En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil catorce, 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 Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"N., F. y otra c/ O., P. N. s/ ORDINARIO", expte. nro. 44/14**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 444/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 591), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco 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. 541/545? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

La sentencia definitiva nro. 98/2013 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción hizo lugar a la demanda, condenó a P. N. O. a abonar a los actores F. N. y E. D. F., la suma de $104.240 en concepto de daño moral y material, con más los intereses. Condenó al demandado en costas y reguló los honorarios de los letrados actuantes (fs. 541/545vta.).

Contra dicha decisión se alzó la demandada (fs. 547), los letrados de la parte actora por su propio derecho por considerar bajos los honorarios regulados

(fs. 548).

A fs. 555 P. R. –perita ingeniera designada en autos- por su propio derecho consiente la sentencia.

A fs. 566/575 obra el memorial de la demandada.

Efectúa una reseña del pleito, de la sentencia y a fs. 569vta. plantea el primer agravio: violación de los principios dispositivos de congruencia.

Bajo este título dicen los recurrentes que el juez *a quo* encuadra el caso bajo tratamiento como un contrato de locación de obra, siendo que ello jamás fue afirmado por ninguna de las partes. De ello se derivan los yerros como que el inmueble se encuentra en ruina lo que tampoco fue alegado por las partes.

Cita doctrina sobre las obligaciones derivadas del art. 165 inc. 6 del ritual.

El magistrado se desentendió de los hechos alegados por las partes, conculcando la garantía constitucional de derecho de defensa en juicio, el *iura curia novit* no autoriza a alterar los términos en que se planteó la litis.

Segundo agravio: omisión de la aplicación de las normas sobre vicios redhibitorios.

Omitió aplicar los preceptos que en forma minuciosa y expresa regulan la cuestión relativa a los defectos que puedan aparecer en la cosa vendida luego que haya sido entregada por el vendedor.

El planteo fundamental esbozado por los accionantes y reconocido a fs. 118 afirmaron que una vez en posesión de la vivienda comenzaron las anomalías, los menciona el recurrente y dice que detallan defectos que en realidad pueden considerarse aparentes, en ningún momento afirmaron la existencia de ruina.

La omisión del juez *a quo* fue en no tratar la cuestión a resolver mediante la aplicación de los arts. 1141, 2173, 2164, 2174, 2176 del Código Civil. Debió evaluar si los defectos invocados encuadran en lo dispuesto por el art. 2164 del CC.

Las anomalías carecen de la entidad para ser considerados defectos ocultos como exige la norma.

No se acreditó que los vicios o defectos invocados ya existieran al tiempo de la adquisición del inmueble, la posesión fue entregada en el mes de octubre de 2001 y transcurrió un año para que los accionantes denunciaran los supuestos defectos, lo que revela que se originaron luego de la entrega.

Tampoco el juez *a quo* analizó si los detrimentos invocados en la demanda revestían la entidad para ser considerados "defectos ocultos" en los términos del art. 2164 del CC, que exige que los defectos hagan la cosa impropia para su destino.

Las falencias que se invocaron carecen de la gravedad requerida por el dispositivo legal, cita doctrina.

La ausencia de defectos graves ha sido reconocida en el dictamen pericial, que reconoce el inmueble luego de 10 años de construido, no presenta fallas estructurales, ni tampoco se encuentra comprometida su estabilidad.

Tercer agravio: la improcedencia de la acción de daños y perjuicios.

Su carácter accesorio a la acción redhibitoria.

El art. 2176 del CC veda su articulación autónoma supeditando su procedencia a la concomitante promoción de la acción redhibitoria.

La norma es clara al consagrar el carácter

accesorio de la acción de daños y perjuicios exigiendo la acción redhibitoria, aquella que persigue rescindir la venta o enajenación, restituyéndose ambas partes las prestaciones efectuadas.

Tampoco promovieron la legislada en el art. 2174 la "estimatoria" o "quantis minoris" podían haber reclamado una disminución del precio. Carecían de legitimidad para accionar en forma autónoma.

Cuarto agravio: el monto de las indemnizaciones. El juez *a quo* lo fijó en base a la pericia que se hizo 10 años después.

Debió mensurar los daños conforme el 2164 del CC que son los existentes al tiempo de la adquisición conforme pericias técnicas practicadas contemporáneamente en el incidente de prueba anticipada que corre por cuerda nro. 1226/02 (expte. 445/05), detalla a fs. 94 y a fs. 122 se estableció el monto.

Tomó montos actuales y le aplicó el interés al año 2001. Califica de enriquecimiento ilícito.

A fs. 577/585 contesta el memorial de agravios la parte actora.

Reconoce que ninguna de las partes dijo contrato de locación, pero al juez *a quo* corresponde la calificación de la relación jurídica.

La parte expuso los hechos, no los encuadró jurídicamente.

El que encuadró en el art. 2164 del CC fue el demandado con fundamento en el contrato de compraventa.

El concepto de ruina no fue invocado, pero el alcance de los daños y gravedad solo pueden ser determinados por la pericial técnica realizada.

Al trabarse la litis la calificación de los vicios quedó condicionada y pendiente de la pericial, el hecho

que haya invocado la compraventa no significa que el reclamo deba encuadrarse en dichas normas. Da su versión sobre ruina que esta dada por el alcance de los daños padecidos.

De la lectura de la sentencia surge que resolvió la situación sin modificar la pretensión. No hubo transgresión al principio de congruencia.

Improcedencia de la acción de daños y perjuicios.

La acción interpuesta constituye una de cumplimiento contractual. Pretendieron el reconocimiento de la demandada que abonara los trabajos de subsanación de vicios pero manteniendo el contrato de compraventa.

Fue aceptado por la doctrina que la circunstancia de que el art. 2174 del CC prevea dos acciones no significa negar al comprador la posibilidad de exigir el exacto cumplimiento de la obligación asumida por el vendedor una vez entregada la cosa cuando surgen defectos que estaban ocultos y la hacen impropia para su uso.

Cita jurisprudencia; concluye que el vendedor está obligado a entregar exactamente la cosa vendida conforme lo entendieron las partes arts. 1198, 1323, 1409, 1426 del CC.

El daño moral procede por aplicación de los principios generales y en virtud de los efectos del dolo en las obligaciones y los contratos siempre que haya mediado ocultación dolosa o culpable.

Los actores compraron un inmueble a estrenar y verificaron inmediatamente y con posterioridad a la entrega defectos que fueron denunciados al demandado que es ingeniero civil, constructor y director de la obra, por ello, la ocultación de los mismos resulta

claramente dolosa.

Toda acción dolosa constituye una violación al art. 1198 del CC principio de buena fe.

Con relación al monto de las indemnizaciones dijo:

El uso de valores actualizados para el cálculo de los créditos hace a la integridad de su valor y real, tiene imperativo la Ley 24283 para ese fin.

Daño moral:

Hubo incomodidades y padecimientos espirituales probados las incomodidades y privaciones que debieron soportar los actores; humedades, ingreso de agua por las aberturas de las ventanas cada vez que llovía, la imposibilidad de utilizar algunos ambientes de la casa, habitar sin la minima calefacción, información que surge de las pericias. Cita jurisprudencia.

Los vicios. Alcance: en este acápite contesta las consideraciones de la demandada sobre la entidad de los daños.

El perito dijo que eran los defectos por falta de mantenimiento, también se demostró en la pericia que los deterioros son consecuencia de haber omitido un adecuado y correcto trabajo de terminación y detalla lo que dijo la profesional.

La responsabilidad fue del constructor vendedor.

Apenas comenzaron a manifestarse los defectos, los actores requirieron a la demandada por carta documento y quedaron verificados en el dictamen pericial del año 2003.

Hace reservas art. 14 Ley 48 y a la Corte internacional de Derechos Humanos.

Análisis:

En cuanto al primer agravio de la demandada, violación al principio de congruencia porque el juez *a*

quo encuadró la acción como una locación de obra hecho no propuesto por las partes.

Las partes sostuvieron que era un contrato de compraventa y que los pretensores no invocaron la existencia de ruina.

Aparentemente y como lo plantea en su memorial, *prima facie* asistiría razón al recurrente, ello sin perjuicio del análisis que efectuaré seguidamente.

Estructuran la queja en la incongruencia del fallo, en este tópico, considero que pudiendo repararse por esta vía de apelación los vicios como defectos de la sentencia, que hacen carecer de sentido decretar la nulidad del fallo frente al planteo de incongruencia efectuado por la apelante (ver en este sentido a Falcón E. Colerio, J., "Tratado de Derecho Procesal…", T. VIII, pág. 339, ed. Rubinzal Culzoni-2009).

No es vano recordar que cuando un expediente llega a la Cámara de Apelación en virtud de un recurso, es la Alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde entonces la misma posición que tenía el juez de la primera instancia; le corresponden idénticos deberes y derechos (C.S.J.N., 2-11-95, *in re* "Miguel, Lorenzo c/ Estado Nacional"; "Sandler, Héctor c/ Estado Nacional", Rep. El Derecho, T. 30, pág. 1072, no. 21). La alzada tiene la posibilidad de analizar nuevamente la demanda, y la prueba. Por lo cual y en atención al principio *tantum de apellatum quantum devolutum*, he de retrotraerme al inicio del pleito, en la precariedad del planteo efectuado por los accionantes, que fue detallado de insuficiente por los demandados en su escrito de responde aun así surge palmaria la pretensión, de la lectura de fs. 39/51 y de la remisión

a la prueba anticipada (fs. 53vta. del expte. 1226/2002 "N… c/ O… s/ prueba anticipada") al mencionar bajo el titulo "Antecedentes" que el demandado vendió a los actores, e indica el precio, el inmueble a estrenar, con fecha octubre 2001 y seguidamente al referirse a "la existencia de vicios" menciona que tomó posesión en el mes de noviembre del mismo año. Los mismos encabezamientos, obran en el conjunto de afirmaciones del libelo de inicio, son contestados, previo planteo que efectuó de la excepción de prescripción, quedando entonces encuadrada la litis.

Llegó firme a esta instancia la Sentencia Interlocutoria de Cámara nro. 195/2008 de fs. 180/187 al referirse a la adquisición del inmueble, no existió otro elemento a considerar fuera de la compraventa que corresponde aplicar la normativa de la Ley de Defensa al Consumidor (Ley 24240). Ahora bien, los reclamantes dejaron en claro que no habrían de entablar una acción redhibitoria. Es decir, no postulan ni la rescisión de la compraventa ni la "quanti minoris".

Que no obstante la defectuosa demanda, parece no recordar la apelante, que el ordenamiento jurídico funciona como un todo en el ámbito pleno de toda nuestra República, por consiguiente le es aplicable el régimen de responsabilidad por daños del art. 40 de la Ley 24240 (incorporado por Ley 24999 art. 4°).

"…el art. 11 de la Ley (24240) protege al consumidor y sucesivos adquirentes…", por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento", es decir no solo los vicios ocultos, sino también los que son

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

aparentes, dándole un amplio marco de protección a la parte más débil de la relación de consumo, entendiendo que el fabricante no debe ignorar los defectos".

"En suma, el consumidor se halla protegido por los vicios redhibitorios por el régimen más restringido del Código Civil y a la vez por estos vicios o los aparentes por el establecido en la Ley de Defensa al Consumidor" (Piccaso-Vazquez Ferreyra, "Ley de Defensa al Consumidor…", t. 1, pág. 216/217).

El consumidor cuenta con una protección adicional al régimen ordinario –civil-, cuestión ya definida en el pleito.

Si bien el carácter de orden publico de la LDC, establece un sistema abreviado de tramitación de los conflictos, la doctrina ha entendido que "debe imperar el criterio de eficacia (art. 42 CN) sobre el carácter de brevedad (art. 53 LDC)y permitirle al juez en su carácter de director del proceso, determinar ante una petición expresa de las partes el proceso que garantice el derecho de defensa" (Picasso-Vázquez, "Ley de Defensa del Consumidor", t. I, pág. 659, La Ley—2009).

No existió en la especie dicha petición, no obstante llegó firme a esta Alzada el procedimiento acordado por el juez *a quo*.

Ligado irremediablemente este cuestionamiento del apelante al segundo agravio, es la normativa aplicable al caso que el quejoso entendió erróneamente correspondían los concernientes a los vicios redhibitorios ignorando lo ya decido por esta Alzada. Con lo dicho precedentemente quedó cerrado el tema.

A mayor abundamiento agrego: "Una cuestión diferente en orden a las facultades judiciales

relativas al encuadramiento normativo de la pretensión resarcitoria. Al respecto coincidimos con Kemelmajer de Carlucci en cuanto a que el juez en las acciones de daños cuenta con amplias facultades para subsumir los hechos en el derecho aplicable; por ello, en caso que las partes del litigio hubieren invocado el derecho común, podrá el tribunal aplicar el art. 40 especialmente atendiendo al carácter de orden publico de la Ley 24240" (autor y obra citada, pág. 502).

Por último, la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda es objeto de protección de la Ley de Defensa al Consumidor (*cf*. art. 1 inc. c de la Ley 24240). El conjunto de normas que configuran el sistema de defensa a consumidor determina un régimen especial a aplicar a los denominados contratos de consumo y estando incluida la contratación inmobiliaria en dicho régimen resultan operativas las normas de protección previstas en la legislación (Dial BGB8C).

El último agravio es el monto condenado.

Dice que el juez *a quo* tomó en cuenta lo dictaminado en el informe del perito que se produjo diez años después, que debió tomar en cuenta la pericia realizada en la prueba anticipada, expte. 445/05.

Agravándose el monto tomado por el juez *a quo* con los intereses de catorce años, tema este que abordaré *in fine*.

La pericia del Ing. Á. del expte. de prueba anticipada fue impugnada por la propia actora, lo que quedó diferido a la etapa probatoria en el expediente principal.

En ella se detallaron los desperfectos, lo materiales y mano de obra para reparar, los mismos fueron constatados en ese pleito con mayores detalles y

precisiones.

La pericia efectuada como prueba anticipada, en la vivienda extrajo valiosas conclusiones para dilucidar la existencia de daños en el inmueble (desperfectos y deficiencias que no la hacen confortable ni apta) y a su responsable que lo corroboró en la etapa probatoria en estos actuados. Concordante con ello estableció el monto del daño a reparar según los desperfectos verificados al momento de producirse el dictamen para que la vivienda reuniera las condiciones de confortabilidad adecuadas.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Destaco algunas de las contestaciones brindadas por el perito a fs. 501/503 en la audiencia de pedido de explicaciones, en respuesta a la primera pregunta señala: "la fisura se puede ver en todo el cielorraso... continúa diciendo que hay fisuras que estarían denotando problemas relacionados con la losa directamente que evidencian un movimiento diferencial de la losa, que las fisuras existen".

En respuesta a la pregunta 3 de dicho pedido de explicaciones cuando hace referencia a la humedad, descarta la antigüedad de la vivienda al momento de la pericia y dice "falta de colocación de hidrófugos... mala aislación de la carpintería y la mampostería, también se manifiestan fisura en el revoque de las paredes de cemento" detalla como causas "revocar en días de viento, mala dosificación de la mezcla, mano de obra sin experiencia".

También dijo la ingeniera perita que puede ser que los problemas de las aberturas sean por causas internas de las mismas y que en ese caso debió haberse indicado cuál era el mantenimiento específico que correspondía

en pocas líneas, que no lo hizo.

Aclara que una cosa es cargar sobre vigas y otra la deformación.

Sobre el deterioro del material para el sector del termotanque su aspecto de material de instalación viejo, dice que debe durar 15 años (reitero lo dicho en el informe).

La falta de material hidrófugo fue señalado, en el informe pericial, en la pared del dormitorio que colinda con el vecino. La insuficiencia de las canaletas queda explicada y remite a las fotos del dictamen. Detalla que desbordan las canaletas, se traduce en manchas de humedad de las paredes del dormitorio 07.

La fuerza probatoria que emerge del dictamen pericial demuestra que la vendedora (además fue constructora) no ha cumplido adecuadamente sus deberes legales de protección de la seguridad y de los intereses económicos del consumidor, obligaciones que surgieron con el contrato de compraventa y que su incumplimiento la tornó en responsable, de lo que nada dice el apelante demandado, sobre todo tengo en cuenta que el vendedor había sido el constructor, deviene inadmisible la posibilidad de aceptar desconocimiento en cuanto a la mano de obra y materiales empleados.

Así detectó la existencia a fs. 438vta./439 en el living comedor, ”deterioros por defectos de mano de obra”… ”fisuras en los muros… causa de origen patologías derivadas de deficiente ejecución”... termotanque... reciclaje de accesorios para la instalación” (fs. 439vta.)”... imperfecciones en el piso” (fs. 440).

En la ampliación de fs. 475/478 dice la perita que

continúan las mismas fallas, arribando a los mismos montos de reparación, presentado el informe con fecha 8-mayo-2012.

Continua detallando los problemas arribando a la conclusión que al día de la pericia continúan las fisuras. Es importante destacar lo que dice respecto de problemas estructurales, que no deberían llegar a tenerse, "de todas formas es de esperarse que la vivienda ofrezcan durabilidad estabilidad y confort no cumpliéndose este ultimo aspecto". El experto añade que en la vivienda se detecta "falta de calidad de obra y un trabajo no delicado dentro del arte de construir, con evidente falta de detalles de terminación y hasta defectos constructivos", afirmación que ilustra con las fotografías acompañadas a fs. 442/443. La constructora vendedora no ha cumplido adecuadamente sus deberes legales de protección de la seguridad y de los intereses económicos del consumidor, obligaciones que nacieron con el contrato y cuyo incumplimiento torna responsable a la codemandada.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

La doctrina ha delimitado al referirse al art. 40 de la LDC: "Cabe señalar que la cuestión presenta especial interés en aquellos casos en los cuales el consumidor pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios, puesto que si bien solo persigue el cumplimiento en especie, o la sustitución de la prestación originaria, o la reparación del defecto que se evidencia en la cosa o la resolución del contrato, ninguna duda cabe sobre la exclusión de esas pretensiones del ámbito del art. 40 LDC. Tampoco de resarcimiento sustentada en la norma recién citada. En esta línea de razonamiento cabe reconocer que el art.

10bis en su último párrafo, señala que todas las acciones conferidas al consumidor en dicha norma se otorgan "…sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan". Por su parte el art. 17 afirma que cualquiera seas la acción intentada por el consumidor frente al defecto de la cosas adquirida la opción no impedirá "…la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieran corresponder". La pregunta obligada frente al cuadro normativo es qué diferencia puede trazarse entre esas pretensiones resarcitorias y las emergentes del art. 40. La respuesta no resulta sencilla, dado que la proximidad entre esas acciones se acrecienta si admitimos que todas ellas son expresiones de la objetivación de la responsabilidad en el ámbito del derecho del consumidor y, que por tanto, quedan habilitadas sin necesidad de acreditar culpa o dolo del proveedor. Tampoco es posible marcar una diferencia en orden a la extensión del resarcimiento, ya que el principio de reparación integral se encuentra afianzado en el estatuto de defensa al consumidor" (Picasso, ob. citada, pág. 503, T. I).

El mismo autor hace referencia a los arts. 10 y 40, el primero de ellos se refiere a las acciones por incumplimiento del contrato que habilitan la reparación del daño intrínseco y extrínseco. El 40 contempla los casos de los daños en el consumidor en su persona y bienes derivados del defecto o riesgo de la cosa o de la prestación.

Se desprende de la demanda que los actores reclamaron la reparación de los defectos, aun no habiendo efectuado tal distinción en el libelo de inicio, en que reclama un monto estimativo por los

defectos que detalló y que fueron comprobados en el curso del proceso como se detalló en párrafos precedentes. Cabe recordar finalmente, que el sistema estructurado por la ley en forma coherente privilegia al defecto del producto como presupuesto fáctico de atribución de responsabilidad. A lo que agregó la reparación por los daños morales. Como dije al inicio, ya superado el pleito se enmarcó en el régimen de la Ley 24240. Lo que lleva a la confirmación de la sentencia en cuanto condena al demandado.

El apelante dice que no sufrió ningún daño moral, y que las meras molestias no lo constituyen. Desde este planteo si bien el agravio poco argumento brinda, tengo en cuenta las declaraciones testimoniales de fs. 333 sobre la carecía de gas, tenía que solucionar su situación en forma precaria, con una "garrafita", también se desprenden de los dichos que llovía adentro de la habitación. No considero estos inconvenientes como meras molestias, la familia se mudaba a una casa nueva, es obvio la expectativa sobre la confortabilidad que esperaban vivir y que no fue la obtenida.

Por otra parte, y respecto del daño moral reclamado, debe ponderarse, en los casos de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios, como lo dispone el art. 10 bis y el art. 17 de la Ley 24240, puede reclamarse en todos los casos el resarcimiento de los daños que el consumidor haya sufrido.

Dicho esto, y toda vez que la queja representa una simple disconformidad subjetiva con lo decidido por el juez *a quo*, la desestimo.

Por todo lo señalado, y mis argumentos expuestos, confirmo el fallo en cuanto a la condena.

Con relación a la queja, tratándose de responsabilidad contractual debo advertir que los daños en su *quantum* en el caso de autos, el incumplimiento ha quedado verificado desde que se determinaron a partir del momento de la prueba pericial 8 de mayo de 2012, por lo que recepto parcialmente los agravios en el ítem y modifico el fallo.

Por último, resta decidir sobre la apelación de la regulación de los honorarios de los letrados Dres. L. F. M. y P. F. T. de fs. 548/550 efectuada en la instancia de grado.

Considero que asiste razón a los apelantes en orden a lo establecido en el art. 46 de la ley arancelaria, puesto que no se han efectuado los cálculos de los intereses en la liquidación a practicarse por lo que asientan su queja porque debían haberse fijado en forma porcentual, habida cuenta que no se ha establecido el monto del proceso en forma definitiva. Por lo cual hago lugar al recurso. Tengo en cuenta las pautas establecidas en la Ley XIII nro. 4 (arts. 5 a 9) y establezco los honorarios de los profesionales apelantes en un 20% de la suma que resulte en definitiva de la liquidación a practicarse.

Las costas de la instancia de grado y de esta Alzada, las impongo a la demandada apelante por considerar que el principio objetivo de la derrota no se ve alterado por la recepción parcial de los agravios (art. 69 y art. 282 CPCCCh). Difiero la regulación de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

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

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada.

2) Receptar los agravios de los letrados de fs. 548/550.

3) Modificando la sentencia venida en crisis exclusivamente en la fecha a partir de la cual comienzan a computarse los intereses dispuestos por el juez *a quo*; según considerando respectivo, corren a partir del 8 de mayo de 2012, y el punto 2 del fallo fijando los honorarios de los Dres. L. F. M. y P. F. T. en el 20% de la suma que en definitiva resulte condenada.

4) Costas de ambas instancias a la demandada apelante. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia y en esta alazada según considerando respectivo.

5) Tener presente la reserva formulada.

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 quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) Apelan la regulación de honorarios profesionales, por derecho propio los Dres. L. F. M. y P. F. T.a fs. 548/550.

I.B) A fs 566/575 expresa agravios el demandado apelante, corrido el pertinente traslado de dichos agravios a fs. 576, el mismo fue contestado por la parte actora a fs. 577/585vta.

I.C) A fs. 555 la perita, por derecho propio, consiente expresamente la sentencia de fs. 541/545.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

I.D-1) En cuanto a los agravios expuestos por la apelante demandada en el pto. IV (fs. 569vta./571), se ha de precisar que es criterio de nuestro más Alto Tribunal Provincial, desde larga data, que no se infringe el principio de congruencia, toda vez que la calificación jurídica de los hechos de la causa y su subsunción, es facultad privativa de los jueces, independientemente de la invocación por las partes, conforme lo dispuesto por el Código de Procedimiento, y el principio *iura novit curia* (STJCh, 22-12-1986, Sentencia Definitiva, ”Flores, Rodolfo c/ Swidzinski, Guillermo Enrique y-u otra y-o quien resulte responsable s/ Laboral”), y asimismo: ”Si en lo referente a la sustentación jurídica el principio de congruencia no rige respecto de las normas legales, es consecuencia de que en nuestro sistema, el juez las debe aplicar de oficio, y por lo tanto su invocación por las partes no constituye un presupuesto procesal” (STJCh, 07-03-1995, Sentencia Definitiva, ”Claverie, Nelly Haydeé en autos: Banco del Sud S.A. c/ Claverie, Nelly H. s/ Juicio Ejecutivo s/ Incidente de Nulidad)".

En este orden de ideas se ha expresado esta Sala B de la Cámara de Apelaciones cuando ha dispuesto que si bien es cierto que en la estructura del proceso debe primar el principio de congruencia en torno a la petición de las partes y la decisión expresa en tal sentido por el sentenciante, no menos cierto es que de acuerdo al segundo párrafo del inciso 6° del artículo 163 del Código Procesal (hoy art. 165 inc. 6to. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-), autoriza a los jueces

a hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos en la sustanciación del juicio que se encuentren debidamente probados (07-06-00, Interlocutorio, “P. A. SRL en autos "T. C. S. A. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Acción de Amparo"; ”C., R. A. y-u Otros s/ Recurso de Queja”, 08-09-00, Interlocutorio, ”M., M. G. c/ S. R. d. L. y F.d. l. P. s/ Incidente de Embargo Preventivo); STJCh, "S., E. R. y O. c/ F. S. S.A.", expte. 16.009/S/97; en sentido similar se ha expedido la Sala A de esta Cámara de Apelaciones, 05-11-1998, Sentencia Definitiva en autos caratulados: ”C., G. d. C. y Otro c/ R. S.R.L. s/ Indemnización por Despido”) cuando expresa: ”En relación a la interpretación de las normas, a fin de cumplir con la manda constitucional de afianzamiento de la justicia, el art. 16 del Código Civil puntualiza que el juez debe atenerse a las palabras y al espíritu de la ley. Al respecto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "la primera regla de la interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma”.

Es convencimiento de la suscripta en lo atinente a la interpretación que de las leyes efectúe el juez, que este tiene el mandato esencial y constitucional de realizar la justicia en los casos que caigan bajo su jurisdicción, por lo tanto, la interpretación de la ley que haga debe estar ordenada a ese objetivo. Y es la recurrencia a la equidad lo que salvaguarda la justicia en el caso concreto (*cf*. crit. STJCH; 16-06-1995, Sentencia Definitiva, “Antoun, Néstor Felipe c/ Banco de la Provincia del Chubut s/ Diferencia de Haberes e

Indem. de Ley”).

Ello así, ya que conforme a la regla "iura novit curia" los jueces tienen no solo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Por lo tanto, sin perjuicio de lo que opinen las partes, el juez como calificador e intérprete, debe analizar y determinar los efectos de los actos cuya existencia se invoque basado en la voluntad de aquéllas y en la estructura jurídica de la hipótesis concreta en comparación con las leyes en vigor, imponiéndole el referido principio "iura novit curia" el deber de dirimir la litis según el derecho aplicable con prescindencia de los planteos de los justiciables.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia provincial cuando ha determinado: ”El análisis que corresponde efectuar al juzgador de Primera Instancia, aún sin petición de parte, es sobre si están cumplidos o no los presupuestos necesarios que hagan viable la reclamación del actor, pudiendo interpretar tanto los hechos como las pruebas producidas y debiendo también aplicar el derecho que corresponde al caso, para lo cual por el principio *iura novit curia* no está vinculado por el que fuera alegado por las partes (STJCh, 03-08-1999, Sentencia Definitiva; “A. B., P. E. y Otros c/ P. S.A. s/ Demanda Laboral -Haberes e Indemnización de Ley-”).

Por los entendimientos expuestos corresponde no

hacer lugar a lo solicitado por el apelante demandado. (fs. 569vta./571).

I.D-2) En cuanto a los agravios expuestos por el apelante demandado a fs. 571/572, he de seguir el entendimiento de la distinguida colega preopinante en cuanto a las facultades que tiene la alzada de analizar nuevamente la demanda y la prueba y haciendo de aplicación el principio *tantum apellatum quantum devolutum*.

Advierto, asimismo, que por mayoría, en el expediente caratulado: "O. F. y Otra c/ O., P. N.", nro. 444, f. 8 año 2005, Letra "N", mediante sentencia interlocutoria nro. 195 del 01/12/08 (fs. 180/ 187) de esta Sala B, ha quedado firme que la decisión a tomarse en el presente caso ha de hacerse a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor en virtud de la naturaleza de orden público que detenta la misma (art. 65 Ley nro. 24240). En este sentido los Dres. Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten – Directores – en la obra "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Defensa del Consumidor", Tomo I – La Ley, pág. 654, edic. 2da. quincena de julio de 2011; han sintetizado como derechos del consumidor, pto. 8: "La declaración de orden público de la normativa del consumidor como forma de imponer una legislación por sobre toda otra que no constituya una ventaja comparativa con esa protección".

Según el cuerpo normativo indicado, la relación de consumo está vinculada a una operación jurídica cuya causa-fin es el consumo: adquirir o utilizar bienes o servicios como destinatario final y en ella intervienen, por un lado los consumidores o usuarios y, por el otro, los proveedores. El art. 1° del plexo en examen define qué se entiende por consumidor, a la vez

que extiende dicho concepto a los usuarios, remarcando que se trata de personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatarios finales en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La voz proveedor, entiende Lorenzetti, "alude a todo el sector oferente de productos y servicios, siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo", quedando incluidos aún quienes lo hagan de manera ocasional.

No se halla en discusión (demandada - fs. 39vta.) y contestación de demanda (fs. 69) que con fecha 10/10/01 los actores y el demandado celebraron un contrato de compraventa de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal e identificado como unidad funcional número uno, perteneciente al "consorcio de P. E. . R. nro. **** y nro. *** del B. J. ***** de Comodoro Rivadavia.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Es entendimiento de la suscripta que la normativa legal aquí aplicable predica que todos aquellos que participan en la oferta de bienes y servicios en el mercado, deben sujetarse a las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

Más aún cuando ha sostenido la jurisprudencia: "Pese a lo dispuesto por el art. 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria para perseguir el resarcimiento de los daños que le ha causado el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto. Por el contrario, la posibilidad de reclamar la reparación de tales daños se encuentra

expresamente establecida en el art. 10 bis in fine de la LDC, que la consagra de manera autónoma y sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción. Así las cosas, el desistimiento de la acción redhibitoria en el sublite en nada obsta a la procedencia de la pretensión indemnizatoria, en los términos del art. 10 bis de la LDC. ” (Expte. 21776/2001 – “Núñez Cortes Liliana Beatriz y Otro c/ Edificio Seguí 4653 S. A. y Otros s/ vicios redhibitorios” – CNCIV – SALA A – 20/02/2014: elDial.com - AA8652, publicado el 14/04/2014).

Cabe consignar que al momento de exponer las circunstancias fácticas englobadas en su pretensión, los actores hicieron mención a los inconvenientes desencadenados en la obra; pero también expresaron claramente que una vez alojados en la vivienda comenzaron a percatarse de los problemas constructivos y edilicios del inmueble.

Las características de las anomalías manifestadas y detectadas en la prueba pericial técnica en construcción efectuada por la ingeniera en construcción Paula Andrea Ramos, producida a fs. 438/447, ampliación de pericia técnica (fs. 475/479) y clarificadas en la audiencia de pedido de explicaciones (fs. 501/503vta.) dan cuenta de deficiencias de carácter evolutivo y progresivo, pudiendo solo ser descubiertas por el transcurso del tiempo y con el uso de la vivienda, siendo tales circunstancias de estrecha incidencia en el tratamiento y decisión de los presentes agravios.

Es entendimiento de la suscripta que en materia consumerista la obligación de seguridad pasa a ser tan principal, como la calificada de ese modo desde la óptica contractual. Más aún, el consumidor o

eventualmente el usuario o víctima, advertido de que el empresario no ha adoptado las medidas dirigidas a cumplir con tal cometido, se encuentra legitimado para obligar al responsable a mantenerlo indemne respecto de su persona, bienes o cosas de su propiedad.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

La Corte Suprema ha entendido: "La responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio "alterum non laedere", entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no la arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier decisión jurídica".

Considero de aplicación dentro del espíritu de la Ley de Defensa al Consumidor el concepto de las cargas probatorias dinámicas poniendo la demostración de ciertos hechos a cargo del proveedor y la de otros a cargo del consumidor. Dicha consideración es abonada de tal modo en criterios de justicia, inscribiéndose en la búsqueda de la verdad real, como quehacer compartido por las partes de una controversia. Cada uno trata de convencer al juez sobre la verdad de lo que conoce, aprehendiendo también lo relativo a la facilidad o a la dificultad de las pruebas. En las obligaciones que implican una "datio" es siempre necesaria la colaboración del acreedor, ya que el deudor debe "entregar" y él "recibir" y solo mediante la actuación

conjunta de los sujetos de la obligación puede verificarse su cumplimiento. Ante la dificultad de acreditar lo que ocurrió al momento de la construcción de la vivienda, resulta más fácil para quien lo recibe reunir pruebas atinentes a los desperfectos verificados. En este sentido la parte actora, conforme emerge del análisis precedentemente expuesto de la pericial técnica ha cumplido con la acreditación de los daños que ha sufrido en el inmueble objeto de compraventa.

Por los fundamentos expuestos arribo a la convicción que deben rechazarse los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 571/573 y, en consecuencia, y por las razones dadas en el presente voto, confirmar la decisión del juez en este sentido.

I.D-2) En lo atinente los agravios planteados por el apelante demandado con carácter subsidiario respecto al cómputo de intereses fijado por el juez *a quo* (fs. 573/vta.) considero que asiste razón al mismo, ya que los montos estimados por la perita técnica en construcción son los existentes a la fecha que dicha perito efectuó el dictamen, razón por la cual y teniendo en cuenta que no ha de incurrirse en un enriquecimiento ilícito considero que debe revocarse la decisión arribada por el juez *a quo* y fijar los intereses -a la tasa fijada por el juez- a aplicar sobre la condena desde el día 08/05/12 (fs. 479) y hasta su efectivo pago, revocando en dicho aspecto la decisión tomada por el juez *a quo*.

I.D-4) Respecto al agravio sobre la decisión del juez *a quo* de hacer lugar al daño moral solicitado por los coactores (fs. 574vta./575), el mismo es procedente, así lo tienen expresados los doctrinarios

Dres. Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten –Directores– en la obra "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Defensa del Consumidor", Tomo I – La Ley, pág. 336, edic. 2da. quincena de julio de 2011 cuando dicen: "Además podrá reclamar (el consumidor) el daño moral que le ha generado la situación (art. 522 del Código Civil) con la diferencia que al tratarse de un hecho notorio en las relaciones de consumo, donde el adquirente hace una tasa de sacrificio (variable e intensa en función de menores recursos socioeconómicos) no es necesaria la prueba de la procedencia, pues juega la presunción a favor del consumidor (art. 3 LDC) y la misma es de orden público (art. 65 LDC).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Por los entendimientos expuestos corresponde no hacer lugar a los agravios planteados por la apelante demandada a fs. fs. 574vta./575 y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.E) Apelan la regulación de honorarios profesionales, por derecho propio, los Dres. L. F. M. y P. F. T. a fs. 548/550, teniendo presente que el art. 46 última parte de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15 prevé específicamente que en los juicios susceptibles de apreciación pecuniaria, el tribunal deberá efectuar la regulación en términos porcentuales, con sujeción a los arts. 6 y 18 de la ley, siento a los efectos regulatorios la clasificación de los trabajos se realiza con un criterio objetivo, que atiende al interés a favor del cual la labor que es objeto de aquélla y que la norma arancelaria (arts. 5 a 9) establece las pautas a tener en cuenta para la determinación de los honorarios profesionales, entre ellas, el monto del proceso, la naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido y su

relación con la gestión profesional, etapas cumplidas, entre otras, pues la regulación tiene por efecto apreciar dicha actividad y traducirla en una suma de dinero cuando finaliza el proceso o cuando las etapas procesales lo admitan, sumado a que el art. 6 establece que cuando se tratare de dinero o bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, los mismos serán fijados entre el 11% y el 20% del monto del proceso. Advirtiendo tal como lo señalan los apelantes a fs. 549 que en el presente caso no se ha practicado liquidación de los intereses con lo cual no está determinado en forma definitiva el monto del proceso, son todas razones por las cuales corresponde hacer lugar a la apelación por derecho propio efectuado por los Dres. Dres. L. F. M. y P. F. T. a fs. 548/550, revocar en este sentido la sentencia de fs. 541/545 parcialmente en el pto. 2do. del fallo fijando los mismos, conjuntamente, en un veinte (20%) por ciento de la suma que en definitiva resulte condenada.

I.F) Teniendo en cuenta lo decidido en el presente voto, las costas tanto de primera como de segunda instancia son impuestas a la parte demandada apelante vencida, ya que en el único punto que le fue recepcionado el agravio no modifica sustancialmente su calidad de vencido (art. 282 y 69 Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores

-Dig. Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria final de la colega preopinante Dra. Graciela Mercedes García Blanco, por los argumentos dados por la suscripta y entender que esta parte del voto no está comprendida dentro de las premisas prescriptas por el art. 169 de la Constitución Provincial, a la misma adhiero en la parte en que he tenido que decidir.

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

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

SENTENCIA:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada de fs. 566/575.

2) Receptar los agravios de los letrados de fs. 548/550.

3) Modificar parcialmente la sentencia venida en crisis de fs. 541/545 en la fecha a partir de la cual comienzan a computarse los intereses dispuestos por el juez *a quo*, los que corren a partir del 8 de mayo de 2012, y modificar el punto 2 del fallo, fijando los honorarios de los Dres. L. F. M. y P. J. F. T., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%) de la suma que en definitiva resulte condenada, con más el IVA si correspondiera.

4) Costas de ambas instancias a la demandada apelante.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los letrados de la parte actora conforme lo decidido en el punto 3 del presente fallo, a los Dres. M. D. V. y M. L. B., conjuntamente, en el quince por ciento (15%) y a la perita ingeniera P. R. en el tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. L. F. M. y P. J. F. T., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y de los Dres. M. D. V. y E. F. C., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Tener presentes las reservas formuladas.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara