

Propiedad horizontal: El derecho-deber inalienable e insustituible de deliberar en una asamblea (\*)

Por CARLOS DANIEL BARCIA

Se presenta la actora ante el Juez de Primera Instancia, en su carácter de titular de una unidad funcional en la cual funcionaba su consultorio médico especializado en oftalmología, y solicita se condene al consorcio de propietarios a disponer lo necesario para el libre acceso de sus pacientes en los días de atención profesional, y ordene la conexión del portero eléctrico y la restitución de los matafuegos a sus lugares correspondientes.

La demanda fue rechazada, apelando la actora ese decisorio.

Previamente, motivo determinante del litigio, el consorcio habrá resuelto la supresión del portero eléctrico del edificio. Esta "decisión" se tomó de la siguiente manera: con una nota suscrita por todos los propietarios, que en la mayoría de los casos se realiza mediante consulta a cada uno de ellos, los cuales adhieren individualmente, firmando al pie de la propuesta.

¿Es válida esa forma de decisión del consorcio? la Cámara se inclinó por la negativa.

El art. 10 de la ley 13512, en su parte pertinente dice expresamente: "los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos..". El órgano máximo por medio del cual se expresa la voluntad común de todos los copropietarios es la Asamblea. Este organismo se reserva todas las facultades no delegadas al administrador sin perjuicio de que también posee éstas, al ser el administrador un mandatario del consorcio, por tanto su mandante no puede dejar de tener a su vez las propias prerrogativas y derechos de aquel (cfr. GABAS, Alberto Aníbal, Manual teórico práctico de propiedad horizontal, Ed. Hammurabi, 1994).

En las asambleas se debe resolver cualquier asunto atinente al consorcio, su vida y desenvolvimiento, o cualquier tema de interés común. La supresión del portero eléctrico, considerado como servicio común es de competencia natural de la Asamblea.

Durante la misma, los copropietarios exponen sus ideas, las que son debatidas y previa deliberación se resuelve en consecuencia. Ese derecho-deber de deliberar y resolver es insustituible. Es la única manera por la cual la Asamblea puede expresarse.

En virtud del artículo mencionado. de jurisprudencia (CNCiv., Sala B, 13/5/61. LL, 106-70: CNCiv. Sala F, 13/6/67, LL 128-772) y también del fallo que comentamos, no se puede reemplazar la Asamblea por el procedimiento tomado por el consorcio demandado. Claramente se vislumbra que viola el derecho-deber insustituible e inalienable de deliberar y resolver en una asamblea constituida, de acuerdo con el Reglamento de Copropiedad y Administración y con la ley.

Por ello la Cámara revocó el fallo de primera instancia y resolvió la conexión del portero eléctrico, a pedido de la actora. a fin de que en el horario de atención del consultorio, ésta pueda recibir a sus pacientes. sin implicar con ello un gasto desproporcionado con respecto a los otros consorcistas, como sería acompañar hasta la puerta a cada paciente para que este pudiera retirarse.

Desde el punto de vista notarial, este fallo es de gran ayuda ya que los escribanos somos requeridos en infinidad de ocasiones a fin de constatar asambleas de consorcio. Y en el caso de que seamos requeridos para otro tipo de procedimiento (por ejemplo certificación de las firmas de cada copropietario en la nota de adhesión a alguna propuesta que deba decidirse en asamblea) es nuestro deber asesorar debidamente a nuestros requirentes, ya que dentro de la función del notario latino tenemos el deber de asesoramiento que “es una faceta dentro de la relación juridiconotarial que se encuentra dentro del campo contractual configurando una obligación de resultados”. (Cfr. .Armella y otros, Función Notarial y Responsabilidad, Revista Notarial, pág. 413).

## VIII.

### VICIOS REDHIBITORIOS. Acción quanti minoris. Prescripción. Cómputo de plazo.

Doctrina: 1) Constatado el vicio interno de la cosa (art. 2164 Cód. Civil, se abre para el adquirente una opción entre dos acciones: puede dejar sin efecto el contrato, mediante la acción redhibitoria o resarcitoria, restituyéndose las partes las prestaciones recibidas; es decir, el comprador deberá restituir la cosa al vendedor y este último el precio cobrado, o bien, por medio de la acción estimatoria o quanti minoris (art. 2174 Cód Civil), puede exigir la disminución del precio ateniéndose al menor valor que deba atribuirse a la cosa viciada.

2) las consecuencias de los vicios redhibitorios deben ser soportadas por el garante-vendedor. Pero para que pueda ser garantizado, es necesario que los defectos de la cosa reúnan una serie de requisitos; deben ser: a) ocultos, b) importantes y c) además deben existir al tiempo de consumarse la venta.

3) la expresión "daños y perjuicios" no es técnicamente apropiada para aludir a la disminución del valor de la cosa que determina el vicio oculto, pero lo que gravita decisivamente en el caso para calificar la acción, es que el perjuicio -en sentido lato- que la motiva proviene de un vicio oculto (art. 2164 Cód. Civil) y que la "reparación" que se reclama consiste, precisamente, en el importe que debió abonar el comprador para subsanar ese vicio (art. 2174 Cód. Civil).

4) Resulta clara en consecuencias que en este caso, no cabe pronunciar condena por daños y perjuicios contra la demandada. El art. 2174 autoriza al comprador "para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio ", opción que la autora ha ejercido en autos a través de la acción estimatoria.

5) No se trata de medir daños y perjuicios derivados de la existencia de los vicios, sino de definir la medida en que estos han disminuido el valor de la cosa, extremo que, ante la ausencia de prueba directa, deberá ser apreciado en función del "costo de los trabajos" realizados para subsanar el vicio o defecto.

6) Si bien los vicios de la cosa dejarían de ser ocultos cuando son aparentes sus consecuencias (arts. 2164, 2170 y 2173 Cód. Civil), las particularidades que ofrece el sub lite, excluyen esa conclusión.

7) Cuando el vicio no puede detectarse en si mismo y sólo es visible alguno de sus efectos, para que estos quiten el carácter de oculto de aquel, tienen que ser unívocos, es decir, ser manifestaciones evidentes de la causa que los provocan. Cuando son equívocos, pueden admitir varias causas y no pueden considerarse reveladores del vicio.

8) la prescripción no puede considerarse en curso hasta que no se caracterice el caso como vicio redhibitorio.

9) Resulta que el vicio redhibitorio en que se funda la demanda fue ignorado por el actor hasta el 27 de abril de 1981; ignorancia excusable, pues no habría sido superada empleando los cuidados razonables propios de un comprador diligente, como lo demuestra el hecho de que el defecto no fue advertido por los técnicos que revisaron la obra antes que los especialistas en estructuras.

10) Si bien es más preciso decir que la prescripción nace con el contrato de compraventa y tradición de la cosa (Arg. art. 3956 Cód. Civil), la solución no varía en la medida en que no se manifiesta el vicio oculto latente en la cosa, existiendo para el comprador imposibilidad de ejercer las acciones, lo cual lo coloca al amparo del art. 3980 del Código Civil, que autoriza a los jueces a liberar al acreedor (en el caso al comprador) de la prescripción cumplida si después de haber tenido conocimiento del vicio hubiere hecho valer sus derechos en el lapso de tres meses.

11) Aunque la dilucidación del transcurso de la "prescripción" fuere dudosa, es preferible la postura que favorece la subsistencia del derecho, conforme a la nutrida doctrina y jurisprudencia de que ese instituto debe ser apreciado con criterio estricto.

12) Operada la caducidad del artículo 1647 bis del Cód. Civil, que apunta a la responsabilidad de la empresa constructora, debe destacarse que mientras la prescripción liberatoria se funda en el interés supraindividual de definir situaciones pendientes en un lapso lógico, la caducidad halla fundamento en la particular índole del derecho que caduca en el plazo fijado.

13) El término de prescripción comienza su curso cuando el vicio sea descubierto o se haya hecho aparente o bien desde el momento en que se percibió o se estuvo en condiciones de tener conocimiento de su existencia (del voto del Dr. Butty)

14) la racionalidad del régimen civil de la redhibición en lo tocante al dies a quo del término para aducirla -que conforme a los dictados de la razón universal es establecido en el momento de la manifestación del vicio- supone en el adquirente la debida diligencia en obrar frente a dicha manifestación (del voto del Dr. Butty)

15) No puede pasarse por alto el carácter de repartición pública estatal que ostenta la actora, a la que resulta exigible contraído alertamiento frente a circunstancias como la que se ventile en la especie, debiendo en tal caso fijarse como comienzo del término la manifestación marcadamente ostensible de los vicios aducidos, las vibraciones producidas. Admitir la otra postura, en el sentido de efectuar el cómputo a partir del informe técnico, importaría sumir en la indeterminación al plazo legal, legitimando que el denunciante del vicio supedite a la acción de terceros el curso prescriptorio cuando los vicios que aduce ya se han manifestado (del voto del Dr. Butty).

Cámara Nacional Comercial, Sala B.

Autos: "INSSJP c/Dintel S.A., sobre daños y perjuicios"

En Bs.As. a 22 de mayo de 1996, reunidos los señores jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados contra Dintel S.A." sobre daños y perjuicios (expte. N°80147/94); "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" contra "Dintel S.A." sobre incidentes de revisión (expte. N°80188/94); "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" c/"Dintel S.A." sobre incidente de prueba anticipada (expte N°80152/94), venidos para el dictado de sentencia única, en los que al

practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Cód. Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: doctores Butty, Piaggi, Díaz Cordero.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:  
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor juez de Cámara doctor Butty dijo: I.  
A fs. 44 del expediente N° 80.147/94 del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados –por apoderado- promueve la acción quanti minoris prevista por el art. 2174, Cód. Civil, reclamando además el resarcimiento de daños contra Dintel SACIFA. David Kaufman y Néstor Ferdkin(h). Sostiene que el 4 de junio de 1975 adquirió el inmueble sito en Av. de Mayo 801/11 de Capital Federal, del que Dintel SA era propietaria y edificadora. El mismo se encontraba en la última fase de construcción, por lo cual se encomendó a la vendedora, mediante un contrato de locación de obra, la terminación del edificio. Agrega que, a comienzos del año 1981, se detectaron vibraciones extrañas en los pisos superiores, poniendo de inmediato el hecho en conocimiento de la Subgerencia de Recursos Físicos, dependencia que dictaminó que de su inspección no surgía novedad aparente. Luego el personal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, requerido a los mismos efectos, opinó que las vibraciones eran producidas por la torre de enfriamiento de agua del equipo de aire acondicionado instalado en el último piso. Asimismo, la Dirección de Instalaciones Fijas Navales, consultada sobre el tema, opinó que no existían fallas aparentes en la estructura. Dado que las vibraciones persistían, se encomendó un estudio especializado a Consulmacro SA –única empresa que se presentó al Llamado-, que efectuó su primer informe el 27-4-81, de donde surge que: a) no existe concordancia entre la estructura del edificio y lo indicado en planos y cálculos, b) el inmueble no cumple con los requisitos mínimos de seguridad y c) la estructura adolece de graves fallas de proyecto y de ejecución.

En virtud de ello se procedió a desalojar el lugar y a alquilar el inmueble ubicado en Cerrito 740 para la continuidad del funcionamiento de la institución. Argumenta que de las irregularidades mencionadas surge que la demandada ha incurrido en imprudencia, negligencia o culpa grave, que la doctrina asimila al dolo. Puntualiza perjuicios que sufrió en: a) contratación de la empresa Consulmacro SA; b) gastos de mudanza; c) Locación del edificio sito en Cerrito 740, y d) eventual menor valor de venta del edificio en cuestión. Todos ellos sin perjuicio de los no determinados al momento de interponer la demanda. Acompaña a la pieza agregada a fs. 106 el informe final de Consulmacro SA de fecha 12 de agosto de 1981, confirmatorio del preliminar, y sostiene que en esa fecha se produjo la toma de conocimientos de los vicios en cuestión. Interponer sub-sidiariamente acción por ruina total o parcial del inmueble en los términos del art. 1646 del Cód. Civil.

Dintel SA, a fs. 303, contesta la demanda solicitando su rechazo. Recuerda el sismo del que fue protagonista gran parte del territorio argentino en 1977, en el que algunos edificios de la ciudad de Buenos Aires sufrieron fisuras en su estructura y rajaduras en la albañilería; el de Av. De Mayo 801 soportó sin consecuencias tal conmoción. Agrega que no se trata de una construcción en torre, que el proyecto fue realizado conforme a las reglas que rigen las estructuras comunes de altura, siendo ello aprobado por los organismos correspondientes.

Niega que el edificio se encuentre en ruina total o parcial. Opone excepción de prescripción con fundamento en el art. 4041 del Cód. Civil. Sostiene que el curso prescriptorio comienza cuando el vicio oculto se conoce y puede ser conocido, y ello, en el caso, tuvo lugar al comenzar las vibraciones, negando que -como lo pretende la actora- deba computarse desde el informe presentado por Consulmacro SA. Deja planteada la caducidad del art. 1647 bis. último párrafo del

Cód. Civil. En relación con la acción subsidiaria de ruina, por transcurso del plazo de sesenta días allí previsto. los codemandados Jorge Kaufman y David Kaufman comparecen y contestan demanda a fs. 396. Solicitan se tenga por reproducido en su totalidad el escrito de contestación de demanda presentado por la sociedad codemandada. Argumentan, empero, su falta de legitimación pasiva.

A fs. 451 el codemandado Ferdkin contesta la demanda. Solicita su rechazo y plantea excepción de falta de legitimación pasiva.

A fs. 34 del incidente respectivo, la actora promueve revisión de la resolución que declaró la inadmisibilidad del crédito insinuado en la causa "Dintel SA s/convocatoria".

El juez de primera instancia dicta sentencia a fs. 1772/95. desestimando la prescripción y caducidad opuestas por Dintel SA, la falta de legitimación opuesta por Jorge y David Kaufman, el análogo planteo de Ferdkin, y haciendo lugar a la demanda.

Contra la resolución se alzan los codemandados Dintel SA y Jorge Kaufman que expresan agravios a fs. 1810, los herederos del codemandado David Kaufman que adhieren al memorial de fs. 1810 y Ferdkin que presenta su queja a fs. 1843.

Contestan el traslado de los agravios el síndico del concurso preventivo de Dintel SA a fs. 1838 y la actora a Fs. 1861.

Consentido el llamado de autos para sentencia (fs. 1876), queda esta Sala habilitada para decidir.

II. He de considerar en primer término, por razones de precedencia Lógica, el recurso interpuesto a fs. 1802.

Concierne un primer agravio a la desestimación por el juez de la defensa de prescripción opuesta en oportunidad de contestar la demanda (fs. 303) con fundamento en el art. 4041 Cód. Civil. Sostiene el recurrente que la determinación por el a quo del inicio del plazo de la prescripción en la fecha en que la actora tuvo en sus manos el informe "preliminar" de la empresa "Consulmacro SA" es contradictoria con los fundamentos de la propia sentencia relativos a la seguridad, rapidez y claridad en la definición de los derechos de los comerciantes. Agrega que ello importa dejar librado al arbitrio del comprador - desde que resuelve encomendar un informe- la fecha de inicio del susodicho plazo

Adelanto que estimo procedente la queja. En efecto. Encuadrada la pretensión en el art. 2174. Cód. Civil, la normativa del caso (art. 4041) dispone que la acción esté sujeta a un plazo de ejercicio de tres meses. Así las cosas, la cuestión central concierne al momento a partir del cual comenzó a transcurrir el susodicho plazo. los momentos iniciales computables pueden ser: 1) verano de 1981, cuando los empleados de la actora que laboraban en el edificio denunciaron a su empleador la existencia de vibraciones 2) 7 de abril de 1981, cuando se

encomienda un informe a "Consulmacro SA". 3) 27 de abril de 1981, cuando éste fue presentado.

Postula calificada doctrina, que comparto, que el término comienza su curso cuando el vicio sea descubierto o se haya hecho aparente (Borda. G. A. Tratado..., Buenos Aires, 1974, vol.1, pág. 185. Parag. 257); o bien desde el momento en que aquel se percibió, o se estuvo en condiciones de tener conocimientos de su existencia (Cámara. CF., Vicios Redhibitorios, Buenos Aires, 1935. pág. 117). También se ha dicho que la prescripción corre desde que los vicios se toman aparentes aunque el comprador no tome efectivo conocimiento de ellos (Wayar, EC., Evicción y vicios redhibitorios, Buenos Aires, 1992, pág. 182. Parag. 233), en igual sentido se han pronunciado precedentes jurisprudencias: "Prosperi. Enrique c/Estado Nacional" 30-9-91. CN Fed, Civil y Comercial. LL. 1992-B. pág. 177, "Seoane, Benito c/Montaner, Juan s/cobro de pesos", CN Civil, Sala C. 9-6-60. LL, 99, pág. 153.

Es que, por una parte, la racionalidad del régimen civil de la redhibición en lo tocante al dies a quo del término para aducirla -que, conforme a los dictados de la razón universal es establecido en el momento de la manifestación del vicio -supone en el adquirente la debida diligencia en obrar frente a dicha manifestación, y por otra, la cierto es que la circunstancia de que la normativa aplicable sea la de los arts. 2174 y 4041 citados, Cód. Civil (arts. 16, Cód. Civil y I. Tit. Prel. y 207 Cód. Com.) no quita que en orden a la problemática de que se trata debe ponderarse tanto la naturaleza de la relación cuanto la posición de las partes.

Desde esta perspectiva, no se puede pasar por alto el carácter de repartición pública estatal que ostenta la actora, a cargo de una gestión que supone configuraciones haciéndales de por lo menos cierta entidad, y a la que resulta exigible contraído alertamiento frente a circunstancias como la que se ventila en la especie. Estas circunstancias involucran una manifestación marcadamente ostensible de los vicios aducidos por aquélla, cuales fueron las vibraciones antes aludidas (v. inc. de revisión, declaraciones de: Marta López fs. 132. respuesta 1; Raúl Rodríguez Sáenz, fs. 150, respuesta repregunta 2°. Oscar Cazalas, fs. 151, respuesta repregunta 3°, y Luis Althabe, fs. 155, respuesta repregunta 1°), a partir de cuyo momento la pretensora pudo conocerlos, implicando la manifestación antes mencionada. Mientras que, del otro lado, admitir su postura en el sentido de efectuar el cómputo a partir sea del informe preliminar de Consulmacro o bien del final, importaría sumir en la indeterminación al plazo legal, legitimando que el denunciante del vicio supedite a la acción de terceros el curso prescriptorio cuando los vicios que aduce ya se han manifestado, soslayándolos tanto las doctrinas antes destacadas sobre la materia, cuanto las razones que llevaron al legislador a establecer para la misma, plazos breves (precedente cit., Seoane c/Montaner, voto del juez Gondra). Dado todo lo expuesto, y como las declaraciones testificales rendidas son coincidentes en que las vibraciones de marras fueron percibidas entre mediados y fines de febrero de 1981, propiciaré establecer el dies a quo prescriptorio en el 28 de febrero de dicho año, sobre cuya base, al promoverse la acción, la prescripción había operado.

III. Igual conclusión corresponde en mi parecer respecto de la acción contra Jorge Kaufman, David Kaufman y Néstor Ferdkin: en cada caso medió adhesión expresa a la defensa de prescripción, o bien al escrito respectivo, de una manera inequívoca (fs. 396 y fs. 464).

IV. La prescripción producida alcanza al reclamo de reparación de daños, en tanto el mismo es consecuente y subsidiario respecto de la acción basada en la redhibición (v. CN Civ., Sala D. 7-5-54, LL 75-23, v. también Salas Código... Buenos Aires, 1959, vol. III. pág. 1931).

V. Postulo, entonces, admitir el agravio y revocar la sentencia apelada. haciendo lugar a la defensa de prescripción y como corolario, rechazar la demanda sin que por las razones de precedencia antes destacadas, resulte conducente el análisis de los restantes agravios.

VI. las costas de ambas instancias se impondrán -si mi temperamento fuera compartido- a la actora. vencida (Cód. Procesal, 68). A la cuestión propuesta la señora Juez de Cámara doctora Piaggi dijo:

I.- 1) No considero necesario reseñar los antecedentes del caso, ya que han sido expuestos con detalle en el voto que ha formulado el doctor Butty.

Anticipo que he formado en el aspecto sustancial del caso, opinión distinta de la de mi distinguido colega; no adhiero al voto que precede por los fundamentos que paso a exponer.

2) Constatado el vicio interno de la cosa (art. 2164 del Cód. Civil), se abre para el adquirente una opción entre dos acciones: puede dejar sin efecto el contrato mediante la acción redhibitoria o rescisoria, restituyéndose las partes las prestaciones recibidas, es decir, el comprador deberá restituir la cosa al vendedor y este último el precio cobrado, o bien por medio de la acción estimatoria o quanti minoris (art. 2174 Cód. Civil), puede exigir la disminución del precio atendiendo al menor valor que deba atribuirse a la cosa viciada.

Las consecuencias de los vicios redhibitorios deben ser soportadas por el garante-vendedor. Pero para que pueda ser garantizado, es necesario que los defectos de la cosa reúnan una serie de requisitos, deben ser: a) ocultos, b) importantes y c) deben existir al tiempo de consumarse la venta.

3) El primer agravio de los codemandados Dintel SA y Jorge Rafael Kaufman (fs. 1810/1831 vta.), refiere a la naturaleza de la acción deducida. Esta objeción, aparentemente teórica, tiene por finalidad justificar el intento del demandado de negar resarcimiento, en tanto la acción se ubica en la previsión del art. 2176 in fine del Cód. Civil.

El escrito de demanda es de alguna manera confuso, pero no obstante cierta imprecisión conceptual, la cosa demandada es clara, se opta por la acción estimatoria y se persigue -entre otros reclamos- el reintegro de los gastos demandados por el reforzamiento de la estructura del inmueble de marras.

Frente a una denominación equivocada de la acción o una errónea invocación de la pretensión, corresponde al juez calificar la relación sustancial y determinar la norma jurídica que rige el caso.

Como enseña Chiovenda, la acción se individualiza por el hecho y no por la ley aplicable. Son los hechos, en realidad los que determinan la norma que rige la relación jurídica. Un mismo hecho puede caer bajo distintas normas y entonces se trata de verificar cual de ellas es aplicable al caso concreto (Principii, 2ºEd., págs.

63, 281 y sigtes. V. Sentis Melendo, "Iura Novit Curia", Revista de Derecho Procesal, 1947, t.2 págs. 208 y sigtes. Alsina, Tratado 2ºEd. T.2 pag. 249).

Es verdad que la expresión "daños y perjuicios" no es técnicamente apropiada para aludir a la disminución de valor de la cosa que determina el vicio oculto, pero lo que gravita decisivamente en el caso para calificar la acción es que el perjuicio –en sentido lato- que la motiva proviene de un vicio oculto (art.2164 Cód. Civil) y que la "reparación" que se reclama consiste, precisamente en el importe que debió abonar el comprador para subsanar ese vicio (art. 2174 Cód. Civil).

Existe en la doctrina nacional una difundida comprensión con arreglo a la cual sólo tendría cabida la acción indemnizatoria de daños, cuando se hubiere optado por el ejercicio de la acción redhibitoria, reclamando la rescisión del contrato en razón de los vicios ocultos de la cosa (cfr., J. O. Machado op. cit., t. V, pág. 595/96, en nota; G. A. Borda, op. cit., t. I, págs.175/6, núm. 243, L. M. Rezzónico, Estudio de los Contratos en Nuestro Derecho Civil, 2º ed., t. I, pág. 238, F.J.López de Zabalía, Teoría de los Contratos, parte gral., 2º ed. Pág. 469, ap. VI, J. Mosset Iturraspe, Compraventa Inmobiliaria, Bs. As., 1976, pág. 428; M. A. Piantoni, op. Cit. t. I págs.297/8, núm.25, J.J. Llambías op. Cit., t. III, núm. 2111, pág. 458).

En contra, admitiendo la indemnización en la quanti minoris, aunque sólo cuando ha existido mala fe, u ocultación dolosa o culpable (v. Llerena, Cód. Civil Argentino, Concordancias y Comentarios, Bs. As., 1901, t. VI pág. 438 núm. 1; R. M. Salvat- A. Acuña Anzorena, Tratado de derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones, 2º ed. T. III. Pág.468 núm. 2366, H. Lafalle, Tratado de Derecho Civil, Contratos, T. VIII, vol. 1 pág. 515, núm, 456).

Esta mayoritaria opinión prima de sustento –es cierto- el ejercicio de una concomitante acción resarcitoria cuando, en función de lo dispuesto en el art. 2174 del Cód. Civil, se ha optado por la acción estimatoria. Más acoto, todavía, que aún prefiriendo la opinión contraria –sustentada por Lafalle, Salvat y Llerena- la solución del caso no variaría, por cuanto nadie ha invocado la mala fe de la vendedora. Es sabido que la buena fe se presume (Arg. arts. 2363, 4008, etc., Cód. Civil) y estaba a cargo de la accionante demostrar lo contrario (art. 377, Cód. Procesal).

Resulta claro en consecuencia que, en este caso, no cabe pronunciar condena por daños y perjuicios contra la demandada. El art. 2174 autoriza al comprador "para que se baje el precio al menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio", opción que la actora ha ejercido en autos a través de la acción estimatoria. Tal es el contenido del derecho acordado al comprador.

Y como de lo que se trata es de determinar el menor valor de la cosa en razón del vicio que la afecta frente al de la cosa sana, la prueba más apropiada hubiera sido la tasación por peritos; ello sin perjuicio de recurrir a cualquier otro medio de prueba, por tratarse de la acreditación de un hecho.

Estimo que la sentencia apelada exhibe error conceptual o al menos desprolijidad en el uso de la terminología jurídica, errores que son también notorios en el escrito de demanda. Concluyo; bajo ningún concepto corresponde –en el sub índice- resarcimiento de daños y perjuicios a título de responsabilidad general subjetiva.

Clarificado el panorama en punto a la naturaleza y medida del derecho que puede asistir a la pretensora, diré que no se trata de medir daños y perjuicios derivados de la existencia de los vicios, sino de definir la medida en que éstos han disminuido el valor de la cosa, extremo que ante la ausencia de prueba directa, deberá ser apreciado en función del "costo de los trabajos" realizados para subsanar el vicio o defecto (cfr., G.A. Borda, op. cit., t. I, pág. 175).

La existencia de defectos estructurales en el inmueble y la necesidad de su reparación, han sido acreditados por el dictamen de Consulmacro SA, la pericia del ingeniero Rosetti a fs. 783/842, 969/91, 1066/81 y 1087/1103, del incidente de prueba anticipada, que corre por cuerda, el del ingeniero Jorge Luis Alvarez Villalba, fs. 382 y sigtes. En el incidente de revisión que tengo ante mi, y el informe del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) corriente a fs. 981/1010.

El perito de oficio, ingeniero L.D. Rosetti, informa en la pericia corriente a fs. 777/842 (inc. prueba antic: los "modelos (de estructura).. han sido considerados por este perito y... merecen objeciones, ya sea porque no están prescritas por los reglamentos, como en el caso de la consideración de comportamiento plástico en la resolución estática, o bien porque no interpretan aceptablemente el comportamiento frente a las cargas horizontales..." (fs. 796. inc. de prueba antic.) ".. no figuran en autos detalles de armaduras... no nos consta que hayan existido o existan, pero no pudimos contar con ellos"; (fs. 807 vta., incid. prueba antic.) ".. no hay constancia en los "planos de acuerdo a obra" de que se haya analizado la influencia de la deformación de las vigas..."(fs. 811, inc. prueba antic.) ".. no todos los elementos estructurales cumplen con los coeficientes de seguridad exigidos por el reglamento..."; (fs. 811, inc. prueba antic.) "Del examen de documentación que se encuentra en autos... no surge la obtención metódica de probetas de hormigón durante la ejecución de la estructura"; (f. 811 vta. inc. prueba antic.) "numerosos elementos estructurales no cuentan con la seguridad reglamentaria"; (fs. 813, inc. prueba antic.) "cuando no se cumplen las disposiciones reglamentarias parcial a totalmente, el riesgo o posibilidad de derrumbe aumenta por encima de las límites considerados como aceptables, y por lo tanto,... La estructura no puede considerarse apta para su destino"; (fs. 814. inc. prueba antic.) "el edificio no cumplimenta con los medios de salida reglamentaria en caso de siniestro"; (fs. 814, inc. prueba antic.) "el edificio presenta problemas estructurales que... se originan en un diseño no adecuado de la estructura y de la adopción de un modelo de cálculo que no representa satisfactoriamente la misma; (fs. 815, vta., inc. prueba antic.) "en distintos lugares del edificio se observan fisuras en casi todos los pisos, se observa una fisura en el encuentro de las columnas... con la mampostería": (fs. 817. inc. prueba antic.) "los tabiques... Se encuentran fisurados"; luego de comprobar -también- roturas de vidrios añade: "la existencia de fisuras en paredes, losas, vigas y Columnas, como la rotura de vidrios... son normalmente indicios de un funcionamiento incorrecto de una estructura por cuanto se observan deformaciones excesivas de la misma.." (fs. 819 vta. Inc. prueba antic.) a fs. 825 (i.p.a.) "el cálculo de los efectos de desviación de columna... no esta ejecutado de acuerdo al reglamento"; (fs. 827 vta, i.p.a.) "algunos elementos estructurales no cuentan con la seguridad mínima exigible (ver anexo 3 de esta pericia)"; (fs. 828,i.p.a.) "la estructura que, investigada por el perito según la

metodología convenida con los consultores técnicos, resulta tener en muchos de sus elementos estructurales valores de coeficiente de seguridad menores que los reglamentarios". (fs. 828 vta., i.p.a.) "la estructura puede conservar una estabilidad precaria..., en rigor, desde un punto de vista estadístico la probabilidad de alcanzar el estado límite ha aumentado enormemente respecto del valor de la probabilidad, que corresponde a los coeficientes de seguridad establecidos en el Reglamento" (fs. 833 vta., i.p.a.) la existencia real de valores de tensión de corte como el indicado...(en una viga)... debe producir fisuras importantes y aún la rotura del elemento estructural..., el perito ha verificado visualmente la existencia de fisuras en la mencionada viga pero no... su rotura", (fs. 834 vta., i.p.a.) "las verificaciones efectuadas demuestran que muchos elementos estructurales no están en condiciones de soportar esfuerzos de viento, debido a que su estructuración o sus dimensiones o ambas cosas, no son las adecuadas para la sollicitación) (fs. 841, i.p.a.) "la realidad estructural presenta una cantidad importante de secciones cuyo coeficiente de seguridad tiene un valor menor que el mínimo exigido..., por lo tanto, las secciones no cumplen con las disposiciones reglamentarias en materia de seguridad... Hay numerosas secciones cuyo coeficiente de seguridad no alcanza el valor mínimo reglamentario aún en momentos en que no sopla viento, es decir, bajo la sola acción de las cargas verticales"; (fs. 841, i.p.a.) "la estructura presenta... deficiencia de seguridad... los principales motivos pueden resumirse de esta manera: a) diseño que no se ajusta a los conceptos que la técnica de las construcciones recomienda para estas estructuras, como surge de examinar los planos de relevamiento y demás elementos que describen la realidad estructural... b) procedimiento de análisis estructural poco riguroso, debido especialmente al uso de módulos demasiado simplificados... C) Ejecución de la obra poco prolija, como se desprende de la inspección de la misma, documentada en las fotografías tomadas y, de acuerdo con la documentación disponible en autos, los escasos detalles de armaduras y la no obtención sistemática de probeta para controlar la calidad de hormigón... a través del análisis riguroso que se ha hecho en esta peritación de la realidad estructural, resulta que la estructura... presenta una situación de riesgo... y es claramente insuficiente...".

Agrega que pueden hacerse dos cosas (fs. 842, i.p.a.): a)... ejecutar algún proyecto de refuerzos que modifiquen la estructura cuestionada hasta lograr que cumpla las disposiciones reglamentarias en materia de seguridad, b) usar la estructura tal como se encuentra asumiendo un riesgo mayor que... (el) ... considerado aceptable...". A fs. 1066/81 corren aseveraciones del perito donde, entre otros extremos, afirma: "Aclaremos que.. aun bajo cargas verticales (sin la acción del viento) se presentan coeficientes de seguridad menores que los exigidos por el Reglamento..., la opinión de la demandada de que "eso no significa de por si un grave riesgo" y las consideraciones en que se basa, corren por cuenta de quien las expresa y no son compartidas de ninguna manera por este perito"; (fs. 1071 vta/1072 vta., i.p.a.): "a) la estructura presenta los daños y defectos que se visualizan en las fotografías... y los que se describen en distintos capítulos del informe inicial...; aunque la estructura se encontrara absolutamente intacta, no podría deducirse de ello que se encuentra correctamente proyectada y ejecutada" (fs. 1073); fs. 1074 vta., "todos estos elementos estructurales que se

apoyan en la citada v 23,... pertenecen a un pórtico que no ha sido ensayado bajo la acción del viento, por lo tanto todos los elementos estructurales que se apoyan en la v 237..., aún cuando se comporten satisfactoriamente bajo la acción de las cargas verticales... podrían sufrir un colapso... bajo la acción del viento y de cargas verticales de la v 237 sobre la cual se sustentan y del comportamiento de la v 237 bajo la acción del viento nada nos dice el ensayo", v. fs. 1075 (i.p.a.).

Respecto de los ensayos realizados por el INTI, informa: Nada nos dicen acerca del comportamiento de dichos elementos bajo la acción de cargas horizontales (como sería el caso del viento).", fs. 1075 vta. "En casi todos los pisos se observa una fisura en el encuentro de las columnas 12, 12A. 25 y 25A con la mampostería; fs. 1076 "Desplomes. Falta de verticalidad... se practicó una atenta inspección visual de las fachadas del edificio con el objeto de constatar si se apreciaban desplomes y falta de verticalidad en... columnas, en las fotografías... tomadas el 20-10-82. Así, por ejemplo la foto 6 permite apreciar una irregularidad en la verticalidad de la columna que se encuentra en..."; fs. 1077 vta. "la situación de insuficiente seguridad., que existe aún sin acciones dinámicas es de esperar que se agrave por efecto de las acciones dinámicas, pero no esta determinada exclusivamente por ellas". A fs. 382/398 del incidente de revisión, corre el informe del perito ingeniero Jorge Luis Alvarez Villalba, quien sobre la base de las constancias de autos. informa: "Se observa que hay una cantidad importante de secciones que no cumplen con el coeficiente de seguridad mínimo..."; fs. 388 vta. inc. de rev., dice: "No puede determinarse la calidad del hormigón utilizado.. no existen... planillas de armaduras, ni planos de detalles de armaduras... no existen elementos para investigar cuál fue el procedimiento utilizado". Sintetizando. Quedó probado que: a) el cálculo de los esfuerzos de viento eran imprecisos y erróneos, con fallas en los elementos de Contraviento; b) las cargas útiles y totales de acuerdo con los reglamentos en vigencia eran mayores que las cargas de cálculo, C) Se omitió el cálculo de los efectos de cargas horizontales. d) las bases de estructura son insuficientes para tomar los momentos flectores, producidos por esfuerzos horizontales.

Los vicios ocultos se encuentran suficientemente probados.

4) la siguiente protesta apunta a la desestimación de la defensa de prescripción (art. 4041. Código Civil), de la acción estimatoria.

Los detenidos reprochan que se fije el inicio del plazo en la fecha en que la actora conoció el primer informe técnico sobre el estado del edificio.

Sostienen que las vibraciones, según los testigos se iniciaron en febrero de 1981 y es entonces donde la actora "pudo tener conocimiento" de los vicios ocultos, y si no lo tuvo, fue por negligencia, impericia o error.

En consecuencia, argumentan que la prescripción operó el 31 de mayo de 1981, tres meses después de detectadas las primeras vibraciones, ello porque la investigación sobre la estructura no habría sido -a juicio de esta parte indispensable para incoar demanda.

No cabe duda de que el adquirente tubo conocimiento de las vibraciones en 1981, problema que la municipalidad de Bs. As. Atribuyó a la torre de enfriamiento de agua del equipo de aire acondicionado instalado en el último piso; tampoco la Dirección de Instalaciones Fijas Navales encontró el defecto y, recién al

encomendarse la investigación a una empresa especializada en estructuras se conoció el vicio.

La prueba de autos es categórica sobre el punto y el demandado no ha podido contrarrestarlo.

5) Podría alegarse, como lo hace la defensa y el vocal predominante, que aquel conocimiento y no este es el que interesa para la decisión del caso, toda vez que los efectos del vicio oculto estaban a la vista (vibraciones -ver testigos López inc. rev., fs. 132, Rodríguez Sáenz, fs. 150, Cazalas. fs. 151, y Altabe. fs. 155-), de modo que empleando la debida diligencia pudo el actor establecer sus causas. Es decir que los vicios de la cosa dejarían de ser ocultos cuando son aparentes sus consecuencias (art. 2164, 2170 y 2173 Cód. Civil).

Sin embargo, las particularidades que ofrece el sub lite excluyen, a mi juicio, es conclusión. Está demostrado que después de comprobar los temblores se utilizó toda la diligencia para detectar sus orígenes – infructuosamente- hasta obtenerse el resultado del estudio de estructura, hasta ese momento las causa de los temblores eran ignoradas.

Sentado que los vicios existen, pasemos a analizar su carácter y su magnitud, conforme las pericias, el problema es de estructura.

De acuerdo con éstas, el problema del inmueble de autos nace en el momento mismo en que se construyó y existía por ende, al tiempo de la adquisición (art. 2164, Cód. Civil). No era visible, además por encontrarse bajo tierra o revestimientos; desde la superficie sólo pudieron apreciarse algunos de sus efectos, en el caso : vibraciones.

Considero que cuando el vicio no puede detectarse en sí mismo y sólo es visible alguno de sus efectos, para que éstos quiten el carácter de oculto de aquél tienen que ser unívocos. Es decir, tienen que ser manifestaciones evidentes de la causa que los provoca. Cuando son equívocos, cuando pueden admitir varias causas, no pueden considerarse reveladores del vicio (cfr. C. Apel. San Martín, Sala I in re "Aguirre, Carlos O. Y otro c/Bordenase, Romualdo", 3-5-84, ED, 111-697).

En autos, hasta el momento del dictamen de "Consulmacro" efectuado a pedido del actor, los vicios no tenían gran magnitud. Se observaban sí vibraciones en ciertos pisos; pero como dijo el perito ingeniero a fs. 829 vta. del inc. Prueba anticipada: Todas las estructuras de hormigón armado pueden experimentar movimientos vibratorios bajo la acción de ciertas excitaciones", y a fs. 839 vta. Dice: "la seguridad de la estructura se determina tal como se ha hecho en esta pericia, a través del análisis del modelo que surge de la realidad estructural".

Si ni la Municipalidad, ni la Dirección de Estructuras Fijas de la Marina acertaron sobre las deficiencias observadas, mucho menos pudo hacerlo el actor, sin conocimiento técnico alguno. Entiendo entonces que, aún empleando una diligencia extremada, el comprador no pudo haber advertido la característica de los vicios.

No puede argumentar el demandado que el adquirente conoció o debió conocer el vicio en el momento de observar las vibraciones, la posibilidad de haber descubierto antes los vicios redhibitorios no encuentra respaldo en la prueba aportada.

En un caso semejante al presente, en el que entre la época de las primeras manifestaciones del vicio y la demanda había transcurrido un plazo mayor que el que fija la ley para la caducidad de la acción, el tribunal no hizo lugar a la defensa de prescripción, expresando que aunque la grieta más antigua hubiera aparecido en 1931 quedaban otras posteriores... que habrían venido a caracterizar el caso, demostrando que realmente existían vicios ocultos en la construcción y que no se trataba de una rajadura aislada". (LL, 75-105).

Es decir que, hasta que no se caracterice el caso como vicio redhibitorio, no puede considerarse en curso esta prescripción.

No está en discusión que para que el vicio oculto produzca las consecuencias que le atribuye la Ley en los arts. 2164 y sigtes., debe presentar un grado de gravedad que haga la cosa impropia para su destino, o que de tal modo disminuya el uso que pudiera hacerse de ella que, de haberlos conocido el adquirente, no la hubiera comprado o hubiera pagado menos por ella. De ahí que se haya juzgado, por ejemplo, que la sola presencia de grietas que comenzaron a insinuarse en el inmueble y aun la realización de trabajos aislados para tratar de suprimirlas no pueden ser considerados como índice del conocimiento del vicio oculto que las producía; pues para ello era menester llegar a la causa para apreciar el fenómeno en toda su magnitud, y concluir si el caso encuadra en la figura legal que autoriza a rescindir el contrato o a disminuir el precio (v. Sup. Corte Tucumán, marzo 3-953, in re "Stenver, Máximo c/Viaña, José C.F.", LL, 75-104). Agregó la Corte: "Es sólo desde el momento en que ha tenido en sus manos el informe del ingeniero con quien hizo examinar la casa, que ha estado en condiciones de poder apreciar las características de la falla que presentaba en sus cimientos y su naturaleza y, por lo tanto, sólo desde ese momento debe considerarse que comenzó a correr el curso de la prescripción".

Sentado lo anterior, resulta de lo expuesto que el vicio redhibitorio en que se funda la demanda fue ignorado por el actor hasta el 27 de abril de 1981; ignorancia excusable, pues no habría sido superada empleando los cuidados razonables propios de un comprador diligente, como lo demuestra el hecho de que el defecto no fue advertido por los técnicos que revisaron la obra antes que los especialistas en estructuras, cuyo informe corre anejo a autos. Está demostrado, asimismo, que el defecto existía al tiempo de la adquisición, con lo que se dan en la especie tres de los extremos exigidos por la Ley, para la procedencia de la acción redhibitoria o la quanti minoris (arts. 2164, 2168, 2170 y 2173, Cód. Civil). La concurrencia del cuarto requisito legal -que el vicio torne a la cosa impropia para su destino, art. 2164- no se controvierte en estos autos.

En síntesis, la acción estimatoria o quanti minoris se prescribe por tres meses (arts. 4041, Cód. Civil). La discrepancia de las partes se refiere al momento en que el plazo debe comenzar a correr: desde la fecha en que se percibieron los temblores según los demandados. y desde que tuvo conocimiento del vicio oculto según el actor.

En general, Se admite que la acción prescribe desde la fecha que tuvo o pudo tener conocimiento de los defectos ocultos de la cosa; el 27/4/81 se conocieron los defectos estructurales del edificio, y se inició esta demanda el 23/7/81. Por consiguiente, a esta última fecha el plazo que comenzó a correr el 27 de abril, aún no se había cumplido.

la doctrina ha entendido en general que el término de prescripción del art. 4041 del Cód. Civil comienza desde que el comprador tuvo o pudo tener conocimiento de los vicios redhibitorios de la cosa (cfr. G. A. Borda, Tratado de derecho civil argentino, Contratos, 4° ed. t. I, pág. 204, num. 257; R.M. Salvat - E. V. Galli. Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general, 6° ed., t. III, pág. 638, núm.2272; A.G. Spain. Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1968. t. I. vol.10, pág. 641. núm. 2269; A. Colmo, De las obligaciones en general, 6° ed., pág. 683, núm. 992; M.A. Piantoni. Contratos Civiles, 1975, vol. 1, pag. 300, núm. 29; L. De Gásperi – A.M. Morello, Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1964, t.III, pág. 510. núm. 1500; J.O. Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1903, t. XI, pág. 343, en nota; C. F. Cambra, vicios redhibitorios, Buenos Aires, 1935, pág. 117. etc.). Es más preciso decir que la prescripción nace con el Contrato de compraventa y tradición de la cosa (arg. art. 3956, Cód. Civil): J.J. Llambías, Tratado de derecho civil, Obligaciones, t. III. págs. 459/60, nota 383; CF. Cambra, op. cit., pág. 117; G. Ripert - J. Bouloungier, Tratado de derecho, civil, trad., García Daireaux. LL. t. VIII, núm. 1526, pág. 128, pero la solución no varía por cuanto en la medida en que no se manifiesta el vicio oculto latente en la cosa, existe para el comprador imposibilidad de ejercer acciones, lo cual coloca al amparo del art. 3980 del Cód. Civil, que autoriza a los jueces a liberar al acreedor (en el caso al comprador) de la prescripción cumplida si después de haber tenido conocimiento del vicio, hubiese hecho valer sus derechos en el lapso de tres meses (cfr. J.J. Llambías, op. Cit. , t.III, págs. 459/60, nota 383).

Lo menos que se puede afirmar es que el tema de la negligencia con que habría procedido la actora es objetivamente dudoso; y como esta afirmación impide aceptar la existencia de negligencia o culpa y la carga de la prueba de esta circunstancia recaía sobre la demandada, puesto que fue quien la invoca (art. 377), no cabe sino concluir que no está demostrado que la compradora hubiera podido adquirir conocimiento del vicio redhibitorio antes de la fecha en que efectivamente lo hizo.

Destaco, por último, que aunque se aceptara que la dilucidación del tema "prescripción" fuese dudosa, preferiría la postura que favorece la subsistencia del derecho, conforme a la nutrida jurisprudencia que se han pronunciado en el sentido de que ese instituto debe ser apreciado con criterio estricto (cfr. CNCiv. y Com. Fed., Sala II. in re "Compañía Argentina de Seguros Providencia SA c/Quilmes Inmobiliaria SA". 26/6/84, ED. 112-399 CNCiv; Sala D. in re "Tarino SAIC c/Torre Melián SCA",15/9/76), entre otros: Salvat, R.M. –Galli, E.V., Tratado de derecho civil, Obligaciones en general, 6°ed., tIII, núm.2054, pág. 400; Borda, G. A. Tratado de derecho civil argentino, Obligaciones, 2°ed., tII, núm.1001, pág.11; Rezzónico, L.M. Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho civil, 9° ed., pág. 1110.

No se ha acreditado que los demandados tuviesen conocimiento del defecto pero esa circunstancia es indiferente para la solución del caso, porque la ignorancia de la existencia del vicio por parte del vendedor no lo libera de su obligación de garantía (art. 2173). La procedencia de la acción deducida es, pues innegable (cfr. C.N.Civ., Sala D, junio 14-960, in re "Jasson, Ricardo E.. e/Galeano Ricardo A.". LL 99-185).

6) El siguiente agravio apunta a que no existe acción contra los Kaufman por ruina parcial o total, porque en tal caso, son responsables el constructor director y el proyectista de la obra, exclusivamente.

Invocan estos codemandados que los cálculos de estructura no estuvieron a su cargo y que, si bien firmaron los planos, lo hicieron en representación de "Dintel". En tal sentido, recuerdan que el a quo no informa cuál es la prueba concreta de su intervención personal, y de acuerdo con la demanda, su responsabilidad sólo operaría en situación de ruina total y no de vicios redhibitorios.

La accionante a fs. 419, 1279 y 1708, con total claridad, deja sentado que dirige la demanda "...como acción quanti minoris contra DINTEL S.A., como vendedora por vicios ocultos" y "...las acciones de ruina potencial del inmueble y la de sus daños y perjuicios derivados contra dicha empresa como constructora y contra los profesionales intervinientes en el proyecto de dirección de obra, ingeniero Kaufman, arquitecto Kaufman e ingeniero Ferdkin".

La acción subsidiaria por ruina parcial o total no ha prosperado, y cualquier pronunciamiento en tal sentido resulta inoficioso; por cuanto la cuestión se tornó cronológica y jurídicamente superada, carece de objeto que justifique su estudio (cfr. SCN, junio 10-982, in re "SACIMIE s/quiebra", DJ 21/4/93; y B. 605.XXII, in re "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar. ED. 3/5/94; en el mismo sentido: C. Fed. de San Martín. Sala II, nov. 17-992, in re "Segba c/Municipalidad de Merlo").

7) El juez rechaza la defensa de caducidad que apunta a la responsabilidad de la constructora (art. 1647 bis Cód. Civil); David y Jorge Rafael Kaufman, por los motivos corrientes a fs. 1814 vta., impugnan la decisión. El agravio merece acogida.

Ello, porque sin duda el plazo breve y terminante de la norma operó antes de la interposición de la demanda. Mientras la prescripción liberatoria se funda en el interés supraindividual de definir situaciones pendientes en un lapso lógico, la caducidad halla fundamento en la particular índole del derecho que caduca en el plazo fijado. El derecho ha caducado.

8) La siguiente queja apunta a que los vicios ocultos no han sido acreditados, de manera tal que las vibraciones sólo pudieron originarse en la sobrecarga a que se sometió al edificio. No encuentro suficientemente probada la invocada situación de sobrecarga y, como manifesté supra, los vicios ocultos han quedado idóneamente probados con las pericias producidas.

9) También se reprocha el monto de la condena, su actualización y la imposición de intereses.

Se invoca que la actora realizó obras en el edificio, pero el perito contador no ha podido determinar cuáles de ellas tendieron al apuntalamiento y cuáles fueron mejoras o decoraciones no vinculadas con los vicios redhibitorios. Se reprocha que el sentenciante, sin precisar ni analizar los rubros concretos, concedió el valor reclamado en la demanda, sin advertir que carecen de vinculación con el menor valor del inmueble.

Estimo que cabe acoger el agravio y fijar el monto de la condena en el menor valor de la cosa que, de acuerdo con las constancias de autos, evaluó en el 25% del precio pagado por el inmueble (art. 165 Cód. Procesal).

10) Finalmente se impetra la nulidad del fallo impugnado.

Sostiene el apelante que debe dejarse sin efecto, porque sólo ha formulado en términos de dificultosa inteligencia meros enunciados, sin hacerse cargo de ninguno de los aspectos expresados en la litis. Se imputa al fallo la omisión de examinar cuestiones oportunamente propuestas conducentes para la solución de la causa.

Es cierto que la decisión recurrida apoya en una inteligencia que se ciñe a un análisis de los diversos elementos de juicio, sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto. Pero es principio receptado en el estudio y la teoría de las nulidades procesales, que el recurso de nulidad es improcedente cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía del recurso de apelación. Especialmente si se tiene en cuenta: a) que los defectos que constituyen el fundamento del recurso de nulidad se han introducido como agravios del recurso de apelación, porque ello evidencia una aceptación tácita de la propia recurrente, en el sentido de que los vicios denunciados como base de la nulidad, en este caso de la sentencia, pueden obtener su adecuada reparación a través del recurso de apelación; b) que según el art. 278, Cód. Procesal, este tribunal puede decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitase el respectivo pronunciamiento al expresar agravios; c) que el art. 253 del Cód. Procesal establece categóricamente que el recurso de apelación comprende el de nulidad por vicio de la sentencia.

En razón de que el recurso de apelación comprende el de nulidad y que los agravios se han expresado como quejas del recurso de apelación, lo que permite a este tribunal considerar las posibles irregularidades que se ponen de manifiesto por la recurrente, me expido negativamente a la petición formuladas (cfr. Fassi, Código Procesal civil y comercial, t.I , págs 438 y sigtes., Bs.As.,1971; Podetti, Derecho procesal civil y comercial, Tratado de los actos procesales, t.II, pág. 484, Bs.As., 1958; Palacio, Derecho Procesal civil, t.IV. pág. 165 y t. V, pág 143, Bs. As., 1977; Alsina , Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, t. II, pág. 630, núm 18 y t.IV, pág 240, Bs.As., 1960; también, CNCiv., Sala B, dic. 21 981, in re “Cosentino, Juan y otra c/Lisemberg, Anselmo”, ED, 13/1/82; íd., Sala C, 2/3/82, in re “Guasta de Nussi, Francisca y otro”, LL, 1982-D, 173; CNCom. , Sala B, 14/3/63, inre “Cilam S.A.c/Ika Renault S.A.”LL, 1983-C,233).

11) No es necesario seguir analizando uno por uno y exhaustivamente todos los argumento de los apelantes; resulta bastante ceñirse a aquellos de cuya decisión depende el pronunciamiento, por lo que me abstendré de tratar los que no hayan de alterarlo ni incidan en su solución (cfr., CSN, Fallos, 278-271; 291-390; 300-584, entre otros), ni todas las pruebas producidas, salvo que reúnan el mismo requisito (CS, abril 23 de 1991; inre “Balzarotti, G., Canova O. Y Reig E. S/regulación de honorarios”, en autos 40623-B)

II. Por todo lo expuesto y en mérito a los agravios deducidos por los codemandados, propongo al acuerdo: a)confirmar la sentencia en el rechazo de la defensa de prescripción; b)Modificarla en cuanto al monto de la condena, que será el 25% del valor de compra del inmueble actualizado conforme índice del valor de la construcción, que se computará hasta la fecha de presentación en concurso preventivo de la demandada, con el límite de idéntico porcentaje a la luz de la ley

24283, y devengará intereses desde el tiempo de la interposición de la presente demanda hasta la apertura del concurso preventivo de "Dintel S.A."; c) revocarla, rechazando la demanda incoada contra Jorge Rafael Kaufman, David Kaufman y Néstor Ferdkin, y aceptando la caducidad prescrita por el art. 1647 bis, Cód. Civil; d) en cuanto a las costas, deben imponerse al vencido en primera instancia, por cuanto no media en la especie ninguna causal de exención (art.68 Cód. Procesal). Las correspondientes a la alzada por su orden, en atención al resultado de los recursos (art. 71 Cód. Procesal). Respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes que corresponden fijar por aplicación del art. 279, Cód. Procesal, se difiere su regulación hasta tanto exista liquidación aprobada. Así voto.

Por análogas razones, la señora juez de Cámara doctora Díaz Cordero adhirió al voto anterior.

Con lo que terminó este acuerdo que firmaron los señores jueces de Cámara doctores María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Ana I. Piaggi, Enrique M. Butty.

Y vistos:

Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia de fs. 1772/95, en cuanto rechaza defensa de prescripción; 2) modificarla, respecto al monto de condena, que será el estipulado en el punto II del voto que antecede; 3) revocarla en punto a la demanda incoada contra Jorge Rafael Kaufman, David Kaufman y Néstor Ferdkin, rechazándola respecto a los mismos, y aceptando la caducidad prescrita por el art. 1647 bis, Cód. Civil; 4) las costas de primera instancia se imponen al vencido en aquélla (art68, Cód. Procesal); en cuanto a las de alzada son impuestas por su orden, en atención al resultado de los recursos (art. 71, Cód. Procesal). La fijación de honorarios de los profesionales intervinientes se difiere hasta tanto exista base patrimonial cierta sobre la cual aplicar los porcentajes establecidos en la Ley de arancel. Encomiéndase al señor juez las diligencias tendientes a la tributación de la tasa de justicia que correspondiere. Devuélvase - María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.- Ana I. Piaggi. - Enrique M. Butty.

Comentario al fallo

POR OSVALDO SOLARI COSTA

El tema del decisorio consistió, básicamente, en el reclamo que efectúa el INSSJP contra la empresa Dintel SA -y otros-, a través de una acción que equivocadamente da en llamar de "daños y perjuicios", cuando en realidad se trató de una estimatoria a quanti minoris (art. 2174 Cód. Civil).

Quedó probado en el expediente que existieron vicios ocultos en el bien en cuestión. los hechos, en lo sustancial, giraron alrededor de la adquisición de un edificio, que el actor hizo a la demandada, junto con la encomienda -a través de un contrato de locación de obra de llevar a cabo la finalización del edificio comprado.

Varios años después de la adquisición se detectan, en ese inmueble, vibraciones extrañas en los pisos superiores. las primeras manifestaciones de estos temblores se exteriorizan a comienzos de 1981. Es importante retener esta fecha -comienzos de 1981-, pues, en lo medular, la decisión judicial gira en torno