En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes G. Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de Cámara Dra. M. Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., J. C. c/ G. S. U. SA s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 726/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 112/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 653), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes G. Blanco, Dra. M. Fernanda Zanatta y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 591/599? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. G. Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 84/2017 del juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por la actora para que la demandada la indemnice por daño causado en su vivienda por la suma de $456.000, más intereses. Rechazó el rubro pérdida de capacidad portante y lucro cesante. Por el principio objetivo de la derrota las costas fueron impuestas al demandado vencido, reguló

los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 591/599).

Contra la misma se alzó la actora a fs. 601 y la demandada a fs. 604, declarándose este último desierto a fs. 650.

En el memorial de agravios de la parte actora de fs. 647/649 se queja en primer término por considerar arbitraria la determinación del monto de reparación del inmueble. Dice que juez de primera instancia determinó la indemnización de la suma de dinero que corresponde al actor por el rubro reparación del inmueble en el 50% del monto de la demanda (se habían requerido $912.100 en razón de un presupuesto de 2012 que fue reconocido en audiencia por el ingeniero R.). Esta técnica ha sido arbitraria porque no ha tenido explicación alguna y no es más que la determinación de un porcentaje de un informe profesional de más de seis años agregando que ese monto totalmente desfasado por la inflación y las numerosas devaluaciones del peso. Considera el recurrente que por un lado hay arbitrariedad en la determinación de la base, cuando se da virtualidad a una suma fijada en 2012 y cuando el juez manda a pagar el 50% de ese monto solo porque la casa es vieja sin hacer un verdadero análisis de qué tareas de reparación corresponde hacer en la casa por el daño causado en la edificación del inmueble lindero y qué tareas de mantenimiento eran necesarias por la antigüedad del inmueble.

Confundió la valoración de un testigo que dice que el inmueble del actor debía ser actualizado y estima que la expresión significa hecha la casa de nuevo, en vez de reparada o restaurada. Previo a la obra en el predio vecino la casa no tenía fisuras ni fallas estructurales,

más allá de sus años. En cuanto a la fijación del monto indemnizatorio para reparar el inmueble, no está de más recordar que lo solicitado en la demanda (suma que utilizó el juez) fue a título provisorio y sujeto a lo que en más o menos surja de la prueba, teniendo en cuenta al principio y derecho a la reparación integral. Por otro lado, hay otra pericia más moderna en el expediente (presentada el día 29/03/16), por lo que no se entiende porque el juez prefirió basarse en la más vieja. Esta pericia nueva arroja un valor de $4.037.707,95 y discrimina perfectamente bien las actividades a realizar, con lo que el juez la pudo tener en cuenta y extraer una parte de ellos que estimara ligados a daños preexistentes. El inmueble podrá ser antiguo, pero se construyó en el predio lindero un edificio con más de diez pisos, con cochera y que requirió una profunda excavación de lo que deviene un claro daño estructural. Entonces, la suma de la sentencia de primera instancia es solo un 10% del monto que determinó el perito, siendo que en la página 9 de la pericia concluye tras una larga explicación que el inmueble se ha visto sometido a asentamientos diferenciales —lo que surge de las fisuras y rompimiento de testigos-. Concluyó en que esas fallas provienen de un desplazamiento o desmoronamiento del terreno durante la realización de la obra lindera, ejecutada por la demandada. La suma de dinero asignada apenas alcanza para realizar reparaciones estéticas o superfluas cuando los peritos han fijado sumas muy superiores hace algunos años.

Además, el perito indica que la mayoría de las zonas están en peligro de derrumbe y que han quedado inhabitables. Todas estas cuestiones no tienen que ver con la antigüedad dél inmueble, sino con la pérdida de estabilidad producida por los movimientos del suelo durante la excavación vecina que llegó a invadir el predio del actor. Agrega que no se puede determinar a

ojo de buen cubero qué porcentaje del presupuesto debe extraerse, sino que en todo caso se debe indicar qué daños no tienen relación causal adecuada con el hecho de autos y de esa forma se eliminarían los montos relativos a su reparaciones (por materiales y mano de obra) que no tuvieran que ver con el hecho de autos.

Esta operación hubiera representado fundar el fallo, mientras que lo que realizó el juez fue una determinación arbitraria partiendo de una base desfasada por los años (valor determinado en 2012 por el Ing. R.) y un porcentaje también arbitrario que no se condice con el resto del fallo; toda vez que el juez —asimismo- consideró responsable a la demandada por el 100% del daño causado, no por el 50% y, de esa forma, fijar sin fundamento ni base lógica o discursiva tal o cual porcentaje es desproporcionado porque no hubo un adecuado análisis de la relación de causalidad. Para el apelante faltó una seria inteligencia del régimen de consecuencias causales, donde la antigüedad del inmueble es un factor a considerar —por supuesto- pero este factor ligado al hecho principal dañoso (perpetrado por la demandada) configuran consecuencias mediatas por las que también se responde. No es que por ser antiguo el inmueble no amerite una indemnización idónea para su reparación: por supuesto, no se debería tratar de una absoluta restauración, sino de una suma de dinero que permita arreglar los daños estructurales y recomponer las bases del inmueble (tanto en cimientos como suelo). Afirma que el fallo es arbitrario porque sin dudas en 2018 la suma propiciada en virtud del 50% del valor de un informe de 2012 es insuficiente y no se justifica en ninguna parte el apartamiento de las sumas fijadas por el perito, ni enfoca adecuadamente la causalidad sobre el daño y las tareas necesarias (con materiales) para la reparación —al formular el apartamiento se omitió la

explicación concreta y quedó la fundamentación en el ámbito privado del juez-.

El segundo agravio es por la negativa del rubro lucro cesante por privación de alquileres.

Constituye un craso error que no existe prueba objetiva que permitiera tener por acreditada la posibilidad de rentar el inmueble. toda vez que la existencia misma de un inmueble disponible implica de por sí la posibilidad de alquilarlo —cuestión que fue confirmada por los testigos, dado que contaba con varias unidades funcionales y había estado alquilada hasta que perdió toda la seguridad-.

De ello dan cuenta los testimonios de H. S. B. al responder la pregunta 29; también la respuesta de H. A. G. a las preguntas 10 y 11 dijeron con exactitud que tenían conocimiento de la presencia de locatarios en el inmueble de la parte actora, hasta que tuvieron que marcharse al realizarse la obra del edificio de la demandada; puesto que se cavó un pozo que ocupaba el lugar de acceso: por lo que la gente ingresaba a su casa sobre tablones y luego colapso la cloaca, la instalación eléctrica y comenzaron las fisuras de las que da cuenta el informe pericial y testimonio de todos los peritos.

Hubo prueba sobre la existencia previa de una actividad lucrativa de alquiler del inmueble antes que se produjeran los daños. Por ello, siendo real la presencia de locatarios, lo que causó la demandada fue un lucro cesante —al no permitir la continuidad de esta actividad-, no una mera pérdida de chance.

Ambos rubros son indemnizables y, verificada la existencia del perjuicio, no hay por qué negar el resarcimiento a título de lucro cesante o pérdida de chance.

La resolución desoyó a los testimonios y, por otro lado, tampoco tuvo en cuenta que la sola existencia de un inmueble ocioso permite su locación y, más allá de

sus años, la excelente ubicación puede hacerlo interesante para determinado público que por poco precio puede vivir en el centro.

Hace reserva del caso federal. Pide revocación del fallo.

Análisis:

Efectuando una breve reseña introductoria, el juez de grado dijo que la prueba de que la excavación no provocó daños en el inmueble del actor pesaba sobre el demandado, en consecuencia se acreditaron los daños pero no la extensión. Consideró que el demandado era responsable de los daños, pero que debe responder por la reparación y no la reconstrucción de la casa que ya era antigua al momento de la obra lindera del accionado, para lo cual invoca la pericia de fs. 464 que dice que para reparación, excavación, relleno, compactación, recalzado de cimientos, reconstrucción y reparaciones menores se debe erogar la suma de $4.037.706,95, seguidamente efectúa una apreciación respecto de la antigüedad de la casa, cita los dichos del testigo A. quien entendió que esas refacciones implicaba hacerla nueva.

Analizó el informe de R. que habló de reparación, en forma similar a lo que declaró como testigo de los deterioros anteriores. Agrega que el perito Muratore basó su informe en el de R., no realizó ningún método o procedimiento para medir la excavación realizada por la demandada tampoco para determinar en cuánto influyó en el inmueble del actor ni determinó cuál era la capacidad portante. El informe describe fisura pero no indica causas, por ello toma la valoración económica de R. y por las facultades del art. 165 dél ritual fijó la indemnización en el 50% de lo calculado en ese informe técnico.

Existió una pericia a fs. 455 que fue declarada nula a fs. 477, auto que revocó el propio magistrado de

grado a fs. 482, y tuvo presente las impugnaciones que difirió para la sentencia. Lo que observo no hizo lugar ni rechazó la impugnación, no obstante atendió en parte sus argumentos en la sentencia.

En síntesis la sentencia redujo lo actuado a los dos informes técnicos. No atendió a la impugnación diferida de la pericia por parte de la demandada, aunque de la lectura de la sentencia surge que dio preferencia a los argumentos brindados por la demandada a través del consultor técnico (fs. 531/534)

Desarrollada de esta manera la litis, entiendo que su solución debe encontrarse en la conjunción de tres elementos esenciales; por un lado, lo dictaminado por los expertos que han intervenido en autos, el estado en el cual se encontraba el inmueble del actor al momento del daño y aquello que efectivamente fue solicitado en el escrito de demanda.

Respecto de este primer punto, esta Sala que integro ha tenido oportunidad de señalar: "El artículo 461 del Código Procesal subordina la admisibilidad de la prueba pericial a la necesidad de contar con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o actividad técnica especializada para poder apreciar los hechos controvertidos y conducentes. Es decir, el perito es un auxiliar del juez que, a partir de su saber le permite a este conocer las causas y extensión de los hechos cuya comprensión requiere una capacitación distinta a la jurídica que le es propia. Aquello que he expuesto en los dos párrafos anteriores es equivalente a afirmar que lo relevante del dictamen del perito no es la conclusión, sino el despliegue argumental que permite, partir de los hechos controvertidos y conforme los principios de determinada ciencia, arte o actividad técnica especializada arribar a esta. Es decir, el magistrado no solo necesita la conclusión del perito; sino también el desarrollo lógico y argumental que le

permite establecer la correlación entre las premisas del razonamiento y su conclusión. Justamente, el artículo 481 del Código Procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser apreciada por el juez atendiendo a "los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados… y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca". Al respecto, la doctrina enseña que "el juzgador no puede dejar de lado el dictamen arbitrariamente; por el contrario, el precepto le fija una regla de juicio a la cual debe ceñirse en su apreciación. He aquí esas pautas: a) la competencia del perito; b) los principios científicos en que se funda; c) la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica; d) las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados; e) los demás elementos de convicción. Es decir, no solo no puede el magistrado ignorar el dictamen, sino que debe valorarlo de acuerdo con las demás normas legales enunciadas, aunque después de dicha operación lógica concluya por apartarse del juicio del técnico total o parcialmente… El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen…" (SD N° 28/18/L).

Paralelamente, la doctrina enseña que "el informe del consultor técnico no es esencial ni puede poseer el mismo valor de convicción que el del perito designado de oficio, pues el primero actúa en interés de una parte, en tanto el otro ha sido designado como colaborar imparcial de la administración de justicia. La función del consultor técnico, más que pericial, se asemeja a la del abogado, en cuanto presta asesoramiento a la parte en cuestión de su especialidad… La jurisprudencia también ha dicho que ante la discrepancia planteada

entre el criterio del perito oficial y un consultor técnico, ha de prevalecer, en principio, el del primero, pues las garantías que rodean a su designación hacen presumir su imparcialidad y, en consecuencia, mayor atendibilidad" (Falcón Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tomo III, página 375/376).

Con base en las premisas que acabo de sentar, he de decir, por un lado, que entiendo que las conclusiones a las que arriba el perito a fs. 455/467 son la derivación lógica de los argumentos que se encuentran plasmados en el dictamen.

Por otro lado, no puedo soslayar que el dictamen del consultor de fs. 531/534 se encuentra basado, exclusivamente, en documentación suministrada por la parte que asiste; sin que este haya indicado que visitó el inmueble que nos ocupa.

En estos términos, habré de darle plena entidad probatoria al dictamen del perito oficial y descartar el valor de las restantes piezas.

Luego, advierto que a fs. 246 la accionada expuso que el inmueble del actor es de vieja data, se encontraba en mal estado de conservación y resultaba ser una construcción de pésima calidad.

Tal afirmación no se encuentra avalada por medio probatorio alguno; puesto que, si bien puede predicarse que la casa era añosa; los testigos dan cuenta que su deterioro se debió a la obra nueva realizada medianera de por medio y el perito dictaminante no lo consideró elemento relevante. A lo que agrego que las casas se hacen para perdurar en el tiempo, y si no se acreditó la incidencia de la vejez mal puede el juez *per se* y sin sustento técnico, atribuirle un porcentual para la reducción del reclamo resarcitorio.

Añado que el análisis que hace el juez *a quo* del informe pericial, no se basa en las conclusiones, sino en la apreciación interpretativa que le es propia y

subjetiva, es un hombre de derecho y el conocimiento del experto le es ajeno; por lo cual lo que dijo el perito a fs. 463 lejos está del razonamiento del juez, que no comparto.

El perito dijo: "La edificación presenta importantes asentamientos diferenciales, los cuales se evidencian por la presencia de fisuras y esplazamientos de los elementos constructivos. El rompimiento de los testigos realizados en la habitación denominada como estar demarca que aún no se ha estabilizado la estructura y que aún se encuentra inestable. Se infiere que los asentamientos diferenciales, según lo que marcan las fisuras y desplazamientos observados en las fotografías, son producto de un desplazamiento o desmoronamiento del terreno en momentos de la realización de la submuración del edificio colindante sito en Francia 859. La mayoría de las zonas se encuentran en peligro de derrumbe, lo cual las transforman en inhabitables. De no realizarse las reparaciones especificadas en el punto 4 se recomienda inhabilitar la propiedad para cualquier uso puesto que la misma aún no se ha estabilizado y corre riesgo de derrumbe" (sic fs. 463). Si tengo en cuenta lo que dijo en fojas anteriores, mi conclusión es diametralmente diversa, aun sin ningún esfuerzo intelectual significativo, el experto técnico atribuye el hecho a la construcción lindera.

En estos términos, dada la mecánica descripta por el perito en su dictamen, esto es, afectación de la capacidad portante del suelo como consecuencia de la excavación en el predio contiguo, habré de hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, modificar la sentencia en crisis y ampliar la condena por daño emergente a la suma de $4.037.706,95, con más los intereses.

Sobre el punto intereses mantengo la tasa activa dispuesta por el juez *a quo* desde la fecha de la pericial hasta el efectivo pago, tal criterio seguido en sentencia definitiva nro. 30/2018.

Desde el momento del daño que en el caso he de tomar la intimación efectuada por el accionante, hasta el informe pericial varía la tasa, que debe ser pura.

Receptado el agravio en cuanto al monto de condena, como se decidió en esta instancia, la revisión de los intereses se impuso, siendo en este orden de ideas que así lo decidió. Como los intereses deben correr desde el momento en que se produjo el perjuicio, si estos tienen entre sus componentes escorias inflacionarias (ver los arts. 767 y 768), en el caso de las obligaciones de valor necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago. La primera no debe contener escorias inflacionarias. Es que la razón de ser de estas últimas es, precisamente, compensar (por vía indirecta) la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, situación que no se presenta hasta el momento de la cuantificación, pues el monto de la obligación se determina de acuerdo al valor que ella reviste en dicho instante. No hay depreciación alguna.

Sintetizando, la tasa de interés, pues, debe ser pura, por ello establezco el 12% desde el momento que el actor intimó hasta el informe del experto, del 11 de diciembre de 2012 al 29 de marzo de 2016.

Respecto del segundo agravio, adelanto que este no ha de seguir la misma suerte.

De la compulsa de las presentes actuaciones y de sus conexos, se desprende que la señora Sara C. G. falleció el día 23 de abril de 2013, que estos autos fueron iniciados el día 24 de abril de 2014 y, si bien se reclama una indemnización por lucro cesante –y no

pérdida de chance- no se han acompañado los contratos de locación de las habitaciones del inmueble del actor cuya ejecución se viera frustrada como consecuencia de los daños causados, ni tampoco, de la causante anterior titular del inmueble. El memorial de agravio no enerva esta conclusión.

El lucro cesante importa el quebranto patrimonial de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico, relacionado casualmente con el evento perjudicial. O sea, la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, es decir, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo, y requiere su prueba sobre la base de constancias objetivas (*cf*. CSJN "Manufacturas del Comahue S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y D.G.I.) s/ proceso de conocimiento", del 05/08/2003).

En estos términos, y por no advertir el fundamento de las 32 mensualidades pretendidas, porque aun el monto debe ser considerado a título de pérdida de chance y no de lucro cesante porque si bien está acreditada la existencia anterior de unidades funcionales, no la intención del actor ni del anterior propietario, no hay indicio anteriores de algún trabajo en el inmueble para la puesta a punto del lugar a fin de comercializarlo, no se ha acreditado de forma indubitada la frustración de contratos de locación que existieran o que se estaban por firmar antes del evento dañoso, como bien observó el juez *a quo*, los testimonios son difusos sobre el tópico. La doctrina procesalista ha entendido que "La norma faculta al juez a la fijación directa del crédito o de los daños reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto. En los juicios de daños y perjuicios, los jueces acuden habitualmente a este procedimiento, cuando no existen en la causa elementos que permitan determinar con precisión su monto" (Fassi

– Yáñez, "Cód… Proc…, t.1, pág. 827, ed. Astrea-88). Pero si existió el daño, lo que ocurrió en la especie, no se comprobó el pretendido resarcimiento por lucro cesante. Se confirma en este punto la sentencia.

En atención a lo normado por el artículo 282 del CPCC mantengo la imposición de costas y regulación de honorarios realizada en porcentajes en la instancia de grado.

Las costas de esta instancia, por aplicación del principio general de la derrota, en la convicción que el rechazo parcial de un rubro resarcitorio revisado en esta alzada no enerva la posición de ganadora de la actora, las impongo a al demandada vencida (ART. 69 CP).

A la segunda cuestión, la Dra. G. Blanco dijo:

En consecuencia, propongo al acuerdo del tribunal la siguiente fórmula postulatoria:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora en los puntos que vinieron a decisión y, en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de $4.037.706,95. a abonar al accionante en el plazo fijado en la sentencia venida en crisis y con más los intereses conforme considerando respectivo.

2) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en primera instancia.

3) Imponer las costas de la alzada a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios de la Dra. M. D. L. P. B. I. y los del Dr. M. G. B. I., en conjunto, en la suma equivalente al 30% de lo dispuesto en la instancia de grado; con más IVA en caso de corresponder.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso, el fallo y el contenido del memorial del actor han sido reseñados por quien abre

el acuerdo, razón por la que no efectuaré reiteraciones estériles, salvo la enunciación de los agravios a fin de seguir una línea expositiva.

1. Análisis de los agravios:

Previo a iniciar el tratamiento, entiendo que debe destacarse que la sentencia ha sido consentida por la demandada, quien no expresó agravios ocasionando la deserción del recurso que interpusiera. Entre otras cosas, llegó firme a esta instancia la responsabilidad que el juez *a quo* adjudicó a la demanda. El actor cuestiona el monto de condena.

a) Así, a través del primer agravio, el actor pone en crisis la cuantificación efectuada por el juez *a quo* de la indemnización por reparación del inmueble en el 50% del monto de la demanda.

Critica que el sentenciante no dio las razones por las cuales redujo en un 50% el monto demandado y tomó como base el informe pericial presentado con la demanda del ingeniero R. por sobre la pericia realizada en la causa al 26/3/2016.

Entiendo que las razones que esgrime el apelante merecen recepción.

Es que no dio razones el juez de por qué efectuó una reducción del 50% del monto pretendido. Sin ningún respaldo técnico ni jurídico, arguyó que los daños provocados por la demandada se traducen en fisuras y rotura de electricidad que consideró en un 50%.

Antes, había tenido en cuenta la antigüedad y mal estado de conservación de la casa previo a la obra, pero también que las excavaciones incrementaron los deterioros como fisuras, problemas en el sistema eléctrico cloacas etc. Luego, solo tuvo en cuenta fisuras y rotura de electricidad.

Discrepo con la valoración de la prueba pericial que realiza el juez, pues achaca al perito no haber realizado ningún método o procedimiento para medir si

la excavación realizada por la demandada influyó en la pérdida de capacidad portante y el informe solo describe las fisuras y desperfectos, pero no indica sus causas y de allí, sin más, y sin adjudicar porcentual alguno de responsabilidad, redujo el monto peticionado a la mitad.

Al respecto, memoraré que los peritos, suministran a la causa fundamentos que, con basamento científico, permiten formar convicción respecto de acontecimientos o hechos que, exceden el plano del dominio experto de los jueces y constituyen una guía imprescindible para el recto pensar en los casos que se plantean.

Para apreciar correctamente la labor del experto, ha de tenerse en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda y la relación entre ese bagaje y el concreto tema que lo exige.

Se ha sostenido que, aun cuando el dictamen pericial no tenga carácter vinculante para el juez, este para apartarse de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, objetivamente demostradas a través de las circunstancias del caso de acuerdo a los hechos comprobados de la causa reveladores de que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de la experiencia o contradice el restante material probatorio objetivamente considerado -arg. art. 477, CPCCN (*cf*., Palacio, "Derecho Procesal Civil", t.IV, p. 720).

Y aunque las reglas de la sana crítica permiten establecer cuándo el examen pericial debe ser estimado o dejado de lado por el tribunal, a los jueces les está vedado sustituir la opinión de los peritos por sus propios conocimientos técnicos, artísticos o científicos o rechazar la pericia correctamente fundada a la que no cabe oponer pruebas de igual o mejor fuerza de convicción. Cualquiera que sean los conocimientos que pueda tener el juez, este no puede actuar como perito

(con f. Enrique Falcón, "Tratado de la prueba", t. II, Bs. As., 2003, p. 85, § 429; Palacio, "La prueba en el proceso penal", Bs. As., 2000, p. 152).

Y siguiendo este orden de ideas, no advierto motivos para apartarse de las conclusiones del experto, ya que claramente dijo que "las excavaciones provocan movimiento del terreno con la consecuente aparición de fisuras por los asentamientos diferenciales, deslizamiento del terreno y/o pérdida o disminución de la capacidad portante del terreno.

Explicó con gráficos que la excavación provoca alteraciones de tensiones en el suelo y esta alteración del equilibrio conduce a deformaciones del terreno contiguo, lo cual trae consigo el peligro de que las edificaciones vecinas resulten afectadas por la deformación del terreno o por el colapso del mismo. Y que la superficie del suelo en los alrededores de la excavación sufre un asiento vertical, incluso en los casos en que los movimientos horizontales hacia el interior son disminuidos por la presencia de un muro o pared de sostenimiento.

Por otra parte y con las imágenes coincidentes con las fotografías que se tomaron con anterioridad al inicio de las obras acompañadas por el actor (que obran certificadas por escribano a fs. 25/33), demostró el cálculo de distorsión angular indicando una gran inestabilidad del sector del frente y la posibilidad de derrumbe del mismo (fs. 262).

Concluyó que presenta importantes asentamientos diferenciales, que el rompimiento de los testigos realizados en la habitación denominada como estar, demarca que la estructura no se ha estabilizado y que se encuentra inestable

Y dijo: "Se infiere que la asentamientos diferenciales, según lo que marcan las fisuras y desplazamientos observados en las fotografías, son producto de un desplazamiento o desmoronamiento del

terreno en momentos de la realización de la submuración del edificio colindante".

No advierto motivos que autoricen a descartar sus conclusiones pues, como ha dicho el Superior Tribunal de Justicia provincial, los magistrados, con cierta especialidad en materia de derecho, no dominamos todos los ámbitos del saber, y es precisamente por esta circunstancia que requerimos la opinión de idóneos, cuya fuerza de convicción se apoya, desde ya, en la aptitud del experto a los efectos de asegurar un cierto grado de acercamiento a la verdad al momento de resolver en definitiva (ver S.D. 2/SROE/2016), más aún cuando se trata de las llamadas "ciencias duras".

Además, y desde otro punto de análisis, para liberar a la accionada, la impugnación del informe debía contener fundamentos válidos y datos técnicos solventes y objetivos, suficientes para formar convicción en el juzgador sobre la extraneidad de las causas de las roturas y fisuras constatadas en la propiedad del actor.

Las objeciones de la accionada carecen de tal demostración y sus descargos son superficiales, máxime que el perito citó las bases científicas que no han sido objetadas por la contraria (Palacio y Alvarado Velloso: op. cit., T. 8 ps. 525, síntesis de fallos 4ª en comentario al art. 473, p. 537, síntesis de fallo 2ª en comentario art. 477; art. 386 CPr.; ver fs. 773 a 774; 786 y vta; 794 a 795).

Las observaciones que realiza a la valoración estimada, debieron ser objeto de un pedido de aclaratoria y explicaciones precisas al respecto acercando elementos objetivos que permitan descalificar la valoración estimada por el perito.

La demandada no produjo su prueba pericial, no se opuso a los puntos de pericia propuestos por la actora, no asistió a la realización de la pericia estando debidamente notificada.

En definitiva no existe demostración por parte de la demandada respecto a que las observaciones y determinaciones efectuadas por el perito –que guardan gran coherencia y similitud con las constatadas por el ingeniero R. (fs. 11/23) han sido erróneas, incompletas o parciales, que autoricen apartarse de ellas.

Por todo ello no concuerdo con el juez en la valoración que efectuó de la pericia. Inexplicablemente no toma en cuenta la pericia, pero atribuye responsabilidad a la demandada y tiene en cuenta el presupuesto que arrojó la pericia del ingeniero R., cuyas valoraciones y estimaciones son semejantes a las del perito oficial.

Es que la responsabilidad sobre el conocimiento particular de las condiciones del terreno por parte del demandado importaba prever soluciones a realizar para no perjudicar a las construcciones linderas preexistentes. Del estudio de suelos agregado a la causa no surge una sola prevención al respecto. Las reglas del arte indicaban haber realizado alguna previsión técnica.

Por otro lado y estableciendo la validez de la pericia, no solo en cuanto a las causas del daño, sino también al valor estimado de reparación, no existe motivo valedero para apartarse del valor de las reparaciones estimadas en el dictamen pericial.

Aun cuando no desconozca el estado anterior de la vivienda, que fue incluso reconocido por el propio actor, tengo en cuenta que los trabajos cuyo valor cotizó el perito son enunciativos y tienden a realizar la recompactación del suelo, el recalzado de los cimientos y reconstrucción de sectores que se encuentran hasta una distancia de 7,5 m de la medianera porque son esos sectores los que se encuentran apuntalados y con riesgo de derrumbe. Lejos están de lograr una vivienda nueva.

Tratándose de un daño material, corresponde estar por el valor más cercano a la fecha de la sentencia, pues guarda mejor relación con el objeto de la naturaleza de la obligación resarcitoria como deuda de valor y el restablecimiento de la situación anterior debe hacer a la fecha de la sentencia, al valor real y no al histórico (*cf.* Galdos, Jorge Mario, en glosa al art. 1748 en "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", Dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII p. 534).

Por ello también modifico el monto tomado en cuenta por el juez para establecer el monto de condena.

Y agrego que tomándose el valor estimado en la pericia los intereses fijados por el juez *a quo* deberán calcularse a partir de la fecha de presentación de la misma, es decir desde 29/3/2016 y hasta el efectivo pago.

La imposición de dicha tasa -activa- desde la fecha de la pericia no conjura la función resarcitoria que tienen los intereses moratorios, que, recuerdo, consiste en reparar el daño por el retardo injustificado, es decir la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, por eso debe aplicarse para el periodo que va desde el momento en que el actor intimó al pago mediante carta documento (11/12/2012) hasta la fecha de la pericia (29/3/2016).

A los fines de determinar esa tasa de interés, como ya señalara en SD 30/18, las tasas bancarias no son puras, pues una parte de la tasa bancaria también está destinada a absorber el riesgo de incobrabilidad. La tasa también puede absorber costos tributarios, etc.

Por ello en el caso, para resarcir el daño moratorio, desde la fecha de la mora hasta la pericia, estimo prudente aplicar una tasa de interés puro que determino en el 12% anual conforme las facultades conferidas por el art. 771 del CCyC y la comparación con

la tasa pasiva del Banco Nación vigente durante los años 2012 2015, 2016 y 2017 (*cf*. Santarelli "La determinación de la tasa de interés judicial. Una controversia que no se saldó con el plenario Samudio", LL 19.06.2009).

En consecuencia, conforme las consideraciones precedentes, estimo parcialmente el agravio.

b) El segundo agravio de la demandada está constituido por el rechazo del rubro lucro cesante por imposibilidad de locar. Dijo el actor que el estado actual del inmueble, tras la construcción en el fundo vecino, llevó al actor a que pierda la posibilidad de alquilar las distintas partes del inmueble y por su antigüedad "creemos que el lucro cesante ha sido de $3.200 por mes" desde que se causo del daño.

En este aspecto coincido plenamente con la solución propiciada por la vocal preopinante.

El lucro cesante equivale al cercenamiento de utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir a la pérdida de algún enriquecimiento valorable desde una óptica económica.

El Código Civil lo define como "la ganancia de que fue privado el damnificado por el actor ilícito" y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial.

No obstante para su reconocimiento se requiere el aporte de circunstancias objetivas que autoricen a inferirlo, debiendo descartarse el que solo reposa en las aspiraciones, deseos o imaginación de la victima, sin real sustento material en los hechos. AL decir de Santos Briz, citado por Zavala de Gonzalez, "La mera posibilidad de realizar ciertos actos sin el propósito ostensible y deliberado de su ejercicio efectivo no ofrece base jurídica para una condena de indemnización de perjuicios derivada de una hipotética lesión de derechos cuya virtualidad o causa inicial no se justificó".

En tal sentido, se sostiene: “El lucro cesante requiere prueba concreta de su existencia, pues el daño en cuanto tal no se presume y corresponde a quien lo aduce suministrar los elementos de hecho que le den sustento al menoscabo patrimonial que se reclama, no bastando a los efectos de acreditar su ocurrencia la "gran probabilidad" de su acaecimiento (CCCM Sala 3, San J., “A. A. vs. Provincia de San J. s. Daños y perjuicios San J.”, 27/02/2003, Rubinzal Online, RC J 3811/04).

Y para que proceda a estimación prudencial del resarcimiento por lucro cesante conforme al art. 165, CPCCN, es menester la prueba de la existencia del daño y su conexión con el hecho, pues la discrecionalidad solo se refiere al *quantum* de la reparación. En el presente caso, la prueba de un hipotético lucro cesante no se ha producido, sin que quepa al magistrado guiarse por una mera conjetura (CNCiv. Sala F, “López, Zulema Alejandra y otro v. Arellano, Ángel Edgardo y otro s. Ds. y Perj.”, 10/5/04, Rubinzal Online, RC J 4246/04).

De allí, que la mera existencia de un inmueble no autoriza por sí sola la posibilidad de alquilarlo como pretende el apelante. Aun cuando de las testimoniales de surja que habría estado ocupado, no surgen de la causa datos concretos y certeros respecto de la posibilidad real de locarlo, de reales interesados, aun la propia petición en los términos señalados denota que el rubro reclamado es meramente hipotético, portando su rechazo

Por ello, no haré lugar al agravio y confirmo la sentencia en este punto.

2. Costas y honorarios:

La decisión que propongo si bien modificatoria de la de primera instancia y por lo tanto obliga al reajuste de costas y honorarios (art. 282 del CPr) no reviste entidad para modificar la imposición de costas en la primera instancia, que se mantienen.

También mantendré la regulación de honorarios de los letrados y los peritos actuantes, por estar fijados en los porcentuales previstos por la normativa arancelaria aplicable.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida atendiendo al resultado obtenido.

Los honorarios de segunda instancia se regularán de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento. En función de ello, propongo se fijen a favor de los Dres. M. de la P. B. I. y M. G. B. I. conjuntamente en el 30% calculado sobre los que le fueron regulados en la anterior instancia con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por coincidir en la solución del caso, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por la Dra. G. Blanco.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Hayes no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia de fs. 591/599 y, en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de cuatro millones treinta y siete mil setecientos seis pesos con noventa y cinco centavos ($4.037.706,95) a abonar al accionante en el plazo fijado en la sentencia venida en crisis y con más los intereses conforme considerandos pertinentes.

3) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en primera instancia.

4) Imponer las costas de la alzada a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios de la Dra. M. de la P. B. I. y los del Dr. M. G. B. I., en conjunto, en el treinta por ciento (30%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CYC"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara