En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y de la señora Jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., D. A. c/ L., S. M. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 525/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 351/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 655) y autos de fs. 657, 665, 666 y 670, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 620/622? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios

El juez de grado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la codemandada Sra. S. M. L., hizo lugar a la defensa de prescripción opuesta por ella y por el otro codemandado J. F. P., en consecuencia, rechazó la demanda interpuesta por el Sr. D. A. S., impuso las costas a la actora vencida y reguló los honorarios profesionales.

El actor apeló a fs. 623, el recurso fue concedido

a fs. 629, fundado a fs. 647/651 y los agravios no fueron contestados por la contraparte.

Concretamente sostiene que la previsión del artículo 4037 CC no es aplicable al caso y que este debe resolverse en un todo de acuerdo con lo normado por el artículo 3986 del Código Civil. Hace una extensa referencia a lo actuado en la medida cautelar.

Alega que la construcción del muro del predio lindero ha generado un constante perjuicio. Invoca la existencia de daño continuado y cita la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Luis Magnasco Mantequería Modelo S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", fallo del 9/2/1999.

Luego realiza consideraciones generales y concluye sosteniendo que de haberse realizado una correcta interpretación de la norma jurídica aplicable al caso se hubiera ingresado en el fondo de la cuestión, haciendo lugar a la demanda, tal como fue solicitado al promoverla.

2. Tratamiento de los agravios.

Los agravios nos remiten al examen de dos cuestiones troncales para la solución de litigio, una es la relativa al plazo legalmente estatuido para el tipo de acción intentada y otra es la existencia o no de interrupción de la prescripción. Si bien el recurrente, en orden a la primera pretende que no son aplicables al caso las previsiones del artículo 4037 del CC y si en cambio las del 3986 del mismo ordenamiento, es claro que ambas normas deben ser examinadas a fin de resolver el litigio.

El tratamiento de la defensa de prescripción opuesta exige, en primer término, determinar si la acción intentada es prescriptible o no para luego, en

su caso determinar cuál es el plazo legalmente estatuido para que la acción se extinga por el transcurso del tiempo.

En autos, se ha iniciado una acción indemnizatoria en virtud de la construcción de un muro lindero, el que es considerado "cosa riesgosa" –artículo 1113 del Código Civil- por sus defectos y por el peso de la tierra que se le apoyó -fs. 123 vta.-. Concretamente se sostuvo que ese muro generó graves daños en el inmueble del actor los que se estimaron y valoraron del siguiente modo: daño material ($75.000), con reserva de ampliar, daño moral ($50.000), lucro cesante ($300.000). La demanda fue promovida el día 14 de agosto de 2007, conforme reza en el cargo obrante a fs. 126 de dicho escrito. y que por tal motivo el día 26 de mayo de 2002 se y esa autoridad notificó que se debía demoler el muro. Posteriormente el día 21 de junio de ese año, el actor intimó mediante carta documento a realizar las tareas ordenadas por esa autoridad.

Las pretensiones deducidas al demandar y sucintamente expuestas demuestran que lo que se reclama son los daños y perjuicios derivados de la construcción de un muro lindero. Es claro que no media ninguna vinculación contractual entre el actor y el demandado; ergo, la responsabilidad es extracontractual y, en orden al plazo de prescripción, se rigen por las previsiones del artículo 4037 del Código Civil, como bien lo ha señalado el juez de grado.

Sentado ello el juez de grado ha determinado la iniciación del curso de la prescripción atendiendo a las circunstancias propias de la causa. Así ha fijado la misma, el día 16 de mayo de 2002, fecha en la cual el actor formuló denuncia ante la Municipalidad de

Comodoro Rivadavia que exterioriza el momento en el cual el titular del derecho puede hacer valer el poder jurídico que el ordenamiento le concede (Spota, A.J., “Tratado de Derecho Civil”, T. I, Parte General, Volumen 3.8 ps. 223/7).

Esta solución –no impugnada- enmarca dentro de las pautas que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en la materia que nos ocupa. Así ha precisado que el plazo de la prescripción de las acciones de daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos corre "desde que el evento se produce, pues es esta la causa fuente de la obligación de resarcir y, por excepción, desde que el damnificado hubiera tenido conocimiento del hecho y de sus consecuencias dañosas" (Fallos, 310:626; 312:2134). Reitero, el juez de grado ha seguido este razonamiento y ha considerado como fecha de cómputo del plazo el día 16 de mayo de 2002, fecha de la denuncia ante la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

Las premisas señaladas demuestran que si el plazo comenzó a correr en la fecha señalada la acción prescribía el 16 de mayo del año 2004, salvo que existieran actos que hayan interrumpido el curso de la prescripción. El juez de grado señaló que previo a la iniciación de la demanda -14 de agosto de 2007- se promovió un proceso cautelar -4 de marzo de 2004-, pero que la medida solicitada no quedó trabada por las vicisitudes que relata –considerando 6- y que se verifican en el expediente acordelado.

El recurrente considera que estas conclusiones son arbitrarias, pero no alcanza a refutar esta solución dotada de congruencia. Va de suyo que el único supuesto en que el carácter interruptivo de las medidas

cautelares reviste interés es cuando se promueven antes de la presentación de la demanda (cf. López Herrera, Edgardo, "Tratado de la prescripción liberatoria", ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2009, p. 240). Si bien tal es el supuesto de autos, es imposible soslayar por un lado el írrito resultado de ese proceso y por otro que no fue seguido por la promoción de la demanda dentro del plazo de caducidad que prevé el código de rito. De modo tal que el trámite singular de este proceso cautelar respalda lo resuelto por el juez de grado, ya que un eventual efecto interruptivo quedó borrado por la decisión del órgano administrativo adoptada el día 6 de agosto de 2004 de dejar sin efecto la anotación condicional del embargo preventivo, conforme resulta de fs. 98 y vta. del expediente acordelado -383/2007-.

El contexto descripto demuestra que la decisión lejos de resultar arbitraria es una derivación razonada del derecho vigente aplicable a los hechos comprobados de la causa.

Resta por último analizar la invocación de la existencia de daño continuado para revisar la solución dada por el juez de grado. En realidad, tales argumentos no pueden prosperar porque el hecho al que se le atribuye la entidad dañosa es único, es la única causa generadora de los perjuicios, perfectamente conocida por el actor desde la fecha de la denuncia ante la Municipalidad de Comodoro Rivadavia y aquellos ciertos y susceptibles de apreciación.

La doctrina que dimana del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado no es aplicable al caso de autos porque la situación fáctica descripta y la de autos no son equiparables. En efecto, en dicho pronunciamiento se hace expresa referencia a una

conducta ilícita no agotada –ingreso de afluentes en dicho caso y en un caso anterior ocupación indebida de un inmueble-; en cambio, en el presente, la conducta ilícita es única y agotada al finalizar la construcción del muro.

Analizadas las cuestiones conducentes que fueron introducidas al expresar agravios, concluyo que debe ser rechazado el recurso, ya que a la fecha de promoción de la demanda -17 de agosto de 2007- había transcurrido largamente el plazo de dos años legalmente estatuido para la prescripción de la acción que quedó expedita el día 16 de mayo de 2002. Ello desde que los actos que se señalan como interruptivos de la prescripción no han tenido dicho efecto.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado, atento a la falta de controversia.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de tales premisas, propongo se regulen a favor del Dr. J. C. S. en un 25% de los que le correspondan a la representación letrada de la parte actora; con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 623; consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 620/622 en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia en el orden causado.

3) Regular los honorarios conforme lo propuesto.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 620/622, por la que se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la parte demandada Sra. S. M. L. 2) Hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta por los codemandados S. M. L. y J. F. P. y en consecuencia rechaza la demanda interpuesta por el Sr. D. A. S. Impone las costas a la parte actora y regula los honorarios profesionales.

Apela en propio derecho la parte actora y con patrocinio letrado a fs. 623 y el recurso se concede a fs. 629.

Los agravios de la parte actora apelante (fs. 647/651vta.), comprenden en primer término a los fundamentos del Juez respecto a la falta de legitimación pasiva, donde conjuga la sentencia la aplicación de los arts. 2722 al 2724 y 2727, sobre las obligaciones de conservar o reparar el muro medianero, que al ser obligaciones sobre la cosa se trasladan con la transmisión del inmueble y constriñen al propietario a pagarlas; que en consecuencia, enajenado el inmueble, las obligaciones se trasladan al nuevo adquirente y habiendo sido invocada la falta de legitimación pasiva por la codemandada S. M. L., corresponde su rechazo. Que respecto al planteo prescriptorio, tratándose de una demanda de daños y perjuicios ocurridos en el inmueble de propiedad de actor D. S., provocados por la construcción de un muro medianero antirreglamentario y contrario a las normas municipales, causó daños en el inmueble lindero; que antes se había promovido un proceso cautelar con fecha 24/3/2004, en forma condicional y el que se deja sin efecto el 6 de agosto de 2004 y la demanda se interpone el 14 de agosto de 2007. Considera entonces que habiendo caducado la

medida por lo que comenzó a correr nuevamente la prescripción, la misma se había operado antes de la promoción de la demanda. Considera errónea la interpretación de los hechos, en razón que el art. 4037 C.C. no resulta aplicable en el caso. Expresa que habiendo radicado la demanda con fecha 4/3/2004 y 12/3/2004 respectivamente, para luego recusarse e inhibirse los magistrados intervinientes, mediando incidente hasta abocarse el Juez Dr. Rolinho; que el último movimiento es de fecha 23/3/2007, que una vez que cesa tal acto de interrupción en las actuaciones sobre N° ***/07 sobre el embargo preventivo. Expone que no puede imputarse a su parte las recusaciones e inhibiciones, como tampoco la cancelación de la medida cautelar en el expte. N° 116/04, que se obtuvo por el obrar malicioso del codemandado Sr. J. P. por la disposición del inmueble, que resulta omisiva la sentencia al no tratar todas las cuestiones. Argumenta que siempre manifestó interés en el mantenimiento de la instancia y que realizados los actos resultan interruptivos al margen de su eficacia y que en dicho concepto debe entenderse el art. 3986 C.C. Se explaya en torno a las cuestiones señaladas y refiere el daño constante producido por el muro lindero a su propiedad. Que es esta hipótesis la que impide la vigencia prescriptoria por la renovación constante del daño. Cita fallo de la CSJN. Que en esta conclusión es concordante en análisis de la sentencia al tratar la legitimación, cuyas obligaciones en razón de la cosa se trasladan junto con la trasmisión del inmueble y el propietario se encuentra obligado a pagar los daños producidos al adquirir la propiedad. Por lo demás se refiere a la sustancia del proceso y probanzas reunidas

demostrativas de los daños sufridos en su propiedad. Peticiona revocatoria del fallo con costas a la contraria.

Corrido traslado de la expresión de agravios, no resulta contestado por las codemandadas.

Los agravios de fs. 647/651vta.

El planteo se formula a partir de los considerandos 7) y 8) de la sentencia, donde la sentencia evalúa la medida cautelar obtenida en su oportunidad por la parte actora en los autos caratulados: "S., D. c/ P., J. F. s/ embargo preventivo", expte. N° 381 f.202 año 2007 (por cuerda) y entiende que la misma quedó limitada en el tiempo por haber caducado con la resolución administrativa de fecha 6/8/2004 (fs. 98, expte. N° 381 cit.) y que si la demanda se interpuso en fecha 14/ 8/2007 y estaba sujeta al plazo del art. 4037 C.C., había prescripto la acción respectiva.

Contrapone la demandada que existe una errónea interpretación de los hechos y que no resulta aplicable el art. 4037 C.C., porque la sentencia no atiende a las problemáticas de las tramitaciones ocurridas –medida cautelar y beneficio de litigar sin gastos– cuyo último movimiento es de fecha 23/3/2007, actuaciones que a su juicio han eliminado el tiempo transcurrido; que no puede imputarse a su parte tales demoras, como tampoco que se dejara sin efecto la medida cautelar en el Registro de la Propiedad, que asigna al obrar malicioso de J. P.

La recurrente sostiene entonces una errónea apreciación de los hechos y en consecuencia la inaplicabilidad del art. 4037 CC, señala los actos que tornarían inaplicable la norma, por una parte las

implicancias procesales de las medidas peticionadas, la conducta de la demandada y en todo caso la permanencia del daño al momento de interponerse la demanda.

Es claro que al tratar excepción de prescripción, la sentencia no se ocupa de la defensa interpuesta por la actora al contestarla a fs. 164/167 y fs. 199/200, donde los hechos invocados cuentan en principio para el examen de la prescripción. Ello, la construcción de una pared colindante construida por el demandando en su Lote **, de 12 metros y altura de 7 metros, sobrepasando la construcción de estructura de hormigón armado del Lote * de la actora, que a la postre, por el llenado de una fosa que quedaba delimitada en la construcción del accionado, trayendo dictamen de perito que la pared lindante no fue construida con las características de un muro de contención capaz de soportar cargas de tierra, no con la adecuada infraestructura de desagüe y otros requisitos técnicos como para cumplir tal finalidad, con el tiempo comenzó a ceder y desplazarse.

En la petición de embargo, expte. N° 351, cit., fs. 62/63 y en los presentes (fs. 8/9), quedan constancias que en 6/5/2002, la actora formuló la denuncia a la Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad y actas de notificación giradas por la Inspección de Obras a J. P., intimando en 23/5/2002 a ejecutar trabajos según Nota 30/02 que se adjuntaba, movimientos de tierra conforme ordenanza y nombrar profesional de la matrícula a cargo de la obra.

Asimismo, del presente expte. (fs. 46/48), surge actuación de la Dirección de Inspecciones expte. Obra N° ****-X-**, dando cuenta de algunos trabajos realizados (25%); pero observando que el desagüe debe

escurrir para la vía pública, conforme al Código de Edificación y que debe adecuarse la obra, por su "antirreglamentariedad" actual. A fs. 47/1, sigue Acta p/ citar y notificar a la Sra. L., S. M. –con constancia de su notificación en 6/6/2007, con intimación a: Demoler una pared de fondo – Retirar material- Relleno faltante s/art. 3230/328 CE – Adecuar desagüe de patrio posterior s/art. 206 CE-. Todo según informes expte. N° ****-X-** – 1° Reiteración.

Con lo expuesto, la notificación practicada en sede Municipal a la codemandada S. M. L., es dable advertir a primera vista la permanencia de una obra viciosa a la época de la demanda, que actualiza la Sra. L. al adquirir la propiedad y por lo que resulta intimada. El fallo de la CSJN que se encuentra invocado, rechaza la oposición de una prescripción bienal en contexto que: "…los daños producidos en un campo por el derrame de afluentes pluviales y cloacales, el título de la obligación de resarcir es la conducta ilícita del presunto responsable, la cual no se agota en un momento determinado, sino que se reitera día por día, pues no es un perjuicio que esté en proceso de evolución con independencia de la conducta debida" (Fallo 49.440 – CS, febrero 9-1999 – S.A. Luis Magnasco Mantequería Modelo c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, S.1577.XXXII.0). Se señalaba en esta causa que el daño seguía produciéndose por ausencia de obras de mejoramiento, que motivó el pronunciamiento de la Corte que ante la continuidad del perjuicio. Se remite además a jurisprudencia de la propia Corte de la causa "C.67,XXXI "Constructora Barcalá S.A. Banco Central de la República Argentina s/ ordinario", de fecha 15/7/1997, donde señala: "5. Que

la prescripción liberatoria no puede separarse de la causa de la obligación jurídicamente demandable (Fallos 308:1101)…8°)… Toda vez que existe continuidad de la conducta ilícita, debe concluirse que se mantuvo vigente la obligación civil de responder, la pasividad del acreedor solo produjo la extinción de la acción respectiva día por día…".

Bien se advierte que la codemandada S. M. L. (fs. 146 y ss.) el codemandado J. P. al oponer la excepción de prescripción (fs. 174 y ss.), resultan de sus fundamentos, pero a su vez reconocen la manifiesta conducta de reclamación de la actora. Así se refieren la carta documento (fs. 53), de la que dicen reclamaba la reparación de los daños, el informe del Ing. Civil I., indicando los daños que se reclaman en la demanda y constataciones efectuadas por instrumento público, sin perjuicio que lo hacen para contraponer la antigüedad del origen productor del daño y doctrina y con la tesis que el plazo prescriptivo del art. 4037 C.C. corre desde que el daño se torna cierto y susceptible de apreciación pecuniaria, no revistiendo importancia su alongamiento o agravación.

Con todo, en concepto del presente voto el caso pasa por la jurisprudencia de la CSJN citada (S.A. Magnasco…), pero dados los antecedentes señalados, queda advertido que la actora se refiere a una conducta maliciosa del codemandado P., en la que no puede dejar de advertirse la transferencia del dominio efectuada por el mismo, en curso de las intimaciones que había recibido y consiguiente bloqueo de la medida de embargo que intentará la accionante. Pero en principio, había aparentado una conducta proclive a la subsanación del conflicto, no rechazando la intimación que se le

formulara por C.D. y evidentemente, realizando algunos trabajo como resulta de la fiscalización Municipal, indicando que se había demolido el muro de fondo del Sr. P. en un 25% (fs. 11). Tales circunstancias pudieron crear una creencia errónea del actor S. y la reiterada y precisa reclamación. El punto trae a colación el trabajo del Dr. Horacio de la Fuente sobre "Prescripción y caducidad" (Tratado de Derecho del Trabajo – Director Antonio Vázquez Vialard – Cap.XXI, pág. 667 y ss., ed. Astrea año 1984). Expone el autor que el art. 3980 CC. tiene una amplitud que no ha sido destacada por la doctrina, distinguiendo debidamente los impedimentos para oponer la prescripción, no solo cuando media "imposibilidad de hecho", sino también "dificultades", sea que dicho impedimento tenga carácter colectivo o interese únicamente al acreedor, "sin distinguir en este último caso si las causas exteriores al sujeto o internas, lo cual ocurrirá cuando afecte n su proceso volitivo" (pág. 691, ob.cit.). Entiende en consecuencia que cuando la conducta omisiva del acreedor es involuntaria, o sea cuando incurre en ella por razones ajenas a su voluntad, "se produce una de esas situaciones de dificultad o imposibilidad de obrar previstas en la norma" y que resulta la pérdida del derecho por una inactividad involuntaria "una conclusión tan antijurídica como disvaliosa" (pág. 691 cit.). Al pie de esta página, nota n° 53, considera que dada la amplitud del art. 3980 del C.C., comprende no solo los casos en que la conducta omisiva del acreedor se encuentre afectada por un vicio de la voluntad, sino también aquellas situaciones en que la inacción se debe a la culpa del deudor y por lo tanto no se imputable a

aquél, aunque no se configure un supuesto de dolo, que tal ocurrirá, por ejemplo: "…cuando las conversaciones mantenidas con el deudor –que no niega la existencia del crédito– a inducido al demandante a omitir la presentación en término de la acción". Agrega después que "se incurriría en un verdadero abuso de derecho el deudor que en esa situación invocara la prescripción que se ha cumplido por su culpa (obraría de mala fe), por lo que su defensa no puede ser acogida (arts. 1071 y 1198, del Cód.Civil)".

Por las circunstancias de conducta ya señaladas del codemandado J. F. P., avalada por la otra parte codemandada y en cuanto la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho (art. 1071, 2da. del C.C.), principio de amplitud interpretativa para resolver por resultar el instituto de la prescripción de interpretación restrictiva, en conjunción pero en primer lugar con la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia de la Nación citada, estimo que debe hacerse lugar a los agravios interpuestos a fs. 647/651vta., y revocar la sentencia en cuanto resulta materia de agravio.

Como bien lo señala la sentencia, el tratamiento de la prescripción tornaría innecesario el tratamiento de las restantes cuestiones del litigio, habiendo en efecto quedada la causa sin el examen sustancial. En consecuencia, por el aseguramiento del principio de defensa en juicio y de la doble instancia (art. 18 C.N), corresponde la revocatoria de la sentencia y su devolución a la primera instancia para su resolución definitiva.

De conformidad con lo expuesto y lo previsto en el art. 282 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, deben

readecuarse la imposición de las costas y regulación de los honorarios en función de la excepción de prescripción diferida a fs. 206/207, con lo que atendiendo a su rechazo por el presente voto, las costas se imponen a las excepcionantes codemandadas (art. 69 Ley XIII, cit). Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4, arts. 5, 6, 7, 8, 33 y concords., a cuyo fin considerando el resultado obtenido y calidad del servicio profesional, propongo los honorarios de la Dra. A. d. M. C. por el patrocinio letrado, en la suma de $15.000 por cada una de las excepciones contestadas y los conjuntos de los Dres. P. A. D. B. y D. P., en la suma de $10.000 por cada una de las codemandadas.

En la Alzada, por las mismas razones y alcances las costas se imponen a las codemandadas (art. 69 Ley XIII N° 5 cit.). Para regular honorarios considerando el mérito del trabajo profesional y su resultado, normas arancelarias citadas más el art. 13, propongo los honorarios del Dr. J. C. S., en el 30% de los honorarios que correspondan por su parte en la primera instancia, respecto a cada una de las codemandadas.

Se tiene presente la reserva del caso federal interpuesta por las codemandadas a fs. 155vta. y fs. 191.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar a los agravios interpuestos por la parte actora en propio derecho y con patrocinio letrado a fs. 647/651vta., contra la sentencia de fs. 620/622, la que se revoca en todas sus partes.

2) Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por las codemandas S. M. L. y J. F. P., contra la parte actora D. A. S. y devolver la causa al

Juzgado actuante para resolver el juicio en lo sustancial.

3) Costas de la primera instancia a las codemandadas excepcionantes, a cuyo fin se propone las regulaciones de honorarios del considerando respectivo.

4) Costas de la Alzada a las codemandas mencionadas, proponiendo de igual modo las regulaciones de honorarios del considerando pertinente.

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por las partes codemandadas.

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, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes abren el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 647/651vta. apela, por propio derecho, el actor la sentencia de fs. 620/622. Corrido el traslado de los mismos a fs. 652 no son contestados por la parte demandada.

I.B) La parte actora se agravia a fs. 647/651vta. en cuanto entiende que el a-quo ha interpretado erróneamente la norma jurídica aplicable al caso, atento a que el juez decidió que la demanda de daños y perjuicios ocurridos en su inmueble por la construcción de un muro medianero totalmente antirreglamentario instaurada por la accionante estaba prescripta conforme lo determinado por el art. 4037 del C.C., cuando debía aplicar lo dispuesto por el art. 3986, 1er. párr. del

C.C.

Entrando en el análisis de la temática planteada, analizo que se dijo que la reforma introducida por la Ley 17711 al art. 4037 del Código Civil no solo amplió el plazo de prescripción a dos (2) años, sino que, al adoptar una fórmula más concisa, en realidad extendió los supuestos comprendidos en la norma, ya que antes alcanzaba únicamente a "la reparación civil por daños causados por animales o por delitos o cuasidelitos", en tanto que ahora se extiende a toda "acción por responsabilidad civil extracontractual", incluyendo naturalmente la de indemnización de daños derivados de las relaciones de entre vecinos y de cualquier otra relación que no sea de naturaleza contractual.

En definitiva, la regla es que las demandas resarcitorias fundadas en la responsabilidad extracontractual prescriben a los dos años.

Profundizando más el tema que aquí se analiza, se ha de precisar que existen muchos otros supuestos en los que pueden estar en juego el derecho a la salud, o a la vida, y no por eso se amplía el plazo de prescripción o la acción se torna imprescriptible. A diario se resuelven demandas causadas por accidentes de tránsito, que afectan la salud de las víctimas, y el plazo sigue siendo el mismo. Incluso, la Ley de Defensa del Consumidor no tiene un plazo tan extenso, aún cuando pueda estar en juego la salud.

A mayor abundamiento, también en la responsabilidad por daño ambiental se afirma que el plazo de prescripción es de dos años (López Herrera, Edgardo, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, p. 430). Lo que puede resultar imprescriptible es la acción de prevención y recomposición del daño ambiental

colectivo (o daño al ambiente en sí mismo; Cafferatta, Néstor, “El tiempo y las cautelares en el derecho ambiental”, LA LEY 2007-B, 1341), que es un caso diferente al presente, en el que la acción es esencialmente resarcitoria.

Aclarado lo anterior, queda por determinar a partir de qué momento comenzó a correr el plazo de dos (02) años.

A los fines de determinar el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de prescripción previsto por el art. 4037 del Cód. Civil respecto de esta acción de daños y perjuicios, no debe tenerse en cuenta el daño en sí mismo, sino el tiempo en que el actor se encontró en condiciones de advertir los efectos nocivos provocados por la construcción del muro lindero por parte de la demandada.

En principio, la prescripción comienza a correr desde el día en que el hecho ilícito se produjo; pero si la víctima lo ignoraba, el plazo empieza a correr desde que el hecho y su autor llegaron a su conocimiento, a menos que la ignorancia provenga de una negligencia culpable (G. Borda, “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, II, n° 1125).

Señala el citado autor que "por conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima", de manera tal que "si la concreción del perjuicio es consecuencia de un proceso de duración prolongada, la prescripción corre desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación" (obra citada, T. II, n° 1125).

Jurisprudencialmente, el criterio adoptado es

similar. Así, se ha sostenido que tratándose de una acción por responsabilidad extracontractual, resulta aplicable el plazo de prescripción previsto por el artículo 4037 del Código Civil. Ese plazo comienza a correr, en principio, desde el día en que acontece el hecho fuente de la obligación. Sin embargo, si el daño no es contemporáneo, sino sobreviniente, el curso de aquella comienza con este, cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación, aunque se halle en proceso evolutivo y no se encuentre aún determinado definitivamente. A su vez, si la víctima ignora esos extremos, sin que la ignorancia le sea imputable, comienza a correr a partir de su conocimiento (cf. Sala I, "in re" "Ramírez Elfo c. M.C.B.A. s/ daños y perjuicios", 25/8/98; cf. Mosset Iturraspe, Jorge, "De nuevo sobre la prescripción de los daños sobrevinientes y de los continuados", LA LEY, 1988-D-102).

También se afirma que en los casos de daños continuados, es decir aquellos de producción sucesiva o ininterrumpida, la fecha de inicio se debería fijar a partir de su verificación total y definitiva (López Herrera, ob. cit., p. 431; Cossari, ob. Cit., ps. 284/5).

En mi opinión, siguiendo a Llambías, la acción nace en la fecha de ocurrencia del daño cuya reparación se persigue o bien, como dije anteriormente, cuando el damnificado conoce o debió conocer actuando con diligencia el daño sufrido. Por ende, no impide el curso de la prescripción la circunstancia de que el daño esté en proceso de evolución, dado que aunque el daño no haya quedado determinado en forma definitiva por la eventualidad de un proceso ya conocido, ello no es obstáculo para su curso. Si bien la agravación

ulterior puede ser denunciada como hecho nuevo, en un pleito pendiente, para pedir un incremento de la indemnización, aquella no altera el plazo liberatorio en curso, al no existir una nueva causa generadora de responsabilidad (“Obligaciones”, III, p. 434 y jurisprudencia allí citada).

De acuerdo a los criterios expuestos, advierto en principio que es el propio actor el que fundamenta expresamente en su demanda su derecho en el art. 1113 del Código Civil – responsabilidad objetiva (pto. IV, “La responsabilidad de los accionados” (fs. 123/124); asimismo, de los propios términos del relato que efectúa de los hechos, refiere que procedió con fecha 16/05/02 a formular denuncia del hecho generador del daño –muro– ante la Municipalidad de esta ciudad, mediante actuaciones labradas en el expte. admvo. Nro. ****-X-**, previa inspección in situ, intimó al codemando Sr. J. P. para efectuar la demolición del muro, el retiro del relleno y el debido escurrimiento de aguas pluviales entre otras reparaciones que resultaban de urgente ejecución, frente a la situación de extrema peligrosidad de derrumbe (fs. 122/vta.), es decir, que de sus propios dichos emerge claramente que la toma de conocimiento del daño por la construcción del muro se configuró el día 16/05/02.

A ello se suma que la medida cautelar –embargo preventivo– solicitada por el actor -conforme expediente que obra por cuerda– fue interpuesta el 04/03/04 (fs. 76vta./77 de dicho expediente), resultando adversa a su solicitud conforme disposición de la Directora del Registro de la Propiedad Inmueble dispuesta el día 06/08/04 (fs. 98 dicho expediente), fecha en la cual caducó dicha medida, comenzando a

correr nuevamente el curso de la prescripción.

Siendo que la demanda fue interpuesta el día 14/08/07 (fs. 126vta. cf. constancia de la Auxiliar Letrada de Cámara), que la medida cautelar había caducado el día 07/06/04, surge claramente que la acción interpuesta se hallaba prescripta al momento de su interposición conforme ser aplicable, por los entendimientos expuestos "ut supra", el art. 4037 del Código Civil.

Por los fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y análisis de las circunstancias precedentemente efectuadas, arribo a la convicción de que deben rechazarse los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 647/651vta. y confirmar la sentencia de fs. 620/622 en lo que fuera materia de agravios.

I.C) Respecto a la imposición de costas de la Alzada, tengo presente que no se ha cumplido con el principio de contradicción, teniendo la debida oportunidad de ejercitar el derecho de defensa, sin que lo ejerciera debidamente la parte codemandada (ver fs. 652).

Según Reimundín ("La condena en costas", p. 91), la falta de participación activa de una de las partes no puede impedir, por esa omisión, la actividad jurisdiccional frente o contra ella, y por lo tanto el vencimiento. La falta de oposición en el proceso, genéricamente considerado, no conlleva necesariamente a la eximición de costas respecto de quien guardó silencio (CNCom, Sala C, 4/7/80, LL, 1980-D-223; íd. 8/8/80, L.L., 1980-D-767, 35.724-S y LL, 1981-A-351) (Roberto Loutayf Ranea: "Condena en costas en el proceso civil", p. 48, ed. Astrea, Bs. As. 1998).

Son todas ellas razones por las cuales se imponen las costas por el orden causado (art. 69, 2do. párr., Capítulo V, título II, de la Ley XIII, nro. 5 – Anexo A –DJ-). Los honorarios profesionales del Dr. J. C. S. regulan, teniendo en cuenta 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, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico –) en un veinticinco (25%) por ciento de los que le corresponden a la representación letrada de la parte actora, en ambos supuestos con más el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Silvia Noemí Alonso y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Nahuelanca la siguiente

**SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 623; consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 620/622 en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia en el orden causado.

3) Regular los honorarios del Dr. J. C. S. en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan a la representación letrada de la parte actora, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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