las expuestas que aceptan que la circunstancia de que las coberturas Claims Made no estén expresamente previstas en nuestra Ley de Seguros no significa, necesariamente, que ellas no sean válidas o que no puedan ser utilizadas libremente por las partes, porque hay numerosas coberturas asegurativas que se utilizan pacíficamente en nuestro mercado asegurador que tampoco fueron previstas en dicha ley y a nadie se le ha ocurrido sostener que por tal circunstancia ellas son inválidas. No se debe generalizar y decir que todas las cláusulas Claims Made son inválidas. Más allá de que estas coberturas son indudablemente válidas dentro de nuestro régimen legal, para quienes continúan aferrados a la supuesta invalidez de las Claims Made, esa postura, al menos, debería limitarse a las llamadas Claims Made Puras, que sólo cubren hechos ocurridos y reclamos presentados durante la vigencia de la póliza (Conf. López Saavedra, Domingo M., La validez de las cláusulas Claims Made, LL, 2006-E, 1). En el mismo sentido se dijo que la cláusula claims made tampoco afecta en lo más mínimo la libertad contractual, al menos en las versiones que actualmente se comercializan en el mercado por parte de las más importantes aseguradoras. El asegurado goza de absoluta libertad de contratar o no un seguro de esta naturaleza. Embarcado ya en la contratación, tendrá la posibilidad de elegir un ramillete de ofertas con posibilidad de extender retroactivamente la cobertura y de pactar un período de extensión que comenzará a regir una vez que no desee seguir renovando su seguro. Es decir que goza de una posibilidad múltiple de elección al momento de contratar o celebrar las sucesivas renovaciones (Conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., El seguro de responsabilidad civil y las cláusulas claims made, LL, 2006-E, 8-Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo IV, 491). En la jurisprudencia se ha dicho que: "Debe tenerse por no convenida la cláusula "claims made" inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, ya que limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado, siendo inadmisibles que la prescripción derivada de la "mala praxis" profesional pueda impulsar a una solución arbitraria e irrazonable, porque frente a ella el alea de la aseguradora se reduce a plazos tales que la propuesta deviene inaceptable". Además, tratándose de profesionales de la salud, donde el transcurso del postoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contraria a la naturaleza del evento objeto del seguro y por lo tanto impropio para cumplir su finalidad intrínseca que es la cobertura del alea asegurada atendiendo a las características propias que la definen (Conf. CNCivil, Sala C, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros", 02/05/2006, RCyS 2006, 1014). Análogo criterio fuera aplicado poco tiempo después por el mismo tribunal, pero a propósito de la responsabilidad de un escribano (Conf. CNCivil, Sala C, 26/11/2009, M. de S., A., SJA 9/6/2010), así como por la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en fallo del 11/11/2010, LLGran Cuyo 2011 (marzo) 173), con relación a la cláusula de tipo "claims made" invocada por la aseguradora de un supermercado en el que se produjo el robo del automóvil del actor. Más recientemente se ha sostenido que, a través de la inclusión de esta cláusula, se pretende limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de responsabilidad civil de los profesionales. La cláusula claims made, establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza del seguro, dado que no sólo se requiere que el siniestro se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que además, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente. Las empresas reaseguradoras (y consecuentemente las compañías de seguros), no quieren tener latente el riesgo por una demanda judicial, durante todo el tiempo que dura la prescripción. Por ello, las cláusulas claims made resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurador. En el seguro de responsabilidad civil, la obligación del asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la responsabilidad civil o hasta el cumplimiento del plazo de prescripción operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual, y la obligación del asegurador se agotará una vez satisfecho el crédito del damnificado (Conf. CNCivil, Sala F, 03/03/2011, LL, 2011-B, 406). Idéntica posición adoptó la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, afirmando que: "La cláusula claims made -mediante la cual la aseguradora limita su cobertura a los hechos que genere una deuda de responsabilidad en el asegurado y que además sean objeto de reclamo durante la vigencia de la póliza o alguna de sus renovaciones sucesivas o hasta un año después de la fecha de vencimiento de la última renovación- debe ser considerada abusiva, pues desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato limitando temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Todo lo cual, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la Ley de Seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incs. a) y b) de la ley 24.240 de Defensa del

Consumidor? (Conf. CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 10/08/2011, ED (25/11/2011, nro 12.885) [Publicado en 2011]. Como vocal de esta sala que integro, adherí al voto de mi distinguido colega, el Dr. Kiper en los autos caratulados "Ramírez Celia Haydee y Otros C/ Migliora Cristina S/Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux., expte. 60684/2010, en los que con fecha 21 de marzo de 2017, se dijo que respecto a la "buena fe" en los contratos de seguros, que si bien no es exclusiva de esta materia, sí es cierto que toma especial trascendencia, dado que se trata del contrato típico por excelencia de buena fe. Y, una de las pautas para interpretar la buena fe para los contratos de seguros (especialmente, en el de responsabilidad civil), es analizar las 'expectativas razonables' de los 'consumidores de seguros'. Así, han resuelto los Tribunales estadounidenses, que la doctrina de las expectativas razonables, se aplica cuando la Póliza de seguros contiene una exclusión que resulta opresiva (extraña o fuera de lo común); o deja sin efecto los términos que en la negociación se habían acordado o elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura (Sobrino, Waldo, Cláusula "Claims Made": Protección de los "Consumidores de Seguros", LA LEY 2006-E- 400). En esta línea se ubica el actual Código Civil y Comercial, en tanto determina la nulidad de las cláusulas que limitan la obligación de indemnizar cuando atenten contra la buena fe, las buenas costumbres, las leyes imperativas, o sean abusivas (art. 1743). En el caso, estamos en presencia de un infraseguro, que no cumple sus finalidades: mantener indemne al asegurado, permitir que la víctima cobre la indemnización que le corresponde. Comparto plenamente la posición adoptada en los tres fallos citados, así como la sustentada por los autores mencionados al comienzo del considerando, Claramente el art. 109 de la Ley de Seguros obliga al asegurador "a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido". Ello excluye, en principio, todo desembolso de éste, tanto para el resarcimiento del daño ocasionado al tercero, como para el pago de los gastos y costas extrajudiciales y judiciales de su defensa (art. 110, inc. a). Este contrato más que "reembolso", crea una obligación de "liberar" al asegurado. Debe proveerle las sumas necesarias para satisfacer las deudas que nacen de la responsabilidad civil frente a terceros, aun cuando su contratante asegurado reconozca su responsabilidad o celebre una transacción en ausencia del asegurador, con o sin intervención de éste. Más aún, el asegurador no se libera cuando el asegurado en la interrogación judicial reconoce hechos de los cuales se deriva su responsabilidad (art. 116 ley 17418). Y para mantener indemne al asegurado, debe proveerle la defensa jurídica, pagar los gastos y liberarlo de la obligación (Conf. Morandi, Juan Carlos Félix, "El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima", JA Doctrina 1971-690). La cobertura le promete "mantenerlo indemne" patrimonialmente y tal amparo está tomando en cuenta, precisamente, la integridad patrimonial efectiva, esto es, que el asegurado no se vea obligado al sacrificio concreto de sus bienes para eliminar su deuda de responsabilidad. Sólo pagando al damnificado el asegurador cumple con la prestación prometida y efectúa un pago "doblemente liberatorio": al pagar la indemnización al tercero, se libera al mismo tiempo frente a su asegurado, al que mantiene así patrimonialmente "indemne" (Conf. Barbato, Nicolás H., El accionar directo del tercero damnificado contra el asegurador del responsable civil, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini), 1997, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Bueres, Alberto J. (dir.), LexisNexis-Abeledo-Perrot, Lexis N° 1010/009649). A mi modo de ver, esa clara y prioritaria obligación del asegurador queda abiertamente violada de aceptarse que no funcione la garantía asegurativa por un hecho netamente ocurrido durante la vigencia de la póliza, sólo porque al comienzo de la obra aún no se había celebrado el contrato. Por todo ello, corresponde desestimar el agravio, y confirmar el rechazo de esta defensa, lo que así habré de proponer al acuerdo. VI.- Seguidamente, corresponde analizar los agravios referidos a la responsabilidad atribuida en la sentencia, no sin antes señalar que, en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, atendiendo a la fecha en que tuvieron lugar los hechos que la generaron, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente. Rivadavia Park S.A. y Miguel Alejandro Wajnsztok se quejan porque entienden que no existen argumentos que ameriten sus condenas, toda vez que existen elementos que demuestran que el actor es el único responsable de los daños a su vivienda por la falta de cuidado y abandono. También consideran que el Sr. juez de grado hizo una incorrecta valoración de la prueba pericial, citando pasajes del informe. Federación Patronal Seguros S.A. considera que la sentencia realizó un examen superficial de las constancias de autos al basar su decisión en la inspección efectuada el 8 de julio de 2013 por la Dirección General de Fiscalización y Control de Obras en la propiedad del actor, verificando la existencia de rajaduras verticales en la pared medianera con la obra lindera, para así concluir que tales daños fueron ocasionados como consecuencia de las tareas desarrolladas en la construcción de edificio. Entiende que tal conclusión carece de fundamentos ya que, a su entender, que no existen en autos elementos que permitan determinar la fecha en la cual se produjeron los daños. Refiere además, que la prueba producida en autos no es suficiente para tener por acreditado un hecho que ha sido negado y desconocido, sino que por el contrario de la propia pericia surge que el evento jamás existió, o por lo menos, no como lo describe el actor, citando también pasajes del informe. Ahora bien, desde esta perspectiva y con criterio que comparto se ha sostenido que la responsabilidad del empresario por los daños sufridos a terceros durante la ejecución de la obra,

debe juzgarse no sólo por las prescripciones del art. 1647 del Código Civil -limitada a la culpa por inobservancia de reglamentaciones municipales o cualquier otra disposición legal-, sino mayormente por lo dispuesto por el art. 1113, que prevé una responsabilidad de naturaleza objetiva por los perjuicios que se causa a terceros por el riesgo o vicio de las cosas utilizadas en la construcción o por los que generen las personas que son empleadas en su realización. Además, si el daño se ha producido por una cosa de propiedad del dueño de la obra, éste también es responsable, en los términos de la citada normativa, salvo que se pruebe que el daño tuvo su causa en materiales provistos por el empresario o en la acción de sus dependientes (conf. Nicolau, Noemí en Bueres-Highton, Código Civil y normas complementarias, t. 4-A, p. 656; Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil - Contratos, t. II, p. 123 y ss., n° 1176 y 1177). Asimismo, la responsabilidad entre el constructor, el director de obra y el proyectista frente a terceros es solidaria sobre la base del origen de la responsabilidad, ya que si bien la actividad peculiar de cada uno de los partícipes en la construcción puede incidir en forma distinta en la producción de la ruina total o de la amenaza de ruina, para la ley integran un complejo único que no puede ser distinguido. Se afirma que la ley busca imponer un deber de vigilancia que recae sobre todos quienes, por una u otra causa, intervienen en la actividad empresarial (constructor, director de obra y proyectista). Se sostiene que se trata de una misma causa, por lo que la responsabilidad común es solidaria (cfr. Molina Quiroga, Eduardo y Vigiola, Lidia E. en Belluscio - Zannoni, Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, t. 8, p. 228). La jurisprudencia mayoritaria, también sostiene dicha posición. En tal sentido, se ha entendido que tratándose -como en la especie- de un edificio en etapa de construcción, éste se encuentra bajo la guarda de quien está a cargo de la ejecución de los trabajos y que tiene el mismo alcance que la responsabilidad del dueño, por lo que tanto el locatario como el director, responden por los perjuicios ocasionados a los propietarios linderos, si no demuestran que en la emergencia medió alguna de las eximentes contempladas por el citado art. 1113 del Código Civil (esta Cámara, Sala C, publicado en LA LEY, 117-848, n° 11.704, mencionado por Garrido y Andorno, "El artículo 1113 del Código Civil Comentado, Anotado", ed. 1983, pág. 206 (conf. LA LEY, 1997- C, 755, cons. I). Es que la condición de director de obra -a despecho de que coincida o no con la condición de "empresario"- es suficiente para adjudicar a quien la detenta la calidad de "guardián", si se parte de la idea que la guarda "intelectual" es el poder de mando o control que se tiene sobre la cosa nociva (esta Cámara, Sala D, causa n° 39.476, "in re" "F., R. D. y otro c. D., J. C. y otros s/ daños y perjuicios", del 22/8/89, cons. II). Así, la empresa constructora y el director de obra no sólo son responsables derivados de la inobservancia de las reglamentaciones legales, sino también de todo daño que con motivo de los trabajos pertinentes ocasionen a los vecinos, aun cuando no mediare inobservancia de las disposiciones municipales (esta Cámara, Sala E, ?B. de V., M. A. y otros c. Bouza H. Cía. y otro; id. B., M. R. B. H. y Cía. S.A.C.I. y D. R. c. Bouza H. y Cía. S.A.C.I. del 24/08/2000, publicado en LA LEY 2001-A, 179 DJ 2001-1, 700?). En el mismo sentido se pronunciaron dentro de esta cámara la Sala A, el 19/11/2013, en autos Cons. de Prop. C/ Emprendimientos; la Sala B, el 10/12/2018 en autos M.J.E. C/ Villanueva; la sala C, el 12/2/2019 en autos Hergel C/Capurro; la Sala E, el 20/11/2013, en autos Lentini C/ Agnese; la Sala F, el 13/2/2007 en autos Gráfica C/ P&B; la Sala G, en autos el 21/5/2018 en autos Morello C/ Sandri; la Sala I, el 11/5/2015 en autos Magdalena C/Obras; la Sala K, el 31/8/2017, en autos Consorcio C/ Emprenurban; la Sala L, el 17/7/2008 en autos Antonelli C/ Transportes, la Sala M, el 29/3/2010 en autos Morejón C/ Catzman y esta Sala el 9/5/2018 en autos B.CF C/C,N y el 10/4/2019 en autos CG,CI C/ FC. Datos aportados por la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Entonces puede afirmarse que el constructor de la obra será responsable por el hecho dañoso si se hubiese producido por una negligencia suya en la ejecución de la obra o por mala calidad de los materiales empleados o por un vicio del suelo que aquél tenía el deber de prever. Además, ello no excluye la responsabilidad del dueño, pues a éste le incumbe la responsabilidad indirecta de garantía prevista en la primera parte del art. 1113 (Conf. Bustamante Alsina, ?Responsabilidad por daños a terceros originados en la construcción de Edificios?, LL, T 1986 - C, pág. 141). Ahora bien, para poner en juego la presunción de responsabilidad objetiva contenida en la citada norma, resulta indispensable que quien reclama pruebe la existencia del daño resarcible invocado, cuya certeza debe ser indubitable, por ser este un recaudo esencial, de modo que para que pueda ser admitido debe ser real y efectivo y no meramente conjetural o hipotético. Y, precisamente, la acreditación de dicho requisito esencial ha sido puesta en duda por los recurrentes, no ya en lo relativo al efectivo acaecimiento de los perjuicios en la propiedad, sino al hecho de que hayan sido consecuencia de su accionar. VII.- Sentado ello, corresponde me avoque al estudio de las pruebas producidas, concretamente a la pericia técnica por ser ésta el centro de los agravios. Del escrito de inicio se aprecia que el Pablo Javier Contento reclama por los daños y perjuicios provocados en su departamento sito en Avda. Rivadavia 3667, planta baja 2, de esta ciudad a raíz de la construcción del edificio lindero a su propiedad, ubicado en la misma avenida, a la altura del 3641/45/53. Tales daños consisten en grietas de piso a techo en la pared de tres habitaciones, pared lindera con el edificio en obra y en el cielo raso, asó como descomposición de la madera del piso contiguo a la medianera. El perito arquitecto José Luis Juda Ungar dijo haber inspeccionado el inmueble del actor junto con los arquitectos Manuel J. Schopflocher, consultor técnico de la parte actora y Miguel Alejandro Wajnsztock, codemandado en autos. Al responder al pto. III de su informe, señaló haber observado rajaduras, grietas y

humedades en el encuentro de las paredes que separan las tres habitaciones y que son perpendiculares al muro medianero. También observó humedad a lo largo de la pared medianera con el predio lindero y en la pared de las tres habitaciones que dan al patio, que atribuyó en ambos casos a humedad ascendente desde los cimientos. Asimismo, agregó: que las principales grietas detalladas tienen su origen en un asentamiento del muro medianero, que generó un esfuerzo de corte provocando las grietas verticales. Tal asentamiento podría haber tenido relación con las tareas de excavación y/o submuración de la obra lindera, haberse producido previo a la realización de la obra lindera o una combinación de ambas. A fin de profundizar en el origen de los daños el perito tuvo acceso a fotografías del proceso de submuración, lo que le permitió sostener que fue correctamente ejecutada. Por otra parte, señaló que los orígenes de la humedad de tipo ascendente, podría o no tener relación con la excavación y submuración de la obra lindera, así como también por el deterioro de la aislación hidrófuga del muro medianero por su antigüedad, no debiéndose descartar tampoco la posibilidad de filtraciones de la superficie del paramento al exterior del lado lindero del muro medianero con anterioridad al inicio de la obra. Viene al caso mencionar que el dictamen no fue observado por las partes. Claramente de éste surge que las grietas, rajaduras y la humedad en el inmueble del actor pudieron haber tenido su origen en el asentamiento del muro medianero. Y, si bien la submuración fue correctamente efectuada, lo cierto es que el origen de la humedad ascendente pudo haber estado relacionado con la aludida submuración así como con la excavación propiamente dicha. Desde esta perspectiva, la cuestión estriba entonces en interpretar el alcance del contenido del informe técnico, y en este punto, a mi modo de ver, y contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, el perito en modo alguno descartó la relación de causalidad entre las humedades, grietas y rajadoras existentes en la unidad del actor y la construcción de la obra lindera, sino que la concibió como una posibilidad y bastante cierta. Y si bien no es determinante, tampoco puede ignorarse que el 8 de julio de 2013 la Dirección General de Fiscalización y Control de Obras inspeccionó la propiedad del accionante y verificó la existencia de rajaduras verticales en pared medianera con la obra lindera. Por otra parte, si bien está acreditado el mal estado del inmueble en general, ello en modo alguno puede adjudicarse exclusivamente a la construcción del edificio lindero, pero tampoco es razonable sostener, como lo hacen los apelantes, que las grietas, rajaduras y humedades fueron únicamente el producto del supuesto estado de abandono que invocan. En síntesis, de conformidad con la normativa que resulta de aplicación al caso, la sola posibilidad de la existencia de la relación causal, como lo evidencia la pericia, debió movilizar a las partes demandadas en este proceso a probar la ruptura del nexo causal, sin embargo nada hicieron al respecto y ni si quiera lo intentaron. Por ello, a tenor de lo que surge de la peritación técnica y analizadas las circunstancias que se ponen de manifiesto a partir de misma, lo cierto es que no puede sostenerse que no se haya ocasionado daño alguno en la finca del actor a partir de la construcción lindera, mientras que los accionados solo se han limitado a desconocer los perjuicios, deduciendo las excepciones de falta de legitimación y prescripción, considerando que, en su caso, los daños sufridos en la propiedad tendrían relación con el estado de abandono del propio actor, extremo que tampoco ha sido acreditado. No es ocioso recordar que el nexo causal es un presupuesto de tipo objetivo. Se trata tan sólo de una relación material que responde a las leyes físicas, que persigue saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior y se lo ha definido como "el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado (daño), conocido en doctrina como imputabilidad o atribuibilidad objetiva, imputatio facti o vínculo material" (Goldenberg, Isidoro H.; La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Bs.As., 1984, pág. 2). En este caso, a mi modo de ver, y contrariamente a lo sostenido por los agraviados, hay indicios suficientes a través de prueba idónea, que me hacen presumir que las causas que dieron origen al daño por el que se reclama, se encuentran directamente relacionados con el accionar de los codemandados, sin que éstos hayan producido prueba alguna para eximirse de la consecuente obligación de responder. En esta inteligencia, se ha dicho que "cuando se trata de una obra en construcción y no hay una constancia precisa del momento en que se han producido los daños, debe entenderse que se han provocado mientras la obra ha durado" (ED, 71-439). En virtud de ello, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios y la confirmación de la sentencia en este punto. VIII.- Corresponde analizar, entonces, los agravios de Federación Patronal Seguros S.A. respecto de la partida indemnizatoria concedida por el daño moral. En la sentencia apelada se estableció a favor del actor la suma de \$30.000 para resarcir este rubro. La citada en garantía se queja porque considera que dicho importe es exorbitante, refiere que el actor no ha acreditado que el evento le haya ocasionado algún perjuicio. Ahora bien, de conformidad con los términos del art. 1078 del Código Civil, considero que se trata de un daño resarcible, que no tiene por objeto sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar el damnificado como consecuencia del accidente, intentando compensarlos. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los dolores, sufrimientos, molestias, angustias, incertidumbres o temores padecidos por la víctima, pues sólo ella puede saber cuánto sufrió. Por ello se ha sostenido que para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág.

187; Brebbia, Roberto, "El daño moral", N° 116; Mosset Iturraspe, Jorge, "Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad", en L.L. 1978-D-648). Sentado ello, diré que la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (arts.163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y concs., Cód. Procesal Civil y Comercial; arts.1078, 1083 y concs., Cód. Civil) (conf. esta sala, 18/10/2002, Suraniti, Juan S. c. Ranz, Mónica A. y otro, DJ 2003-1, 247; id. 07/11/2007, Conti, María Elvira c. Autopistas del Sol S.A. y otro s/daños y perjuicios, La Ley Online, id. ?Mora de Zabala, Ana c. Lucero, Alberto s/daños y perjuicios?, 18/07/2008, ED Digital, (23/09/2008, nro 18251; id. ?Martínez, Adriana Edith c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/daños y perjuicios?, 23/06/2008, ED Digital, (04/09/2008, nro. 04/09/2008). A los fines de determinar el monto indemnizatorio correspondiente al daño moral sufrido por la víctima a causa de un accidente de tránsito, deben tenerse en cuenta la índole de las lesiones padecidas y el grado de las secuelas que dejaren, para demostrar en qué medida han quedado afectadas su personalidad y el sentimiento de autovaloración (Conf. esta cámara, Sala G, 31/08/2007, Mundo, Pedro Marcelo c. Palacios, Oscar Alberto y otros, LL, 04/10/2007, 7). Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. Sala G, 01/03/2000, Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S. A.). Está acreditado que los actor experimentó sentimientos de angustia e impotencia ante la situación vivida durante la construcción del inmueble lindero que deben ser reparados. De ello da cuenta el intercambio epistolar entre las partes, a través de la que se evidencian las idas y vueltas de la codemandada Rivadavia Park S.A. para inspeccionar el inmueble del actor, lo que nunca se concretó, por lo que el actor debió mudar su domicilio. En base a lo que la experiencia indica en casos similares al presente, no tengo dudas que la experiencia vivida afecta los más profundos sentimientos, solo basta para ello imaginarse la situación, por lo que no requiere una prueba concreta, como refiere la recurrente, así como tampoco fueron concretas sus quejas al respecto. Desde esta perspectiva, estimo que el monto reconocido por esta partida es suficiente, y por no haber deducido recurso el actor, propicio su confirmación, lo que así habré de proponer al acuerdo. IX.- La sentencia estableció la aplicación de los intereses a la tasa activa, conforme el plenario ?Samudio?, desde la fecha de fijación de las partidas resarcitorias, hasta el efectivo pago, disponiendo además que si hubiera mora en el pago de la condena, se deberá acumular el interés compensatorio el interés moratorio, en la tasa activa nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, de modo que desde la mora y hasta el efectivo pago se aplicará dos veces dicha tasa. Se agravian por ello SMG Compañía Argentina de Seguros S.A. y Federación Patronal Seguros S.A. Los argumentos de SMG aluden a la excepción prevista por el plenario antes mencionado que establece la aplicación de la tasa activa desde la mora y hasta el cumplimiento de sentencia ? salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pues bien, sentado ello y frente al planteo de la demandada será necesario que ella -obligada al pago- acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: ?La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue? (Pizarro, Ramón D., ?Un fallo plenario sensato y realista?, en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 55). Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 -mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561- impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: ?La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales -como suele decirse-, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria?, pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto in re ?Medina, Jorge y otro c/ Terreiro Néstor Fabián y otros?, ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, LL Online, entre otros). Por otra parte, dispone el art. 768 del Código Civil y Comercial que: ?Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central?. En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios, generalmente no hay una tasa acordada entre víctima y el responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central. Además, el art. 771 prevé que el juez debe valorar ?el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación?. Esto significa que, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar

cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso "Samudio"). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume y así lo ratifican las normas del CCCN. Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan - con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos- las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, "Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 -agosto-, 162). Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación del fallo plenario, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto. No puede dejar de mencionarse que el artículo 16° de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema ("Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor -por el momento- a la tasa que en esta decisión se establece. La aplicación doble de la tasa activa de interés rige, como es sabido, a partir de 01/08/2015 y hasta el efectivo pago, dado que hasta esa fecha y desde la fecha del hecho, esta Sala entiende que debe aplicarse la doctrina del caso "Samudio", como se ha sostenido en numerosos precedentes ("Nieto, Rubén Esteban c/ Cajal, Saúl Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. 104.622/2011, del 12/06/2016; "Focaraccio, Georgina Vanesa y otros c/ Giménez, Ángel y otro s/ daños y perjuicios", Expte. 95.334/2013, del 10/08/2008; "Medina, Daniel c/ Fernández Prior, Jorge s/ daños y perjuicios", Expte. 100.900/2013, del 15/07/2016, entre otros). En consecuencia, y toda vez que a parte actora ha consentido los intereses dispuestos en la sentencia apelada, propondré al acuerdo que se confirme lo allí decidido en este punto. X.- Atento a que los demandados y sus respectivas aseguradoras han resultado sustancialmente vencidos, propicio que se les impongan las costas de alzada. XI.- En consecuencia, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas que se declare la deserción de los recursos deducidos por Rivadavia Park S.A. y Miguel Alejandro Wanjstok con relación al rechazo de sendas defensas de falta de legitimación pasiva, y que, por los argumentos que surgen de los considerandos que anteceden, se confirme la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, con costas de alzada en los términos del considerando X.- El Dr. Kiper y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Fajre, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores jueces por ante mi, que doy fe. //nos Aires, junio de 2019 Y VISTO: lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I.- Declarar la deserción de los recursos deducidos por Rivadavia Park S.A. y Miguel Alejandro Wanjstok con relación al rechazo de sendas defensas de falta de legitimación pasiva, y por los argumentos que surgen de los considerandos que anteceden, confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, con costas de alzada en los términos del considerando X.- II.- A fin de conocer en los recursos de apelación contra las regulaciones de honorarios de fs. 502/502 vta. En primer lugar es de señalar que el criterio del Sr. Juez "a quo" en la aplicación de la normativa para regular los honorarios que aquí se apelan no resultan coincidente con lo sostenido por esta Sala en los autos "Urgel, Paola Carolina de la Merced c/ New 1817 S.A. s/ daños y perjuicios", expte 34.870/2014, del 06/06/2018 -a cuya íntegra lectura se remite en homenaje a la brevedad-. Por ende, los recursos de apelación se resolverán por aplicación de la ley vigente al comienzo de la prestación del servicio cuya retribución es motivo de apelación que, en el caso, resulta ser la ley 21.839 -con las modificaciones de la Ley 24.432. En este sentido, nuestro más Alto Tribunal ha resuelto recientemente, que "... en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación (Fallos: 321-146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7° del dec. 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352; 318:445

-en especial considerando 7°-; 318:1887; 319:1479; 323:2577; 331:1123, entre otros)...? (CSJN, 04-09-2018, ?Establecimientos Las Marías S.A.C.I.F.A. c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa, cons. 3°; íd. Esta Sala, 27/09/2018, ?Pugliese, Paola Daniela c/ Chouri, Liliana Beatriz y otro s/daños y perjuicios?). En el caso, se advierte que la totalidad de las etapas procesales tuvieron su ejecución bajo la ley anterior (21.839 -texto s/ley 24.432-), motivo por el cual, acorde a lo enunciado anteriormente y la doctrina emanada de nuestro Tribunal Superior, corresponde que las apelaciones y la retribución fijada a los profesionales antes mencionados sean evaluados, también, a la luz de esta última norma. Sentado ello, se tendrá en cuenta el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido, resultante del capital de condena y los intereses reconocidos en la sentencia (conforme lo resuelto por este Tribunal en autos ?Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero?, del 27/09/2011), así como la naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas por cada uno de los profesionales y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y conscs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432-. En consecuencia, por resultar elevados se reducen a la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) los honorarios regulados a la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. Romina Denise Charur, por su actuación en las tres etapas del proceso. Por no ser elevados se confirman los honorarios regulados al Dr. Agustín Guido Goldfeld letrado apoderado de Rivadavia Park S.A., y del codemandado Wajnsztok a partir de fs. 202, por su actuación en las tres etapas del proceso. Por no resultar altos se confirman los honorarios regulados al Dr. Gabriel Julián Chouela, letrado apoderado de Rivadavia Park S.A., por su actuación en parte de la primera etapa del proceso. Por ser altos se reducen a la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) los honorarios regulados a la Dra. Edna Daniela Díaz por su actuación en la audiencia de fs. 256. Por no resultar elevados se confirman los honorarios regulados al Dr. Javier D. Teitelbaum letrado patrocinante del codemandado Wajnsztok por su actuación en la primera etapa del proceso. Por no ser altos se confirman los honorarios regulados al Dr. Luis Alberto Pérez Romero letrado apoderado de la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., por su actuación en las dos primeras etapas del proceso. Por resultar elevados se reducen a la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) los honorarios regulados a la Dra. Ana Belén Santilli por su actuación en la audiencia de fs. 256. III. En cuanto a los honorarios del perito, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a su dictamen, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que debe guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC). Por lo antes expuesto, por resultar equitativos se confirman los honorarios regulados al perito arquitecto José Luis Juda Ungar. IV. Respecto a los fundamentos de fs. 528/529 por la heredera de la mediadora, esta Sala entiende, que a los fines de establecer los honorarios de los mediadores corresponde aplicar la escala arancelaria vigente al momento de la regulación (cfr. autos ?Brascon, Martha Grizet Clementina c. Almafuerce S.A. s/ds. y ps.?, del 25/10/2013, Exp. 6618/2007, en igual sentido, ?Olivera, Sabrina Victoria c/ Suárez, Matías Daniel y otro s/daños y perjuicios?, del 1/03/2016, Exp. 9.288/2015, ambos de esta Sala). En consecuencia, ponderando lo dispuesto por el Dec. 266/2018, Anexo I art. 2, inc. e) -según valor Uhom desde 01/05/2018-, por ser reducidos se elevan a la suma de pesos seis mil cuatros (\$ 6.400) la retribución de la Dra. Viviana Kollmann. V. Por la actuación cumplida ante esta alzada, que culminara con el dictado del presente pronunciamiento, los honorarios se regularán bajo las disposiciones de la ley 27.423 por ser la vigente al momento que se desarrolló la tarea profesional. Bajo tales parámetros se establecen los honorarios de la Dra. Romina Denise Charur en la suma pesos diez mil (\$ 10.000), equivalente a la cantidad de ... UMA. Los del Dr. Federico O. Vidal Raffo, letrado apoderado de la citada en garantía SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., en la suma de pesos seis mil seiscientos (\$ 6.600), equivalente a la cantidad de ... UMA. Los del Dr. Agustín Guido Goldfeld en la suma de pesos ocho mil seiscientos (\$ 8.600), equivalente a la cantidad de ... UMA, por su actuación como letrado apoderado del codemandado Rivadavia Park S.A., y en la suma de pesos ocho mil seiscientos (\$ 8.600), equivalente a la cantidad de ... UMA, por su actuación como letrado apoderado del codemandado Wajnsztok. Los del Dr. Luis Alberto Pérez Romero en la suma de pesos seis mil seiscientos (\$ 6.600), equivalente a la cantidad de ... UMA, (art. 30 de la ley 27.423, y valor de UMA conforme Ac. 8/19 de la CSJN). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (Conf. AC. 15/13), notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Fdo. José Benito Fajre, Liliana Abreut de Begher y Claudio M. Kiper.
042903E