

Responsabilidad Del Constructor Por Vicios Ocultos

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del constructor por vicios ocultos

Se reduce

el monto de condena y se confirma el resto de la sentencia que admitió la demanda de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad por vicios ocultos, debiendo responder el constructor del edificio. En Quilmes, a los 07 días del mes de febrero de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Carlos Jorge Señaris, Gabriel Pablo Zapa y Gerardo Crichigno, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, se trajo al despacho para dictar sentencia la causa N° 19.043 caratulada "Consortio de Propietarios Edificio Alvear 7 c/ Cerri S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios?. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código de Procedimiento Civil y Comercial, la Excelentísima Cámara resolvió votar las siguientes CUESTIONES 1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2da.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley (Art. 263 última parte del C.P.C.) dio el siguiente orden de votación: Doctores Gerardo Crichigno, Carlos Jorge Señaris y Gabriel Pablo Zapa. VOTACION A la primera cuestión el doctor Gerardo Crichigno dijo: 1) La sentencia de fs. 523/530 rechazó la acción incoada por la parte actora contra Norberto Tomás Simonetti -como director de obra- e hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad por vicios ocultos, en relación al edificio sito en calle Brown Nro. ... de la localidad de Quilmes, condenando a Cerri S.A. a abonar a la demandante la suma de Pesos Ochocientos Sesenta Mil Cuatrocientos Setenta y Dos con setenta y seis centavos, con más los intereses correspondientes a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, cálculo que debe ser diario con igual tasa, desde la fecha de mora (fecha en que la parte demandada tomara fehaciente conocimiento de las irregularidades y defectos de la cosa litigiosa) hasta el día de su efectivo pago. Impuso las costas a la co-demandada perdidosa. Contra dicho pronunciamiento apelan la parte actora (fs. 537) y la demandada (fs. 581), siéndole concedidos los recursos a fs. 562, tercer párrafo y a fs. 588, primer párrafo, respectivamente. A fs. 619/621 expresa agravios la parte actora, mereciendo la respuesta del apoderado de la parte demandada (fs. 625/626). A fs. 628/633 expresa agravios el Dr. Gustavo A. Hadjes en su carácter de apoderado de la demandada, mereciendo la respuesta de la accionante de la que da cuenta el escrito de fs. 638/639. A fs. 640, segundo párrafo, se llaman autos para dictar sentencia, llamamiento que es suspendido en virtud de la resolución dictada a fs. 641 mediante el cual se dispone, como medida para mejor proveer, el reconocimiento judicial en el edificio, convocando al mismo a la perito arquitecta. A fs. 667, y cumplida la medida dictada en los términos del art. 36 inc. 2 del CPCC., conforme proveído de fs. 666, se reanuda el llamamiento de autos para sentencia, mediante providencia que se encuentra firme y posibilita el dictado de este pronunciamiento. 2) Repasando las consideraciones formuladas por el A quo, se ha encuadrado la litis en el marco de las normas relativas a los vicios o defectos de la cosa vendida que regulan los artículos 2164 y siguientes del Código Civil. En tal lineamiento, ha sostenido que el Consortio ha impetrado una acción en interés de los copropietarios en conjunto, con sustento en el derecho a obtener de la empresa constructora, el arreglo de los vicios ocultos que padecía el edificio. Concluye que el consorcio ha optado por promover una acción de daños y perjuicios destinada a reparar las supuestas falencias que detenta el edificio que representa y que al momento de la entrega se encontraban ocultas, citando el art. 2.174 del Cód. Civil. Sobre esta base, y con pleno apoyo en las conclusiones a las que arribara la perito arquitecta Elena Kozakiewicz y al testimonio de Hernán Pablo Menendez Tuja, el sentenciante tiene por acreditado que el edificio padece patologías constructivas que lo conducen a la convicción sobre la responsabilidad que le atañe a la vendedora en la reparación de las falencias aludidas. Añade, en otro apartado, que la demandada no ha justificado que las imperfecciones edilicias resulten producto de vicios o defectos aparentes, manifiestos o visibles. En definitiva, entiende que la parte actora se encuentra legitimada para peticionar en el sentido que lo hiciera en el libelo inaugural, habiendo logrado acreditar el daño sufrido en el edificio ?Alvear 7?, derivados de efectos que en materia de compraventa genera la responsabilidad por los vicios redhibitorios, determinando que la demandada Cerri S.A. -en su carácter de vendedora-, resulta responsable. En relación al co-demandado Norberto Tomás Simonetti, decide el rechazo de la demanda interpuesta en su contra, atendiendo a como ha quedado enervada la litis. Finalmente, valúa los daños materiales merituando lo manifestado por la perito arquitecta. 3) En sus agravios, la parte actora se queja por el rechazo de la acción interpuesta contra el Ingeniero Norberto Tomás Simonetti. En su queja, la recurrente expresa que no se ha verificado oposición del co-demandado quien, según su opinión, ha admitido tácitamente su responsabilidad. Pone de resalto que Cerri S.A. y Simonetti oponen una única e idéntica defensa, compartiendo el patrocinio del mismo letrado y sin efectuar distinciones entre el encuadre jurídico de uno y de otro. Sostiene la

accionante que no se trata de un simple contrato de compraventa, existiendo elementos técnicos que avalan la responsabilidad del director de obra, producto de errores en el cálculo estructural y diferencias entre el plano declarado ante la municipalidad y la obra realmente ejecutada. En definitiva, afirma que no se trata solamente de vicios ocultos, sino de claras violaciones al Código de Construcción Municipal, competencia exclusiva del director de obra. Remite a la pericia para graficar la responsabilidad de obra, aludiendo a la normativa que regula la función, en el epílogo. En suma, atribuye su responsabilidad a la falta en el deber de control del profesional. Brindada la respuesta (fs. 625/626), la parte demandada señala que lo que aquí se reclama como vicios ocultos se encontraba a la vista de la totalidad del consorcio. Acto seguido, formula manifestaciones en torno al espacio dedicado a las denominadas cocheras, en particular, con referencia a su condición de espacio común, lo dispuesto en el reglamento de copropiedad y los planos de obra y la construcción de los techos de las mismas. Afirma que no ha habido incumplimiento ni falta por parte de los demandados. A su turno, la parte demandada repasa sus presentaciones en las cuales cuestiona los términos de la pericia de la Arquitecta Kosiakiewicz, a la que califica como carente de ecuanimidad. Replica las críticas a la tarea pericial estimando, entre otras menciones, que la misma escapa a las reglas del buen arte de la profesión. A modo ilustrativo, remarca que la experta aconseja tareas de pintura en áreas exteriores mediante la utilización de productos y técnicas que no se corresponden con la práctica habitual, aplicando medios tecnológicos y materiales de mayor costo que los dispuestos por el proyectista y aceptados al momento de la compra por los distintos co-propietarios. Puntualmente, destaca que el trabajo puede llevarse a cabo mediante el sistema de silletas y andamios suspendidos en lugar de la construcción de un andamio tubular y a la utilización del material denominado Super Iggam, en defecto al aplicado en la construcción, generando un encarecimiento injusto de la obra. Agrega la apelante que la arquitecta no ha considerado que el edificio tiene una antigüedad de 7 años, no habiendo recibido el mantenimiento correcto. En el corolario de su presentación, la demandada apelante afirma que, en tanto la reparación tiene fines resarcitorios, la cuantía del daño debe medirse por lo que específicamente ha producido quien lo ha padecido. Manifiesta que la decisión atacada trasciende dicho límite generando un enriquecimiento injustificado. Finalmente, y en relación a los intereses aplicados, toda vez que los valores de los daños materiales determinados se encuentran actualizados a la fecha de la realización del informe pericial, los mismos deben calcularse a partir de esa fecha y no desde el envío de la carta documento. 4) Comenzando la tarea revisora, no existen dudas respecto a la aplicación de la legislación prevista en el Código Civil velezano, conforme lo normado por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación. Al amparo del marco legal vigente a la fecha de los hechos y para resolver la primera cuestión traída por la parte actora es necesario formular un análisis previo vinculado al encuadre jurídico dado en la sentencia de grado. En tal sentido, sabido es que, conocida la plataforma fáctica, es facultad de esta Alzada actuar ampliamente el principio *in iuria novit curia*, no revistiendo por ello exceso de jurisdicción ni violación alguna al principio de congruencia, ni transgresión a los límites legales de su competencia funcional (conf. SCBA LP C 99667 S 24/11/2010, en autos caratulados: *M. O. A. c/R. A. N. s/Incidente de liquidación de la sociedad conyugal*?). Aclarado ello, adelanto que, respetando la plataforma fáctica, por aplicación del principio referido y en virtud de las consideraciones que seguidamente edictaré, propiciaré el apartamiento del encuadre jurídico dado en la instancia de origen. 5) Tal como se adelantara, el A quo decidió el proceso aplicando las normas correspondientes a la responsabilidad por vicios redhibitorios. En sostén de su postura, adujo que la relación entre las partes no proviene de un contrato de locación sino de un contrato de compraventa. Remitiéndome a los términos de la demanda, la parte actora -Consortio de Propietarios- ha reclamado la reparación de los daños y perjuicios, descriptos como distintos problemas que se han ido manifestando y que tienen *origen en errores de construcción y en la inobservancia de la reglamentación vigente en la materia* (fs. 74 vta.). En consecuencia, en autos no se dedujo ni la acción redhibitoria ni la "quantum minoris", por cuanto el Consortio no ha sido el *comprador*, porque no se pidió la resolución del contrato, ni tampoco la reducción del precio (art. 2174 Cód. Civ.). Lo que reclama la accionante se condice con el gasto que tiene que realizar para poner la cosa en las condiciones de calidad pactadas en el contrato de obra. Sentado ello, la responsabilidad contractual está regulada en esta materia teniendo en cuenta dos momentos bien diferenciados: antes de la entrega de la obra y después de ella. El régimen de responsabilidad después de la entrega de la obra está previsto en una norma general, aplicable a todo contrato de obra (art. 1647 bis del Cód. Civil) y en una norma especial, con un ámbito limitado de aplicación: el art. 1646, cuyo alcance corresponde analizar en este estado. El propio consorcio demandante cita tales normas al fundar en derecho su reclamo (fs. 76 vta. punto VII). La norma citada, a partir de su redacción conforme a la reforma de la ley 17.711, deja en claro que se aplica a los contratos de obra cuyo objeto es realizar construcciones en inmuebles, destinadas a larga duración. Asimismo cabe agregar que se trata de una norma de orden público que, si bien regula las relaciones patrimoniales entre las partes del contrato, no pertenece al orden público económico sino al orden público general, aún más trascendente para la vida social (Bueres Alberto, Highton Elena I., *¿Código Civil?*, T. 4A, 2da. reimpresión, pág. 647, ed. Hammurabi). Según la norma, surgirá la obligación de reparar cuando se produzca la ruina total o parcial de la obra. Es dable aclarar que el concepto de ruina ha sido ampliado por la doctrina y la jurisprudencia (Salvat, *¿Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones?*, ed. 1946, t. I, pág. 340;

LLambías-Alterini, "Código Civil anotado", ed. 1985, t. III-B, pág. 418; Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos", 5ta. ed. 1983, t. II, pág. 141; CNCom. Sala C, 4/12/64, LL 118-262; CNCiv. Sala Am 2/2/76, LL, 1976-C-7; CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 18/4/88, SAIJ, fallo Nro. 88141636), comprendiéndose también en él otros casos que no son estrictamente de caída o destrucción. En este sentido, se incluye lo que la doctrina ha denominado "envejecimiento prematuro", entendiéndose por tal el deterioro que sufre la obra que, estando destinada a la larga duración, a los pocos años de construída se deteriora, no en sus partes estructurales (lo que encuadraría al caso en la amenaza de ruina), sino en su construcción general (revoques, instalaciones, capas aisladoras, etc.), de tal modo que, no habiendo alcanzado el tiempo promedio de duración, su estado es el de una cosa de una antigüedad notoriamente mayor (Bueres Alberto, Highton Elena I., op. cit., pág. 648). Ahora bien, ¿cuenta con legitimación el Consorcio -en tanto representante de los intereses de los adquirentes en relación al reclamo por los daños en las partes comunes del edificio- para promover una acción en los términos del art. 1646 del Cód. Civil, siendo que no se ha denunciado la existencia de contrato de locación de obra celebrado entre la constructora y los adquirentes?. En Argentina se ha discutido si los daños en la construcción ingresan en la responsabilidad contractual o si, por el contrario, se trata de una responsabilidad "ex lege". El debate se vincula, muy estrechamente, al de la legitimación activa: en efecto, si se trata de obras destinadas a larga duración, con frecuencia, la obra es enajenada por quien la hizo construir. Entonces surge el interrogante: el adquirente, ¿tiene acción contra los agentes de la construcción en los mismos términos que el comitente?. La jurisprudencia ha mantenido una postura oscilante. Una de las posturas se inclina por una solución idéntica a la adoptada por el Sr. Juez de grado. Sustentado en que la relación entre las partes no deviene de un contrato de locación de obra sino de un contrato de compraventa, los propietarios -o como en este caso el Consorcio en relación a las partes comunes- deben situarse como compradores (adquirentes) de su unidad y, por ser compradores, como eventuales damnificados por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida. De tal manera, las normas que rigen el caso son, pues, las relativas a los vicios o defectos de la cosa vendida, vicios redhibitorios que tienen su propia regulación (CNCiv., sala F, 1-6-2007, E.D. 226-421 y L.L. 2008-C-179, D.J. 2008-I-536, con nota crítica de Gregorini Clusellas, Eduardo, "Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios?"). Desde la vereda contraria, destacada doctrina ha calificado esta solución como injusta (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La construcción de inmuebles en el Código Civil y Comercial Argentino?", publicado en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2017-1, pág. 211, ed. Rubinzal Culzoni). En sostén de esta posición contraria a la primera se ha resuelto que tratándose de la responsabilidad derivada del contrato de obra, la acción por ruina corresponde al dueño y a sus sucesores universales, debiendo comprenderse también a los sucesores singulares, pues si bien en principio los efectos de los contratos no se extienden a ellos, excepcionalmente cuando se relacionan con la cosa misma objeto mediato del contrato, pueden extenderse al adquirente posterior de la cosa, aunque no se trata de obligaciones "propter rem". Y ello es así pues no se trata de una acción real, sino vinculada al orden público. El sucesor singular tiene legitimación activa ya sea que adquiera la cosa antes o después de acaecida la ruina. No es justo que el empresario pueda quedar liberado de una responsabilidad tan exigente, en la que se encuentra involucrado el orden público, por el solo hecho de haber enajenado la cosa antes del plazo de caducidad de los diez años de recibida la obra, supuesto muy frecuente en los negocios inmobiliarios (CC0203 LP. 107766 S 27/5/2007, en autos caratulados: "C.M. y ot. c/ C., N. s/ Daños y Perjuicios). Mucho tiempo antes, nuestro Superior Tribunal Provincial ya se había inclinado por adoptar esta solución al decidir que los adquirentes de unidades afectadas por la ruina parcial pueden demandar al constructor de la obra a pesar de no estar ligados a éste por un contrato de locación de obra, porque la acción pertenece a aquel que sufre las consecuencias de la culpa cometida, y la titularidad de la misma se transmite de propietario a propietario (SCBA., 7/7/1998, LLBA, 1998-1358). Siguiendo esta línea doctrinal, en un caso de similares connotaciones esta Sala se expidió en fallo reciente (en autos: "Consorcio de Copropietarios del Edif. Sarmiento 580 c/ Policai y otros s/ Daños y Perjuicios", fallo del 16/8/2018, Reg. Sent. Def. 63/18). Por lo demás, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación eliminó el debate, no sólo al unificar el régimen general de la responsabilidad contractual y extracontractual, sino autorizando expresamente que las normas del contrato de obra sean invocadas por personas que no fueron parte en la contratación inicial. En este sentido, el artículo 1273 dispone que el constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra. Si bien, como se ha referido, en el caso de marras resultan de aplicación las normas del derogado Código Civil, la moderna doctrina incorporada en la novel legislación no puede ser soslayada como pauta interpretativa. En suma, a tenor de los daños denunciados en el escrito de inicio y sin perjuicio de lo que "infra" se decidirá en relación a su entidad y responsabilidad sobre los mismos, concluyo que el presente caso debe ser resuelto conforme los términos del mentado art. 1646 del Cód. Civil. 6) Fijado que el presente caso debe encuadrarse en lo dispuesto por el art. 1646 del Cód. Civil, la norma contiene un supuesto de responsabilidad objetiva. Por un lado, porque es responsabilidad contractual derivada de una obligación de resultado asumida por el empresario y, por otro, porque así surge del propio artículo que aquí se comenta. En consecuencia, acreditada la "ruina" el constructor para exonerarse, deberá acreditar que la misma sobrevino por caso fortuito, culpa

del dueño o de un tercero por el que no debe responder. Acreditados los daños conforme las constancias probatorias glosadas en autos (conforme pericia arquitectónica de fs. 283/295 y el reconocimiento judicial del que se da cuenta a fs. 666) y no habiendo el contratista invocado, en su escrito de responde, las causales de exoneración mencionadas, queda determinado el deber de resarcir.

7) Establecida la responsabilidad de la empresa constructora, visto el agravio introducido por la parte actora y no controvertido el rol de director de obra que se le atribuye al Arquitecto Simonetti, se ha dicho que el director de obra es un profesional que promete al comitente un resultado intelectual (la obra se ejecutará conforme al proyecto y a las reglas del arte). La doctrina italiana recuerda que la figura nació en el Derecho Público (Matera Pierluigi y D'Orta Carlo, ¿La responsabilidad del direttore dei lavori?, en Musio Antonio y Salito Gelsomina (a cura di), ¿Le responsabilità dell'ingegnere, Giappichelli, Torino, 2010, p. 49) y califica el contrato que lo une al cliente como un contrato de obra profesional de carácter intelectual. La calificación es importante, pues implica que se requiere en el prestador competencia especializada (técnico-científica, en sentido estricto) y también un bagaje de experiencia (Saturno Angelo, ¿La professione dell'ingegnere, en Musio y Salito (a cura di), ¿Le responsabilità dell'ingegnere?, cit., pág. 1. conf. en el derecho argentino, Leiva Fernandez, comentario al art. 1256, en Alterini (dir), ¿Código Civil y Comercial comentado?, pág. 595). Este personaje apareció en el Código argentino con la reforma de 1968; hasta ese momento, el Código se refería sólo al constructor. Es mencionado frecuentemente en la jurisprudencia. Así se ha decidido que dentro de las incumbencias del director de la obra cabe la supervisión de todos los trabajos y la verificación permanente de la idoneidad de los obreros. Su función no es la de un mero proyectista, que plantea una obra concebida intelectualmente pero que se desvincula con su implementación, sino que su misión es elaborar el proyecto y culminar la obra, según sus propios requerimientos técnicos. Su individualización no es difícil: ¿El hecho de la exhibición del nombre de un universitario como director de obra compromete su responsabilidad y lleva implícita la garantía de la solvencia que le acuerda el título porque su obligación principal es fiscalizarla en todos sus detalles? (CNCiv., sala M., 29-3-99, J.A. 2000-IV-220). Dada la trascendencia de su rol, si el constructor resulta imputable, habiendo director de obra, generalmente éste también lo será, pues los vicios de la construcción o de los materiales no habrían podido pasarle inadvertidos si hubiese efectuado una correcta dirección de obra (CNCom., Sala B, 7/10/64, LL., 117-486; JA, 1965-I-599). Con base en lo expuesto, concluyo que la pretensión revocatoria planteada por la parte actora merecerá acogimiento favorable, debiendo extenderse la responsabilidad al co-demandado Simonetti.

8) Llega el turno de revisar, en esta instancia de Alzada, la magnitud de los daños resarcibles. La perito arquitecto, Elena Kozakiewicz, presenta su dictamen pericial (fs. 283/295) por intermedio del cual, y con el aporte de material fotográfico, destaca la existencia de patologías constructivas que atribuye a diversos factores relacionados con el asentamiento, la ejecución de la carpintería, revoques y aislaciones. Seguidamente, detalla el estado del inmueble detectando humedad y deterioros en los frentes, cocheras, azoteas y pileta. El anexo I de su informe, glosado a fs. 282, oficia de apoyo gráfico para establecer el costo correspondiente a las reparaciones, inclusivas de mano de obra y materiales. La experticia ha merecido pedidos de aclaraciones, impugnaciones (fs. 302/309 y fs. 340/252) y hasta un planteo de nulidad (fs. 373/382) por parte de la demandada, que finalmente fuese desestimado en la instancia de origen (resolución de fs. 387/389). En lo medular de sus cuestionamientos, la demandada expresa sus argumentos en términos similares a los que, posteriormente, sirviesen como fundamentación de sus agravios. En este estadio, nadie duda hoy de la gravitación que tiene la prueba pericial en los juicios cuyas controversias exigen prueba de los hechos alegados. Dicho fenómeno en buena medida se explica por la orientación actual del proceso civil hacia la búsqueda y determinación de la verdad de los hechos para la efectiva tutela de los derechos materiales, y en la preferencia que para ello merecen los métodos científicos y técnicos de creciente precisión, disponibles para ser introducidos a juicio sin mayores dificultades, en cuanto suministran al juez fundamentos cognoscitivos más seguros, objetivos y controlables (Taruffo, M. ¿Ciencia y proceso?, en Páginas sobre Justicia Civil, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 455; Peyrano J. W., ¿Sobre la prueba científica?, en L.L. 2007-C-865). A su vez, se ha sostenido que, cuando se trata de un informe técnico, científico, etc., ajeno a la formación cultural del juez, éste, para apartarse de sus conclusiones, deberá oponerle argumentos debidamente fundados (CNac. Fed. CC., sala III, 23-10-90, in re ¿Martínez Pedro y otro c/ Gobierno Nacional?, J.A. 1991-III). Vista la coherencia interna y razonabilidad de la pericia y las aclaraciones formuladas con posterioridad, las que valoro conforme las reglas de la sana crítica (art. 384 del CPCC.), corresponde estar a la generalidad de sus conclusiones, con las salvedades que se detallan a continuación. En efecto, atendiendo a los cuestionamientos a la pericia formulados por la parte accionada, se dispuso la realización de un reconocimiento judicial llevado a cabo el día 14 de Septiembre de 2018, procedimiento del cual han surgido elementos que me conducen a apartarme parcialmente del dictamen original de la arquitecta Kozakiewicz. En la oportunidad referida, la experta -modificando los términos de su dictamen inicial- ha efectuado una distinción que puede constatarse a simple vista (fs. 666) relativa al estado del frente de la calle Conesa, cuyo estado resulta significativamente contrapuesto al deteriorado frente de la calle Brown. Esta diferenciación incide directamente en la cantidad de metros a reparar. Obsérvese que, conforme del Anexo A de la pericia, la arquitecta calcula, en forma global, los metros a reparar, incluyendo los correspondientes al frente con vistas a la calle Conesa. En

consecuencia, si este frente no presenta los defectos de construcción que sí aparecen en el otro, debe deducirse su costo de reparación estimado del monto total. Por otra parte, brinda respuesta al planteo formulado por la demandada en relación a la utilización de materiales no previstos en el proyecto original, cuando afirma que se tratan de distintos métodos de reparación e impermeabilización que no arroja mayores costos. Sin embargo, la arquitecta reconoce que la tarea puede realizarse con el sistema de "sillitas suspendidas", lo que importa una reducción en el costo del orden del treinta por ciento (30 %) respecto a la utilización de estructuras tubulares (andamios) que había aconsejado en su primigenia intervención. Tal variación debe ser considerada a los fines de la determinación del monto total por el cual prospera la demanda. Finalmente, el reconocimiento judicial efectuado permitió constatar los restantes daños informados por la perito en las zonas comunes correspondientes a la azotea, pileta, accesos peatonales, vehiculares y cocheras. Traducido a términos matemáticos, y siguiendo el sistema adoptado en el Anexo I, obrante a fs. 282, las deducciones deben establecerse de la siguiente manera: a) del ítem A+C, correspondiente a andamios, el monto total correspondiente a 429 mts. -frente calle Brown- se reduce en un treinta por ciento (30 %), arrojando una retracción de la suma de Pesos Cuarenta y Seis Mil Cuatrocientos Seis, con sesenta y cuatro centavos; b) la suma correspondiente al picado frente calle Conesa, Pesos Trece Mil Novecientos Sesenta y Nueve, con Ochenta Centavos, se descuenta integralmente; c) se deduce, del monto total estimado en concepto de impermeabilización (663 mts.), el porcentual (35,29 %) correspondiente a los 234 mts. del frente sobre la calle Conesa, lo cual arroja un descuento de Pesos Quince Mil Ciento Veintiseis, con treinta y cinco centavos; d) se deduce, del monto total estimado en concepto de Super Iggam (663 mts.), el porcentual (35,29 %) correspondiente a los 234 mts. del frente sobre la calle Conesa, lo cual arroja un descuento de Pesos Cuarenta y Tres Mil Ochocientos Sesenta y Nueve, con ochenta y ocho centavos. La sumatoria de los descuentos arroja el monto total de Pesos Ciento Diecinueve Mil Trescientos Setenta y Dos con sesenta y siete centavos (\$ 119.362,67) que deben ser retraídos de la suma total presupuestada (\$ 714.085,316). La nueva suma, Pesos Quinientos Noventa y Cuatro Mil Setecientos Doce, con sesenta y cuatro (\$ 594.712,64), a la que se le aplican los ítems Beneficio (10%) e IVA (10,5%) confluyen en el monto final: Setecientos Dieciseis mil Seiscientos Veintiocho, con setenta y dos centavos (\$ 716.628,62). Como corolario, dado el resultado de la pericia y la medida para mejor proveer dispuesta en estos actuados, efectuada la detracción de los ítems que "supra" se detallaran, se verifica que el costo de reparación valorada a la fecha de la realización de la primer pericia asciende al monto de Pesos Setecientos Dieciseis Mil Seiscientos Veintiocho Pesos, con Setenta y Dos Centavos (\$ 716.628,72) suma por la cual debe prosperar la demanda. 9) La parte demandada critica que, valorados los daños al mes de Julio de 2013, se pretenda su actualización mediante la aplicación de intereses retroactivos al 30 de Diciembre de 2008. Considera, entonces, que debiera aplicarse la tasa a partir de la valuación de los daños. En relación a la fecha a partir de la cual comenzará el computo del cálculo de los intereses, el A quo tomó como pauta la fecha en la cual el Consorcio demandante formuló el primer reclamo fehaciente (30/12/2008), solución que luce razonable por tratarse del momento en que se constituyó en mora a los obligados (art. 509 del CC.). Referido a la tasa de interés moratorio judicial y en nuestro ámbito jurisprudencial, corresponde recordar que la Suprema Corte Provincial ha declarado, reiteradamente, que debe asumir su labor uniformadora de la jurisprudencia fijando una doctrina legal (arg. arts. 161, inc. 3, ap "a", Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 279, C.P.C.C.), toda vez que dicha determinación reviste un innegable valor expansivo que justifica la intervención del Tribunal (v., entre una mirada de precedentes, la causa C. 101.774, "Ponce", sent. del 21-X-2009). Fijado ello, en el fallo se ha establecido la indemnización a valores a la fecha de la realización de la pericia originaria (3 de Julio de 2013), solución que se adecua a lo que prescribe el art. 772 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en orden a las denominadas deudas de valor. En virtud de ello, deviene imperioso recordar que, en fallo reciente (SCBA., C. 120.536, del 18/4/2018, en autos caratulados: "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios"), el Superior Tribunal Provincial estableció que, cuando la indemnización se ha estimado a valores posteriores a la fecha de exigibilidad del crédito, es congruente con esa realidad económica liquidar los intereses devengados hasta ese momento aplicando, como tradicionalmente se establecía en relación con todas las modalidades de actualización, una tasa de interés puro; es decir, el accesorio destinado a la retribución de la privación del capital, despojado de otros componentes (conf. Molinario, Alberto D., "Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas", RdN, 725, 1573), desagregado de los factores o riesgos que el prestador asume hasta lograr la recuperación íntegra de la suma prestada (Morello, Augusto M., Tróccoli, Antonio A., "La tasa de interés. Consideraciones jurídicas y económicas", en Álvarez Alonso, Salvador; Morello, Augusto M.; Tróccoli, Antonio A., Derecho Privado Económico, Platense, 1970, pág. 372). En su hora el así denominado interés puro fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un 6% anual (Fallos: 283:235; 295:973; 296:115, y más recientemente en Fallos: 311:1249), criterio al que se plegó, posteriormente, el Címero tribunal provincial (L.49.590, "Zuñiga", sent. de 1-VI-1993; L.53.443, "Fernández", sent. de 6-IX-1994; L. 60.913, "Amaya", sent. de 14-X-1997; L. 73.452, "Ramírez", sent. de 19-II-2002; Ac. 85.796, "Banco de la Provincia c. Miguel", sent. de 11-VIII-2004; C. 95.723, "Quinteros", sent. de 15-IX-2010; C. 99.066, "Blanco de Vicente", sent. de 11-V-2011; entre otros). Apunta el Dr. Soria -ministro que abre el Acuerdo al que adhiriera la mayoría- que en las actuales circunstancias no

se advierten razones para descartar dicho guarismo, agregando que el cálculo del crédito a valores actuales, pese a no identificarse con las operaciones estrictamente indexatorias, se asemeja a ellas en cuanto evidencia una respuesta frente al impacto negativo de factores económicos notorios, como los derivados de las altas tasas de inflación experimentadas. Concluye diciendo que, cuando sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, en principio debe emplearse el denominado interés puro a fin de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito. Por tal razón, y siendo que el acatamiento que los órganos judiciales hacen a la doctrina legal de la Corte Provincial responde al objetivo de procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, propongo hacer lugar a esta parcela del recurso de apelación articulado, modificando la sentencia de primera instancia en cuanto a la tasa de interés fijada, estableciendo que para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la ya mentada alícuota del 6% anual, la que corresponderá ser impuesta al crédito indemnizatorio en cuestión desde la mora y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Com.). De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés establecida en la instancia de origen. 10) En mérito a todo lo hasta aquí referenciado, propiciaré la modificación parcial de la sentencia dictada en la instancia de origen, acogiendo la demanda instaurada contra el co-demandado Norberto Tomás Simonetti, reduciendo el monto por el que prospera la demanda a la suma de Pesos Setecientos Dieciseis Mil Seiscientos Veintiocho Pesos, con Setenta y Dos Centavos (\$ 716.628,72) y fijando, a los fines del cálculo de los intereses, que los mismos deberán liquidarse aplicándose la alícuota del 6 % anual desde la fecha de mora y hasta el momento tenido en cuenta para la valuación de la deuda (3 de Julio de 2013), manteniendo la tasa fijada en la instancia de origen desde esta última fecha y hasta el efectivo pago. 11) Conforme ha quedado resuelta la cuestión, y en orden al éxito parcial del disgusto traídos a consideración de este Tribunal ad-quem mediante los recursos deducidos por las partes, propongo que las costas de la alzada sean impuestas en un 70 % a los demandados y en un 30 % a la parte actora, en razón del alcance de los vencimientos parciales y mutuos (conf. art. 71 del C.P.C.C.). VOTO POR LA NEGATIVA. A la misma primera cuestión, el Dr. Carlos Jorge Señaris dijo: 1) Anticipo - desde ya - que discrepo con la solución propuesta por el distinguido colega que me precede en el orden de votación en cuanto a la legitimación del consorcio accionante para demandar al director de obra Norberto Tomás Simonetti, quien fuera correctamente excluido de la condena impuesta en la sentencia en crisis. Coincido en que la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces en virtud del principio iura novit curia, siendo a ellos a quienes les corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieran invocado las partes, en tanto no alteren los hechos (esta Sala, conf. causas 6621, RSD 12/04, 23-2-2004; 10.392, RSI 252/07, 26-11-2007; 11.335, RSD 52/09, 24-6-2009; entre otras). En esa inteligencia, advierto que la demanda de autos fue promovida por la administradora del Consorcio de Propietarios del Edificio ?Alvear 7? contra la empresa constructora CERRI S.A. y Norberto Tomás Simonetti, en su carácter de Director de Obra, invocándose la venta, a sus actuales propietarios, de unidades a estrenar (art.330, inc.4, del Código Procesal; v. libelo de inicio de fs.74/78; acáp. V, primer párr., fs.74 vta.), circunstancia reconocida por los demandados en su responde de fs.93/101 (art.354, inc. 1 y 2, Cód. cit.; v. acáp. IV, fs.97 vta., primer párr., in fine). La demandante procura el resarcimiento de los daños y gastos derivados del incumplimiento y el accionar negligente que achaca a la empresa constructora y a su director de obra, por errores de construcción que se fueron manifestando y detectando con el correr del tiempo y la inobservancia de la reglamentación vigente en la materia, que obligaron a efectuar reparaciones urgentes y necesarias asumidas por el Consorcio accionante, encontrándose otras tantas pendientes de realización a la fecha de interposición de la demanda (v. acáp.V y VI, fs.74 vta./76). Más allá del derecho invocado por la parte actora para fundar su pretensión (art.330, inc.5, del ritual), concerniente a la locación de obra (arts.1646, 1647 y conc. del Código Civil; v. acáp.VII del escrito postulatorio, fs.76 vta.), no abrigo dudas en cuanto a que la relación jurídica sustancial generadora de responsabilidad en la emergencia deriva del contrato de compraventa, encontrándose la situación regida por las normas que hacen a la garantía del vendedor por vicios redhibitorios (arts.1323, 2164 y sigs., del Código Civil derogado). La descripta plataforma fáctica me lleva a efectuar un nuevo análisis acerca de la legitimación activa en casos en que, como aquí acontece, se denuncian y acreditan vicios en la construcción de un edificio, persiguiéndose la reparación de los gastos en que debe incurrir el consorcio a raíz de los deterioros advertidos en las partes comunes (arts.8, 9, 10, 11, ley 13.512). En efecto, en reciente pronunciamiento dictado en causa 17.875 (RSD 63/18, 16-8-2018), adherí a la opinión del magistrado que en aquella oportunidad también abrió la votación, para decidir, sin abrir juicio sobre la naturaleza del contrato que unió a las partes y con sustento en las normas atinentes a la responsabilidad en el marco de un contrato de obra (art.1646 del Código Civil derogado), acerca de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual de la empresa constructora y del director de obra. No desconozco la cuestión, de antigua data, que hace a la calificación del contrato de propiedad inmobiliaria como compraventa o locación, ya referida por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 1629, y las dudas suscitadas en torno a la compraventa de cosa futura (art.1327 de aquel ordenamiento), supuesto que no es el de autos. Es que, salvo ese caso, resulta claro que existe compraventa cuando una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obliga a recibirla y a pagar un precio cierto en dinero

(art.1323 del Código Civil). En cambio, hay contrato de obra (?locación de obra?, como se lo denominó en el Código de Vélez Sarsfield) cuando una parte se obliga a ejecutar una obra, aportando o no los materiales para su realización, y la otra, a pagar por ella un precio en dinero (art.1629 del ordenamiento derogado; Bueres-Highton, Código Civil..., v. 4A, pág.571), siendo criterio distintivo entre este contrato y el de compraventa de cosa futura el que hace hincapié en el interés de una de las partes en el proceso de producción, presente sólo en la locación de obra (conf. Spota, Alberto; Contratos-Instituciones de Derecho Civil, 2ª edición actualizada y ampliada por Luis P. Leiva Fernández, v. VI, p.27). En la especie, de la propia exposición de los hechos efectuada por el consorcio accionante surge que la obligación de la vendedora - a su vez, empresa constructora del edificio - consistió en la entrega de una vivienda ya construida a cambio de un precio en dinero, sellando, sin hesitación alguna, la inaplicabilidad al sub lite de las normas de la locación de obra (conf. CNCiv., Sala F, ?Consortio de Prop. Av. del Libertador 5624 c. ECMA S.R.L.?, 1-6-2007; La Ley Online, AR/JUR/4270/2007). Repárese aun en que el nuevo Código Civil y Comercial contribuye a disipar la polémica a que diera lugar el artículo 1629 del anterior ordenamiento sustantivo, al disponer que, cuando ?una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios?, agregando que si ?la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra? (art.1125 del Código Civil y Comercial). El distingo entre uno y otro contrato es de trascendental importancia, ya que de él dependen, entre otras cuestiones, las normas aplicables en materia de prescripción y responsabilidad (v. Spota, ob. cit., v.IV, pág.36; Gregorini Clusellas, Eduardo; Las acciones del adquirente o locador de un inmueble con vicios, La Ley 2008-C-179, Cita Online: AR/DOC/3726/2007).

Sentado lo expuesto, advierto que, en la pieza sustentatoria de fs.619/621, la parte actora se agravia del rechazo de la acción respecto del director de la obra, ingeniero Norberto Tomás Simonetti, decidido en la instancia anterior con fundamento en que no habría existido un contrato de locación de obra en los términos previstos por los artículos 1629, 1646, 1647 y concordantes del ordenamiento sustantivo, sino un contrato de compraventa, argumentando que no ha existido oposición alguna al progreso de la acción, con fundamento a lo sostenido por el a quo, por parte del nombrado codemandado, quien no ha opuesto excepción de falta de legitimación pasiva, admitiendo, por el contrario, de forma tácita, su responsabilidad personal como director de obra en relación a los daños y perjuicios aquí reclamados. Ahora bien, del responde efectuado en forma conjunta por los demandados a fs.93/101, no surge en modo alguno que, como alega la apelante, el director de obra haya admitido la responsabilidad que se le endilga, solicitándose expresamente, por el contrario, el rechazo de la demanda. Y es sabido que la "legitimatío ad-causam" hace a la titularidad del interés que es materia del litigio y constituye un presupuesto o requisito esencial para la admisión de la acción o petición de que se trate, de modo que el órgano jurisdiccional puede y debe pronunciarse acerca de la falta de legitimación para obrar del sujeto requirente, incluso de oficio si es que tal carencia no fue advertida por la parte contraria (esta Sala, arg. causas 6303, RSD 81/03, 9-10-03; 12187, RSI 195/09, 5-11-09; 13.620, RSD 63/11, 17-10-11; entre otras). En consecuencia, siendo que la relación entre las partes de autos no deriva de un contrato de locación de obra (arts.1629 y sigs. del Código Civil de Vélez Sarsfield) sino de la compraventa celebrada por los adquirentes de las distintas unidades funcionales que componen el edificio - compradores que en modo alguno actuaron como comitentes o locatarios de la empresa constructora, a su vez vendedora -, el consorcio constituido en los términos previstos por la ley 13.512 carece de legitimación para demandar al director de obra por los vicios de construcción ocultos que tornaron impropia la cosa vendida en relación al fin a que se hallaba destinada, en tanto dicho sujeto resulta ajeno a la contratación (arts.1195, 1199, 2164, 2173, 2174, 2175, 2176 del Código Civil). 2) De lo expuesto en el precedente considerando se colige que la demanda debe progresar exclusivamente contra la empresa constructora demandada - cuya responsabilidad llega incuestionada a esta instancia - en su condición de enajenante, por lo que propicio, en esa parcela, la confirmación de lo resuelto en la instancia anterior. Con esa salvedad, coincidiendo con la evaluación de la prueba efectuada por mi distinguido colega preopinante en torno a los costos de reparación - a cuyos términos me remito -, adhiero a la modificación que propone en cuanto a la reducción de los montos reclamados e intereses de aplicación al caso (arts.2164, 2173, 2174 del Código Civil; 34, inc.4º; 242, 243, 260, 375, 384 del C.P.C.C.). Es con ese alcance que **VOTO POR LA NEGATIVA**. A la misma primera cuestión, el Dr. Gabriel Pablo Zapa dijo: Que compartiendo en un todo los fundamentos vertidos por el Dr. Señaris, con el mismo alcance, **VOTO POR LA NEGATIVA**. A la segunda cuestión, el Dr. Gerardo Crichigno dijo: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, corresponde - por mayoría - hacer lugar parcialmente al recurso planteado por los demandados a fs. 581 y, en consecuencia, modificar la sentencia, reduciendo el monto por el que prospera la demanda a la suma de Pesos Setecientos Dieciseis Mil Seiscientos Veintiocho Pesos, con Setenta y Dos Centavos (\$ 716.628,72) y fijando, a los fines del cálculo de los intereses, que los mismos deberán liquidarse aplicándose la alícuota del 6 % anual desde la fecha de mora (30/12/2008) y hasta el momento tenido en cuenta para la valuación de la deuda (3 de Julio de 2013), manteniendo la tasa fijada en la instancia de origen desde esta última fecha y

hasta el efectivo pago. Las costas de Alzada habrán de imponerse en un 90 % a la parte actora y el 10 % restante a los demandados, atento el resultado obtenido por cada uno de los recurrentes (conf. arts. 68 y 71 del Cód. Adjetivo). ASI LO VOTO. A la misma segunda cuestión, los Dres. Carlos Jorge Señaris y Gabriel Pablo Zapa por idénticas razones VOTAN EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el Acuerdo firmando los Señores Jueces. SENTENCIA Quilmes, 7 de febrero de 2019.- AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto, en los términos expuestos por mayoría, que la apelada sentencia de fs.523/530 no se ajusta totalmente a derecho; FALLO: I) Haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por los demandados a fs.581, se reduce el monto por el que prospera la demanda a la suma de Pesos Setecientos Dieciséis Mil Seiscientos Veintiocho Pesos, con Setenta y Dos Centavos (\$ 716.628,72) y se establece, a los fines del cálculo de los intereses, que los mismos deberán liquidarse aplicándose la alícuota del 6 % anual desde la fecha de mora (30/12/2008) y hasta el momento tenido en cuenta para la valuación de la deuda (3 de Julio de 2013), manteniendo la tasa fijada en la instancia de origen desde esta última fecha y hasta el efectivo pago. II) Se confirma el pronunciamiento apelado en lo demás que ha sido materia de recurso y agravios. III) Se imponen las costas de Alzada en un noventa por ciento (90%) a la parte actora y el diez por ciento (10%) restante a los demandados, atento el resultado obtenido por cada uno de los recurrentes (arts. 68 y 71 del Cód. Adjetivo), difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 51 de la Ley 14.967). REGISTRESE. NOTIFIQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). DEVUELVA.-

041219E