



NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2017.-

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."**, (Expte. N° **445944/2011**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Se dicta sentencia a fs. 482/491, condenando a los demandados a abonar a los actores la suma de \$ 110.176,96.

Apelan ambas partes, expresando agravios las demandadas a fs. 502/506; a quienes agravia que la decisión tiene probada la responsabilidad a partir de dichos extractados de los testimonios y de una pericia técnica ampliamente impugnada, al igual encuentra acreditado que antes del inicio de la obra, el inmueble de los actores estaba en buenas condiciones ignorándose la prueba que acompañó su parte.

En esa senda enumeran que se trata de una propiedad que se construyó sin zapatas, que cuenta con construcciones efectuadas sin permiso municipal y que tiene problemas de humedad constatados por todos.

Aluden a la existencia de un subsuelo que no se había proyectado inicialmente, y que finalmente la inspección municipal dejó constancia de que la casa se elevó dos metros por encima de la vereda y en el socavamiento se colocó un subsuelo sin que se haya agregado al expediente la estructura antisísmica.



Hace referencia a que el arquitecto que realizó el plano de replanteo de la casa dejó constancia que hay 46,76 metros cuadrados construidos sin permiso municipal.

También aluden a que no se han considerado las fotografías que dan cuenta de la existencia de humedad antes de la construcción del edificio, que en el año 2006 ya acreditaban humedad por encima del zócalo y otra en medio de la pared en las que, pese a haber sido reparadas la humedad volvió a florecer.

Se refiere a la nota que su parte presentó a la Municipalidad en septiembre de 2008 por las filtraciones que llegaban de la casa de la actora, donde constaban no sólo las filtraciones sino también la calidad de la pared, pudiendo apreciarse como había cedido la construcción.

Manifiestan que las circunstancias señaladas encuentran respaldo en la documentación y en los dichos del testigo Pérez que se expresaba en igual sentido.

Se agravia que se haya determinado la responsabilidad de su parte a partir de una pericia técnica que fue enérgicamente impugnada por su parte y sobre cuyos términos el Juez no efectuó ninguna consideración.

Expresa que las conclusiones del perito parten de datos falsos, puntualmente de un hecho inexistente pues indica que existieron vibraciones provocadas por la hinca de los pilotes y que lo llevaran a concluir: *"las fisuras y grietas que presenta la vivienda de la actora denuncian un asiento de la vivienda y es debido a la consolidación del suelo limo arenoso... debido a las vibraciones provocadas por la hinca de los pilotes."*

Señala que la conclusión es falsa pues los pilotes se colocaron por perforación con helicoides con una máquina autopropulsada por lo que los pilotes no se hincaron,



y así no hubo golpes que pudieran provocar los daños que indica el perito.

Frente a esta impugnación el Juez señala que de haberse efectuado con mechas el riesgo era mayor, sin que fundamentara esa conclusión.

Agregan que las conclusiones que el perito brindara con cita de Tomlison son equivocadas pues las mismas se refieren a lo que sucede con estructuras apoyadas en pilotes pero no hace extensiva las conclusiones a lo que ocurre con las estructuras vecinas.

Tampoco, según los apelantes, se tuvo en cuenta que el modo en que fueron colocados los pilotes se encuentra acreditado por medio de prueba testimonial y está plenamente probado que no hubo golpes para hincar los pilotes

También se agravian del monto otorgado en concepto de daño material, como así también el criterio para imponer los intereses tomando como inicio la fecha que determina de conocimiento de los daños, el 15 de mayo de 2008.

Expresa que el presupuesto del perito en orden los rubros indemnizatorios fue teniendo en cuenta los precios de plaza a la fecha de su elaboración -marzo de 2.014-, de modo tal que pese a la claridad del dictamen en ese sentido el Juez decide que deben computarse los intereses desde mayo de 2008, más aún cuando la propia reclamante había solicitado que se determinen los daños al momento de la efectiva realización.

También se agravia del monto otorgado en concepto de daño moral pues entiende que es excesivo y en orden a que el mismo sea disminuido argumenta que este tipo de sucesos no pueden transformarse en fuente de enriquecimiento patrimonial pues ello constituye una solución inequitativa e injusta.



Deja planteada la reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia.

A fs. 507/509 expresan sus agravios los actores, quienes puntualizan en primer término el importe otorgado en concepto de daño requerido para reparar la vivienda pues sostiene que el valor debe resultar de la suma que sea necesaria para llevar adelante las tareas especificadas por el perito para reparar la totalidad de las averías que tiene la casa.

De este modo, si se establece un monto fijo teniendo en cuenta la variación de precios en aspectos relativos a la construcción, es claro -a su juicio- que la suma no va a representar la cantidad necesaria para realizar efectivamente las reparaciones.

Asimismo los agravia que el Juez haya considerado que hubo falta de prueba y de estimación por su parte del rubro desvalorización de la vivienda y que por ello lo haya rechazado.

*En esa senda indica: "Es claro que un valor tiene la cosa tal como fue construida y otro muy distinto la misma cosa reparada pues un principio general en el caso de bienes valiosos y destinados a alguna perdurabilidad, como son las edificaciones edilicias, determina que el menoscabo de parte estructurales, a pesar de una refacción idónea, genera por regla una merma en el valor de cotización, en cuanto dicho menoscabo de partes estructurales, a pesar de una refacción idónea, genera por regla una merma en el valor de la cotización, en cuanto dicho menoscabo puede ser entonces advertido con algún mínimo asesoramiento"*

Insiste en que aún realizándose las reparaciones quedarán huellas en el bien, por lo que no podrá ser



restituido a su estado anterior de modo tal que la desvalorización venal es procedente.

Se agravia de que pese a reconocer que su parte deberá afrontar gastos por alquileres mientras se repara la vivienda, la sentencia rechaza el rubro, bajo el argumento de que no hubo prueba ni estimación al respecto.

Señala que el especialista determinó que las obras requerirán 90 días para ser llevadas a cabo y que durante ese lapso no podrá habitarse la vivienda.

Entiende que la procedencia del rubro no depende de un valor previo, sino que debe establecerse la condena y luego al momento de efectivizarse la circunstancia de tener que alquilar concretarse el monto.

Solicita que se haga lugar al rubro peticionado y que se fije prudencialmente a partir del valor del inmueble de conformidad a lo dispuesto por los artículos 503, 516 y ccds. del CPCyC.

A fs. 511/513 obra contestación de agravios de la demandada quien luego de reiterar que la sentencia fue apelada en todas sus partes, subsidiariamente solicita se rechacen los agravios de la actora.

II.- Reseñados los agravios es preciso examinar en principio el relativo a la determinación de la responsabilidad pues sólo a partir de dilucidar esa cuestión será posible abordar el resto de los agravios y en esa senda, lo que se debate es la posibilidad de imputar el daño que tiene el inmueble de los actores a la actividad constructora que desarrollaron los demandados.

Cabe recordar que: *"La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y ss. del Cód. Civil (ver arts. 1726 y 1736 del Cód. Civil y Comercial de la Nación), permite*



establecer que **para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad**, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (cf. Bustamante Alsina, Jorge, "La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual", LA LEY 1996-D, 23)."

"Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer *ex post facto* **un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad a la luz de los hechos de la causa**, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares–, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará relación causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (cf. López Mesa, Marcelo J., *El mito de la causalidad adecuada*, LA LEY 2008-B, 861)."( "B., S. c. BBVA Banco Frances S.A. s/ daños y perjuicios" 02/05/2016 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G Cita online: AR/JUR/57624/2016.)

Es por ello que en primer término hay que determinar si de la prueba colectada, es posible reconstruir



cuál era el estado del inmueble antes del inicio de los trabajos de obra en el edificio lindero.

En ese sentido, del examen de las actuaciones he de resaltar en primer lugar las constancias de los expedientes administrativos.

Así, a fs. 437 el Arquitecto Eden, que suscribe como Jefe de la División de Inspecciones de la Municipalidad de Neuquén, expresa en julio del año 2007: "*... se pudo observar que la propiedad se encuentra en buenas condiciones edilicias, únicamente se detectaron en el garaje algunas entradas de humedad localizadas las cuales ya fueron arregladas por la propietaria*".

A esa fecha también destaca: "*en el lote lindero se encuentra realizado actualmente un depósito en el fondo del terreno, además se aclara que se ha presentado en la Dirección de Obras Particulares bajo Expediente N° 03/L/2007 el proyecto de un edificio de aproximadamente 1487.92 m<sup>2</sup>*".

En el mes de **octubre del año 2008**, el arquitecto Eden da cuenta de que: "*... habiendo concurrido a la propiedad ubicada en calle Periodistas Neuquinos N° ... se observaron fisuras en distintas partes de la casa, siendo el recorrido de las mismas en su mayoría en forma diagonal. Cabe mencionar que la Dirección de Obras Particulares no cuenta con equipos que permitan el estudio en profundidad de las patologías mencionadas ni las incumbencias para realizarlos; por dicho motivo solo se puede hacer mención a la inspección ocular realizada en el predio.*" -fs. 449-

En un sentido similar, la constatación efectuada a pedido de los actores por parte de la Escribana Orlandini - fs. 61/62- del **mes de mayo de 2.006** da cuenta que aquellos: "*...desean dejar constancia del estado del inmueble dado que al lado de su vivienda, en sentido al Este, en breve comenzarán*



*con los trabajos de construcción de un edificio. Procedemos a recorrer la vivienda, ingresando por el hall de entrada el cual linda con el terreno que da en sentido al Este, ambientes todos que lindan con dicho terreno, haciéndome visualizar la requirente que todos los ambientes descriptos se encuentran en muy buen estado de conservación. A continuación salimos por una puerta que existe en el lavadero y que nos lleva a través de una escalera al patio, haciéndome visualizar la requirente que todos los ambientes descriptos se encuentran en muy buen estado de conservación. A continuación salimos por una puerta que existe en el lavadero y que nos lleva a través de una escalera al patio, haciéndome observar la requirente que toda la pared medianera que linda con el terreno en el cual se procederá a construir un edificio se halla en buen estado de conservación, habiendo solo sufrido el desgaste normal por el transcurso del tiempo ... volvemos a ingresar a la vivienda, bajando aún más por la misma escalera llegamos al garaje, el cual también linda con el terreno mencionado, el cual también se halla en muy buen estado de conservación hasta el día de la fecha ... volvemos a subir por dicha escalera hacia el lavadero y la requirente solicita continuemos el recorrido por las tres habitaciones existentes en el inmueble, encontrándose dos de ellas ubicadas al Sud y Sudoeste y la tercera ubicada en sentido al Nord Oeste; así como también el baño, ubicado en sentido al Sud, y el comedor que da en sentido al Norte, ambientes todos que la requirente me hace visualizar que se hallan en muy buen estado de conservación. La requirente procede a sacar fotografías del interior de la vivienda, las cuales solicita sean certificadas por la autorizante y que formarán parte del presente acta..."*

De lo mencionado destaco la coincidencia entre la constatación efectuada por el arquitecto de la Municipalidad





la que dejara asentada la Escribana con carácter previo al inicio de los trabajos.

En ese sentido, de la prueba relatada es posible afirmar que **la aparición** de: "*... las grietas y fisuras en los muros del acceso, estar, comedor, cocina y patio. En los pisos y revestimiento cerámico se pueden ver fisuras y grietas y también están fisurados los cielorrasos...*" **es temporalmente posterior** a la realización de los trabajos para construir el edificio.

Es cierto que no existe una pericia técnica anterior a la edificación cuestionada sin embargo la prueba apuntada permite sostener esa conclusión pues opera a modo de indicios.

Al referirse a la prueba por indicios y las presunciones: "*A fin de elaborar la presunción, reitero, los indicios, -entendiendo por tal al **hecho conocido** que conectado lógicamente otorga entidad al hecho desconocido- deben aportar la prueba plena del hecho indicador.*

"Puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de estos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe una plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión seguirá." ("Teoría General de la Prueba Judicial" Hernando Devis Echandía-Tomo II-pág. 628/9-Zavalía Editor-1974) ("ARGENTI SUSANA LAURA CONTRA SUCESION DE ZEC OMAR RUBEN Y OTRO S/RECONOCIMIENTO DE SOCIO EN S.H.", (Expte. N° 334087/6)28/7/2009)



En cuanto a la objeción de los demandados acerca de la imputación de los mismos a la cuestión de la humedad, no sólo que en la primera constatación efectuada por el arquitecto Eden se señala que en el garaje el problema de humedad estaba resuelto, así: *"... se detectaron en el garaje algunas entradas de humedad localizadas las cuales ya fueron arregladas por la propietaria..."*, sin que refiriera advertir grietas de ningún tipo, las que a juzgar por el tamaño que dan cuenta las fotografías que acompañan a la pericia técnica es prácticamente imposible que no se hubieran observado.

Respecto al tema de la humedad el perito expresa: *"De la visita realizada a la vivienda del actor surge que no se visualizan grietas verticales por fallo de asiento puntual, por lo que no se puede atribuir el asiento de los suelos por debajo del inmueble, a una pérdida de agua. En los casos en que los asentamientos de viviendas se deban a pérdidas de agua, por encima del lugar en que se localizó la pérdida de agua, se debe ver una grieta bien vertical, debido a que el arrastre de partículas de suelo, hace que aparezcan tracciones horizontales."* -fs. 349-.

Allí el perito especifica: *"Es decir que el origen de las grietas que aparecen en los muros, pisos y cielorrasos, es el asiento del suelo que está por debajo de las zapatas de fundación de la vivienda de los actores y dicho asentamiento fue producto de las vibraciones que produjo el pilotaje realizado en la obra de la demandada."*

A fs. 379 el perito expresa: *"...debo decir que los riesgos de asentamiento son mayores en el caso de pilotes perforados y hormigonados "in situ" que en los pilotes hincados, por lo que los daños en la vivienda de la actora fueron provocados por su asentamiento, debido a la obra construida por la demandada. Esta conclusión surge fundamentalmente por el lugar en que se localizan las grietas*



y la forma de las mismas, que descargan sobre el terreno de los demandados y por la pendiente adoptada por los pisos aledaños a la obra construida por Lynco S.R.L., que debido al asentamiento han perdido su horizontalidad y tienen pendiente progresiva hacia el lote de los demandados. **Estas tres fundamentaciones son suficientes para determinar el origen del asiento de la vivienda.** Dado que la vivienda ha sido construida sobre un suelo arenoso y que dichos suelos se compactan por vibración, es que he atribuido la causa al pilotaje realizado por la demandada y más si fueron excavados y hormigonados "in situ"."

La impugnación que plantean los demandados se refiere a que el informe inicial del perito alude a que los pilotes: **"... no se ejecutaron hincándolos con martinets o arietes sino que hormigonados in-situ luego de practicarse los huecos cilíndricos de diámetros y profundidades indicados por la Dirección de la Obra, mediante herramientas hoyadoras (tipo tirabuzones) con extracción del material, y que previa colocación de las armaduras metálicas según cálculos, se volcó el hormigón correspondiente siendo éste solamente sometido a la acción de vibradores para su necesaria compactación, y cuya repercusión abarca diámetros muy pocos centímetros por fuera del diámetro del pilote en ejecución ..."**

Al agravarse, los recurrentes señalan que al ser colocados por perforación no hubieron golpes que pudieran provocar los daños, sin embargo la existencia de las vibraciones ya sea por el método que tuvo en cuenta en primer lugar el perito o el sistema tenido en cuenta luego de la impugnación, lo cierto es que está acreditado que en el proceso constructivo hubo vibraciones y que las mismas tienen la aptitud de provocar los daños que acredita la pericia.

En ese sentido, al contestar la impugnación de la pericia, el ingeniero Fernández cita "Los riesgos de



*asentamiento son mucho mayores en el caso de pilotes perforados y moldados in situ que en el de pilotes hincados, evidentemente al taladrar el hueco para el pilote, puede provocarse un aflojamiento en la arena..." y continúa: "Los daños en la vivienda de la actora no fueron provocados por golpes, sino por la vibración que produce tanto la hinca de pilotes con helicoides y la acción de un vibrador. El avance de la mecha hoyadora y la posterior acción de vibradores para la compactación del hormigón, produjeron las vibraciones en el suelo areno-limoso y fueron la causa del asentamiento de la fundación de la vivienda contigua (actora) que se puso de manifiesto con grietas y fisuras en los muros y descenso del piso con declive hacia la construcción realizada por la demandada." -fs. 376/377-.*

Por otra parte y en cuanto a los metros construidos sin permiso municipal, dicha circunstancia podrá ser pasible de sanciones administrativas pero para el caso lo relevante es acreditar que esa construcción está efectuada sin solidez.

En consecuencia y por lo expuesto entiendo que cabe confirmar la sentencia en cuanto determina la responsabilidad de los demandados.

En cuanto a los rubros indemnizatorios ambas partes los cuestionan: por su procedencia, por su monto y por la fecha de la mora en cuanto a los intereses.

El **daño emergente**, fijado a los valores numéricos establecidos en la pericia fue cuestionado por los demandados señalando que, si la suma se determinó a marzo de 2014 no hay razón de que se le apliquen intereses desde el año 2.008.

En tal sentido, es preciso en primer lugar y en cuanto a la fecha señalar que, en razón de su naturaleza, los intereses moratorios corren desde la fecha del daño, pues lo



que vienen a conjugar es la falta de disponibilidad del dinero para el acreedor.

La cuestión ha sido abordada recientemente por mi colega de Sala, en autos: **"BILLAR, FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO" Expte. 421.965/2010**, si bien resolviéndola en torno a la determinación del valor del daño moral, el examen allí realizado arroja pautas para resolver los agravios en torno al valor del daño relacionado con las reparaciones que cabe realizar al inmueble.

Allí señalaba la Dra. Clerici: *"La jurisprudencia nacional ha aceptado pacíficamente la doctrina del plenario "Gómez c/ Empresa Nacional de Transportes" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (sentencia del 16/12/1958, LL 93, pág. 667) en orden a que en la obligación de indemnizar nacida de los actos ilícitos, sean delitos o cuasidelitos, la mora se configura automáticamente desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación, criterio que ahora encuentra consagración positiva en el art. 1.748 del Código Civil y Comercial."*

Así, al estar fijada la fecha del daño al 15 de mayo de 2.008, el establecimiento de la mora a partir de allí es correcta.

Sin embargo es preciso atender que fijada la mora al año 2008, y los valores de material y mano de obra en dinero al momento de presentación de la pericia, -año 2014- las cuestiones referidas al interés y el contenido de la obligación, en definitiva, ponen en discusión aspectos relativos a los modos en que se componen las distintas tasas de interés.

En el precedente indicado decíamos: *"... si bien esta Sala II ha venido aplicando igual tasa del interés*



moratorio ya sea que se trate de reparación de daños patrimoniales como no patrimoniales, entiendo que ante el cuestionamiento expreso de la parte, se debe rever aquella posición."

"Rodolfo M. González Zavala destaca la relevancia que tiene, a efectos de determinar la indemnización por daño moral, **si corresponde remontarse a los precios que tenían las satisfacciones** -reparaciones en el presente caso- **cuando se produjo el daño o si hay que computar los valores vigentes al momento de la condena**, concluyendo que lo correcto es esta última opción ya que "a) No siempre se trata de un daño moral que ya pasó: en múltiples ocasiones las consecuencias espirituales negativas continúan al momento de la sentencia (y previsiblemente seguirán a futuro)...b) La deuda por daños siempre ha sido calificada como una obligación de valor. Su monto, por ende, se cristaliza recién al momento del pago y no está afectado por la prohibición de indexar. C) Remontarse a valores pretéritos puede ser bastante complicado, y resulta de gran dificultad práctica y poca certeza técnica -máxime en un contexto de crisis económica mundial y probable depreciación monetaria- que el juzgador, a los fines de determinar el monto indemnizatorio, procure trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio" (aut. cit., "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias", RCCyC 2016, pág. 38).

Pero, aclara el autor que vengo citando, **si lo correcto es considerar el valor actual** de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, **la clave está en la cuantía de la tasa de interés**. "En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas **con ingredientes** que, además de resarcir la mora, **buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad**. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores actuales) la depreciación



monetaria registrada entre el hecho y la condena" (aut. cit., op. cit.).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos donde la aplicación de esta tasa de interés desde la mora, importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, "R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.", 7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme **la tasa activa del Banco Provincia del**



*Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.*

Por aplicación de los conceptos aludidos, en el caso de autos, el monto de las reparaciones está determinado al año 2.014 fecha en que se presentó la pericia, de modo tal que es posible hacer extensivos los argumentos antes señalados al monto así establecido, importando que hasta la fecha de la determinación el monto deba incluir intereses moratorios -por la falta de disponibilidad del capital- a una tasa que no contenga el componente inflacionario- y a partir de allí, la tasa activa que sí tiene en cuenta dicha circunstancia.

Expresaba la Dra. Clerici en el precedente mencionado: *"El Tribunal Superior de Justicia provincial al modificar su criterio respecto de la tasa de interés a aplicar, reconoció que **la tasa activa bancaria contempla la expectativa inflacionaria** y su aplicación permite no sólo compensar la falta de uso del dinero sino que mantiene incólume el capital de condena (autos "Alocilla c/ Municipalidad de Neuquén", Acuerdo nº 1.590/2009 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En tanto que en autos, hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia el interés moratorio solamente persigue compensar el no uso del dinero, dado que el capital no se ha desvalorizado, y a partir de dicha fecha y hasta el efectivo pago corresponde, además de compensar la privación del capital, preservarlo del proceso inflacionario."*

En virtud a lo expuesto, he de proponer que el daño emergente se fije en la suma de \$69.773,46, diferenciándose la tasa de interés aplicable en el siguiente modo: a partir del 15 de mayo de 2008 y hasta el 7 de marzo de 2014 -fecha de presentación de la pericia la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén; y a partir de esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del mismo banco.





Al decidir así, también es posible dar respuesta al agravio de los actores en cuanto consideraran que era preciso una determinación posterior de la suma, al momento de efectuar las reparaciones, pues la diferenciación entre los distintos componentes de las tasas permitirá el establecimiento próximo que reclamaran los mismos.

En cuanto a la **desvalorización de la vivienda** se trata de un particular tipo de perjuicio ya que cabe partir de la certidumbre que la indemnización para reparar el inmueble se destina a que los arreglos restablezcan el estado del inmueble afectado por el daño, sin que permanezca con daños estructurales.

De este modo la desvalorización de la vivienda sólo ocurrirá en la medida que las reparaciones se efectúen incorrectamente, circunstancia que ya no le es imputable a los demandados, quienes asumiendo los gastos de la refacción cumplen con la obligación que les cabe.

Por otra parte, el reclamo de los actores está planteado a nivel teórico pues la pericia nada dice respecto a que pese a las refacciones el inmueble pueda quedar afectado estructuralmente, mencionando únicamente a fs. 353 *"...La totalidad de las lesiones en la vivienda podrán ser reparadas. Los elementos estructurales quedarán con tensiones encima de las que tenían antes del pilotaje, debido a los asentamientos que debieron soportar"*, sin que se advierta que las mencionadas tensiones puedan tener una incidencia tal que lleven a la desvalorización del inmueble, por lo que no es posible concluir en el modo que éstos pretenden, correspondiendo que el agravio se rechace.

En cuanto al rechazo del **pago de los alquileres** fundado en la falta de prueba, entiendo que le asiste razón a los actores, pues es cierto que el perito determinó que las



reparaciones requieren un plazo de 90 días durante los cuales los actores deberían encontrarse fuera de su hogar.

En ese sentido, el artículo 165 del Código Procesal dispone que el Juez debe establecer la suma de condena o las bases sobre las que cabe efectuar la liquidación: *"La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su **existencia** esté legalmente **comprobada**, aunque **no resultare justificado su monto.**"*

Por ello y acreditada la necesidad de que los actores deban permanecer fuera de la casa durante un período de tres meses esa circunstancia otorga una pauta suficiente para su determinación al momento de concretarse las restauraciones.

No obstante, es preciso destacar que al acreedor le cabe un deber de colaboración que se dirige concretamente a que la obligación no resulte innecesariamente más gravosa para el acreedor.

De este modo al momento de practicarse la liquidación deberá incluirse un monto que permita alquilar una vivienda que durante un período de tres meses les conceda a los actores la posibilidad de desenvolver su vida cotidiana en condiciones de comodidad, aun cuando no se trate de una vivienda con las mismas condiciones.

No puede perderse de vista que se trata de un período de tiempo corto en relación a lo que la ley de locaciones establece como período locativo, de modo tal que en este punto lo razonable es hacer prevalecer la proximidad con el actual domicilio aun cuando no sea una casa de iguales dimensiones, debiendo tener en cuenta que resultará una morada transitoria.



De este manera al encontrarse establecidas las bases para la liquidación, el procedimiento de determinación aritmético deberá iniciarse dentro de los 30 días de quedar firme la sentencia, pues la decisión que se propone si bien busca resguardar el valor de los perjuicios sufridos por los accionantes, los condenados no pueden quedar cautivos de la incertidumbre del monto que deberán afrontar.

El plazo al que aquí se alude -reitero- deberá tenerse en cuenta sin perjuicio de la facultad que asiste a los demandados de iniciar por su parte el procedimiento tendiente a la determinación del monto de su obligación de condena.

En cuanto a la suma otorgada en concepto de daño moral, corresponde confirmar la establecida pues se trata del daño a la vivienda de los actores, siendo una máxima de experiencia que el hogar de una persona es el sitio donde no solo se desarrolla gran parte de su vida, sino que es un lugar que se caracteriza por sus notas de protección y resguardo de la propia existencia, a lo que cabe agregar las distintas instancias, reclamos e incomodidades que padecieron durante el período que duró el proceso de construcción, de modo tal que la suma aparece adecuada y razonable.

En ese sentido y estando fijado el monto a la fecha de la sentencia, corresponde se diferencie la tasa de interés que devengará el mismo, del modo efectuado al tratar el daño emergente, esto es desde el 15 de mayo de 2.008 al 26 de noviembre de 2.015 -fecha de la sentencia- corresponderá aplicar la tasa pasiva y desde allí hasta el efectivo pago la activa, ambas del Banco Provincia de Neuquén.

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recurso de los co-demandados y hacer lugar al de los actores rechazándolo únicamente en lo que se refiere al



monto por desvalorización de la vivienda, disponiendo que la suma de condena se liquide de conformidad a lo expuesto en los considerandos que anteceden, confirmando asimismo la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, imponiéndose las costas de esta instancia a las co-demandadas vencidas.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia de fs. 482/491, condenando a los demandados a pagar a los actores el monto dispuesto en los considerandos, difiriéndose la suma total a la etapa de liquidación, bajo las pautas allí indicadas.-

II.- Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos, fijándose los honorarios en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO-Juez**

**Dra. PATRICIA CLERICI-Jueza**

**MICAELA ROSALES-Secretaria**