



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
SALA D

En Buenos Aires, a los 26 días del mes de septiembre de 2024, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “**ALVEAR PALACE HOTEL S.A.I. c/ INGENIERO PELLEGRINET S.A. s/ ORDINARIO**”, registro n° 12.156/2019, procedente del JUZGADO N° 11 del fuero (SECRETARIA N° 22), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia y Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?.

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo:

1°) Alvear Palace Hotel S.A.I. promovió demanda contra Ingeniero Pellegrinet S.A., a fin de que se la condene a efectuar los trabajos de reparación que restablezcan la aptitud para su destino del inmueble donde funciona el alojamiento “Alvear Art Hotel”, sito en la calle Suipacha 1036 de la CABA. Fundó la pretensión en el hecho de que el 15/3/2018 se habían producido ciertos desprendimientos y caída de revoque de la fachada del inmueble que tiempo



atrás había sido reparada por la demandada. En tal sentido, invocó que la situación calificaba como “ruina parcial” que había tornado en impropio al inmueble para su destino de conformidad con lo previsto por el art. 1273, CCyC. Asimismo, ofreciendo prueba, pidió que se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios, intereses y costas (fs. 120/141).

Con posterioridad, Alvear Palace Hotel S.A.I. amplió su demanda en varias oportunidades, tanto para proponer nuevas probanzas, como para precisar el reclamo de resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante que, dijo, le provocarían las obras de reparación de los revoques externos del edificio (fs. 165, 174/175 y fs. digitales 229/239).

2º) Ingeniero Pellegrinet S.A. contestó la demanda y sus ampliaciones. Negó que la situación invocada por la actora fuese constitutiva de una “ruina” que hiciera impropio el inmueble para su destino y que, habiendo la actora hecho recepción definitiva de la obra el 27/12/2013, conoció de la posible aparición de revoques no debidamente adheridos en febrero o marzo de 2015. Entendió que, de acuerdo a lo previsto por el art. 2537, CCyC, resultaba aplicable lo dispuesto por el art. 1647 bis del Código Civil de 1869 (texto reformado por la ley 17.711) y que, en consecuencia, suponiéndose la presencia de vicios ocultos, el derecho de la actora había caducado a los 60 días de conocidos. Para el caso de que se rechazara dicha defensa, opuso excepción de prescripción, señalando como plazo aplicable el de un año previsto por el art. 1646 del Código Civil de 1869 (texto reformado por la ley 17.711) contado desde febrero o marzo de 2015, tiempo en el cual fueron efectuado cateos para comprobar el estado de los revoques.

Independientemente de lo anterior, señaló que de la prueba producida en forma anticipada (peritaje en ingeniería) surgía que no podía determinarse la causa de la no adherencia de los revoques. A su vez, alegó la incidencia de una causa ajena que exime toda posible responsabilidad, a saber, que ni en el proyecto de la obra, ni en las indicaciones del proyectista que diseñó los



revoques, ni por parte del comitente o de la dirección de obra, fue determinada la necesidad de utilizar anclajes para el soporte de aquellos. Agregó que esa particularidad tampoco se encontraba precisada en las instrucciones de uso del revoque redactadas por su fabricante.

Pidió, en fin, el rechazo de la demanda, con costas (fs. 349 y ss.).

3º) La sentencia de primera instancia rechazó los planteos de caducidad del derecho y de prescripción de la acción de la actora. Para así decidir, en apretada síntesis, juzgó existente un *“vicio oculto..., que fue hallado en el mes de febrero de 2015 tras el cateo efectuado... (CCiv. 1647 bis y CCyCN. 1054) y que derivó, con el correr del tiempo y a pesar de los esfuerzos efectuados por las partes, en el padecimiento de un vicio redhibitorio que hace a la cosa impropia para su destino por razones funcionales y que disminuyen su utilidad en atención a que el vicio no sólo afecta las fachadas del mismo, sino también los sectores comunes representados por el bar y el restaurante, como así también la vía pública lindante (CCyCN. 1273 y CCiv. 1646), exteriorizándose con el comienzo del desprendimiento de los revoques de las fachadas con fecha 15/3/2018”*.

Sobre la base de lo anterior, el pronunciamiento entendió civilmente responsable a la demandada del apuntado vicio y, en consecuencia, la condenó a efectuar los trabajos de reparación necesarios para restablecer la aptitud para su destino del edificio donde funciona el hotel de la actora, tomando a su cargo los costos que demandase esa tarea hasta su total culminación conforme un procedimiento que estableció al efecto. Asimismo, admitió el reclamo por resarcimiento de lucro cesante y lo peticionado en concepto de reintegro de gastos, con intereses e imposición de las costas del juicio a la demandada.

4º) Contra la reseñada decisión apelaron ambas partes.

Alvear Palace Hotel S.A.I. expresó agravios valiéndose de un memorial que presentó el 3/4/2024. Su traslado fue respondido por Ingeniero Pellegrinet S.A. el día 23/4/2024.



La demandada fundó su apelación el 11/4/2024. El respectivo memorial fue resistido por la actora el 9/5/2024.

De otro lado, el 3/4/2024 la demandante presentó un memorial para fundar la apelación con afecto diferido que el 22/4/2022 se concedió contra lo decidido el 12/4/2022 en materia de costas.

Asimismo, la demandada sostuvo el recurso de apelación que había interpuesto el 27/10/2022 (concedido con efecto diferido el 28/10/2022), contra la imposición de costas resuelta en la decisión de fs. 743/747.

5º) Ante todo, cabe puntualizar que no existe controversia entre las partes o bien ha quedado firme por falta de agravio, lo decidido en la sentencia de primera instancia sobre los siguientes aspectos, que resultan relevantes para las cuestiones a decidir por esta Alzada:

(a) Las partes se vincularon a través de la suscripción de un contrato de obra celebrado el 7/5/2009 (con adendas otorgadas el 1/10/2009, 12/1/2010, 3/2/2010, 5/7/2010, 13/7/2011, 23/8/2011, 11/10/2011 y 2/2/2012), mediante el cual la actora (comitente o dueña de la obra), le encomendó a la demandada los “...trabajos inherentes al Contratista Principal de la obra a construirse en *Suipacha 1036/58...*” de la CABA, con destino a un hotel de categoría cuatro estrellas (fs. 15, cláusula 1ª).

(b) Los trabajos fueron ejecutados y con fecha 27/12/2013 se extendió el Acta de Recepción Definitiva de la obra (conf. demanda, fs. 132, y contestación de demanda, fs. digitales 349, espec. p. 35), bien que “...sin perjuicio de las disposiciones legales respecto a la responsabilidad poscontractual de la Contratista...”.

(c) En el mes de febrero del año 2015 se constató el defecto de adhesión de revoques externos del edificio.

(d) Con fecha 15/3/2018 se produjo el desprendimiento y la caída de revoques de una columna del piso diecisiete de la fachada sur del inmueble.



6º) Una cuestión de orden lógico en la exposición lleva a examinar primeramente la apelación de la demandada en tanto enderezada a obtener la revocación del fallo de primera instancia y el consiguiente rechazo de la demanda.

En ese marco, se impone analizar el agravio referente al rechazo de las defensas de la demandada relativas a la caducidad del derecho de la actora y a la prescripción extintiva de su acción.

Veamos.

(a) Si bien es cierto que el juez no puede suplir de oficio la prescripción (art. 2552, CCyC), también lo es que una vez opuesta y salvo allanamiento expreso, debe decidir conforme a la ley (conf. CNCiv. Sala D, 27/8/1970, “Bernal S.A. c/ López, Italo”), esto es, estableciendo cuál es el plazo aplicable con abstracción incluso de lo que hubieran sostenido las partes sobre el particular (conf. CNCiv. Sala D, 8/5/1967, ED t. 21, p. 374), ya que en tal materia el principio “*iura novit curia*” autoriza a los magistrados para subsanar los errores y omisiones de derecho mientras no modifiquen el planteamiento de los hechos (conf. CNCom. Sala D, 28/5/2019, “Sánchez Mónica Graciela c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”; Pizarro, R. y Vallespinos, C., *Tratado de Obligaciones*, Buenos Aires – Santa Fe, 2017, t. IV, ps. 83/86, n° 2689; Ossola, F., *Obligaciones*, Buenos Aires, 2017, p. 1097, n° 662; Acuña Anzorena, A., *El principio iura novit curia y su aplicación en materia de prescripción*, LL 70-870).

De su lado, la caducidad sólo debe ser declarada de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2572, CCyC). En otras palabras, las caducidades de derecho deben ser alegadas por las partes, salvo cuando se trate de caducidad de fuente legal en materia indisponible (conf. Rivera, J. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, 2014, t. VI, p. 698; Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, Buenos Aires,



2015, t. XI, p. 884). Naturalmente, lo mismo que en materia de prescripción, invocada una caducidad de fuente legal en materia disponible, puede el juez definir *iura novit curia* cuál es el plazo aplicable, ya que no hay razón para distinguir.

Bajo tales premisas interpretativas, serán examinadas las aludidas defensas de la demandada.

(b) Por razones que serán explicitadas en el considerando siguiente juzga el suscripto que el caso plantea un supuesto de “ruina”.

En tal hipótesis, la acción de responsabilidad nace cuando la ruina se produce, siéndole aplicable, por consiguiente, la normativa sobre prescripción vigente al momento de nacer la acción. Y la misma respuesta se aplica al plazo de caducidad correspondiente, esto es, se debe considerar el término fijado por la ley nueva, aun cuando la obra se hubiera entregado bajo la vigencia de la ley anterior (conf. Moisset de Espanés, L., *Irretroactividad de la ley*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, ps. 174/175).

Con lo que va dicho, entonces, que en el *sub examine* juegan los arts. 1275 y 2564, inc. “c”, CCyC.

(c) Del juego armónico de ambos preceptos surge que el comitente mantiene su derecho dotado de acción cuando, producida la ruina (daño) antes de vencer el plazo de diez años contado a partir de que la obra fue aceptada (plazo de caducidad), se reclama contra el constructor dentro del año de acontecido tal evento (plazo de prescripción).

Pues bien, ponderando que lo que cuenta es la entrega “definitiva” de la obra y no la provisoria (conf. Alterini, J., ob. cit., t. VI, p. 664) y que aquella fue cumplida el 27/10/2013, el plazo de caducidad previsto por el art. 1275, CCyC, era vencido el 27/10/2023.

Empero, antes de que la caducidad del derecho se produjera, tuvo lugar el desprendimiento del 15/3/2018, hecho que determinó el punto de arranque del plazo de prescripción anual del art. 2564, inc. “c”, CCyC.



Esto es así porque si bien la amenaza o inminencia de ruina autoriza el ejercicio de la acción, el plazo de prescripción sólo comienza a correr desde que se produjo la ruina en sentido estricto, es decir, cuando sucede la caída o situación similar o, dicho con otras palabras, el hecho definitivo que exterioriza la ruina. Tal parecer, por cierto, coincide con la comprensión de las cosas que sostuvo caracterizada doctrina con relación al art. 1646 del Código Civil de 1869, texto según ley 17.711 (conf. Spota, A., *Tratado de la locación de obra*, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 321, n° 327, texto y nota n° 523; Belluscio, A. y Zannoni, E., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, 2001, t. VIII, p. 234, n° 14, texto y nota n° 111; Kemelmajer de Carlucci, A., *Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción*, Rev. Jurídica del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 18, enero-junio 1982, p. 113, espec. p. 138, n° 11), y es la que, a criterio del suscripto, mejor se acomoda a un caso como el de autos, pues el apuntado desprendimiento del 15/3/2018 es una circunstancia fáctica notoria y evidente que permite fijar un razonable punto de arranque de la prescripción liberatoria en un caso que, como se verá más adelante, se perfila como de ineptitud funcional de la obra (conf. Cám. 2ª Civ. Com. Paraná, Sala II, 25/8/1997, LL Litoral 1998-2, p. 261). Cabe recordar, a todo evento, que nada impide traer a colación doctrina y jurisprudencia interpretativa del citado art. 1646, toda vez que él es fuente, en este punto, del art. 2564, inc. “c”, CCyC (conf. Alterini, J., ob. cit., t. XI, p. 871, texto y nota n° 51).

De tal suerte, contrariamente a lo que postula la demanda en el cap. II.1.F de su memorial, la constatación realizada en febrero del año 2015 o cualquier otra que pudiera haber existido respecto del defecto de adhesión de los revoques externos del edificio, no cuenta como *dies a quo* de la prescripción anual pues, aunque ella hubiese demostrado inminencia de ruina, lo que cuenta es la ruina ya producida o exteriorizada (conf. Spota, A., ob. cit., loc. cit.).



A lo luz de lo expuesto, habiendo principiado el citado plazo anual el 15/3/2018 y ponderando que la mediación previa obligatoria suspendió ese plazo desde el 4/10/2018 (fs. 9 vta.) hasta 20 días después del 15/11/2018 en que se cerró dicha instancia (fs. 9 vta.; art. 18 de la ley 26.589), corresponde concluir que la medida de prueba anticipada solicitada por la actora el 5/4/2019 (fs. 149 de la causa n° 7981/2019) interrumpió la prescripción en curso ya que, de acuerdo al art. 2546, CCyC), ese efecto lo cumple cualquier presentación judicial que conlleve de manera directa o indirecta la vocación del acreedor de perseguir o conservar su derecho (conf. Márquez, F. y Calderón, M., en la obra dirigida por Heredia, P. y Calvo Costa, C., *Código Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, 2022, t. VIII, p.567).

(d) Con tal alcance cabe rechazar el primer agravio de la demandada, no sin antes señalar, a mayor abundamiento, que la alegada inexistencia de notificaciones o reclamos previos referida por la demandada en su memorial (cap. II.1.A), como igualmente el invocado error en que habría incurrido la sentencia al relacionar ciertas facturas con reparaciones efectuadas en el inmueble (cap. II.1.B), si se cumplieron o no reparaciones en garantía (cap. II.1.C), la achacada indebida ponderación de la prueba testimonial (cap. II.1.D) y otros antecedentes citados por dicha parte para fundar su primer agravio (cap.II.1.E), son todos aspectos de innecesaria e irrelevante consideración frente al simple cómputo de los plazos de caducidad y prescripción realizado anteriormente. Es más: tales aspectos ni siquiera tienen una relación directa e inmediata con la caducidad y prescripción liberatoria aplicables.

7°) Anticipé en el considerando anterior que el caso encierra un supuesto de “ruina”; hipótesis que, preciso es ahora decirlo, en el derecho vigente (que es el aplicable para examinar la acción de responsabilidad entablada, según lo ya visto) está aprehendido en lo previsto por el art. 1273, CCyC, toda vez que la obra realizada es un inmueble destinado por su naturaleza a tener una larga duración.



Pues bien, para interpretar el concepto de “ruina” contenido en tal precepto vale recurrir no solo a su propia doctrina interpretativa, sino también a la desarrollada con relación al art. 1646 del Código Civil de 1869 (texto reformado por la ley 17.711). Ello es así pues este último dispositivo es fuente, como ya se dijo, del art. 2564, inc. “c”, pero también lo es del art. 1273, CCyC, que es el que ahora interesa (conf. Rivera, J. y Medina, G., ob. cit., t. IV, p. 50).

En tal orden de ideas, conviene recordar que el concepto de “ruina” mencionado en el acápite del art. 1273, CCyC (que el texto del precepto identifica con los daños que comprometen la solidez del inmueble y que lo hacen impropio para su destino), y que el recordado art. 2564, inc. “c”, adjetiva como “total o parcial”, no es un concepto técnico sino jurídico (conf. CNCom. Sala B, 14/4/2004, DJ 2004-3, p. 193; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 8, p. 216), que puede y debe ser interpretado ampliamente ya que la solidez de la construcción no es el único interés tutelado por la ley pues, además, ella tutela la realización de una obra de acuerdo con las reglas del arte y las técnicas apropiadas, exenta de imperfecciones que la desnaturalicen. De lo contrario, se estaría admitiendo que, si con posterioridad a la entrega aparece algún vicio importante, éste ya no comprometería más la responsabilidad del constructor, lo que es inaceptable (conf. Salerno, M., *La ruina de la obra no es un juego de palabras*, LL 1992-B, p. 25, cap. III).

Por lo demás, es claro que la responsabilidad prevista en el art. 1273, CCyC, también puede fundarse en anomalías que no inciden sobre el aspecto estático de la solidez de la obra, sino que repercuten en el aspecto funcional de ella y que, bajo tal perspectiva, la tornan impropia para su destino (conf. Aparicio, J., *Responsabilidad por los vicios y defectos de la obra y por la ruina e impropiedad para el destino en obras inmuebles*, reg. en TR LALEY AR/DOC/198/2022) habida cuenta afectar el normal uso y goce de la obra, o sea, su adecuado aprovechamiento (conf. Lovece, G., *Los contratos de obras y de servicios en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de 2012*, RDPC, 2014-



2, p. 77, espec. p. 103; Hernández, C., *Régimen de la responsabilidad civil de las profesiones liberales*, Revista de Derecho de Daños, 2016-3, p. 117, espec. p. 142; Moeremans, D., *Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial*, en la obra dirigida por Stiglitz, R., “Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 121, espec. ps. 137/138; Gregorini Clusellas, E. y Gregorini, L. en la obra dirigida por Bueres, A., *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2018, t. 3-D, p. 250; Di Chiazza, I., en la obra dirigida por Heredia, P. y Calvo Costa, C., ob. cit., t. V, p. 522).

En efecto, el art. 1273, CCyC, siguiendo las modernas tendencias del derecho comparado, aprueba el criterio amplio del concepto de ruina, que aprehende la ruina impropia o funcional (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., *La construcción de inmuebles en el Código Civil y Comercial argentino*, RDPC, 2017-1 [contratos – parte especial] p. 141, espec. p. 209).

Así, por ejemplo, en el derecho italiano, el art. 1669 del Código Civil de 1942 (que ha sido fuente del citado art. 1646 en su versión reformada por la ley 17.711), equipara la ruina a los defectos graves y, por ello, no solo quedan contemplados aquellos que inciden sensiblemente sobre los elementos esenciales de la estructura de la obra, sino también los elementos secundarios o accesorios (impermeabilizaciones, revestimientos, cerramientos, etc.), con tal que comprometan la funcionalidad global de la obra misma, incidiendo negativamente en modo considerable sobre el goce del inmueble (conf. Alpa, Guido y Mariconda, Vincenzo, *Codice dei Contratti Commentato*, Wolters Kluwer, Vicenza, 2017, p. 1436, donde se cita como un ejemplo los vicios del revestimiento externo del edificio según lo fallado por la Corte di Cassazione Civile, 12/11/1983, n° 6741, FiR 1983, voce Appalto, n° 82). En tal marco, incluso la jurisprudencia italiana ha destacado la superación de la visión original del recordado art. 1669 como regla para la protección de la seguridad pública, realzando la necesidad no menos sentida de que la propiedad pueda ser



disfrutada y utilizada de manera compatible con su uso previsto (conf. Montagna, Emanuele, *Opere di ristrutturazione su immobile ed art. 1669 C.C.*, Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino, n° 7/2018, p. 119, espec. ps. 126/127, ISSN Online: 2281-3063).

Cabe observar, que en nuestro país la jurisprudencia anterior a la unificación del derecho privado de 2015, ya se había orientado al mismo entendimiento amplio (conf. CNCiv. Sala F, 29/4/1991, “Consortio de copropietarios Av. Libertador Gral. San Martín 4496”, LL 1992-B, p. 25; CNCiv. Sala H, 19/12/1996, “Barone, Felipe c/ Clasca, Ricardo y otro”, LL 1997-C, p. 250; Cám. Civ. Com. Azul, 20/5/2014, “F. de G, B. c/ C.N.E.”, RRCS, 2014, p. 218).

Y tal es, según lo entiendo, el que corresponde extender al caso *sub examine*.

En efecto, el peritaje en ingeniería realizado como medida de prueba anticipada en la causa n° 7981/2019 constató amplios sectores en los que el revoque exterior del edificio, frente a golpes con masa, suena a hueco, lo que indica falta de adherencia a la base de hormigón (fs. 252 vta./254, respuesta 2ª), y que se trataría de un alto porcentaje de la totalidad de la superficie lo que está en ese estado (fs. 257 vta., respuesta 15ª). Además, con relación a la posibilidad de colapso, el peritaje informó que, más allá de los desprendimientos ocurridos en el lateral sud, lo concreto es que ante la posibilidad cierta de ingreso de aguas, impurezas del medio ambiente y la acción del viento, resulta altamente probable que se produzcan nuevos desprendimientos, que afectarían en planta baja sectores de tránsito peatonal y vehicular, incluyendo un techo de vidrio de acceso al edificio, lo que demanda una acción reparadora inmediata (fs. 255 vta., respuesta 7ª). Tal reparación, explicó el informe pericial, supondría una contaminación estética y sonora por percusión durante gran parte de los correspondientes trabajos, con una inevitable pérdida de intimidad en las habitaciones del hotel y necesidad de zonificación de las áreas involucradas; y



que es un trabajo de alta complejidad, ya que supone la demolición de revoques, con posibilidad de caída en altura de escombros sobre superficies vidriadas, en espacios de tránsito peatonal y vehicular (fs. 258 y vta., respuesta 15ª).

No ignoro que la actora no ha referido que el hotel que funciona en el edificio hubiera cerrado sus puertas o visto disminuido el caudal de huéspedes por causa de los vicios referidos.

Empero, de lo que se trata en este punto no es de ello (tema que, a todo evento, se conecta con el resarcimiento del lucro cesante), sino de si se encuentra afectado el normal uso y goce del bien, lo cual en la especie cabe descartar, tanto por la amenaza de un adecuado aprovechamiento de la construcción (conf. Cám. Apel. Concepción del Uruguay, 24/9/1993, “Jacquement, Pedro c/ Bonet, Alberto y otro”, reg. en TR LALEY 1/25343; C. Civ. y Com. Bell Ville”, 29/4/1990, LL Córdoba 2000-681) y la necesidad de efectuar costosos trabajos de reparación, tal como surge indicativamente del peritaje cumplido como prueba anticipada -fs. 259/260, respuesta 16ª- (conf. CNCiv. Sala L, 22/3/1990, “Bergensfeld, Marcos c/ Perella Terreil, Luis”, JA 1991-I, p 798; CNCiv. Sala C, 29/6/1983, “Amirato, Armando A. c/. Fischer, Esteban y otro”, reg.en TR LALEY 70029886; Trigo Represas, F. y López Mesa, M., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 609, texto y nota n° 1647; Garrido, R. y Zago, J., *Contratos Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 358), como particularmente por el hecho de que la comitente, como dueña de la cosa, se vio forzada a adoptar recaudos para precaver una responsabilidad extracontractual propia frente a terceros por desprendimientos del revoque (art. 1757, CCyC), cabiendo destacar, en tal sentido, que inició reparaciones preventivas consistentes en el retiro de barandas y colocación de una defensa con estructura tubular (piso 16); el retiro de los perfiles metálicos de cierre que se encontraban flojos y arreglos de desprendimientos de revoques y filtraciones de agua (piso 13); amén de realización de pruebas piloto o prototipos para la futura reparación de toda la



fachada (conf. acta de constatación del 23/8/2024, con cuya agregación a los autos refirió la actora que los trabajos fueron realizados por “*estrictas razones de urgencia y de carácter preventivo... para evitar daños a personas que ingresen y egresen del inmueble, así como a transeúntes de la vía pública, a efectos de evitar ulteriores desprendimientos de revoques en columnas y fachadas del edificio en el cual funciona el hotel*”; escrito del 30/8/2024).

8°) A esta altura, comprobado y calificado el daño, corresponde entrar de lleno en el examen de la responsabilidad endilgada a la empresa demandada.

Según el Código Civil y Comercial, las obligaciones de los profesionales de la construcción, particularmente en cuanto a la ejecución de la obra, son de resultado y están alcanzadas consecuentemente por un factor objetivo de atribución, de manera tal que al comitente le basta con comprobar la deficiencia de la construcción para dejar patentizado el incumplimiento y obtener reconocimiento a la reparación del daño sufrido (arts. 1722, 1723 y 1768, CCyC; Pizarro, R. y Vallespinos, C., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires – Santa Fe, 2018, t. II, p. 603, n° 421; Calderón, M. en la obra dirigida por Sánchez Herrero, A., *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 264; Picasso, S. y Sáenz, L., *Tratado de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 355, texto y nota n° 94).

En el caso concreto de ruina u obra inmueble impropia para su destino, el constructor sólo libera su responsabilidad si prueba la incidencia de la causa ajena, entendiéndose por tal la externa, no imputable, que configure un caso fortuito o hecho de un tercero equiparable (arts. 1722, 1730 y 1731, CCyC), no siéndola, por expresa disposición legal, el vicio del suelo, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista (art. 1273, CCyC; Alterini, J., ob. cit., t. VI, ps. 658/659).

A mi juicio, la demandada no ha probado una causa ajena eximente de su responsabilidad.

Lo explico.



(a) El peritaje cumplido como prueba anticipada no fue asertivo en orden a las razones por las cuales el revoque externo del edificio se desprendió o está expuesto a futuros desprendimientos. Al respecto, señaló varias alternativas o factores multicausales posibles, a saber, falla en la adherencia (por inexistencia de adherente, falla en el material adherente, sustrato no limpio o con contaminación ambiental, falta de humectación del sustrato antes de aplicar la capa siguiente); falla de adherencia entre las partes del mortero; trabajos en condiciones meteorológicas no compatibles con el material; falta de idoneidad del aplicador; falta de juntas proyectadas que pueden provocar contracciones no deseadas; incompatibilidad entre las deformaciones del sustrato y del recubrimiento; formación de fisuras; y exceso de espesor incompatible con la fuerza de adherencia del producto (causa n° 7981/2019, fs. 256 y vta., respuesta 9ª).

En su memorial, la demandada cuestiona que la sentencia de primera instancia la haya responsabilizado con base en un dictamen que, en rigor, no pudo aseverar cuál o cuáles pudieron haber sido las causas determinantes de la mala condición de los revoques. Sostiene, además, que el fallo apelado desechó sin razón suficiente lo expresado por el perito en el sentido de la necesidad de un análisis en cada lugar donde el revestimiento haya fallado y que, en consecuencia, la sentencia no hizo más que extrapolar hallazgos puntuales para sacar conclusiones extensivas al conjunto de la obra y a su futuro, lo cual -dice- es expresivo de una ponderación fragmentaria e inadecuada del informe pericial (agravio segundo, punto A).

Así expuesto, el planteo de la recurrente no hace más que invertir el orden de las cosas.

Como se dijo, para obtener el reconocimiento del daño sufrido, al comitente le basta con comprobar la deficiencia de la construcción y esto último es, precisamente, lo que comprobó el peritaje. Es indiferente si esa deficiencia es producto de una u otra causa, o de varias actuando simultánea o



sucesivamente, pues lo que exime de responsabilidad al constructor es la demostración de la ajenidad de la causa única o múltiple, y en tal sentido ninguna de las alternativas planteadas por el informe pericial evidencia lo propio.

En efecto, si se tratase de inexistencia de adherente, sustrato no limpio, falta de humectación del sustrato antes de aplicar la capa siguiente, trabajos en condiciones meteorológicas no compatibles con el material, falta de idoneidad del aplicador, falta de juntas proyectadas, incompatibilidades entre las deformaciones del sustrato y del recubrimiento, formación de fisuras o bien exceso de espesor incompatible con la fuerza de adherencia del producto, todas estas alternativas no son causas ajenas, sino imputables a la propia demandada como “vicio de construcción”, esto es, expresivas de una inejecución de la obra sin ajuste a las reglas del arte de construir. Y si, en cambio, se tratase de falla en el material adherente o falla de adherencia entre las partes del mortero, de lo que se está hablando es de “vicio de los materiales” que, como lo expresa el art. 1273, CCyC, no se lo considera una causa ajena en el entendimiento de que el constructor tuvo la obligación de verificarlos, controlarlos y, en su caso rechazarlos, si su uso no reunía condiciones mínimas para obtener una construcción sólida y segura (conf. Di Chiazza, I., en la obra dirigida por Heredia, P. y Calvo Costa, C., ob. cit., t. V, p. 523; Moeremans, D., ob. cit., p. 138; Spota, A., ob. cit., t. II, p. 265, n° 314; Molina, I., *Responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina*, Buenos Aires, 1988, p. 67).

Por lo demás, no es más que una crítica injustificada del fallo la que propone la demandada al decir que extrapoló hallazgos puntuales del peritaje para sacar conclusiones extensivas al conjunto de la obra y a su futuro. Al respecto, baste señalar que, frente a preguntas de la demandada relacionadas con la posibilidad de desprendimiento futuros, el perito interviniente aclaró que las caídas ya producidas no podían tenerse como un único suceso, sino que cuando superficies extensas delatan la misma patología, hay grandes



posibilidades que puedan afectarse nuevos lugares (causa n° 7981/2019, fs. 283).

(b) Sostiene la demandada que el fallo no tuvo en cuenta la insuficiencia de instrucciones del fabricante del material adherente, pues ellas no preveían la utilización de “anclajes mecánicos” como soporte de los revoques exteriores. Afirma que tal circunstancia no determina un caso de “vicio de los materiales” y que, consecuentemente, la ausencia de las apuntadas instrucciones representa el hecho de un tercero por el que no puede responder. Destaca, asimismo, haber probado que el propio fabricante del producto comenzó a instruir, en tiempo ulterior a la construcción, sobre la necesidad de obligatoriamente hacer anclajes mecánicos en superficies como las externas del edificio en cuestión (agravio segundo, punto B).

No es verdad que la sentencia hubiera ignorado el problema que plantea la demandada, el cual, dicho sea de paso, quedó reflejado en dos *e-mails* dirigidos al representante técnico de la demandada (en el *e-mail* remitido el 15/3/2015 se expresó que: “... *Luego de ver en el informe de ustedes la ficha técnica del producto PROMEX I de Weber, donde en “Soporte” dice que en “hormigones muy lisos...se recomienda complementar con anclajes mecánicos vinculados a la estructura”, me quedaron dudas respecto a lo que yo había leído en el manual que tengo en estudio. Revisados estos, descubro que esa frase no estaba incluida en los manuales del 2011 y 2013, fechas donde se especificó y se ejecutaron las fachadas (desde enero de 2012 a diciembre 2014). Lo curioso es que la frase que menciono más arriba, Weber la agrega en su catálogo de 2015. Adjunto archivo con las portadas de los catálogos donde se verifica la fecha y las respectivas fichas técnicas. Uds. en su informe, agregaron copia del catálogo del 2015 y que debía estar la del año 2011...*”; véase también el *e-mail* del 16/3/2015 que aclaró que adjuntaba la ficha de Promex I del catálogo de Weber 2011 y que la ficha que había acompañado en



el correo electrónico anterior era errónea -fs. 604 digitales y documental reservada en sobre-).

Por el contrario, el pronunciamiento de la instancia anterior se hizo cargo del problema de la ausencia de instrucciones de fábrica en el material utilizado, señalando que “...*Sin soslayar lo argumentado por la demandada...*”, lo cierto era que el peritaje pudo constar que “...*en algunos de los sectores que pudo catear, existe un grosor del producto adherente excesivo (v. fs. 277 prueba anticipada); que en los sectores que se pusieron dos capas de morteros, entremedio no se aplicó nuevamente un promotor de adherencia (v. fs. 253 prueba anticipada); y que en aquellos lugares en donde se colocó una malla que pretendía aumentar el agarre del material, la colocaron de manera errónea (v. fs. 253 vta./254, prueba anticipada (...)) Es decir que, aún en la hipótesis de trabajo de la existencia de una deficiencia en las instrucciones del producto aplicado, lo cierto es que en la prueba producida se acreditó, en los sectores que pudieron catearse, una deficiencia en la implementación del producto y la colocación incorrecta de mallas que pretendían aumentar el coeficiente de adhesión, es decir, una negligencia en las reglas del arte...*”.

En otras palabras, no hubo ninguna omisión de tratamiento por parte de la sentencia recurrida y, antes bien, lo que surge de la lectura del memorial de la demandada es una completa ausencia de crítica a lo concluido en la instancia anterior en el sentido de que, más allá de la ausencia de instrucciones relativas a la necesidad de un “anclaje mecánico”, la prueba demostraba que el producto igualmente había sido mal aplicado determinando ello una “...*negligencia en las reglas del arte...*”; conclusión que, entonces, debe considerarse firme (art. 265 y 266 del Código Procesal).

(c) Lo expuesto precedentemente agota el tratamiento del segundo agravio de la demandada y, dado su rechazo, determina la confirmación de su condena como responsable civil frente a la actora por inexecución del contrato



de obra, debiendo en consecuencia indemnizar los daños y perjuicios causados (arts. 1716, 1749, 1768 y conc., CCyC).

9º) Las expresiones de agravios de las partes no muestran quejas referentes a la condena dictada a favor de la actora para obtener de Ingeniero Pellegrinet S.A. o, en su defecto, de un tercero a costa de esta última sociedad, la reparación del inmueble de que se trata. Tampoco hay controversia actual sobre la condena de la demandada a pagar ciertas sumas correspondientes a facturas emitidas por reintegro de gastos. Son todos estos aspectos que, por consiguiente, se encuentran firmes, salvo lo que se dirá respecto de los honorarios del ingeniero Murature (véase considerando 8º).

Ambas partes, empero, se agravian por la admisión de la reparación del lucro cesante que se le producirá a la actora por la imposibilidad que tendrá de utilizar ciertas habitaciones y zonas del hotel durante la ejecución de las reparaciones.

Sobre esto último, de acuerdo a lo previsto por el art. 165 del Código Procesal, la sentencia apelada decidió que la demandada debe pagar por día de indisponibilidad y por cada habitación la suma de U\$S 214,95; y las cantidades de U\$S 0,88, U\$S 4,88 y U\$S 2,14 en concepto de lavandería, telefonía y uso de spa, respectivamente. Asimismo, el fallo recurrido ordenó que en concepto “diario y conjunto” la demandada habría de pagar U\$S 33,97 por “ventas de consumo” en el bar y en el restaurante del establecimiento; y U\$S 14,14 en concepto de salón de eventos.

Contra estas determinaciones se alzan ambas partes (agravio tercero de la demandada y único de la actora).

Veamos.

(a) Alude la demandada a una improcedencia del “lucro cesante” en su totalidad por interrupción del nexo causal y, en tal sentido, alude a la presencia de una conducta omisiva de su adversaria en la etapa anterior a la promoción del juicio en cuanto a la denuncia de las deficiencias de los revoques



exteriores y, en su caso, a la ejecución por ella misma de medidas de prevención de daños a terceros o reparaciones, todo ello sin necesidad de esperar el resultado favorable de este pleito. Sostiene la apelante la presencia, por lo anterior, de un agravamiento del daño y aun de un “daño autoinfligido” provocado por sus propias omisiones y que, frente a lo dispuesto por el art. 1710, CCyC, admitir el resarcimiento del “lucro cesante” equivale a convalidar una conducta abusiva y especulativa de la parte actora.

No es dudoso el deber que corresponde a la víctima de no agravar el daño ya causado (art. 1710, inc. “c”, CCyC), lo cual no se identifica con la causal de exoneración, total o parcial, de responsabilidad cuando la víctima contribuye con su propio accionar a la producción o generación del perjuicio (art. 1729, CCyC), sino que se refiere al comportamiento que se espera de ella en orden a no agravar la situación del responsable en cuanto a la obligación que tiene de reparar el perjuicio ya causado (conf. Picasso, S. y Sáenz, L., ob. cit., t. 1, p. 112).

Tal carga, consagrada normativamente en el citado art. 1710, inc. “c”, del Código Civil y Comercial de la Nación (la apelante citó genéricamente dicho precepto, sin indicación de inciso alguno), ya era doctrinaria y jurisprudencialmente admitida en el derecho anterior, especialmente en el ámbito de la responsabilidad contractual, bajo la idea de que la buena fe también entra en juego en la parte patológica del incumplimiento, de modo que el acreedor aun cuando queden insatisfechas sus expectativas, no puede comportarse de tal modo que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte. En tal sentido, fue entendido que hay una exigencia de corrección que impone al damnificado buscar el modo de limitar los daños derivados del incumplimiento, debiendo calificarse de culposa la conducta del acreedor insatisfecho que, después de comprobarse el hecho del incumplimiento, no se cuida de limitar, en cuanto sea posible, los daños que se



deriven de ello (conf. Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños - Eximentes*, Buenos Aires, 1980, t. III, ps. 129/130, n° 28; Agoglia, M., Boragina, J. y Meza, J., *La exoneración de la responsabilidad contractual. La causa extraña*, RDPC n° 18 (responsabilidad contractual II), 1998, p. 9 y ss., espec. p. 16, n° 2; Benítez Caorsi, J., *La obligación de minimizar el daño*, RCyS, 2009-VI, p. 11; CNCom. Sala D, 11/8/2009, “Zappettini Raúl Martín c/ Banelco S.A. s/ ordinario”).

De lo que se trata es, en efecto, de un deber que, valga observarlo, también está consagrado en expresiones del derecho comparado e internacional de fuente convencional que son concordantes con nuestro art. 1710, inc. “c” (conf. Código Civil italiano, art. 1227, segundo párrafo; Código Civil portugués, art. 570; Código Civil peruano, art. 1327; Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 77; etc.), e igualmente en elaboraciones internacionales de reconocida importancia (conf. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, art. 7.4.8; Principios del Derecho Europeo de los Contratos, art. 9.505; etc.).

Tal deber, que se inspira en el principio *favor debitoris* (conf. Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 23, § 98, n° 13), juega tanto en el ámbito contractual como en el de la responsabilidad aquiliana, pues el art. 1710, inc. “c”, no discrimina (conf. Rivera, J. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 997), y se relaciona con la presencia de una culpa imputable al acreedor o damnificado que es sucesiva a un daño ya existente (conf. Sconamiglio, Renato, *Responsabilità civile e danno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 83, n° 17; Brun, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis – Litec, Paris, 2005, p. 368, n° 724); culpa que introduce un factor que rompe la relación de causalidad que originó el acto del deudor, pues el aumento del perjuicio no es consecuencia directa de su



incumplimiento o del ilícito suyo, sino de la inacción o pasividad del damnificado (conf. Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, vol. II [las relaciones obligatorias], p. 689, nº 20; Messineo, F., ob. cit., t. IV, p. 252, §115, nº 13), dando cuenta ello no de un supuesto de reducción del daño resarcible, sino más bien de exclusión del daño reparable (conf. De Cupis, Adriano, *El daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1975, p. 284, nº 34; sobre el tema, véase también: Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, t. IV, ps. 127/129, nº 463 bis; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, ps. 39/40, nº 484; Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 442, nº 272; Galgano, Francesco, *Le obbligazioni in generale*, Cedam, Padova, 2011, p. 97; CNCom. Sala D, 8/2/2022, “Sanfilippo, Santiago Luis C/ Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ ordinario”).

Pues bien, precisado lo anterior, corresponde observar que a diferencia de la hipótesis de participación del damnificado en la producción del daño, cuando se trata de establecer si la conducta de la víctima pudo evitar una agravación del perjuicio ya producido (mitigación del daño ya causado), lo que debe indagarse es: 1) si la posibilidad de no agravar el perjuicio estuvo enteramente en la esfera de control del damnificado; y 2) si la omisión suya en diligentemente mitigar el daño puede calificarse como una causa próxima absorbente del perjuicio con aptitud para interrumpir el nexo entre el incumplimiento obligacional -o el ilícito extracontractual- y el daño (conf. Bianca, C. Massimo, *Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 143, nº 55).

Obviamente, es a cargo del deudor –en el caso, la aquí demandada- la prueba de los apuntados extremos (conf. Bianca, C., Massimo, op. cit., p. 145,



nº 55; Trimarchi, Pietro, *La responsabilità civile: atti, illeciti, rischio, danno*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 83, nº 3.2.3).

Como se ha visto, Ingeniero Pellegrinet S.A. afirma que la actora agravó el daño al no precaver medidas de protección a terceros y, particularmente, al no haber encarado personalmente las reparaciones para lo cual, dice, contó con al menos tres alternativas de presupuesto de reparación en el año 2018.

Ciertamente, la prevención de daños y la reparación del bien, aunque conceptualmente no son lo mismo (conf. De Cupis, A., ob. cit. p. 576, nº 99), son formas posibles del no agravamiento o mitigación el daño, pero para la víctima afrontar lo uno o lo otro no puede significar un relevante sacrificio económico, sino que debe calificar como acto de la ordinaria gestión del patrimonio o de la hacienda (conf. Bianca, C. Massimo, ob. cit., t. 5, p. 147, nº 56, ap. “c”), es decir, el costo económico final de la mitigación no puede ser perjudicial para el damnificado (conf. Trimarchi, Pietro, ob. cit., p. 80, nº 3.2.2),

Esto último es así porque el cumplimiento del deber de que se trata, si bien exige del damnificado una debida diligencia o prudencia (conf. Trimarchi, Pietro, ob. cit., p. 81, nº 3.2.2), tiene como contrapeso o límite el hecho de que no puede llegar al extremo de exigírsele el sacrificio de intereses personales o patrimoniales propios y relevantes (conf. Bianca, C., Massimo, op. cit., p. 144, nº 55; Diez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 322, nº VII), tales como el cumplimiento de una actividad extraordinaria, el pago de recursos financieros no disponibles o que sean notablemente onerosos, la asunción de riesgos en relación con la entidad del daño a mitigar (conf. Trimarchi, Pietro, ob. cit., p. 82, nº 3.2.2), tener que aceptar una pretensión abusiva del deudor, como puede ser la modificación de los términos contractuales (conf. Soler Presas, Ana en la obra dirigida y coordinada por Diez-Picazo y Ponce de León, Luis, *La compraventa internacional de*



mercaderías – comentario a la Convención de Viena, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 625); etc.

Teniendo en cuenta lo anterior y a partir de las constancias que resultan de la causa, cabe observar y concluir en lo siguiente:

I. La reparación de los revoques del edificio es una tarea de alta complejidad y de alto costo, como lo destacó el peritaje realizado como prueba anticipada (causa n° 7981/2019, fs. 259/260, respuesta 16^a) y, por ello, no puede racionalmente ser afirmado que tipifique como acto de la ordinaria gestión del patrimonio o de la hacienda de la actora. Por lo demás, no es ocioso destacar que, tratándose de la reparación de inmuebles, es precisamente lo anterior lo que ha llevado a la jurisprudencia italiana a resolver que el dueño de la obra está excluido, en principio, del deber de mitigar el daño imputable al constructor (conf. Bianca, C, ob. cit., t. 5, p. 147., jurisprudencia citada en nota n° 104, primer párrafo).

Esto último, claro está, lo es sin perjuicio del derecho de terceros, en caso de pasividad en la prevención o reparación de la ruina, de promover contra el dueño del inmueble la acción prevista por el art. 1711, CCyC, si fuese previsible la producción de un daño (conf. Heredia, P. y Calvo Costa, C., ob. cit., t. VII, p. 14).

II. En la mejor de las hipótesis, un reproche a la actora por razón de no haber aceptado presupuestos de reparaciones sólo podría ser considerado como válido si, probada esa actitud negativa, provocó ella un innecesario o injustificado retardo. Por el contrario, si fue el responsable del daño quien por incuria retardó la reparación (caso que es el de autos, habida cuenta de la resistencia de la demandada, que sólo resulta doblegada por una sentencia de condena) resta totalmente a su cargo el eventual daño derivado de tal periodo suplementario de inactividad (conf. Trimarchi, Pietro, ob. cit., p. 81, n° 3.2.2; CNCom. Sala D, 8/2/2022, “Sanfilippo, Santiago Luis C/ Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ ordinario”), sin exclusión causal alguna.



Con base en lo expuesto, juzgo improcedente la primera crítica contenida en el tercer agravio de la demandada.

(b) Como se dijo, la actora reclamó por el lucro cesante que habría de sufrir durante las tareas de reparación del inmueble. En tal sentido, aludió al daño que “...se traduce en la afectación del giro comercial...y consiguiente disminución de los ingresos esperables de resultas de la operación del establecimiento hotelero, que verá necesariamente disminuida su oferta de servicios, provocando inexorablemente la pérdida de reservas y ventas en concepto de alojamiento, consumos en el restaurante y bar, a más de la realización de eventos en el salón destinado al efecto con capacidad para 250 (doscientos cincuenta) personas...”.

Cabe observar que la demanda incluyó también una indemnización “...por pérdida de chance –consagrado también en el art. 1738 CCC- (que) importa un perjuicio autónomo, configurado por la frustración de la posibilidad cierta de la obtención de ingresos derivados de la explotación comercial de Alvear Art. Hotel...”.

Empero, la sentencia de primera instancia nada dijo sobre la indicada pérdida de chance y ello no provocó el agravio de la actora, por lo cual nada corresponde decidir al respecto (arts. 271 y 278 del Código Procesal).

Así las cosas, de lo único de que se trata es, en definitiva, de examinar lo atinente al reclamado lucro cesante.

(c) Se considera, en definitiva, un lucro cesante “futuro”, esto es, aquél que con probabilidad y no como mera conjetura, se estima habrá de producirse en el patrimonio del damnificado con posterioridad a la sentencia (conf. Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1982, p. 221, n° 71).

Pues bien, con relación al *quantum* del referido rubro crítica la demandada que el fallo apelado lo hubiese admitido contabilizando costos totales y diarios de los servicios involucrados, y no el margen de ganancia



correspondiente a cada uno. Destaca que su parte no está obligada al pago de los ingresos “brutos” que por tales servicios facturaría, sino a indemnizar sólo las ganancias “netas” que la actora obtendría de tales ingresos (agravio tercero, punto B, i).

Asiste razón a la demandada en este aspecto.

Ello es así, pues en el concepto de lucro cesante la actora tiene sólo derecho al resarcimiento de las “ganancias futuras” (conf. Morello, A., *Indemnización del daño contractual*, La Plata, 1974, p. 195), es decir, como lo expresa el art. 1738, CCyC, al beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención; y ello, obviamente, no se identifica con los ingresos “brutos”.

En efecto, de acuerdo a una constante jurisprudencia de esta alzada mercantil, las "utilidades netas" constituyen la real y verdadera ganancia del empresario (conf. CNCom. Sala D, 26/3/1998, “Calderón, Osvaldo c/ Peñaflor S.A. s/ ordinario”; CNCom, Sala B, 29/3/2017, "Sanjurjo, Fernando Gustavo c/ Paraná Sociedad Anónima de Seguros s/ ordinario"; CNCom. Sala B, 7/3/2019, “Domingo de Luca S.A. c/ Rowing S.A. s/ ordinario”).

Así las cosas, teniendo en cuenta la carencia de prueba sobre las referidas utilidades “netas”, lo adecuado es considerar un 40% de la utilidad bruta promedio, como también lo ha resuelto una nutrida jurisprudencia (conf. CNCom. Sala A, 14/12/2007, "Tommasi Automotores S.A. c/ CIADEA SA s/ ordinario”; CNCom, Sala D, 27/10/2015, "Grintours SA c/ Laboratorios Phoenix SA s/ ordinario"; CNCom. Sala D, 1/3/2016, "Sola, Andrés Valentín c/ Diageo Argentina S.A. s/ ordinario"; CNCom. Sala D, 14/7/2016, “Servicio Integral de Seguridad S.A. c/ Consorcio Copropietarios Hidalgo 139 s/ ordinario”).

Por consiguiente, no encontrándose controvertidos por la demandada los valores expresados en dólares estadounidenses por la sentencia apelada, el resarcimiento por lucro cesante debe limitarse al 40% de ellos según resulte de



la liquidación que se realice de acuerdo a lo establecido en dicha decisión (liquidación dentro de los 10 días posteriores a la culminación de las obras de refacción), comprensiva de todos los rubros involucrados, incluyendo los referidos en el siguiente punto “e”.

(d) Cuestiona la demandada que el fallo de la anterior instancia hubiera dejado abierta la posibilidad de que sea la actora quien, a su solo arbitrio, determine cuáles son las habitaciones del hotel que quedarían bloqueadas durante las reparaciones y con relación a las cuales habría de calcularse el lucro cesante.

El bloqueo de las habitaciones es una necesaria consecuencia de la tarea de reparación a la que fue condenada la demandada, y es la amplitud de esa tarea y el tiempo que insuma la que determinará la extensión de la indisponibilidad de aquellas. En tal marco, no se trata del solo arbitrio de la actora lo que está en juego para la definición de las habitaciones que sufrirán un bloqueo, sino también de lo que la propia demandada cumpla y de cómo lo haga. En otras palabras, el mismo modo en que la demandada encare las reparaciones es el que determinará que aumenten o disminuyan las habitaciones indisponibles, no siendo presumible que la actora exagere los bloqueos con la intención de obtener un desmedido lucro cesante pues, ciertamente, no cabe presumir la mala fe.

A todo evento, estando en juego una responsabilidad post contractual, la buena fe debe presidir tanto la actuación de la actora como de la demandada. De la primera, facilitando el cumplimiento de su contraria, y de esta última ejecutando adecuadamente lo que antes hizo. Y, en tal situación, ambas deben continuar actuando de buena fe (conf. Alterini, A., *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo – Teoría General*, Buenos Aires, 2006, p. 530).

Por lo tanto, no siendo previsible que la actora abuse de su derecho bloqueando lo que es innecesario bloquear y sin perjuicio de que la demandada



pueda denunciar al juez *a quo* cualquier exceso si se presentase, corresponde rechazar la queja de se trata.

(e) En un innecesariamente extenso memorial, la parte actora cuestiona la sentencia de la instancia anterior por no haber dispuesto que la suma de U\$S 33,97 fijada para resarcir el lucro cesante derivado de la menor utilización del bar y restaurante del hotel, y la de U\$S 14,14 determinada para indemnizar igual rubro, pero con relación al uso del salón de eventos, sea de devengamiento único por día de indisponibilidad, pero sin consideración de la cantidad de habitaciones indisponibles. En tal sentido, solicita la demandante que se modifique el fallo igualando las pautas de cálculo del lucro cesante, esto es, estableciéndose que los conceptos antes indicados se computen por un valor de devengamiento diario y por habitación indisponible, lo mismo que los restantes conceptos integrantes del referido daño.

La menor utilización del bar o del restaurante del hotel, lo mismo que el uso del salón de eventos, si bien es previsible en un contexto de bloqueo de habitaciones, no es un daño cuya cuantificación esté necesariamente ligada a la correlativa menor ocupación de huéspedes, pues para así considerarlo habría que suponer que todos ellos, sin excepción, hacen ineludible uso de tales servicios anexos lo cual, obviamente, no es así. En efecto, más allá del uso para el desayuno que los huéspedes pueden dar al bar o restaurante (cuyo precio es normalmente incluido en el de la habitación), lo cierto es que no todos ellos necesariamente habrán de utilizar esas instalaciones o el salón de eventos pagando un costo extra y menos relacionado a los días de su alojamiento, de donde el bloqueo de las habitaciones no determina, bajo tal perspectiva, un lucro cesante vinculado a esos espacios comunes revestido de certidumbre.

Casi innecesario es reiterar que el resarcimiento del lucro cesante está atado a la “...*probabilidad objetiva de su obtención*...” (art. 1738, CCyC) y, en las condiciones explicitadas, a lo pretendido le falta lo propio.



Por el contrario, ponderando que, en esta materia, relacionada a un daño futuro, solo puede alcanzarse una valoración equitativa fundada en indicios (conf. De Cupis, A., ob. cit., p. 554, n° 95; Picasso, S. y Sáenz, L., t. I, ps. 437/438), juzgo que la decisión de primera instancia de no relacionar el *quantum* del lucro a la cantidad de habitaciones bloqueadas, sino solo al número de días que los ámbitos comunes indicados pudieran permanecer indisponibles, ofrece una solución prudente a la luz de lo establecido por el art. 165 del Código Procesal.

Con tal alcance, pues, cabe rechazar el único agravio de la actora relacionado al daño resarcible.

10°) Dando lugar al cuarto y último agravio suyo contra la sentencia de primera instancia, critica la demandada la admisión del cobro de las sumas que la actora pagó en concepto de dictamen extraprocesal cumplido por el ingeniero Murature y actas notariales de constatación, documentos todos que acompañó al promover la medida de prueba anticipada.

Cabe recordar que el art. 77 del Código Procesal, al establecer el alcance de la condena en costas, incluye entre los gastos reembolsables los efectuados con anterioridad a la existencia del proceso, ya sea para obtener el cumplimiento de la prestación a cargo del posible demandado obviando de tal manera el planteo de la demanda, o bien los realizados para evitar la interposición de dicho acto procesal (CNCom. Sala D, 7/2/2017, “Amarilla, Rosana Inés c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”; CNCom. Sala F, 10/4/2018, “Ayre, Gerardo Oscar c/ Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. s/ ordinario”; conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1989, t. III, ps. 203/204; Highton, E. y Areán, B., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales - análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 111).



Entre tales gastos están los de naturaleza notarial (conf. CNCom. Sala D, 13/9/2018, “Vigilante, Hugo c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario”), especialmente las actas de constatación, habida cuenta de su valor probatorio reconocido por el art. 312, CCyC; pero no así los honorarios cobrados por expertos por la realización de dictámenes o informes extraprocesales que no pasan de constituir un alegato de parte, imposible de ser calificado estrictamente como medio probatorio (conf. CNCom. Sala D, 21/6/2008, “Yacoplast S.A. c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ ordinario”; CNCom. Sala D, 29/7/2010, “Escorial S.A. c/ Cuter Robots S.R.L. s/ ordinario”; Falcón, E., *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, 2003, t. II, ps. 45/56, n° 406; Peyrano, J., *Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos*, LL 1990-B, p. 1008) y que, por tanto, ni siquiera ostentan la condición de consultores técnicos a cuyo respecto podría jugar lo dispuesto por el art. 461, última parte, del Código Procesal.

Con lo que va dicho que el agravio de la demandada resulta parcialmente pertinente, quedando inhibida la actora de liquidar en concepto de costas cualquier pago hecho a favor del ingeniero Eduardo A. Murature (véase facturas de fs. 101 y 116, reservadas).

11°) Ni la modificación que este voto propone en cuanto al *quantum* por el que progresa la demanda, ni lo propiciado en el considerando precedente, justifica modificar -de acuerdo a lo previsto por el art. 279 del Código Procesal- el régimen de pago de las costas determinado en la instancia anterior.

En efecto, las costas deben íntegramente seguir quedando a cargo de la demandada, de conformidad con el principio objetivo de la derrota (art. 68 del Código Procesal).

Es que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio, y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base, es procedente que las costas sean impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión pues, aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la *litis* resultó igualmente necesaria al no haber la



parte demandada pagado aquello procedente (conf. CNCom. Sala D, 30/7/1982, LL 1982-D, p. 465; íd. Sala D, causa n° 43.072 “Toledo, Rolando de Carmen c/ Navarro, Miguel Ángel s/ ordinario”, sentencia del 10/4/2007; íd. Sala D, 3/10/2007, "Ferreyra Edgardo Leopoldo c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ ordinario”; íd. 5/6/2008, “Gaggero, Mercedes Anselma c/ Banco Patagonia Sudameris S.A.”; 8/3/2010, “Driollet, César Augusto c/ Village Cinemas S.A.”; 7/6/2018, “Barbeito, Gabriel Fernando c/ Círculo de Inversores de Ahorro p/f Determinados S.A. y otro s/ ordinario”; íd. 1/9/2018, “Cellular Net S.A. c/ Telecom Personal S.A.”; 17/12/2019, “Verdaguer, Alejandro César y otro c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro s/ordinario”; etc. Morello, A., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados*, La Plata-Buenos Aires, 1985, t. II-B, p. 112; Highton, E. y Areán, B., ob. cit., t. 2, p. ps. 60/61).

12°) Corresponde, por último, considerar los recursos de apelación concedidos con efecto diferido a fs. 421 y 803.

Las decisiones apeladas (fs. 420 y 802) resolvieron, en sustancia, por un lado, hacer lugar a la oposición de prueba testimonial ofrecida por la accionante respecto del señor Néstor Pedro Pellegrinet y, por el otro, declarar negligente a la demandada respecto a la producción del peritaje de tasación. En ambos casos, las costas se impusieron a la parte vencida. Este último aspecto, esto es, el atinente a las costas, es el que provoca los respectivos agravios de ambas partes.

Las apelaciones, empero, resultan improcedentes.

Esto es así, porque no procede examinar la forma en que se impusieron las costas al dirimir aquellos planteos pues al resultar inapelables las respectivas decisiones en lo principal (art. 379 del Código Procesal), igual solución debe aplicarse a una cuestión accesorio como es la referente a las costas de la incidencia (conf. CNCom. Sala D, 3/4/2009, "Banco Extrader S.A. s/ quiebra c/ Fortunato Bonelli y Cía. S.A. s/ ordinario s/ queja" y sus citas).



En tales condiciones, propondré al acuerdo declarar mal concedidas las apelaciones examinadas, para lo cual este tribunal de alzada tiene facultades suficientes, sin estar obligado por la voluntad de las partes ni por la concesión hecha por el juez *a quo*, por más que el auto respectivo se encuentre consentido (conf. Podetti, J., *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, n° 61; Ibañez Frocham, M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, n° 46). La Sala, en efecto, en tanto juez de los recursos concedidos por ante ella, está facultada para examinar su propia competencia apelada; y tal examen debe hacerse incluso de oficio para establecer si el tribunal cuenta o no con la correspondiente aptitud jurisdiccional para intervenir (conf. CNCom. Sala D, 3/4/2008, "Arc & Ciel S.A. c/ Sky Argentina S.C.A. y otro s/ cobro de pesos"; íd. Sala D, 13/4/2010, "Boldt S.A. (Argentina) c/ Siemens It Services S.A. (Argentina) y otro s/ organismos externos"; íd. Sala D, 14/12/2010, "Baffi, Gustavo Rogelio y otros c/ Zetune de Levin, Raquel y otro s/ ordinario").

13°) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo modificar la sentencia con el alcance que resulta de los considerandos 9° "c" y 10°. Cada parte debe cargar con las costas de su propio recurso pues ambas han sido vencidas, calificación que se extiende igualmente a la demandada por razones idénticas a las expuestas en el considerando 11°. Asimismo, deberá declararse mal concedidas las apelaciones con efecto diferido referidas en fs. 421 y 803.

Así voto.

El señor juez Gerardo G. Vassallo adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación, habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal, los señores Jueces de Cámara acuerdan:

I) Modificar la sentencia con el alcance que resulta de los considerandos 9° "c" y 10° del voto que abrió el acuerdo.

II) Imponer a cada parte las costas de su propio recurso.

III) Declarar mal concedidas las apelaciones con efecto diferido de fs. 421 y 803.



IV) Diferir la regulación de los honorarios dealzada para después de que sean fijados los de la anterior instancia.

V) Hacer saber que firman exclusivamente los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 12 (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Notifíquese electrónicamente.

Cumplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas CSJN n° 15/2013 y 24/2013) y, una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa en su soporte físico y digital -a través del Sistema de Gestión Judicial y mediante pase electrónico- al Juzgado de origen. Agréguese copia certificada de lo resuelto.

Pablo D. Heredia

Gerardo G. Vassallo

Horacio H. Piatti
Secretario de Cámara

