En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., M. S. c/ S., H. L. s/ ORDINARIO", expte. nro. 371/11**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 106/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 946), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 898/901? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) El Sr. Juez de la instancia de grado admitió la excepción de prescripción interpuesta por el demandado H. L. S., y rechazó en consecuencia la demanda por vicios redhibitorios planteado por la actora Sra. M. S. M. Impuso las costas a la actora vencida y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por la actora. Concedido el recurso y elevados los autos a esta Cámara, cumple la quejosa con los arts. 262 y 263 del CPCCCh.

Se agravia la actora en cuanto se acoge la excepción de prescripción.

Efectúa queja por entender que la excepción pudo resolverse como de previo y especial pronunciamiento, evitando las consecuencias perjudiciales no solo por la

desestimación, sino por el mayor costo del proceso.

Pasa luego a transcribir los considerandos del fallo y concluye en que el sentenciante omitió ponderar las evidencias documentales que daban cuenta de la suspensión de la prescripción con motivo de las comunicaciones cursadas por la actora al demandado y fueran expresamente reconocidas.

Se refiere a lo dicho en la demanda en orden a su interés en el recurso y a la documentación acercada y reconocida por el demandado y en definitiva entiende que los hechos acaecidos dan cuenta de la suspensión del plazo de prescripción con arreglo a la norma del art. 3986 del CC y al tiempo de la promoción de la demanda, la acción se hallaba vigente, hasta el 2 de abril de 2007.

Destaca los hechos reconocidos por el juez de la causa, puntualmente a la existencia de vicios ocultos, de allí que sostenga que la acción parece nítida en orden a la procedencia, faltando ponderar por el a-quo la conducta dolosa del demandado por las razones que esgrime, de lo que da acabada cuenta la pericia.

Reitera que la prescripción no se operó y que rechazada la misma deben las actuaciones remitirse al juez inferior a fin de pronunciarse sobre la materia de fondo. Destaca que el demandado no puso en tela de juicio el procedimiento llevado a cabo por la accionante para mantener viva la acción, transcribiendo lo alegado por la demandada en la contestación.

La contraria, agrega, estuvo en la postura de la prescripción de la acción con anterioridad al suceso del 2 de octubre de 2006, no cuestionando el acto suspensivo de fecha 12 de octubre como tampoco la promoción de la demanda en la fecha que se hiciera, lo

cual avala la vida de la acción dentro de la tesitura de su parte y dentro de la interpretación de los hechos efectuada por el a-quo, con la salvedad de omitir el acto suspensivo realizado mediante la interpelación telegráfica.

Analiza luego, la suspensión de la prescripción con cita de los artículos del CC, doctrina y jurisprudencia y en el caso manifiesta que se cursó la carta documento de fecha 12 de octubre de 2011 donde se interpeló literalmente al deudor para que asuma la obligación de reparar los daños ocultos que provocaron el derrumbe del inmueble bajo apercibimiento de accionar por vicios redhibitorios, en respuesta adujo la prescripción, de forma que la interpelación fue debidamente interpretada por el accionado, por lo que el acto al que alude tuvo los efectos del art. 3986 del Código Civil.

Afirma que la prescripción comenzó a correr a partir del hecho acaecido con fecha 2 de octubre de 2006, oportunidad en que se verifica el daño severo en la pared lindante con la propiedad del vecino J. J., como consecuencia del hundimiento del suelo.

Al interpelar al demandado 12 de octubre de 2006 se opera la prescripción por el término de tres meses, reanudándose el plazo inicial a partir del 12 de enero de 2007 y venciendo el plazo el 2 de abril del mismo año, en consecuencia la demanda fue interpuesta en término.

Nada fue ponderado por el sentenciante e incluso tomó como punto de partida el informe técnico del 22 de diciembre de 2006, cuando esta parte ya había interpelado al deudor a fin de que proceda a reparar los vicios ocultos, pero aún tomando esa fecha pasa por

alto la segunda interpelación del 9 de febrero de 2007, que hubiera tenido idénticos resultados.

Resalta que la accionada consintió en cuanto al origen del vicio oculto, al tiempo de la construcción, como lo señala el juez, también la existencia de la prescripción antes del 6 de octubre de 2006, al igual que todas las afirmaciones del sentenciante.

Señala que aún cuando el fallo le resultare favorable, debió advertir el yerro del magistrado y en consecuencia poner en crisis los considerandos vertidos, tales como que los vicios existieron, que las evidencias son categóricas a favor del planteo de la actora, que la construcción no reparó en las circunstancia singularmente gravosa del suelo, en que sostiene que el reclamo deviene procedente, pero que la acción está prescripta.

Solicita se rechace la excepción de prescripción y se mande a dictar una nueva sentencia por el mismo juez sobre el fondo del asunto.

Reitera la reserva del caso federal.

b) Corrido el traslado contesta el demandado, se opone a que se remita los autos al juzgado de origen para el dictado de la sentencia por entender que es la Cámara quien debe expedirse. Cita jurisprudencia para sostener no sólo lo último sino también para desconocer que haya consentido los considerandos de sentenciante, para luego contestar los agravios.

III)a.) Y he de dar en principio respuesta a los planteos de la actora en punto a la remisión de los presentes al Juzgado de origen en caso de admitirse el rechazo de la prescripción, así como lo relacionado con el alcance de lo decidido en la sentencia con relación al demandado vencedor quien por tener tal carácter no

apeló.

Sabido es que de admitirse como en el caso de autos el planteo efectuado por el actor, rechazo de la prescripción, debe tratarse la cuestión de fondo, ya que el demandado no pudo interponer recurso alguno contra la sentencia que le resultaba favorable, y ello es así por que nos encontramos ante un caso de la apelación implícita.

Instituto este admitido por doctrina y jurisprudencia, así se sostiene que, si bien a la parte vencedora no le es dado apelar la sentencia favorable, ello no excluye que el tribunal deba considerar los argumentos y defensas propuestas en primera instancia por parte de la apelada, y que "el aquo" desestimara o no considerara, pues la alzada, con motivo de la interposición del recurso por el vencido, asume competencia plena sobre todo el material litigioso (cf. Ibañez Frocham, "Tratado de los recursos en el proceso", ed 1957, N° 63; Palacio, derecho procesal civil, v.V, pág 465). Tradicionalmente se ha resuelto que quedan sometidas a la Alzada las cuestiones esenciales objeto de la litis, planteadas oportunamente por la parte que no apela el fallo de primera instancia en razón de serle favorable, en el supuesto que en esa instancia sea revocado el pronunciamiento (ver Morello y otros, "Códigos.... Comentados", Lib. Ed. Platense, 1988, Tomo III°, pág. 406 y ss.

Máxime como en los presentes que al contestar los agravios ha reiterado las defensas opuestas y no ha coincidido con los fundamentos esgrimidos por el sentenciante, "No puede ofrecer hesitación así, que la parte vencedora que no pudo apelar del pronunciamiento que le favorecía plenamente, porque carece de interés

jurídico, mediante el traslado y contestación de la expresión de agravios no sólo puede limitarse a refutar la crítica del perdidoso y la consecuente defensa del fallo originario, sino criticar también la sentencia en la parte que desestima u omite considerar sus alegaciones, es decir, que puede aprovechar el recurso deducido para expresar sus agravios.

Lo argumentado echa por tierra, asimismo, la pretensión del actor de que se remita el expediente a la primera instancia para la solución de fondo, ya que quedan sometidas a la Alzada las cuestiones materia del litigio cuando se hace lugar a una defensa que por sí sola, es suficiente para sellar la suerte de la acción promovida, en ejercicio de la potestad plena, debe resolver todos los temas que integran la relación procesal, y no devolver la causa al inferior con ese fin, sin que se vulnere la defensa en juicio, ni el principio de igualdad, ni el régimen de la doble instancia, toda vez que de acuerdo a lo que dispone el art.280 CPCCCh, el tratamiento de todos los puntos no tratados en la sentencia, ante la revocación de la sentencia no viola la garantía de defensa en juicio. Obra y autor citado, pág. 424 y sgte. Y "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" Tomo I, Loutayf Ranea, pág. 43 y sgte. La S.C.B.A. declara, que la Cámara de Apelaciones infringe el art. 168 de la Constitución si omite tratar aquellas cuestiones que quedan implícitamente sometidas a su conocimiento, por haber sido propuestas al juez de primer grado por la parte que, al resultar vencedora, no pudo interponer recurso de apelación. Independientemente de ello, el vencedor puede optar por contestar la fundamentación del recurso de la contraria. En esta pieza podrá poner

de resalto la inadmisibilidad e infundabilidad de la apelación y suministrar argumentos para reforzar las motivaciones de la sentencia recurrida; mas también podrá replantear las cuestiones que propuso en primera instancia. Y si estas cuestiones esenciales están implícitamente sometidas a la Alzada, con mayor razón el órgano de apelación debe hacerse cargo de ellas cuando el vencedor las propone explícitamente al contestar los agravios del recurrente, extremos -agrego- que se han configurado en autos.

b)En punto a las manifestaciones por haber diferido el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento del dictado de la sentencia, advierto más allá de lo acertado de tal decisión por el sentenciante, que la ahora apelante al contestar la excepción sostuvo "Por lo que mal puede pretender la contraria que VS resuelva la excepción como de previo y especial pronunciamiento, ya que en tal caso se estaría contrariando la propia argumentación de la excepcionante, todo lo cual nos remite inexorablemente a la ponderación de los hechos invocados recién después de verificada la realidad del suceso a través de las probanzas que ambas partes propongan y produzcan en el fin de arribar al conocimiento pleno de los hechos" (fs. 455 refoliado).

c) En los presentes no existe controversia sobre los hechos que originaron la relación entre actor y demandado, ni sobre la existencia de los deterioros en el inmueble de la calle D. N° **** de esta ciudad.

La discusión se suscita a partir del objeto de la demanda, devolución de lo abonado por el inmueble e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al actor, a lo que no solo se opone el demandado negando

la existencia vicios redhibitorios sino que dicha acción se encuentra prescripta.

Las partes han admitido que la acción redhibitoria prescribe a los tres meses de tomar conocimiento de lo hechos.

De allí que más allá de lo que vengo sosteniendo sobre la facultad que le otorga el código de procedimiento al Juez en cuanto a la valoración de la prueba, y que este es soberano, resulta imprescindible volver sobre ellas, ya que es el único modo de resolver la situación.

El demandado al interponer la excepción de prescripción, sostuvo que la actora adquirió el bien inmueble el 5 de mayo de 2001 y el día 7 lo da en locación a S., que advirtió la actora la existencia de fisuras en muros y paredes y que el 30 de abril de 2006 al transferirle en locación el bien a A. admitió que debían hacerse algunas refacciones menores. Relata que en junio y julio de 2006 de acuerdo a la versión de uno de los empleados, la grieta de la pared del fondo permitía ver el patio de la casa lindante, iniciándose trabajos por quienes no eran expertos, lo que mencionado al contestar la carta documento de fecha 12 de octubre de 2006 que el actor le enviara, entendiendo que los deterioros y fallas que pretende calificar como vicios ocultos ya eran conocidos, y con anterioridad al 2 de octubre lo prueba la carta documento que enviara al Sr. A. el actor, señalando como fecha de tal conocimiento mayo y junio de 2006, por lo que la acción se encuentra prescripta por aplicación del art. 4041 del CC.

Al contestar la excepción si bien admite la existencia de las fisuras ello no prueba que conociera

los vicios ocultos y señala que la demandada ha sostenido que ha operado la prescripción y que no existieron actos interruptivos de la prescripción, quitándole eficacia a las cartas documentos remitidas por la actora y las actas labradas por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Cita el art. 3986 del CC.

El Sr. juez, admite la existencia de vicios ocultos, y entendiendo que el conocimiento de los mismos data del 26 de octubre de 2006, al haberse interpuesto la demanda el 28 de marzo de 2007 la acción se encuentra prescripta.

De la prueba incorporada surge que la adquisición del inmueble se produjo el 5 de mayo de 2001, que dicho inmueble continúo siendo ocupado por el demandado como locatario, y a partir del 3 de mayo de 2006 es ocupado por el Sr. A. al vender el fondo de comercio S.

Asimismo, han reconocido las partes la existencia de fisuras.

A fs. 777 consta la inspección que se realizara por la Dirección General de Obras Particulares de fecha 4 de octubre de 2006 donde se deja constancia que el día 3 se pudo presenciar el acuerdo de la Sra. M. con el ingeniero S., el que recomendó apuntalamientos exteriores para el muro de cerramiento para la estructura metálica de entrepiso y vallado de la zona en peligro de derrumbe.

El día 12 de octubre de 2006 se remite al Sr. S. carta documento, en donde manifiesta que como es de su conocimiento el 2 de octubre del año en curso, a raíz de vicios ocultos no declarados al momento de la venta se produjo el derrumbe de parte del inmueble. Lo que es contestado por S. (fs. 760 e informe Correo Argentino), rechaza la C.D., niega la existencia de vicios y

destaca que cualquier acción que se intente se encuentra prescripta, lo que reitera en febrero de 2007 al contestar la CD ********* enviada por el actor, en donde el actor insiste en que los vicios se conocieron el 2 de octubre de 2006 de allí que la acción no se encuentra prescripta, por aplicación de los artículos 4041 y 3986 CC, ya que fue interrumpida mediante CD del 12 de octubre.

El art. 2164 del CC, establece qué son los vicios redhibitorios: debe tratarse de una trasmisión a título oneroso, el defecto o vicio debe reunir una serie de recaudos, como estar oculto, ser grave, debe ser anterior al acto de transmisión y debe ser desconocido por el adquirente, incumbiendo al adquirente probar que el vicio era preexistente a la adquisición del bien y desconocido, resultando categórico el examen que realizan los expertos, más allá que se admitan otros medios probatorios como testigos, confesión o prueba de informes.

La existencia de defectos y la necesidad de su reparación han sido acreditados, ya que bajo la referencia, peligro derrumbe sector inmueble Mz. ** lote **. D. N° ****, B° C., de la dirección General de Obras Particulares, practica la inspección del inmueble de referencia, 4 de octubre de 2006, se pudo comprobar el estado de deterioro estructural grave, con: manifestaciones en fisuramientos horizontales y diagonales superiores a 3 cm, de luz de muro medianero oeste sector medio; asentamientos pronunciados del piso de H° en zona bajo entrepiso metálico cercano a locales húmedos; deformaciones de la estructura metálica entrepiso, demoliciones cerramientos cocina 3 y ejecución de columnas de H° visiblemente fuera de las

normas del arte de la construcción, sin compactado y fuera de plomo, sin cálculo estructural necesario; derrumbe de parte de la mampostería, sector inferior muro medianero oeste próximo a acceso baño. Se pudo observar respecto del lote lindero oeste **, este presenta hundimiento del piso del patio interno hacia sector ** y fisuramientos en el piso del garage en relación con el tendido de la cañería de desagüe fluvial y de la cloaca. Se deja constancia de que al momento de la inspección, la C.I. existente en dicho patio se hallaba totalmente anegada con afluentes cloacales. Se labran actuaciones intimando a la Sra. M. a realizar tareas que se especifican.

Se dejó constancia que en fecha 3-10-06, en visita con la secretaria de Desarrollo Urbano, arquitecta B. y el inspector, se presenció el acuerdo de la Sra. M. con el ingeniero S., el que aconsejó apuntalamientos exteriores para el muro de cerramiento para la estructura metálica de entrepiso y vallado de la zona en peligro de derrumbe. Asimismo, se deja constancia que se manifestó que se contrató una cuadrilla a fin de efectuar el cambio de cañería cloacal. Opina la inspección que las partes están dando cumplimiento a lo requerido. El día 10-10 se debe verificar la evolución de los trabajos.

El día 21-6-06 la Sra. M. solicita nueva inspección por entender que no hay solución del problema más allá de las reparaciones efectuadas en el inmueble lindero.

De fs. 395, y con fecha 3-10-06 el Director de defensa civil acompaña informe y fotografías donde se observan fisuras de importante magnitud.

A fs. 717/719 consta la pericia del ingeniero

civil R., quien fuera propuesto por el actor y cuyo nombramiento no fuera objetado por el demandado informa que la omisión de un estudio de suelos, lo que no garantiza es la solidez y duración de la obra, es decir, su estabilidad, por lo que no tener conocimiento del tipo de suelo y tensión admisible del mismo puede generar fallos futuros y hasta colapso de la estructura del inmueble, y agrega en respuesta a la pericia encomendada por el demandado que en esa oportunidad las autoridades de obras particulares, a través del Código de Edificación, no exigían al profesional actuante, para la aprobación del proyecto constructivo e inicio de obra, la previa realización y acreditación del estudio de suelos.

Asimismo, no se encontró la documentación técnica requerida por el departamento de obras particulares en lo concerniente a la construcción clandestina de un entrepiso que modifica las solicitaciones de toda la estructura y no existe aprobación de un final de obra correspondiente, no resultando definitorio como para extrapolarlo linealmente a futuro la antigüedad de la obra. Y tal pericia fue impugnada oportunamente por el demandado, no alcanzando la misma a desvirtuar los puntos que impugna, ya que con relación al punto d) es solo una apreciación de lo que debió expresar, y advierto que dio respuesta a lo solicitado a fs. 527; la relacionada con el punto g) la respuesta del perito no ha sido categórica "muy probablemente ha ayudado a deformar la estructura metálica ya sobrepasar los valores de tensión admisible, y la impugnación al punto 2, debe rechazarse, ya que la construcción del entrepiso no fue autorizado, cualquiera sea el nombre que se quiera dar a la misma.

El punto 5 de la pericia es desacreditada a través de los testimonios, los que luego de su lectura no resultan determinantes, ya que nunca se desconocieron las fisuras, lo que sí se ignoraba era el alcance de las mismas.

De la prueba anticipada que consta en el expediente encordelado, omite el demandado referirse a lo consignado por el perito que "debido a los vicios de la construcción ya las cargas a las que se encontraba sometida la estructura, fundamentalmente el sector entrepiso, se fueron acentuando los movimientos, más allá que los materiales hayan sido los tradicionales y apropiados".

De lo consignado y que transcribiera surge que existía al momento de la inspección un deterioro estructural grave, que por lo puntualizado no podía detectarse a la vista del comprador, más allá que su hermana profesional lo haya visitado previamente, pues lo que sí se conocía es que existían fisuras en muros y paredes, pero reitero no de la magnitud que dan cuenta los informes y prueba de ello que tal como lo describe la demandada, los trabajos comenzaron a realizarse por un albañil y el Sr. D. D. Q., y estos indudablemente no les permitió conocer la detalladamente los deterioros y fallas, de allí la intervención del área del municipio.

En consecuencia los vicios ocultos se encuentran suficientemente acreditados.

Probados los mismos, es preciso determinar si al momento de interponer la demanda por la Sra. M., la acción se encontraba prescripta.

Y consta en la causa que la nota presentada por la Sra. M., el día 4 de julio persiste el anegamiento en el lote ** por lo que la DIOP intima a los

administradores del lote ** a presentar prueba hidráulica instalación cloacal, lo que no fue cumplido de acuerdo a lo que surge de fs. 780vta. (16-7-06).

Ahora bien, la prescripción de esta acción, 3 meses, comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción, es decir, desde que el comprador tuvo o pudo tener conocimiento de los vicios de la cosa. Ello se entiende como la comprobación de los mismos –la puesta en claro de su existencia-, y no como la mera advertencia de algún defecto que acaso no revistiera, al tiempo de su descubrimiento, la condición de gravedad que el instituto exige.

"Si el vicio oculto recién se manifiesta en un tiempo posterior, será a partir de su aparición y consecuente toma de conocimiento que correrá el plazo. No puede considerarse nacida una acción que no tiene fundamentación alguna, pues si el vicio sigue oculto, no existe como vicio, por lo menos para el propietario", un defecto latente no es un vicio que presente la cosa y autorice a accionar (Código Civil, 6B, Bueres-Highton, en glosa al art. 4041 CC).

En el caso, si bien concuerdo con la conclusión del Juez a quo, sobre la existencia de vicios ocultos de mayor gravedad que los conocidos y reconocidos por el actor al concretar la compra, entiendo que al iniciar los arreglos es que toma conciencia de ellos, ya que si bien las fisuras fueron observadas a simple vista, las causas que las provocaron solo pueden ser detectadas por quienes tienen conocimientos técnicos en la materia, no pudiendo alegarse que por conocimiento de la hermana del adquirente, maestro mayor de obra, debió conocer el vicio, solicitando al municipio

inspección lo que arroja el resultado de lo que se da cuenta a fs. 777, y es allí donde adquiere conciencia más o menos precisa al problema y comienza de manera diligente a pedir explicaciones y efectuar trabajos.

De modo que el cómputo del plazo de tres meses comenzó a correr desde el 5 de octubre de 2006, toda vez que a partir de allí el accionante tomó cabal conocimiento de la gravedad del vicio de fabricación, ya que anteriormente no pasaba de ser una mera sospecha y no un daño cierto.

"El comprador conoce la existencia del vicio cuando puede establecer por sí mismo y diligentemente que los defectos de la cosa son atribuibles a ese vicio: es preciso que el interesado pueda determinar la relación causa efecto que media entre el vicio y su manifestación".

Así, una pared muestra, de pronto, una rajadura; hay humedad… Ello puede deberse a diversas causa: un movimiento sísmico, rotura accidental de un caño de agua, etcétera, se trata de reparar el deterioro y cuando interviene el perito, este advierte que la rajadura proviene de defectos de la construcción, en la construcción de los cimientos que ha provocado asentamientos y movimientos en la estructura del edificio, o que la humedad proviene de filtraciones debidas a deficiente aislación o impermeabilización de los muros. Es solo a partir de ese momento que, estrictamente, tiene conocimiento del vicio, aunque antes haya advertido las rajaduras o la humedad, pues hasta entonces no está en condiciones de atribuirla a vicios redhibitorios. Y continúa diciendo Highton a fs. 904, cuando el vicio no puede detectarse en sí mismo y solo es visible alguno de sus efectos, para que estos

quiten el carácter de oculto de aquel tienen que ser unívocos. Es decir, tienen que ser manifestaciones evidentes de la cusa que los provoca. Cuando son equívocos pueden admitir varias causas, no pueden considerarse reveladores del vicio.

En autos la existencia del vicio, fue conocido en el peor de los casos con el informe de MCR, que lleva fecha 4 de octubre de 2006 y que se reclamara mediante carta documento del 12 de octubre de igual año, y es este documento como bien lo señala el actor que interrumpió la prescripción.

En consecuencia, computando desde el 4 de octubre de 2006 el plazo de prescripción trimestral (art. 4041, C.Civil) vencía en origen a más tardar el día 4 de enero del mismo año; mas antes de esa fecha los actores intimaron en forma fehaciente a la demandada mediante carta documentada (fs. 266) acerca de la existencia de dichos vicios, emplazándola a fin de que subsanara los vicios ocultos bajo apercibimiento de iniciar reclamo judicial, con fundamento en el art. 2164 sgtes. y cc. del CC.

Esta comunicación encuadra en la previsión del art. 3986, segundo párrafo del Código Civil y, por tanto, tuvo eficacia jurídica para suspender a partir de entonces la prescripción en curso por otro período igual (tres meses), de manera que cuando se promovió la presente demanda, el 28 de marzo de 2007, la acción no se hallaba prescripta.

Admitido el agravio de la actora y la existencia de vicios redhibitorios, y de acuerdo a los sostenido en punto a que debe procederse a resolver todos los temas litigiosos pendientes que integran la relación procesal en ejercicio de la potestad plena con que

cuenta la alzada, sin devolver la causa al inferior se torna preciso entrar a considerar los reclamos impetrados por el actor.

En la demanda se optó por la rescisión contractual, poniendo a disposición del vendedor el bien inmueble, solicitando la devolución de ciento treinta y ocho mil dólares de acuerdo a lo que surge del boleto de compraventa, dejando constancia que la suma de $100.000, no refleja el valor real. Solicita como daño emergente U$S 122.000, es decir el mayor valor que ha adquirido el inmueble; por lucro cesante $30.000, de acuerdo al alquiler que ha dejado de percibir. Reclama, asimismo, daño moral que no puede ser inferior al 50% del daño patrimonial, fijándolo en U$S 135.000.

En total la suma que pretende asciende a U$S 405.000.

Al contestar la demanda se admite el precio de U$S 138.000, ya que el inmueble fue dado en pago por esa cifra y es esa la suma que debería haber reclamado y no duplicar el valor.

No admite los intereses con cita de jurisprudencia y art. 1053 CC.

Da razones por las que no corresponde el daño emergente, el lucro cesante ni el daño moral.

El art. 2174 del CC determina que el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole este el precio pagado o la acción para que se baje el precio al menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio.

El actor pretende la primera de las opciones que enumera el artículo, más la indemnización por los

daños.

Y a fin de determinar cuál es el alcance de la indemnización es necesario precisar la existencia de buena o mala fe del vendedor, demandado.

Y entiendo que esa mala fe no ha existido, pues más allá de saber de la existencia del entrepiso sin autorización y las fisuras de las que el actor tenía conocimiento, la inexistencia de la obligación de efectuar el estudio del suelo y la participación en la construcción de un profesional matriculado, así como el tiempo transcurrido hasta que los vicios aparecieron, me permiten concluir que en la entrega del bien inmueble por parte de S. como pago a la actora M., no existió mala fe.

Mala fe que si bien fue esgrimida tenuemente, no fue probada, no resultando de aplicación el art. 2176, rechazando, en consecuencia, los daños reclamados.

De allí que considere que resulta responsable por la restitución de la suma por la que se determinó valía el inmueble de la calle D. N° ****, es decir U$S 138.000 (fs. 244 y 246), sin perjuicio de lo que surge de la Escritura de fs. 291/253, atento a lo admitido por el demandado al contestar, más los intereses, los que se computarán desde la fecha en que se hizo entrega del bien, diciembre de 2002.

Las partes han acordado que desde la fecha de entrega del bien al actor este dio en locación el bien primero al Sr. S. y luego al Sr. A.

Doctrina y jurisprudencia han admitido que el adquirente debe restituir los frutos que hubiera percibido desde el momento en que tomó posesión del inmueble, resultando posible compensar ambas obligaciones (art. 1053 CC), artículo este que se

aplica por analogía. (Bueres –Highton, 4D, pág. 754; Santos Cifuentes, "Código civil Comentado, TIII, pág. 60).

En la etapa de ejecución de sentencia deberán determinarse los montos definitivos, teniendo en cuenta el valor por el que se entrega el bien, más los intereses a la tasa activa del Banco Nación de la Rca. Argentina, desde la fecha que determinara, debiendo calcularse los montos percibidos por parte de la actora en calidad de alquileres, a los que se aplicará igual interés desde la fecha en que fueron percibidos, a fin de compensar, reitero las obligaciones.

Las costas y honorarios deben adecuarse (art. 282 del CPCCCh).

Las costas de ambas instancias serán soportadas por el demandado por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Para regular los honorarios que difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la importancia, calidad y extensión de las tareas realizadas, etapas cumplidas, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 13, 36, 37 y 60 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admitir los agravios de la actora y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 898/901.

2) Rechaza la excepción de prescripción y admite parcialmente la demanda.

3) No hace lugar a la indemnización de daños y condena a H. L. S. a abonar a la actora la suma que resulte en la ejecución de sentencia de acuerdo al

considerando respectivo.

3) Impone las costas de ambas instancias al demandado vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 923/932vta. apela la parte actora la sentencia de fs. 898/901. Corrido el traslado de los mismos a fs. 935, son contestados por la parte demandada a fs. 936/943vta.

I.B) En cuanto a la petición de la parte actora apelante respecto al dictado de una sentencia que revoque el fallo rechazando la excepción de prescripción y mandando a dictar por el mismo juez la sentencia sobre el fondo del asunto (fs. 932vta.), considero que cabe desestimarla, en principio, porque es aplicable al presente caso el criterio doctrinario que expresa que si en la segunda instancia pueden repararse las deficiencias contenidas en la sentencia de grado, debe estarse a la validez del acto jurisdiccional (Colombo, c. y Kiper, c., "Código Procesal Civil y Comercial Anotado y Comentado", p. 66, Buenos Aires, 2006); máxime, cuando no se advierte que por otra parte, aun en la hipótesis de que el decisorio apelado hubiera contenido alguna trasgresión, aquello

no pueda ser remediable en esta instancia conforme lo previsto por el art. 255 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-.

En sentido similar se ha expedido la jurisprudencia cuando determina que: "Al declararse la nulidad de una sentencia, si los vicios son factibles de ser remediados dentro del área de la apelación, la Alzada puede resolver sobre el fondo del litigio, y evitar el reenvío a otro órgano para un nuevo pronunciamiento (Pcia. Santiago del Estero, Sentencia, Fallo nro. 95220098, Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial: nro. interno: 10003 del 03/0/95, autos caratulados "Neder, José Emilio S.A. s/ Concurso Preventivo", nro. sumario: Z0100033: elDial.com - AZ27A); ídem, STJ Tucumán, sentencia n° 345 - "Gaverante Sacifia y t. c/ Paul Bernar Villermont y Otro s/ Daños y Perjuicios (casación)" - Corte Suprema de Justicia - 17/06/1994: eldial.com - bb1b0e).

I.C) En primer término y atento a cómo se han planteado las cuestiones en autos he de expedirme sobre si la demandada instaurada por la actora estaba prescripta –como lo decidió el a-quo– o no. Excepción planteada por el excepcionante demandado en su escrito de contestación de demanda (fs. ref. 447/449). La que fuera contestada por la parte actora a fs. ref. 453/455.

El artículo 2164 en el Título XV –De Los vicios redhibitorios- del Código Civil, define a estos como los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella de haberlos conocido el adquirente, no lo habría adquirido, o

habría dado menos por ello.

El art. 2168 C.C. determina que: "Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que sobrevino después". En este sentido ha establecido la jurisprudencia que: "la carga de la prueba de ese conocimiento recae sobre el comprador y no sobre el vendedor que acredita el transcurso del plazo desde la tradición de la cosa, pues de lo contrario cabe presumir que se sabía de la existencia del vicio desde la fecha misma de la celebración del contrato", N° 522.275 (expte. N° 56.096/2006) – "Seri, Omar Pacífico Domingo y otro c/ Delfica S.A. s/ vicios redhibitorios" – CNCiv. – Sala G – 04/09/2009: elDial.com - AA5A37).

En el Título II –De la prescripción de las acciones en particular - Capítulo IV- del Código Civil el art. 4041 prescribe que: "Se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje el precio al menor valor por el vicio redhibitorio".

La Corte Suprema de Justicia, 21/10/97, en autos caratulados: "E. c/ Estado Nacional" que respecto de los daños de duración prolongada ha precisado que: "Cuando la generación de los daños constituye un proceso de duración prolongada e indefinida no se puede postergar el comienzo de la prescripción hasta la total terminación o verificación de aquél, ya que ello equivaldría a aceptar la imprescriptibilidad de la acción, lo que es incompatible con la norma del art. 4019 del Código Civil".

Es criterio doctrinario que comparto que no es dable que frente a daños que se prolongan en el tiempo

que duran, muestren o no desarrollos novedosos, la prescripción empiece a correr recién cuando el perjuicio se consolida o muestra estabilidad o bien concluye (Dr. Jorge Mosset Iturraspe en su trabajo titulado "Problemática de la Prescripción liberatoria en Derecho de Daños", págs. 36/37 – publicada en Revista de Derecho Privado y Comunitario nro.22 – Prescripción Liberatoria – Edit. Rubinzal Culzoni, febrero del año 2000.

A la luz de dichos criterios propios, doctrinarios y jurisprudenciales, he de tratar la cuestión traída a decisión.

Entrando en el análisis de las pruebas obrantes en autos advierto que de la documental adjuntada por el demandado excepcionante en su escrito de contestación de demanda –a la cual valoro por no ser desconocida expresamente por la actora excepcionada en la contestación de traslado obrante a fs. ref. 456- emerge que:

a) Conforme el Boleto de Compraventa fs. ref. 244 la actora excepcionada estuvo en posesión del inmueble a partir del día 05/05//01;

b) En el compromiso de venta de inmuebles del día 06/07/01 en su cláusula 6ta. (fs. ref. 246) hace referencia a dicha circunstancia –posesión- y recibida a su satisfacción;

c) Del contrato de locación del inmueble (fs. Ref. 248), firmado entre la parte actora excepcionada ya como locadora y el demandado excepcionante como locador por el término de sesenta (60) meses a partir del día 07/05/01, hasta el día 07/05/06 en el cual se hace constar que el locatario recibe el inmueble desocupado

y en perfecto estado de aseo y conservación;

d) Contrato de arrendamiento (fs. ref. 256 – doc. adj. demandado del día 08/12/05) efectuado entre las partes por una duración de tres años o treinta y seis meses (cláusula 2da. - fs. ref. 255), donde consta en la cláusula 9na (fs. ref. 256) que el demandado-locatario recibió el inmueble en buen estado de conservación, por ser el presente renovación de otro contrato anterior, y disponiendo, asimismo, que el Sr. S. sería enteramente responsable de lo daños, que se produzcan en el mismo, salvo los que sean imputables al uso normal y/o acción del tiempo;

e) Contrato de locación del día 03/05/06 entre la actora y el Sr. N. F. A. (fs. ref. 259/260), cuyo fiador era el demandado (fs. ref. 260 cláusula 15ta.) por una duración conforme cláusula 2da.- fs. ref. 259) de tres años o treinta y seis meses, advirtiendo de la confrontación de las cláusulas 5ta. y 9na. que el inmueble se entregaba en las condiciones en que se encontraba y que el locador no se responsabilizaba de los daños y perjuicios que pudieran producirle al locatario y a sus familiares, las inundaciones, filtraciones y desprendimientos provenientes de roturas o desperfectos de caños y techos o cualquier accidente producido en la propiedad (fs. ref. 259vta.).

Valoro la testimonial prestada por A. S. (fs. ref.697/vta. contestación a la 29na, 30ma. 33era. y 34ta. pregunta y razón de sus dichos), de donde surge que los daños que refiere en las demás declaraciones eran conocidos por la actora excepcionada y su marido porque estaban permanentemente en el local; que el primero de los trabajos realizados por el testigo fue

efectuado a mediados de junio del año 2006; que cuando hizo el primer trabajo aparte del hundimiento del suelo del baño se podían verificar rajaduras y fisuras en la mampostería de la vidriera, las cuales que eran observables a simple vista.

La fecha en la cual se hicieron evidentes la gravedad de los daños es igualmente corroborada por el testigo J. M. R. (fs. ref. 830vta cuando contesta al 11ema. pregunta del pliego interrogatorio glosado a fs. ref. 829 declarando que "Como decía roturas hubo siempre, de la gran ruptura general del edificio que incluye el departamento de arriba lo dejé tres meses después, yo lo dejé en octubre y la rotura si mal no recuerdo fueron en junio, julio"). Dicho testimonio lo valoro atento a la contestación que el mismo da a la 17ma. pregunta por las razones de sus dichos (fs. ref. 831).

De las piezas probatorias analizadas, sumado a que la propia actora reconvenida reconoce en la absolución de posiciones 27ma. y 28va. (fs. ref. 858vta.) que remitió por los daños carta documento al Sr. J. J. en el mes de octubre del 2006 donde afirmó textualmente "los desperfectos cloacales y hundimiento de terreno en el lote de su propiedad han causado el derrumbe de los muros pertenecientes a mi inmueble".

Del análisis probatorio efectuado considero que en autos se ha acreditado que la actora excepcionada conocía la entidad de los daños mucho antes de la fecha por ella argüida (02/10/06) (fs. ref.211vta. y 453), así como que los daños de derrumbe podían deberse al actuar de un vecino colindante, Sr. J. a quien lo intimó por dichos hechos mediante carta documento en octubre del 2006, remitiendo, asimismo, el día 12/10/06

la CD nro. ********* al demandado excepcionante mediante la cual le imputa responsabilidad del derrumbe producido por vicios ocultos no declarados al momento de la venta del inmueble.

En virtud de las pruebas analizadas arribo a la convicción de que a la fecha 12/10/06, estaba totalmente prescripta la acción por vicios redhibitorios que en este proceso intenta le sea reconocida (años) en virtud del análisis ya efectuado sobre el Boleto de Compraventa -fs. ref. 244- donde la actora excepcionada estuvo en posesión del inmueble a partir del día 05/05/01; también lo reitera en el compromiso de venta de inmuebles del día 06/07/01 en su cláusula 6ta. (fs. ref. 246) en el cual hacer referencia no solo a la posesión en dicha fecha, sino también que la recibe a su satisfacción.

Asimismo, le es aplicable la teoría de los actos propios teniendo presente que se ha demostrado claramente que la misma realizó trabajos de reparación del inmueble en forma continua, los cuales supervisaba junta a su marido ingresando al inmueble para constatar los distintos arreglos, accionar que importó la liberación del demandado excepcionante, y no pudiendo, como lo hace en su demanda, ponerse luego en oposición a ellos y reclamar

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción que debe hacerse lugar a la excepción de prescripción planteada por el codemandado excepcionante a fs. ref. 447/449 y, en consecuencia, rechazando la demanda instaurada por la Sra. M. S. M. contra el Sr. H. L. S.

I.D) En atención a cómo fue resuelto el presente caso corresponde se impongan las costas a cargo de la

actora excepcionada, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69, Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” – Digesto Jurídico-. Difiérese la regulación de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo donde se tendrá en cuenta para su regulación la importancia del tema traído a decisión, la labor profesional desarrollada y el éxito obtenido, en un todo de acuerdo a lo establecido por los arts. 5, 6, y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico –).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el caso de coincidencia con la decisión adoptada en el presente caso:

1) Rechazar la apelación y hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por el codemandado excepcionante a fs. ref. 447/449 y, en consecuencia, rechazar la demanda instaurada por la Sra. M. S. M. en contra del Sr. H. L. S.

2) Imponer las costas a cargo de la actora excepcionada, en virtud del principio objetivo de la derrota. (art. 69, Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” – Digesto Jurídico -. Diferir la regulación de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico –).

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 932vta.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 63/2011 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 898/901, fs. 902).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la

excepción de prescripción interpuesta por el demandada H. S. en consecuencia rechazó la demanda por vicios redhibitorios incoada por M. S. M. Impuso las costas a la accionante y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 923/32 obra agregado el memorial de agravios de la actora apelante. Sucintamente señalo los motivos de queja contenidos en el memorial, toda vez que fueron previamente detallados los agravios por quienes me precedieron en la emisión de sus votos.

Dice que el a quo omitió la valoración de los hechos descriptos en la demanda y la prueba ofrecida por la actora y reconocida por las partes.

Con relación a la fecha que tomó el sentenciante de grado de para precisar cuando comenzó a operar el plazo prescriptivo (art. 4041 del CC) 22 de diciembre de 2006 y para el cómputo la interposición de la demanda 28 de marzo de 2007 ya habían transcurrido los tres meses, omitió considerar las constancias documentadas, hace un relato de la relación con el locador del inmueble y señala que el 2 de octubre de 2006 haciendo reparaciones menores se encuentran con la circunstancia que se había caído la pared lindera con el Sr. J., el 3 de octubre del mismo año se apersonó personal municipal intimando a M. por acta a analizar cañerías… (transcribe acta). El 6 de octubre de 2006 el locatario A. remite a la actora carta documento avisando que no puede seguir el giro comercial, la que es contestada. Frente a las contingencias la actora remite carta documento a S. (el demandado) el 12 de octubre de 2006 que transcribe e intima bajo apercibimiento de iniciar acciones previstas en el art. 2164 del CC a solucionar el tema. Vuelve a intimar el 9

de febrero de 2007, la que es contestada en forma negativa respecto de la existencia de vicios redhibitorios del inmueble de la calle D. ****.

Hace referencia el quejoso a que las misivas fueron reconocidas y que por aplicación del art. 3986 del CC se ha producido la suspensión de la prescripción. Seguidamente se explaya respecto de la construcción clandestina existente en el lugar; un entrepiso que soportaba mayor carga que la prevista. Añade que existió un comportamiento malicioso del demandado, que esa parte alude a conocimiento anterior de la actora de las circunstancias, a los meses de mayo y junio. Cita doctrina respecto de la suspensión arts. 3986 y 3983 del CC. Insiste que el daño severo se verifica el 2 de octubre de 2006 y se interpeló al demandado en 12 de octubre 2006 operando la suspensión de la prescripción.

Que de rechazar la alzada la excepción de prescripción debería remitir la causa al dictado de una nueva sentencia de merito, de lo contrario se viola del derecho de defensa.

Conferido el traslado fue respondido por la demandada a fs. 936/943.

En apretada síntesis destaco que el demandado sostiene que el memorial al que responde es una reiteración de la contestación de la excepción opuesta.

La única crítica es la omisión a considerar las cartas documentos, lo cual no fue así porque el a quo las mencionó en su fallo y esa parte sostiene que no hubo acto suspensivo. También que el fallo no receptó los planteos de la parte demandada, sin considerar que la prescripción había operado antes de la remisión de las cartas documento; que tampoco están de acuerdo con

las fundamentaciones del a quo. Peticiona que esta Alzada se aboque a la resolución de la defensa opuesta en el marco que fuera planteada por las partes.

Recuerda que el vicio debe existir al tiempo del negocio y que si estaba latente se manifestó después no puede operar la garantía. Que las cosas pueden decaer por el transcurso del tiempo o por caso fortuito. Dice que no puede saberse si los vicios invocados por la actora son del inmueble adquirido o las filtraciones del lindero. Remite al informe del técnico del 22 de diciembre de 2006. Es la propia actora quien reclama al vecino simultáneamente que imputa al demandado por vicios. Es veraz que la afluencia cloacal produjo el desperfecto y no el entrepiso que existía y lo conocía la actora, así como las fisuras que pudo comprobar que existían al tiempo de la adquisición, además que el inmueble se erigía sobre un zanjón rellenado.

El 3 de mayo de 2006 tanto la actora como el locatario adquirente del fondo de comercio reconocen que había desperfectos que se estaban realizando reparaciones parciales. Cita declaraciones testimoniales respecto de la anterioridad de las rajaduras. Las rajaduras y fisuras estaban visibles al momento del contrato. Se agravaron en los años siguientes al 2001. La caída del muro el 2 de octubre de 2006 es responsabilidad del vecino lindero.

Inexistencia de vicios ocultos, dice que la defensa de prescripción se estructuró sobre la base de la oportunidad en que tuvo conocimiento la actora de los deterioros del inmueble y no de los vicios. El deterioro lo produjeron las filtraciones del lote lindero. Así imputó la actora a J. responsabilidad en los desperfectos en la red cloacal; incluso habiendo ya

iniciado la demanda contra S. continuó sus gestiones ante el municipio fs. 480. Detalla pruebas que afirman su posición, remarcando que todos los daños son en la zona oeste, que no existió vicio oculto, que el juez de grado no abordó el tema de fondo porque trato la defensa. Objeta el monto del reclamo de la accionante.

Análisis:

Dos cuestiones preliminares destaco: a) como bien señalaron mis colegas preopinantes, el ganador se ve imposibilitado de plantear sus quejas del decisorio cuestionado, pero esa circunstancia ha sido finiquitada procesalmente por la CSJ de la Nación, en revisión de un fallo del STJ de nuestra provincia, con el antecedente de sentencia de esta Cámara, y me remito a transcribir en lo pertinente.

"Quiero aclarar que no se trata de exigir que el Tribunal de apelación cumpla una función de contralor o revisión integral de lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaje sobre los puntos que le han quedado sometidos, a través, de los agravios del apelado; -extremo que no se ha dado en autos- a pesar de ser propio del ámbito de la jurisdicción de la Alzada, con el consiguiente resultado adverso que descalifica al decisorio hasta su nulidad (cf.: Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", ed. Astrea, Año 1989, tomo 1, págs. 76/79).

Al fin, analizada detenidamente la causa, y la sentencia en crisis, entiendo le asiste razón a la recurrente, en cuanto los jueces que integraron el voto mayoritario, omitieron evaluar a los fines de resolver la excepción de prescripción, los argumentos defensivos que aquélla llevó en oportunidad de contestar los

agravios de la demandada. Evaluar los términos y alcances de la excepción de prescripción como su responde, recobraban ante la Cámara un protagonismo especial, por la simple y sencilla razón, que los actores, revestían el carácter de apelados por haber sido vencedores en la instancia de origen. Es más, me atrevo a decir, que de la simple lectura de la sentencia en crisis, nada se ha dicho ni analizado en torno a los argumentos defensivos de los actores. La omisión de tratamiento a una cuestión de carácter esencial para la solución del litigio es manifiesta; y autoriza en estos casos, a decretar la nulidad del fallo.

Bajo este carril casatorio, se alude al defecto fundamental de la sentencia consistente en la ausencia de abordaje de aspectos centrales, o también llamadas "cuestiones esenciales" para la adecuada resolución de la controversia, deficiencia que constituye una verdadera incongruencia por omisión y que determina la invalidación del decisorio a través de este sendero (cf. Giannini, Leandro J., "El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)", trabajo doctrinario publicado por Revista de Derecho Procesal- Nulidades, 2007-1, ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 308/309).

Dicho esto, cabría analizar qué se entiende por "cuestión esencial"; pero en esta oportunidad, no voy a ingresar en el ámbito conceptual, porque ha sido desarrollado en forma suficiente por mi colega que me precede en el voto -y que lo comparto- sino que, ilustraré el tema con un fallo de la Corte Nacional que pone de manifiesto en una forma muy clara aquel concepto y revela su estricta aplicación al caso de

autos. En efecto, la Corte ha expresado que cuestiones esenciales son aquellas que han determinado la plataforma misma de la litis que remiten antológicamente a los elementos de la pretensión y oposición. Aclaró, además, que debe elevarse a la categoría de "esencial" a todos aquellos aspectos que integraron el thema decidendum puestos a consideración del juez, modelado tanto por el objeto de la pretensión como por el de la oposición a la misma (defensas), no interesando a estos fines -por regla- la entidad patrimonial o extramatrimonial de cada uno de ellos ni la falta de incidencia respecto de otros ítems (su "escindibilidad"). Es que aun tratándose de una cuestión divisible o separable de las demás, ella en sí, merece respuesta si fue adecuadamente sometida a decisión judicial (L. 89.383, sent. del 28-6-2006; y en similar sentido cf., S.C.J.B.A., Ac. 89.599, sent. del 7-12-2005; Ac. 90.577, sent. del 26-10-2005; Ac. 91.669, sent. del 10-5-2006; L. 80.781 S, 30-11-2005; L. 90.021, sent. del 8-11-2006, entre otras).

Siguiendo la vía recursiva, la accionante interpone Recurso Extraordinario Federal a fs. 819/869, y el Cuerpo, por sentencia interlocutoria N° 23/06 (fs. 874/880vta.) lo declara inadmisible. A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró formalmente admisible el recurso, dejó sin efecto la sentencia apelada y ordenó la remisión de los autos a esta Sede para que se dicte nuevo pronunciamiento (cf.: fs. 1182, Sent. Registrada en el Libro de Sentencias al Tomo 265, Folio 2483, 30 de Diciembre del año 2009 - Registrada bajo el N° 08/S.R.E./2009)".

El segundo tema preliminar, b) es la circunstancia previa a determinar si la excepción de prescripción es

viable como se resolvió en la instancia de grado, "no debe perderse de vista que la acción de daños y perjuicios prevista en el citado artículo 2176 no es autónoma, sino accesoria o complementaria de la rescisoria por vicios ocultos. De ahí que si no se inicia esta última tampoco es viable el reclamo de la indemnización; y, desistida aquélla, no prosigue ni puede promoverse la subsidiaria" (cf. Belluscio-Zanonni, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, ed. Astrea, 2004, pág. 800, y las citas indicadas en la nota al pie). (ver elDial.com - AA70C7).

Por último, resulta imprescindible dejar sentado, frente a las afirmaciones de la parte que: c) No se trata de un recurso contra la mala fe del enajenante, que conocía los defectos ocultos de la cosa y los calló al adquiriente, contra ese evento está ya amparado este, por la acción de nulidad y daños y perjuicios derivados del dolo. Se trata de una garantía que la ley reconoce a todo adquiriente a título oneroso para ponerlo a cubierto de sorpresa desagradable y para brindar una mayor seguridad en los negocios jurídicos. Por ello, esa garantía es debida inclusive por el enajenante de buena fe, que desconocía los vicios. Es un caso de responsabilidad contractual sin culpa (ver Borda, Guillermo "Tratado de Derecho Civil – Contratos T.1, págs. 163/164, ed. La Ley-2008).

Dada la litis que quedó trabada con la demanda y contestación, la existencia de vicios ocultos planteada por la actora, la inexistencia de ellos invocada por la demandada, he de tomar como punto de partida para el estudio del sublite, el marco dado por la accionante, para analizar si operó o no la liberación por

prescripción, defensa opuesta por la contraria, decisión del juez de grado cuestionada en esta instancia.

Por ello he de atenerme a la letra del art. 4041 del Código Civil: ”prescribe a los tres meses, la acción del comprador para rescindir el contrato de compraventa; y la acción…”.

Gran parte de la jurisprudencia sostuvo que “Prescribe a los tres meses computados desde que el comprador conoció o pudo conocer el vicio oculto, la acción para reclamar por tales vicios” (elDial.com - AZ28E).

Este plazo que comienza desde que conoció o pudo conocer la existencia de los vicios ocultos invocados. Es que, al resultar jurídicamente inaceptable el desdoblamiento entre acción redhibitoria y acción de daños y perjuicios, aunque el reclamo se limite solo a los daños, el plazo de prescripción será siempre de tres meses” (elDial.com – AE1958).

En cuanto a la prueba, incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición y no probándolo se juzga que sobrevino después (art. 2168), holgado es resaltar que además debe probar que lo desconocía cuando tomo la posesión. Es una simple consecuencia del principio de que la carga de la prueba corresponde a quien alega el hecho. Basta pues con el cuidado que pone en sus negocios un propietario diligente. Es claro que el comprador no podrá ampararse en su inhabilidad, impericia o ignorancia para excusarse de no haber descubierto un vicio que pudo haber sido advertido por un propietario diligente (ver Borda, Guillermo “Tratado de Derecho Civil – Contratos T.1, págs.163/164 Ed. La Ley-2008).

Analizaré las constancias de autos, sobre las premisas expuestas, existe consenso de las partes respecto de los diversos compromisos de venta, escritura traslativa de dominio y sucesivos contratos de locación, a partir del año 2001 en que la actora tomo posesión del inmueble, arrendó el mismo hasta 2006.

El informe incorporado a fs. 590 da cuenta que al momento de la adquisición tenía algunas fisuras pasivas, cabe el interrogante porque el propietario no tuvo una conducta tendiente a investigar. Incluyendo el entrepiso que conocía, obra constancia en la escritura traslativa de dominio. En el mismo informe se da cuenta que en la finca lindera la pileta de desagüe del portón interno del garaje se encontraba elevada… que el colapso súbito que se produjo se debía al escurrimiento de aguas.

A fs. 691/4 la declaración de la testigo la Directora de inspecciones del municipio local da cuenta que los desperfectos tales como hundimiento de pisos no era reciente, sino desde hacia tiempo, no fue realizado un mantenimiento periódico de las instalaciones, a la pregunta 26 dice que los daños podían haberse detectado podían determinarse a simple vista y con antelación a la fecha de la inspección que fue en octubre de 2006. A fs. 697vta. otro testimonio da cuenta que realizó trabajos en dicho inmueble a mediados de 2006, que eran detectables hundimiento del suelo y rajaduras y fisuras en la mampostería en el sector de la cocina, que eran observables a simple vista (posiciones 33 y 34).

A fs. 822/824 el testigo trabajó para el demandado desde 1993 a 2003, vio las paredes rajadas, al declarar otro trabajador del local comercial a fs. 833 que

trabajó en mayo 2006 dice que se veían rajaduras, en idéntico sentido a fs. 836 testifica un trabajador que inicio en septiembre de 2004 y observó las rajaduras que se fueron agrandando con el paso del tiempo. Más contundente las declaraciones de fs. 839/840, quien ingreso a trabajar en la vidriería (para el demandado en el local arrendado por la actora) en 1997 dice que durante el tiempo que prestó servicios estaban las rajaduras que se veía la pared del otro negocio.

En la absolución de posiciones de la actora a fs. 857/858 reconoce que se veían fisuras, no rajaduras. Coincide con el informe del Director General de Obras Particulares a fs. 590, que la actora tenía conocimiento de las fisuras. El informe del ing. R. de fs. 719 dijo que el estudio del suelo hubiera evitado las fisuras; que ya estaban al momento de la adquisición.

Al ojo de un observador neófito en cuestiones de construcción o albañilería, la fisura de por sí debió implicar un alerta, que llevara a interiorizarse sobre la condiciones del inmueble que adquiriría. La factibilidad que existiera un vicio oculto, actitud que no desplegaron los compradores. Más aún en el expediente administrativo del municipio local nro. ***-X-**, (630/645) existen los antecedentes, constancias y planos en particular de 1993 de la estructura del entrepiso y su ausencia de aprobación, demás detalles constructivos, de los cuales pudo tomar conocimiento al momento de la adquisición.

Ahora bien teniendo en cuenta lo dicho al inicio del presente voto, el comprador no podrá ampararse en su inhabilidad, impericia o ignorancia para excusarse de no haber descubierto un vicio que pudo haber sido

advertido por un propietario diligente. Más aún, la mera alegación de no haber tomado conocimiento con anterioridad porque la finca se encontraba alquilada constituya una excusa atendible como para justificar la imposibilidad del propietario de conocer los deterioros. (CNCIV - Sala: C - expte. N°: C341507 - Fecha: 26-12-Citar: elDial.com - AE1BF4).

Por cierto que le compete al adquiriente probar la aparición tardía y su conocimiento lo que en la especie no se dio por cuanto al adquirir el inmueble de la calle D. ****, existían fisuras, constancias municipales de planos y requerimientos de cumplimiento al vendedor, del entrepiso cuestionado, y puesta en funcionamiento la acción dentro de los tres meses de la posesión, oportunidad que pudo haber conocido el defecto oculto. En cuanto a la filtración de aguas servidas del lote lindero, de las que dan cuenta todos los informes y que hizo referencia la accionante al inicio del pleito, considero que ha sido producto del devenir del tiempo y no un vicio oculto del inmueble adquirido, y en ello recepto el planteo de la parte demandada, pero considero que en cuanto a la atribución de la mala estructura del entre piso, sobre la que asentó fundamentalmente su acción, fue un vicio oculto que pudo haberse conocido con solo apersonarse al municipio y requerir planos del inmueble de comprar.

"La prescripción trimestral corre desde que el vicio oculto fue o debió ser conocido; desde que el damnificado tuvo conocimiento, descubrió el vicio oculto redhibitorio, o lo pudo verosímilmente conocer empleando la debida diligencia, ya que la ley no ampara la torpeza; más recién entonces el adquiriente se encuentra habilitado para formular sus reclamos.

Es decir, a nuestro entender, el momento inicial del curso de esta prescripción, en principio, esta dado por la fecha de tradición de la cosa, pues es a partir de entonces que el comprador como dueño en ejercicio de la posesión, está en condiciones de revisarla mejor y advertir los vicios" (págs. 902/903, Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, Alberto J. Bueres y Elena Highton, Tomo 6B, ed. Hammurabi).

Por lo dicho, encuentro que el cómputo del plazo prescriptivo debe ser a partir del momento de la posesión, oportunidad que tuvo la actora de revisar el inmueble, asesorarse sobre las fisuras que había detectado, si ello pudiera implicar cuestiones graves subyacentes. Momento esto que pudo haber detectado los vicios ocultos.

Por lo cual confirmo con estos argumentos el fallo venido en crisis, y coincido con la Dra. Melero.

Las costas de la Alzada las impongo a la apelante vencida conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh), difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por coincidir con la Dra. Melero doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Sra. Camarista.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a la excepción de prescripción planteada por el demandado excepcionante a fs. ref. 447/449 y, en consecuencia, rechazar la demanda

instaurada por la Sra. M. S. M. en contra del Sr. H. L. S.

2) Imponer las costas a cargo de la actora recurrente.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. F. E. P. y M. A. M. D. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y del Dr. E. J. C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 932vta.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"