

## Prueba Anticipada Designacion De Perito Obra En Construccion Construccion De Edificio Hormigon

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 28 de agosto de 2020.- Y

VISTOS: 1.) Apeló Fidusaires SA en forma subsidiaria la resolución de fecha 13.03.2020 -mantenida en el decreto dictado el 11.08.2020- que rechazó la producción de prueba anticipada solicitada en escrito de inicio. Los fundamentos fueron desarrollados en la presentación efectuada el día 07.08.2020. 2.) A efectos de una adecuada comprensión de la materia traída a conocimiento de este Tribunal, cabe referir que examinadas las constancias digitales del expediente a través del Sistema de Gestión Lex 100 se desprende que: i) Fidusaires SA petitionó en el escrito inaugural la producción de prueba anticipada, consistente en la designación de un perito ingeniero civil o arquitecto, a fin de que se expida sobre los puntos de pericia propuestos, dirigidos a constatar la calidad del hormigón suministrado por Horcrisa SA para la obra desarrollada por la actora en el inmueble de la calle Boyacá ... de esta Ciudad y, en su caso, los perjuicios que eventualmente se hayan derivado de la diferencia existente entre el material contratado y el efectivamente utilizado (costo de reparaciones, del diseño de refuerzos estructurales, modificaciones del proyecto original, entre otros). Explicó que la accionante adquirió el inmueble referido en el año 2014 para desarrollar la construcción de un edificio y que, para realizar las tareas de hormigón, contrató a Horcrisa SA, quien se dedica a todo tipo de servicios y prestaciones vinculadas al hormigón elaborado. Indicó que la estructura de la obra fue diseñada para ser ejecutada con hormigón de resistencia H30, lo que significa que la resistencia característica, ensayada a la comprensión, debía ser de 30Mpa (o mayor), debiendo entregar para ello la accionada hormigón tipo H30. Apuntó que la obra comenzó a ejecutarse normalmente y que, a los fines de verificar la corrección del material y la resistencia estructural del producto de los trabajos de hormigonado, se entregó a distintas empresas la realización de una serie de estudios, ensayos y pruebas, que arrojaron como resultado valores muy por debajo de lo esperado para un hormigón que en teoría era H30. Señaló que en virtud de dicha circunstancia, el estructuralista y la dirección de obra decidieron diseñar un refuerzo de las columnas, tarea que debió ser continuada hasta las bases del edificio. Refirió que posteriormente se realizó un nuevo estudio con la firma Cadiem, que nuevamente arrojó valores por debajo de los esperados para un hormigón H30. Puntualizó que Horcrisa SA participó de esta actividad, acompañando a la actora en las tareas y proponiendo soluciones, no obstante lo cual afirmó, que nunca quiso responsabilizarse de los daños generados. Sostuvo que el edificio se encuentra actualmente en construcción y en óptimas condiciones para realizar la pericia, pues en poco tiempo estará terminado con las unidades adjudicadas, por lo que la producción de prueba, que implicará ?cateos destructivos y/o visualización de refuerzos estructurales serán muy dificultosos y/o de imposible cumplimiento, pues deberán ejecutarse en unidades funcionales habitadas, cuyos titulares de dominio serán ajenos a estas litis?. ii) La juez a quo, como medida previa, requirió a la actora que: a) acompañara la documentación que acredite la compra y entrega del hormigón cuyo análisis se solicita; b) indicara estado de avance de la obra y fecha aproximada de finalización; c) justificara en qué consistía la afirmación hecha en el sentido de que las ?extracciones? a realizar en ?el futuro? podían afectar el bienestar estructural del edificio (fs. 28 vta.) y su correlato con lo señalado en el sentido de que las unidades habrán de ser adjudicadas dentro de poco tiempo (fs. 28) y, particularmente si esa afectación comprometía las características estructurales con las que la obra fue aprobada por la autoridad pública. iii) Fidusaires SA, con la presentación efectuada con fecha 20.12.2020, acompañó facturas y remitos expedidos por la accionada a nombre de la actora que darían cuenta de diferentes entregas de hormigón H30 entre el 09.03.2018 y el 30.05.2018. Allí también manifestó, respecto del avance de la obra, que a esa fecha se estaban realizando los revoques laterales exteriores con continuidad hacia el aire y luz mediante dos equipos de balancines para finalizar el proceso de aislación del edificio, que la estructura de hormigón ya había sido concluida en su totalidad, que las carpinterías metálicas se encontraban en producción y que la mampostería de elevación estaba próxima a su culminación, previéndose la entrega de unidades para setiembre de 2020. Por otro lado, manifestó que la actora tomó todas las medidas para evitar cualquier posible afectación estructural y que en el escrito de inicio se manifestó por error que las extracciones podían generarla. Agregó la obra fue aprobada por la autoridad pública y es verificada en forma permanente por el GCBA. Reiteró que, de avanzar con las obras, para la realización de la pericia deberá tomarse testigos de varios lugares, entre ellos de parte del edificio que se encuentran bajo el nivel del suelo, por lo que habrá que excavar para acceder a ellos y romper trabajos ya terminados e, incluso acceder a unidades ya adjudicadas. Insistió, en que los testigos pueden tomarse mucho más fácilmente de un edificio en obra, pues una vez terminado generará mayores costos, gastos y perjuicios a los habitantes. iv) La juez a quo se pronunció sobre el particular en el decreto dictado el 13.03.2020, desestimando la pretensión. Al adoptar esta decisión señaló que: a) más allá de las razones brindadas, lo cierto es que estamos frente al planteo de una hipótesis, toda vez que en el escrito inicial

se afirmó que la futura accionada habría participado del proceso de refuerzo de las estructuras, incluso proponiendo soluciones (fs. 28), de manera tal que, en esta instancia, no es posible conocer la posición que adoptará Horcrisa SA respecto del valor probatorio de las muestras que entonces se habrían tomado; b) el supuesto peligro en la demora que se invoca (en realidad se alude a mayores dificultades y a la posibilidad de que se afecten unidades terminadas en el futuro), no se compadece con el tiempo empleado por la promotora para iniciar e instar estas actuaciones; c) aun cuando se trate de una "prueba anticipada", ha de tenerse en cuenta que la misma no se produciría inaudita parte, sino que correspondería darle participación a la demandada, extremo que torna inexplicable -al menos a partir de los elementos aportados al expediente- por qué no se inició a la fecha el proceso principal o al menos la mediación prejudicial obligatoria, lo que impide conocer en qué términos quedará trabada la litis. v) La recurrente se quejó de esta decisión, alegando que, si bien Horcrisa SA participó del proceso de refuerzo de estructuras del edificio, se ha negado a responder por los daños que generó con su incumplimiento, habiendo fracasado incluso la mediación extrajudicial promovida. Hizo hincapié en que no se tuvo en cuenta que la realización de la pericia con el edificio terminado generará mayores costos y dificultades, además de perjuicios para las partes y terceros. 3.) Descripto el precedente marco fáctico, señalase que el aseguramiento de pruebas en los términos del art. 326 del CPCCN, constituye una vía procesal de excepción (cfr. Fassi "Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación" T. II, p. 19), que debe admitirse únicamente si se comprueba que el proponente se halla expuesto a perder la probanza o que la misma le resultará imposible o de muy difícil realización en una ulterior oportunidad. Es por ello que quien pide este tipo de medida debe extremar la explicación de las razones que la hagan viables y acreditar la existencia de motivos que invoca en su favor, y solo concurriendo tales recaudos puede acordarse la franquicia legal, pues tratándose de una medida de excepción debe evitarse un despliegue de inútil actividad jurisdiccional (conf. esta CNCom., esta Sala A, 07.10.2010, "Seinte SRL c. Consorcio de Propietarios Av. Directorio 2135/53 s. Ordinario?"; íd., CCiv.ComFed., Sala III, 26.6.95, "Iguazú Cía. de Seg. S.A. S/medidas preliminares y de prueba anticipada"). De las constancias acompañadas y del relato efectuado en autos, se extrae que se encuentran configurados los requisitos necesarios para admitir la diligencia. En efecto, si bien aún no se ha iniciado la acción de fondo, por lo que se desconocen con precisión los rubros que conformarán los daños que se reclamarán a la accionada, es claro que la realización de la prueba pericial peticionada una vez que el edificio se encuentre terminado y las unidades entregadas, se tornará más dificultosa, insumiendo mayores costos y generando eventuales molestias a terceros ajenos a este proceso (v.gr: reparación de aquellos lugares en los que se tomen las muestras necesarias). Por ende, estima esta Sala que resulta procedente ordenar la producción de la prueba anticipada solicitada, con la debida intervención de la contraria (conf. art. 327, último párrafo CPCC). 4.) Por lo expuesto, esta Sala RESUELVE: Acoger el recurso de apelación incoado en forma subsidiaria por la parte actora y, por ende, revocar la resolución dictada el 13.03.2020, debiendo la juez de grado disponer las medidas pertinentes para la producción de la prueba anticipada solicitada, con intervención de la sociedad demandada.- Notifíquese la presente resolución a las partes. Oportunamente, devuélvase virtualmente las actuaciones a la instancia anterior. Sólo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).- A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ.- MARÍA ELSA UZAL ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS VALERIA C. PEREYRA Prosecretaria de Cámara

Correlaciones: Masri, Alberto Osvaldo Elías c/Consorcio de Propietarios Edificio Avenida Santa Fe N°

... s/prueba anticipada - Cám. Nac. Civ. - Sala D - 28/04/2017 - Cita digital IUSJU048122E

001880F