

Resolucion Del Contrato Vicios Ocultos Vicios Redhibitorios Consignacion Judicial Pacto Comisorio

JURISPRUDENCIA

Resolución del contrato. Vicios ocultos. Vicios redhibitorios.

Consignación judicial. Pacto comisorio Se hace lugar a la consignación judicial, atento a que se encuentra justificada la actitud del comprador al rehusarse a abonar el saldo de precio, atento a que los vendedores incumplieron con su obligación de hacer entrega del inmueble sin vicios ocultos.

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 30 días del mes de octubre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Matanza Dr. José Nicolás Taraborrelli y Dr. Ramón Domingo Posca para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: ?BALLESTERO RITA Y OTRO C/ VALDES SUSANA BEATRIZ S/ RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA? (Causa nro. 3941/1), habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: Dr. Taraborrelli, Dr. Posca; resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª Cuestión: ¿Es justa la resolución apelada? 2ª Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo: I.-Antecedentes del caso Los actores promueven una demanda por resolución contractual y la demandada se opone a la resolución, sobre la base de un ejercicio abusivo del pacto comisorio, reconviniendo por escrituración, consignación judicial y daños y perjuicios, planteando que se rehusó a concurrir a escriturar y pagar el saldo de precio, toda vez que los vendedores actores hicieron entrega del inmueble con vicios redhibitorios que la accionada pretende que sean saneados los mismos, respondiendo civilmente por ellos los vendedores accionantes. II.- Los recursos de apelación y sus fundamentos La sentencia dictada fs. 347/358, rechaza la resolución del contrato por considerar abusivo el pacto comisorio, hace lugar a la contra-demanda por escrituración, rechaza la consignación judicial, manda al deudor a pagar intereses punitivos, y condena a los actores a resarcir los daños y perjuicios causados a la cosa vendida, por vicios ocultos o vicios redhibitorios, con costas. El fallo fue recurrido a fs. 366 por la demanda concediéndosele el recurso a fs. 367. Acto seguido a fs. 368 apela la parte actora, haciéndose lugar al mismo a fs. 374. II. a.- Agravios de los actores Radicados los autos en la Alzada, expresa agravios la parte actora en estos términos. I.- Fundamentos de la denegatoria a la resolución contractual. La autonomía de la voluntad de las partes es absoluta y mientras ella no contravenga el orden público (caso de autos) debe ser respetada. Causa agravio la parcela del fallo que dice no puede pasarse por alto que sin perjuicio de la voluntad exteriorizada por la accionada de mantener vigente el contrato, cierto es que al momento de firmar el boleto la compradora abonó más del setenta por ciento del valor convenido. Y ello, desde que tal posición, ha soslayado que esta parte entregó la tenencia de la cosa en un 100% a la compradora demandada, al tiempo del boleto de compraventa. Las posturas jurisprudenciales incorporadas por el Juez de Grado, nada dice al respecto para fundar el apartamiento de la cláusula resolutive, frente al incumplimiento de la demandada, cuando de lo que se trata, no es solo del pago del 70% del precio, sino del uso y goce de la cosa sin haber cancelado su saldo. El abuso de derecho ha sido desapegado por la demandada, al obtener la anticipación de la entrega de la traidito, y a partir de allí el uso y goce de la cosa sin control de estas partes, usufructuándolo con mala fe, y al solo efecto de evitar el pago del saldo de precio. El Sr. Juez no le ha dado valor alguno a la disposición gratuita del inmueble por parte de la demandada, por él término de 46 meses, y por el término de 17 meses sin el pago del saldo de precio, merced a un depósito judicial, cuya consignación fue rechazada por esta parte y por el Juez. La conducta abusiva cabe reprochársela a la compradora. La compradora omite el pago del saldo de precio encontrándose en posesión del bien. El abuso del derecho debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo, de tal magnitud que resulte una injusticia. Si el juzgador entiende que ni siquiera fue una excusa válida la existencia de presuntos vicios, para soslayar su inasistencia al acto escriturario y la consecuencia que de ello se deriva. La resolución contractual conforme establezca el propio contrato, mal puede colegirse que se pueda invocar la teoría del abuso de del derecho, para dejar sin efecto la resolución contractual, decidiendo a contrario sensu, que ello importa una conducta abusiva, imputable a esta parte, quien, se reitera no solo no recibió el total del precio, sino que con solo el 70% entregó la posesión. También agravia a esta parte que el Sr. Juez no haya dicho de los frutos aprovechados por la demandada, desde que se le otorga su uso y goce, porque representa la utilidad frustrada que se calculará teniendo en cuenta la ganancia que durante todo el tiempo perdido se hubiera podido lograr alquilando la cosa, de cuyas resultas también queda con ello acreditado el abuso del derecho en que ha incurrido en perjuicio de esta parte. Y que la sentencia de grado omite pronunciar al solamente elegirla cláusula indemnizatoria, como lo ha hecho. Al denegar la resolución del contrato, solo acogió la multa por incumplimiento sin otro reconocimiento a favor de la actora. Obligando a esta parte la iniciación de un juicio para la determinación

judicial de los daños y perjuicios, por la forma en que ha decidido. Que el mecanismo resolutorio de un contrato solo puede ser ejecutado por quien ha cumplido con las prestaciones a su cargo, exigencia que se desprende de las normas de los arts. 510, 1203 y 1204 del Cód. Civ., no funcionando cuando las obligaciones reciprocas de ambos contratantes se encuentran incumplidas -caso de incumplimiento reciproco, lo cual supone a V. E. decretar la resolución contractual pretendida por esta parte. Causa agravio la parte de la sentencia, al fallar que la multa del 0,2% diario se aplica hasta que quede firme el presente decisorio, cuando que por el contrato se acordó que la extensión de la multa sobre el saldo de precio lo es por cada día de demora, es decir hasta la fecha en que escriture y abone el saldo de precio, ello y con total presidencia del momento en que quede firme la sentencia de autos. Para el caso de que V. E. no revoque la escrituración decidida, que causa a agravio a esta parte a partir de la decisión en crisis, la omisión de imponer intereses alguno respecto a las sumas depositadas por la demandada morosa, cuya morosidad ha quedado sin discusión en el pago del saldo de precio. La demandada no escrituró con fecha 7 de diciembre de 2.011. Esa sola circunstancia habilita la aplicación de intereses sobre el saldo adeudado a partir de dicha fecha conforme la manda del art. 509 del C. C.- El Juzgador ha reconocido la mora de la demandada. Este vacío de la sentencia deberá ser revocado, calificando asimismo su tipo y calidad. Las sumas depositadas las toma en cuenta del saldo de precio de la compraventa, no solo sin identificar el tipo de interés aplicable, sino además, estableciendo como fecha de corte de tal liquidación, el 14/03/2.013, que deberá practicarse según el Juez. Causa agravio la fecha de corte de los intereses desde que desestima la consignación de la demandada reconviniente. Si la consignación es desestimada, los intereses deberían calcularse efectivamente desde la constitución en mora 7/12/2.011, cuando no compareció a la escrituración hasta su efectiva percepción por la actora, porque no otro debería ser el sentido de tomar tales sumas a cuenta de precio de saldo de precio, desde que cuando esta parte pueda hacerse de las mismas, y no en otra oportunidad, es cuando deben cesar los intereses. Máxime cuando según el propio juzgador que ha decidido que: ?habiendo quedado evidenciado en estos actuados que la oportunidad de integrar el precio era la fecha estipulada por el notario para la realización de la correspondiente escritura traslativa de dominio, las sumas depositadas por la demandada reconviniente, no pueden surtir los efectos liberatorios y propios del pago por consignación. II.- Fundamentos al acogimiento de la reconvencción parcial. Causa agravio el análisis del plexo probatorio pericia incorporada por el perito de oficio, oportunamente impugnado por esta parte al pedido de explicaciones se ha demostrado. El contradictorio dictamen respecto del inmueble reciclado no habría sido exhibido para la venta mostrando tales irregularidades encontradas. El experto ha omitido respuestas a las aclaraciones solicitadas. En el dictamen no puede con rigor científico precisar la antigüedad o época de producción de las lesiones vistas, de cuyas resultas no pudo afirmarse que los vicios aparentes cuya aparición resulta paulatina, hayan podido imputarse a fecha alguna. Respecto al destino reglamentario de las aguas de lluvia, mayor se presenta el agravio desde que y aun cuando se confirma este daño, jamás la demandada podrá repararlo sin la intervención necesaria del consorcio. Y que en definitiva resulta el único responsable, por lo que la suma de \$... se presenta como un enriquecimiento sin causa, que la sentencia recoge en desconocimiento palmario de la norma legal invocada. La terraza es parte común. El perito indica que el origen de las filtraciones y sus características obedecen al propio edificio, sumado a la humedad ascendente en cimientos, sumando al faltante de terminaciones del interior de placard que descalifica como vicio oculto que impone su pintado. Agravia el fallo la condenar a esta parte a pagar la suma de \$... a la fecha del decisorio, que muy lejos está, además, de la suma determinada por el perito a febrero de 2.014 como daños a reparar. Se presenta absolutamente arbitrario el monto de condena frente a la suma de \$... dictaminada pericialmente en febrero de 2.014. Agravia la sentencia en cuanto a que debe adicionarse intereses desde la fecha de su exigibilidad (18/10/2.011), tornándose confiscatorio el monto de la condena al que se le imponen intereses a octubre de 2.001, por una actualizada al año 2.015, se castiga con intereses que se retrotraen a 4 años, octubre de 2.011. No meritó el Sr. Juez la cláusula tercera, la tenencia precaria del bien, libera a la vendedora por los daños y perjuicios de averías, desperfectos, filtraciones, incluyendo las enunciadas en el art. 1517 del C. C. ya que los compradores la toman a su cargo y riesgo propio, incluso el caso fortuito, quedando eximidos los vendedores de las obligaciones impuestas por los arts. 1514 a 1526 del C. C. Es decir la propia reconviniente asumió la carga de cualquier reparación, que S. S. impone a esta parte. No meritó que la pericia de autos, el valor de venta resulta unitario de U\$S... el m2. y que los valores para la zona variaban entre U\$S ... a U\$S... m2. Es decir que se vendió la propiedad en un 40% menos de su valor promedio del m2., porque la propiedad y sus reparaciones eran perfectamente conocidas por la demandada a tenor del precio que pagó. Finalmente pide se revoque el decisorio, haciendo lugar a la resolución contractual y denegando la reconvencción intentada en punto al daño emergente condenado. II. b.- Agravios de la demandada A fs. 391/393 crítica la sentencia de primera instancia la parte demandada reconviniente en estos términos, a saber. Primer agravio. Resolución del boleto - intereses. Se agravia de los intereses aplicados en concepto de multa. Dichos intereses resultan totalmente leoninos, pues estamos aplicando una tasa de interés que llega el 72% anual sobre sumas fijadas en Dólares, cuando la tasa normal anual que aplican las instituciones no llega al 10% anual. El Juzgador no ha tenido en cuenta la desvalorización producida y el beneficio obtenido en consecuencia por la actora en cuanto al pago mediante consignación en la moneda pactada. Deberán adecuarse los

intereses a su justo límite. Segundo agravio. Costas. Que son impuestas a la demandada en su calidad de vencida. La vencida resulta ser la actora, debiendo ser puestas a cargo de la misma. Tercer agravio. Las costas por la escrituración. Se hace lugar a la reconvencción por escrituración imponiéndoselas al reconviniente, debiendo ser a cargo de la condenada actora. Cuarto agravio. Rechazo de la consignación. El pago por consignación fue rechazado, en base a que determinada que la fecha de pago era la fijada para llevarse a cabo el acto de escrituración. Que si bien resulta exacto lo expuesto, no deberá dejarse de lado que esta parte, se opuso a la escrituración en base a los desperfectos y deficiencias con que se encontró en la propiedad, acogidos estas favorablemente en la sentencia dictada en autos. Por su parte la actora, declaró la resolución del contrato, pretendiendo recobrar la tenencia de la propiedad mediante acta notarial agregada en autos, es decir, no solo declaró resulta la operación, sino que además dio por perdidas las sumas entregadas, pretendiendo hacerse de la posesión de la propiedad, todos estos actos constitutivos de una evidente manifestación de la negativa de seguir con el negocio adelante y en consecuencia a la negativa de percibir el saldo de precio, lo que da motivo a esta parte a consignar judicialmente el saldo debido, a los efectos de la cancelación de su obligación. Se revoque esta parcela del fallo y se haga lugar al pago por consignación, con costas. Quinto agravio. Las costas. En la sentencia se estableció que las costas deben ser soportadas por la demandada en su calidad de vencida y por los actores en proporción correspondiente a la indemnización decidida a favor de la accionada. Esta parte considera que deberá fijarse las costas de acuerdo a lo ya peticionado, además de fijar a cargo de la parte actora las costas por el rechazo del planteo de temeridad y malicia. Finalmente pide se revoque la sentencia en cuanto ha sido materia de agravios, con costas. Seguidamente a fs. 395/7, contesta la actora las críticas al fallo expuestas por la demandada, en estos términos. La multa tal como se resolviera en la sentencia es la de proporcionar un incentivo para la conducta debida del deudor. El Juez no ha optado por la resolución del contrato y ello habilita la multa acordada. Sobre el monto consignado no se cumplió con los requisitos de modo, tiempo y lugar. Pide se rechacen los agravios vertidos, con costas.

LA SOLUCIÓN Centrados los agravios expuestos por la actora y la demandada en sus respectivos escritos y que constituyen la crítica al fallo recurrido y al mismo tiempo el marco cognoscitivo de los deducidos recursos de apelación y revisión de la sentencia, corresponde considerar los mismos guardando el siguiente orden metodológico, de su tratamiento y resolución, a saber. III.- Los principios dispositivo y de congruencia procesal Preliminarmente y antes de entrar a considerar las quejas al fallo de primera instancia propuestas en esta instancia tanto por los actores como por la demandada, resulta necesario y de oficio -por estar en riesgo jurídico- el orden público, toda vez que en una parcela de la sentencia recurrida, se ha incurrido en la violación de dos principios rectores que iluminan jurisdiccionalmente la facultad y el deber de sentenciar administrando justicia, y que son el principio ?dispositivo? y el principio de ?congruencia judicial?. En efecto, el Sr. Juez Colega de Primera, condena a la demandada por encontrarla incurso en mora, a pagar intereses punitivos conforme lo pactado en el contrato, a una tasa diaria del 0,20% diario, sobre manera extranjera, precisamente Dólares EE. UU. La demandada apela este capítulo del fallo, solicitando la reducción judicial de los mismos por considerarlos abusivos y con más razón cuando los mismos deben aplicarse en una obligación principal que se encuentra pactada en moneda extranjera como son los Dólares EE. UU. Entiendo, que esta parcela del fallo debería revocársela, por cuanto no fue objeto de planteo ni petición judicial de los actores, la aplicación de esta multa o interés punitivo del 0,20% diario sobre el capital, es decir el saldo de precio deudor, violándose en el decisorio el principio de congruencia procesal y el otro principio dispositivo, limitándose simplemente -los accionantes- en el objeto de la demanda, promoviendo una acción de resolución contractual. El principio dispositivo. El sistema dispositivo deriva del carácter disponible de los derechos sustanciales, cuya tutela judicial se pretende a través del proceso civil. Surge aquí la naturaleza instrumental del derecho procesal, que reglamenta y esta puesto al servicio del derecho sustancial. El derecho sustancial es disponible cuando su titular pueda decidir libremente sobre él. Por el contrario cuando se habla de derechos indisponibles, su titular carece de tal poder de decisión. En la especie, la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos sustanciales, necesariamente influye en el proceso, y se vincula, particularmente, con los poderes que las leyes procesales acuerdan, por un lado, a las partes y, por otro al juez o si se quiere al Estado. En líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquel en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituyen el fundamento de las sentencias (Arazi Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed. Astrea, Bs. As. 1995, p. 141). Finalmente dice el brocardio que: ?No hay juez sin demandante? (?Nemo iudex sine actore), y la condenación al pago de intereses punitivos no fue objeto de petición por parte de los actores demandantes. El principio de congruencia judicial. Disponen los arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del Cód. Proc., que la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas, según correspondiere por la ley. Este principio impide que se omita resolver cuestiones debidamente propuestas, o que se resuelva sobre temas no sometidos ni propuestos por las partes a la decisión jurisdiccional. La congruencia es la necesaria conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio. Se trata de un postulado de la lógica jurídica formal que impera en todo razonamiento ordenado. La sentencia resuelve y versa sobre cuestiones planteadas por los justiciables y

debe recaer sobre el ?objeto? reclamado y pronunciarse en función de la causa invocada. No se pidieron en la demanda intereses punitivos del 0,20% diario, ni menos aún intereses legales moratorios (art. 272 del C.P.C.C.) La incongruencia constituye, pues una falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de los litigantes y la parte dispositiva de la sentencia; sólo en el fallo quedan resueltas las pretensiones de los sujetos y, por tanto, se pueden incurrir en tal defecto. Pero si en el fallo se deja de decidir alguna pretensión o defensa o se deciden otras distintas, o se decide sobre cuestiones o pretensiones u objetos no solicitados ni planteados por las partes en el proceso civil, la sentencia será necesariamente incongruente. En su consecuencia, en el pronunciamiento objeto de revisión judicial, se han violado los principios: dispositivo y de congruencia procesal, precisamente en la parcela o capítulo del fallo, en el cual se condena a la demandada a pagar el interés punitivo pactado del 0,20% diario, toda vez que no fue objeto de pretensión por parte de los actores, proponiéndose se revoque esta parcela de la sentencia, sin imposición de costas en atención al modo en como se resuelve de ?oficio? este aspecto del fallo. Finalmente, en virtud de lo expuesto, el resto de los agravios que giran en torno a los intereses (su cómputo, etc), su tratamiento deviene inoficioso. IV.- Uso abusivo del pacto comisorio expreso Nuestro sistema jurídico aplicable al presente ?sub-judice? cuenta con suficientes herramientas legales en los arts. 1071 y 1198 del Cód. Civ., en los que se reprime el ejercicio abusivo de los derechos y se subordina al principio de la buena fe todas las vicisitudes del contrato. El pretender ejercer el derecho de resolver el contrato por parte de los vendedores -actores en este caso- cuando el comprador demandado ha pagado más del setenta por ciento (73%) del precio de compra fijado por las partes en el contrato de compraventa, implica un ejercicio abusivo de ese derecho, por contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo -el de preservar el sinalagma contractual- y por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, como dice el art. 1.071 del Cód. Civ., la buena fe, probidad a que se refieren los arts. 1.071 y 1198 del Cód. Civ., bueno es reconocerlo, no apunta sólo a reforzar el contrato libremente celebrado, constriñendo a las partes al fiel cumplimiento de lo pactado -buena fe compromisoria- sino también a auxiliar al deudor a fin de protegerlo frente a un acreedor que actúa abusivamente y demasiado inflexible: buena fe eximente o absolutoria. Los preceptos legales citados brindan directivas bien amplias que permiten a los jueces moverse con toda holgura para hacer jugar su prudente arbitrio frente a las circunstancias del caso y llegar en la practica a soluciones que consulten principios de justicia, no haciendo lugar a pretensiones de resolución, cuando ellas no responden a un auténtico, justo, equitativo y legítimo interés del acreedor. El pacto comisorio es un instituto que faculta a la parte cumplidora a exigir el cumplimiento o a pedir la resolución de las obligaciones emergentes de un contrato. Esa facultad se acuerda en protección de la parte que cumplió con sus obligaciones frente al que no lo hizo. De ello se desprende que en principio no sería aceptable sostener que quien pone en funcionamiento el instituto pueda incurrir en un ejercicio abusivo del derecho (art. 1071 del Cód. Civ.). En este aspecto es pacífica y reiterada la jurisprudencia, que también ha expresado en algunos fallos que el pacto comisorio, ab-initio no es ilícito ni inmoral; por el contrario, generalmente es útil desde el punto de vista económico, pues brinda instrumento de coerción contra el incumplidor; y a su vez desde el ángulo moral, porque defiende al contratante de buena fe, sólo se puede transformar en nocivo cuando su funcionamiento provoca un enriquecimiento sin causa legítima, indebido y contrario a las buenas costumbres (C. II, La Plata, Sala III, 21/2/78, ?Plance S. R. L. c/ Herrera?, Capel. Civil y Com. Morón, Sala I, 29/11/84, ?Martos c/ Chirriaran?, LL, 1985-E-395). También se ha sostenido que la conducta del contratante al acoger al pacto comisorio, no implica desviación del fin para el cual esa institución fue creada, pues ejerció un derecho en forma regular, sin que trascendiera propósito alguno de obtener ventajas desproporcionadas o ilegítimas a costa del otro contratante (ED, 51-539; ED, 65- 209); agregándose que el pacto comisorio no es ajeno a la gravitación de las directivas como la de los arts. 953 y 1071 del Cód. Civ., que expanden su influencia a todo el espectro de los derechos subjetivos (CNCiv., Sala D, 30/6/80, ?Geist c/ Vainstein, Capel, Civil y Com. Morón, Sala I, 29/11/84, ED, 113-308; Capel, Civil y Com. San Martín, Sala II, noviembre de 1984, ED, 113-573). La jurisprudencia mencionada en forma de resumen establece en general cuales son los límites al ejercicio del pacto comisorio, a saber: el orden publico, la moral, las buenas costumbres y la buena fe; principios que operan bajo la invocación o no de la teoría del abuso de derecho. También se ha dicho al respecto y en el mismo orden de ideas a que venimos haciendo referencia: ?...los principios de moral y buena fe constituyen los verdaderos límites dentro de los cuales debe ser ejercitada la facultad resolutoria...(SCJBA, 23/6/81, Rep. ED, XVI, 265-262). En definitiva y como se podrá advertir del análisis realizado, los límites que se han impuesto al ejercicio de la facultad resolutoria por intermedio de los arts. 216 del Cód. del Com. y 1204 del Cód. Civ., no difieren de los que la doctrina y jurisprudencia han impuesto al principio de la autonomía de la voluntad establecido por el art. 1.197 del Cód. Civ. Finalizando con el análisis de este subtema es dable poner de resalto que es procedente la aplicación de oficio por los jueces del principio que veda el ejercicio abusivo del derecho, por cuanto el mismo constituye una norma imperativa de orden publico (La función creadora del juez: aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho? (González de Prada y Wayar, ED., 124-440); Capel. Civil y Com. San Martín, Sala II, 1/11/84, ?Faassani c/ Lencinas?, ED. 113-573, cits. por Santiago Horacio C., Cap. XIV, Pacto Comisorio, ítem 7. Ejercicio abusivo del pacto comisorio, en la obra colectiva Contratos, Ed. LaRocca, Bs. As. año 1989,

págs. 339/340). Si bien el pacto comisorio, en cuanto permite la opción entre el cumplimiento o la resolución, no puede ser, en sí mismo, ilícito o inmoral, la cuestión se deriva en determinar si es justificable la resolución por el incumplimiento incurrido, y si la penalidad que se hubiese establecido es o no excesiva (C. Civ. Sala C, LL 128-400; íd. LL 1977-A-165; Sala D, ED. 74-242; Sala F, LL 1978-D-836, N° 3324). Se trata de una cuestión sometida a los standards de buena fe y moralidad (C.Civ. Sala E. ED, 51-547), de justicia (C. Civ. Sala F, LL 1978-A-492) y de moralidad (C.Civ. Sala D, ED 74-242) que concierne al impedimento para obrar abusivamente (C. Civ. Sala E, LL. 1975-C-369; íd. ED, 76/580), y que debe ser apreciada conforme a las circunstancias del caso (C. Civ. Sala D, JA, 1978-I-455; Sala F, ED 51-592), pues se relaciona con las sanciones conexas (C. Civ. Sala C, LL 1977-B-536) y con la conducta de las partes (C. Civ. Sala D, ED 63-161). El ejercicio de la facultad resolutoria ha sido considerado abusivo cuando se ha abonado el 40% de la contraprestación, y hay una cláusula penal que autoriza al cocontratante a quedarse con ese importe (C.Civ. Sala D, JA 1977-IV-152). También, cuando ha sido pagada una parte del precio que es importante, o que conforme a lo convenido permite reclamar la contraprestación (.Civ. Sala A, LL 115-333; íd. LL 122-290; íd. 127-355; íd. ED 60-290; Sala B. JA 1967-III-354; Sala E. LL 131-892; SCBA, LL 145-390, 28.060-S; C. Paraná Sala I, JA 23-1974-744), pero tal es así solamente si promedia abuso (C.Civ. Sala A, JA, 1978-II-179), o abuso y enriquecimiento sin causa (C.,Civ. Sala A, ED 60-290; SCBA, LL. 154-390, 28.060- S), o lesión de la moral y buenas costumbres (C. Civil Sala A, LL 1977-B-577, cits. por Llambías-Alterini, Cód. Civ. Anotado, doctrina y jurisprudencia, T° III-A, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1985, págs. 209/210). Por todo ello, y sobre la base de todos los fundamentos expuestos precedentemente juzgo que corresponde confirmar esta parcela del fallo apelado, confirmándose también -en su consecuencia- el capítulo del fallo que hace lugar a la reconvenición que por escrituración promueve la demandada en contra de los actores, con imposición de costas. V.- Incumplimiento del que pretende resolver el contrato. Se da la situación en el caso de autos, tal cual se resuelve más abajo que los vendedores incumplieron con su obligación legal de entregar a la parte compradora el inmueble objeto de compraventa -una vivienda de ocupación cuyo destino es de uso de habitación familiar- que presenta vicios ocultos o redhibitorios, que por su gravedad la hacen que se vuelva impropia para su destino (art. 2164 del Cód. Civ.), por ello mal pueden plantear los actores la resolución del contrato si ellos son incumplidores legales (arts. 510 y 1201 del Cód. Civ.), todo ello sin perjuicio de que constituye un abuso de derecho resolver el contrato como se fundamenta jurídicamente en el inicio de este voto. VI.- La contrademanda por daños y perjuicios de la cosa vendida. La demandada contra-demandó por resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios sobre la base de vicios ocultos o vicios redhibitorios en la cosa vendida y producida la prueba al efecto, S. S. hizo lugar a la demanda condenando al actor-reconvenido a pagar la suma de Pesos ... (\$...), con más intereses. Apela y se agravia de esta parcela del fallo recurrido la parte actoravendedora. En su consecuencia corresponde por una cuestión metodológica someter a tratamiento y resolución estas quejas, que ponen en crisis la sentencia. Que la cláusula tercera del contrato de compraventa suscripto por las partes en la cual la tenencia del inmueble otorgada a la compradora, libera a la vendedora por los daños y perjuicios de averías, desperfectos, filtraciones, incluyendo las enunciadas en el art. 1517 del C. C., ya que los compradores toman a su cargo y riesgo propio, incluso el caso fortuito, quedando eximidos los vendedores de las obligaciones impuestas por los arts. 1514 a 1526 del C. C., son normas legales que se aplican al contrato de locación de inmuebles, resultando inaplicables al contrato de compraventa de inmuebles. Por lo tanto dicha cláusula tercera la doy por no escrita ni convenida, considerándola nula. Sin perjuicio de ello, ¿obiter dicta? no constituye renuncia a la acción por vicios ocultos o redhibitorios, la circunstancia de que el inmueble se hubiese comprado, liberando genéricamente a la vendedora de la responsabilidad por daños y perjuicios de averías, desperfectos, filtraciones, sin especificar concreta y detalladamente cuales son esos vicios y/o averías que contiene el inmueble vendido para que la compradora tome conocimiento expreso de los mismos y de modo concreto cuales son esos vicios, toda vez que es lo mismo que pactar que el bien raíz se vende y compra en el estado en que se encuentra, violándose de ese modo las prescripciones legales de los arts. 2169, y sus concordantes 506, 507, 933, 953, 1198, 1414, 2099, 2104 a 2106 y 2166 del Cód. Civ. Por otra parte el comprador no renunció al derecho subjetivo de invocar la garantía legal de saneamiento de los vicios ocultos. La estipulación en términos generales de que el enajenante no responde por los vicios redhibitorios de las cosas, no lo exime de responder por el vicio redhibitorio de que tenía conocimiento y que no declaró al adquirente (art. 2169 del Cód. Civ.). En este caso el enajenante tenía conocimiento de la existencia del vicio o defecto, y sin declarar la existencia de éste, pacta con el adquirente su irresponsabilidad. No cabe duda de que existe mala fe en quien transmite la cosa. Este art. 2169 veda la posibilidad de que el enajenante de mala fe- es decir quien tenía conocimiento de la existencia del vicio al momento de pactar su irresponsabilidad y no puso en conocimiento de ello al adquirente- se exima de responder alegando la existencia de una cláusula en tal sentido, que suprima su obligación de garantía. Es correcta tal solución puesto que, de permitirse al enajenante que actuó de mala fe invocar una cláusula de irresponsabilidad que pactó mediando dolo de su parte, se estaría amparando una conducta desleal. Y es más aún su responsabilidad, sin que habría dolo de su parte, igualmente responde por los vicios redhibitorios que no declaró al adquirente, y más aún es su responsabilidad civil cuando hubo protesta de los mismos por parte

de la demandada de conformidad con sus cartas documento obrantes a fs. 40 y 47, remitidas a la parte actora. Que según surge expresamente del pliego de posiciones formulado por los actores cuya pieza corre glosada a fs. 220, al formular las posiciones que deberá absolver la demandada, afirman: en la posición 7º: ¿Que el inmueble vendido fue entregado en perfecto estado de aseo?; en la posición 8º: ¿Que el inmueble vendido fue entregado en perfecto estado de conservación?; en la posición 9º: ¿Que el inmueble vendido adolece de daños estructurales?, y que luego en la audiencia de posiciones celebrada a fs. 221, se reformula la posición 9º, por la siguiente: ¿Que el inmueble vendido carece de daños estructurales?, contesto que no es cierto. Que de conformidad a la segunda parte del art. 409 del Cód. Proc., cada posición importará, para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere. En su consecuencia, los actores estarían reconociendo ¿prima facie? que el inmueble vendido fue entregado en perfecto estado de conservación. Entonces cabe preguntarse: ¿Por qué motivo o causa insisten -en su defensa- en que la compradora asumió la responsabilidad por lo vicios redhibitorios y los tomó a su cargo y cuenta, eximiéndose de responsabilidad de los mismos los vendedores actores (conforme la cláusula tercera del contrato de compraventa)?, si el inmueble fue vendido y entregado en perfecto estado de conservación?. La respuesta lógica y sin hesitación, es que los vendedores-reconvenidos tenían conocimiento de la existencia de dichos vicios redhibitorios antes de la venta y entrega del inmueble a la compradora, lo cual denota a todas luces un comportamiento doloso, contrariando el principio buena fe, regulado en el art. 1198 del Cód. Civ., al establecer que los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe. Además sigue la misma suerte el reconocimiento expreso del demandado Augusto Signorio y Macro, que a la segunda ampliación de la absolucón de posiciones confesó: ¿...nosotros entregamos la cosa vendida y cuando se la entregamos no solamente estaba en perfecto estado sino que faltaba la escrituración? (véase fs. 250/250 vta.)

Por dichas razones jurídicas deviene inoficioso el tratamiento del agravio que gira en torno al precio del m2 de U\$S ... que fue vendido el inmueble y que los valores de la zona varían de U\$S ... el m2 a U\$S ... el m2, y que la propiedad se vendió en menos de un 40%, porque la propiedad era conocida por la compradora al igual que las reparaciones que debía realizarse. Que sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento y por otra parte, también podría interpretarse de esta cláusula tercera del boleto de que forzosamente pretenden los actores eximirse de responsabilidad por los vicios redhibitorios de la cosa vendida, no se refieren a los vicios ocultos de la cosa, sino a los daños que pudieren causarse a otros bienes muebles o la compradora, por filtraciones, averías, derrumbes, cortocircuitos, incendios, inundaciones, roturas y/o cualquier causa, incluyendo los enunciados en el art. 1571 del Cód. Civ., ya que los compradores lo toman a su cargo, quedando eximidos los vendedores de las obligaciones impuestas por los arts. 1514 a 1526 del Cód. Civ. La garantía de saneamiento es un género conceptual que abarca -en este caso que nos ocupa- a los vicios redhibitorios, permitiendo el saneamiento y que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que le indemnice de los daños y/o vicios ocultos o redhibitorios en la cosa vendida (art. 505 inc. 3º del Cód. Civ.). En la especie, toda acción dolosa constituye una grave violación del principio de buena fe (art. 1198 del Cód. Civ.) que rige la conducta de las partes de un acto jurídico en el momento anterior, coetáneo y posterior a su celebración. Esta violación engendra la obligación de resarcir el daño causado conforme a los principios de la responsabilidad contractual. Y ello torna aplicable el último apartado del art. 2176 del Cód. Civ., ya que sería injusto dejar de indemnizar al adquirente este perjuicio sufrido por la mala fe del enajenante (CNCiv. Sala I, 3/10/2.008, ¿Acebedo, Marcelo G. C/ Samprad S.A. s/ daños y perjuicios?, Lexis Nexis online). El adquirente de un inmueble que reclama indemnización a consecuencia de vicios que presenta el bien - desperfectos y falta de los servicios de luz y gas- puede ejercer directamente la demanda de daños y perjuicios pues no se encuentra prohibido acudir automáticamente a esta vía procesal. No es imperativo que deba solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato ya que puede querer conservar la cosa aún con la deficiencias que tiene (CNCiv., Sala K, 18/12/2007, ¿Pellicer Guillermo G. Y otro c/ HSBC Bank Argentina S. A. s/ daños y perjuicios?, sum. 17809, Boletín de la CNCiv. N° 2/2.008; Lexis n° 35022265; Colombo Carlos J. y Kiper Claudio M., Cód. Proc. Civ. y Com., anotado y comentado, Tº VIII, Ed. La Ley Bs. As. 2.0009, págs. 574/5). Para la procedencia de la acción se requieren los siguientes requisitos legales, a saber: a) Deben ser vicios ocultos: cuando comúnmente no se ponen de resalto en forma rápida, con el primer examen, por cuanto suelen residir en la naturaleza íntima de la cosa, en lo más recóndito de su organismo o estructura. Y será un vicio oculto si un hombre con mediana experiencia no puede detectarlo. b) Gravedad del vicio: Aquí cabe afirmar, que a los efectos del art. 2164 del Cód. Civ., el vicio es grave cuando hace que la cosa inmueble se vuelva impropia para su destino. Se requiere que la entidad sea importante, circunstancias que objetivamente se puede configurar cuando el defecto torne la cosa impropia para su destino o cuando disminuya la posibilidad de usar la cosa, todo ello atendiendo a las circunstancias de los sujetos y de la cosa, en este caso una vivienda familiar. c) Causa anterior o concomitante: Para que se configure el vicio redhibitorio es menester que la imperfección debe tener origen en una causa anterior o concomitante al acto de adquisición. Debe aclararse que si bien por su carácter de ocultos, los vicios recién serán advertidos luego de la transmisión, corresponde al adquirente demostrar que aquellos tuvieron un origen anterior a ella. Empero, entiendo -y así lo juzgo- que en este caso en especial -me refiero al acto jurídico de la compraventa del inmueble, y dadas sus circunstancias y características particulares que lo rodean, entre ellas los sujetos, la

cosa vendida, el destino de uso de habitación familiar de la cosa y el lugar de la misma, encierran la presunción ?pro-homine? (art. 163 inc. 3° del Cód. Proc., toda vez que existen indicios graves, precisos y concordantes) de que los vicios ocultos descubiertos dentro del periodo de garantía legal se repuntan existentes al tiempo de la tradición. De este modo, el juez presume que habida cuenta de las circunstancias del presente ?sub-judice? y dada la naturaleza de los vicios o defectos ocultos resulta indudable y muy probable de que los vicios ya existían al momento de la entrega del bien a la compradora. Por ello, la prueba pericial técnica que será objeto de valoración más abajo tiene ordinariamente un valor decisivo, a esos efectos. d) Desconocimiento del adquirente: De conformidad con los arts. 2164 y 2170 del Cód. Civ., los vicios deben ser desconocidos por el adquirente, ya que en caso contrario el enajenante queda liberado de su responsabilidad, salvo si los debía conocer por su profesión u oficio y esto no es el caso de autos. Es el enajenante el que debe probar que el adquirente conocía los vicios cultos o que debía conocerlos por su oficio o profesión. VI .a.-Análisis y estudio de la prueba pericial técnica De la pericia técnica producida por el arquitecto desinsaculado (conforme pieza de fs. 280/293 y las explicaciones brindadas por el experto a fs. 311/316 que ratifican el dictamen original) se acreditó que: a) Las patologías no resultan de una generación espontánea, sino de un proceso de deterioro más o menos largo, según sea el tipo de elemento afectado. Es importante discriminar entre génesis del fenómeno y su manifestación visible. b) Una vez generada la patología, el deterioro avanza, pudiendo tardar lapsos prolongados en hacerse visible y aun así, una vez ocurrida su manifestación, esta podría volver a desaparecer totalmente ante reparaciones de las superficies visibles del elemento, permaneciendo el problema subyacente. c) Con solo observar el progreso que experimentaron los deterioros entre el estado incipiente que muestran las fotografías de fs. 113 a 127 y los observados por el experto en la actualidad, para idénticas partes constructivas, permite claramente inferir que: ?resulta altamente probable que las causas que originaron las patologías sean preexistentes a la fecha citada y que sus efectos se manifestaron con posterioridad a la misma? (lo subrayado me pertenece). Con ello, se prueba sin dudas que los vicios redhibitorios u ocultos, eran preexistentes a la fecha de celebración del acto jurídico bilateral (contrato de compraventa) y entrega de la cosa a la demandada. d) En el inmueble en cuestión se han observado: * Fisuras en pared interior y techo placard dormitorio planta baja. * Fisuras en cielorraso baño próxima a la claraboya y en los muros internos de la misma. *- Fisuras varias en pared sobre vano de acceso escalera en planta alta. * Una grieta en la pared de la caja de escalera, próxima a la parte más baja del plano inclinado que hace de techo de la misma. Esta se encuentra a la derecha mirando de frente a la escalera. Puede observarse tanto desde el interior (próxima al cielorraso) como desde la Terraza (Próxima al zócalo cerámico) y por ella se produce el ingreso de abundante humedad de origen pluvial a la parte superior derecha de la caja de escalera. Un sinnúmero de fisuras en los cielorrasos de distintos ambientes, en la unión de las distintas placas de roca de yeso (durlock) entre sí, debidas a una defectuosa ejecución en el tomado de dichas juntas. Las lesiones citadas no aparecen espontáneamente sino en forma paulatina, a través del tiempo. *Considerando el comportamiento habitual que tienen los materiales de construcción utilizados, las fotografías que lucen a fs. 113/127 y entendiendo que un inmueble ?reciclado? no habría sido exhibido para la venta mostrando tales irregularidades, se estima fundamentalmente que el estado latente de los desperfectos comenzó a tener una manifestación visible con posterioridad a la transacción relajada entre las partes. *Si en días de intensas precipitaciones ingresa el agua de lluvia por los desagües cloacales, como expresa la parte demandada y reconviniente a fs. 129/129/vta. ello no puede resultar de meras obstrucciones, sino de conexiones antirreglamentarias entre el sistema cloacal y el pluvial entre sí. *Especialmente en edificios de más de una planta, cuando los caudales de agua pluvial son derivados a un sistema cloacal interno (que naturalmente no se halla diseñado para recibirlos) pueden producirse desbordes de aguas pluviales mezcladas con aguas cloacales, por los artefactos (rejillas, piletas de patio, conexiones de inodoros, etc.) de la planta baja. * Durante la inspección pudo efectivamente verificarse mediante las pruebas efectuados, que todos los desagües pluviales de la unidad de marras han sido canalizados en forma totalmente antirreglamentaria a una cámara de inspección del sistema cloacal. Esto no es perceptible a simple vista y mucho menos para un lego en la materia. A mayor abunda miento, también pudo comprobarse que ningún caño pluvial de la propiedad alcanza el cordón de la acera; destino reglamentario de las aguas de lluvia. *Los extremos visibles de las cañerías de provisión de agua que se encuentran alojadas en las paredes denotan que se tratan de materiales nuevos, lo que permite inferir que las mismas habrían sido reemplazadas durante la refección del inmueble previo a la venta. * Pudo comprobarse que el desagüe de la pileta de la cocina no funcionaba en forma eficiente, aunque sin poder establecer en la oportunidad, el origen de tal ineficiencia. *Se entiende que un inmueble es ?reciclado? cuando se persigue adaptar un edificio antiguo, con el fin de que satisfaga las necesidades y exigencias de confort actuales. *Por debajo de este reciclado ?a fondo? existe un sinfín de posibilidades intermedias, hasta llegar a lo que vulgarmente se denomina como ?un lavado de cara?. Es sabido en la ciencia de la construcción que los sectores de aislamiento hidrófugo más proclives a tener problemas de filtraciones, son aquellos en los que se encuentran dos materiales (chapas de mampostería, paños de membranas asfálticas entre si y con mampostería, etc.). En tal sentido pudo observarse que la cubierta de la planta alta en si, se halla ejecutada con soluciones insuficientes y en forma reñida con las reglas del arte. En el techo de chapas, faltan zinguerías apropiadas que

efectúen la transición entre la cubierta y sus muros perimetrales. El encuentro se intentó resolver mediante el empotramiento directo de las chapas dentro de sus muros perimetrales (lo cual resulta altamente desaconsejado) y ante la insuficiencia, la posterior colocación de remiendos de membrana asfáltica cubriendo dichos encuentros y finalmente, nuevos parches de pintura impermeabilizante fibra por sobre la membrana. Ello aún resultó ineficaz, generándose parte de las filtraciones de la planta alta; especialmente en el lugar del "goterón" por donde puntualmente desagua el techo de hormigón sobre el de chapas. Allí es donde el líquido choca con mayor vehemencia contra la precaria aislación, por efecto de la energía cinética producida por el desnivel. Las membranas asfálticas sobre el sector de techo de losa también se hallan ejecutadas en forma defectuosa. Las mismas se encuentran mal pegadas y mal solapadas (tal como pudo verificar el experto introduciendo los dedos por debajo de los encuentros entre sus distintos paños). Y carecen de las necesarias "babetas", lo cual pretende ser suplido también en forma precaria, cubriendo con membrana todo el perfil del muro perimetral (en forma desprolija) o directamente del borde superior (como en el sector del tanque de reserva de agua) que resulta su punto más débil frente a la lluvia. En el aislamiento hidrófugo de la terraza se verificaron errores de diseño y falencias constructivas que repercuten en filtraciones pluviales que se observan en la planta alta, sea sobre su cielorraso o bien sobre sus paredes aldañas. El crecimiento de vegetación en uno de los extremos de la terraza, denota que existen fisuras en el aislamiento hidrófugo y también acumulación de humedad en la masa del entrepiso permitiendo que aquella se desarrolle. El solado de la terraza carece de junta de dilatación, tanto perimetral como divisoria verificada en lagunas piezas flojas o que suenan a hueco al ser ensayadas. Ante el cambio normal de temperatura (invierno-verano) indefectiblemente repercute en el deterioro de un aislamiento hidrófugo confinada e impedida de realizar sus normales movimientos, permitiendo luego filtraciones. Se ha detectado el ingreso de humedad pluvial en los siguientes sectores: 1º) En el cielorraso del dormitorio de la planta alta; b) Humedad por filtraciones pluviales en paredes del dormitorio y placard de planta alta; c) Humedad en el cielorraso y pared del baño de la planta alta; d) en el cielorraso y muro medianero del baño y en la pared del dormitorio y del living-comedor; e) Filtraciones de humedad pluvial en el cielorraso de la caja de escalera a través de una rajadura; f) ingreso de agua a través de una caja de toma de la instalación eléctrica, ubicada por sobre la mesada de la cocina; g) Humedad ascendente de cimientos, en muros del baño, living comedor, cocina y dormitorios de la planta baja. h) Falta de terminaciones en interior del placard del dormitorio de la planta baja; i) Falta de pileta de lavar en lavadero descubierto en terraza; j) Levantamiento total de la pintura del baño de planta baja, por falta de preparación del sustrato. El perito dictamina que deben realizarse las siguientes reparaciones: 1.- Reacondicionamiento desagüe pluvial antirreglamentario. 2.- Reacondicionamiento techo de losa de la Planta alta. 2.- Reacondicionamiento techo de chapas de la planta alta. 4.- Reacondicionamiento techo de losa de la planta baja.- 5.- Reestablecimiento capa aisladora dañada.- 6.- Reparación en grite en caja escalera.- 7.- Reparación de fisuras y acondicionamiento de superficies en paredes interiores. 8.- Reparación de fisuras y acomodamiento de cielorrasos interiores. 9.- Reposición de pileta lavadero.- 10.- Repintado de paredes y cielorrasos. Estima el perito que por los trabajos de mano de obra, materiales y/o materias primas a utilizar, más un 8% correspondiente a gastos generales, un 15% de beneficio empresarial, arroja un total de \$..., más el 21% del IVA. Agrega el perito que: "Efectivamente dichas anomalías pudieron manifestarse con posterioridad a la adquisición del bien". A las observaciones a la pericia formuladas oportunamente por los actores, muy bien le responde el arquitecto designado como perito, que una impugnación al dictamen debería constituir una verdadera contra pericia y por ende contener una adecuada explicación de los principios técnicos en los que se fundamenta. Por supuesto que dichas observaciones no constituyen una contra pericia para echar por tierra y descalificar el dictamen pericial técnico realizado por el perito oficial desinsaculado en autos, el cual lo declaro con pleno valor y fuerza probatoria toda vez que se ajusta debidamente a las prescripciones legales de los arts. 472 y 474 del Cód. Proc., encontrándose debidamente fundamentado en consideraciones y principios técnico-científicos que el arte de la construcción y la arquitectura aconsejan, debidamente desarrollados por el experto en la materia, y que se encuentran debidamente corroboradas por las placas fotográficas que lucen agregadas a fs. 113/127 en las cuales se describen con elocuencia los vicios del inmueble y que las declaro auténticas, por cuanto el perito comparó las mismas con la realidad hallada en la oportunidad de realizar el peritaje en el bien de autos, todo ello avalado también en la audiencia oral de posiciones absueltas por los actores y que antes fueron evaluadas (arts. 375 y 384 del Cód. Proc.). Con respecto al agravio que transita por el meridiano de la falta de terminación y pintura del placard, cabe resaltar que éste ítem no ha sido valorado ni cuantificado por el experto técnico, ya que en la descripción de los reacondicionamiento y reparaciones que hay que realizar en el inmueble que consta al pie de la experticia, no se ha consignado tal concepto (ver fs. 292), ni tampoco ha sido valorado ni cuantificado económicamente por S.S., siendo improcedente la queja expresada por los actores. En suma, se confirma esta parcela del fallo, que condena a los actores contrademandados a abonar a favor de la demandada acreedora, la suma de \$..., importe al cual arriba S.S., sin incluir la provisión y colocación de una pileta en el lavadero, todo en concepto de daños y perjuicios (art. 1.083 del Cód. Civ.), con más sus intereses y costas. Que con respecto a las reparaciones indicadas por el experto que hay que realizar en la terraza y en los caños de desagüe pluvial reglamentario y que asciende éste último concepto a la suma de \$... y siendo

el origen de las filtraciones la terraza, no se ha demostrado en autos que esas son partes comunes y le incumbe a los actores reconvenidos la carga de la prueba de esos hechos (art. 375 del Cód. Procesal). Por lo tanto, éste agravio no debe prosperar, por cuanto no produce un enriquecimiento sin causa. La humedad de los muros interiores del inmueble que proviene de los cimientos de forma ascendente es parte privativa y los vendedores deben responder por ese vicio oculto. Por otra parte y sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es, para evitar dudas, que los vendedores vendieron el inmueble con su parte privativa (el departamento), con las partes comunes o de uso común del edificio de propiedad horizontal y como todavía aún la adquirente no integra formalmente el consorcio de propietarios, porque no se le ha transmitido el dominio de la cosa por escritura pública ni ha aceptado expresamente las normas de reglamento de propiedad horizontal, con respecto a los reclamos por vicios ocultos de las partes comunes del edificio no se encontraría habilitada o legitimada activamente para reclamarlas en contra del consorcio, siendo responsables civilmente de esos vicios ocultos, ya sean de partes privativas y/o comunes, los vendedores titulares del dominio registral, frente a la adquirente que por el momento goza de un derecho personal o creditorio sobre la cosa. El agravio que gira en torno a que la demandada se encuentra usufructuando el 100% del inmueble y que pagó solo el 73% del precio de compra, por todos los fundamentos expuestos en éste voto, deviene inoficioso su tratamiento. Con referencia al monto de la condena liquidado por S.S. en la suma de \$..., dicho monto se encuentra integrado por la suma de \$... (compuesto por materiales y mano de obra según pericia de fs. 292), a los cuales debe incrementarse el 8% de gastos generales y un 15% de beneficio empresarial y más el 21% correspondiente al IVA (véase pericia de fs. 292 vta.), lo que asciende al importe total de la condena de \$..., de los cuales se dedujo la provisión y colocación de la pileta de lavadero. Además, el importe de la condena, es considerado como una deuda de valor que el Juez liquida y fija a la fecha de su pronunciamiento judicial, sobre la base de las pruebas producidas, a la cual considero justo que se le aplique intereses moratorios desde la fecha de la firma del boleto de compraventa (18/10/2001), fecha presunta en que se consumó el acto ilícito, que coincidiría con la fecha de suscripción del boleto de compraventa y entrega de la tenencia, que torna exigible el cumplimiento de la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados por los vicios ocultos (art. 509, 519, 520, 622, 1068, 1069 y 1083 sstes. y cctes. del Código Civil), a los cuales se le aplicarán los intereses de la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en los depósitos a plazo fijo renovables cada 30 días hasta la fecha de su íntegro y efectivo pago, con costas. En su consecuencia, se desprende de todo ello, que se encuentra debida y legalmente justificada la actitud asumida por la demandada, en cuanto se rehusó a abonar el saldo de precio adeudado y a escriturar, toda vez que los actores vendedores incumplieron su obligación legal de hacer entrega del inmueble, sin vicios ocultos o redhibitorios, por ello se colige que mal pueden -estos últimos- exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la compradora-demandada, cuando ello nos cumplieron con su obligación. VII.- La suspensión del pago del saldo de precio y la no concurrencia a escriturar Dispone el art. 1426 del Cód. Civ. que el comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo que expresa el contrato. La enumeración de las causas que autorizan a suspender el pago del precio hecho en esta norma no es de carácter taxativo, pues pueden darse otras que justifiquen esa conducta del vendedor (CCiv. C, 17/11/71, LL 148-658-S-29.408, cit. por Salas-trigo Represas, Cód.Civ. Anotado, Tº 2, Ed. Depalma, Bs.As., año 1999, pág. 188). Lo cierto es que resulta lícito que frente a la existencia de vicios redhibitorios en la cosa enajenada, el comprador demandado se encuentra facultado para negarse a pagar el saldo de precio y escriturar porque no se le entrega exactamente lo que fue objeto del contrato, y es ejercido ese derecho subjetivo que le otorga el art. 1426 del Cód. Civ., previa entrega de la tenencia del inmueble, y sin que se le haya hecho la entrega de la posesión del mismo mediante tradición de la cosa, a no ser que recibió la tenencia, bajo protesta que formaliza con sus cartas documento, y con mayor razón cuando el comprador demandó por daños y perjuicios por vicios ocultos en la cosa. Es lícito suspender el pago del precio ante la presencia de vicios redhibitorios en el bien a entregar (CC L Zamora. II, 25/4/78, DJ 979, sum. 134, citado por Salas.-Trigo Represas-López Mesa, Cód. Civ., Anotado, Tº 4-A, Ed. Depalma, Bs. As., año 1998, pág. 870), y más aún cuando la demandada recibe la tenencia del inmueble y realiza la pertinente protesta sobre los vicios redhibitorios mediante cartas documento antes referenciadas, sin que se le entregue la posesión del bien. En suma, la demandada -como se desprende ?ut supra?, lo que ha hecho es oponer la ?exceptio non adimpleti contratus? a favor del comprador (arts. 1201 y 1426 del Cód. Civ.) es decir la excepción de no cumplimiento hasta que la actora cumpla debidamente sus obligaciones. ?El comprador que suspende el pago del precio fundado en estas normas, hace un ejercicio lícito y regular de sus facultades, por lo que no incurre en la pena pactada para el caso de retardo o incumplimiento (CCiv. B., 12/7/68, LL 134- 1015-S-19.833, cit. por Salas-Trigo Represas, Cód. Civ. Anotado, Tº 2, Ed. Depalma, Bs. As. año 1999, pág. 189)?. De este modo y considerando el proceder de la demandada que justifica su negativa a cumplir, rehusando el pago del saldo de precio y su no concurrencia a escriturar, bajo la protesta de que la vendedora le reconozca los vicios redhibitorios que adolece la cosa (todo ello de conformidad a la carta documento remitida al escribano Rial según surge de la C.D. obrante a fs. 109 y la C.D. glosada a fs. 110 remitida a la actora Rita Ballestero), enerva y deja sin efecto la imputación de morosidad que S. S. le atribuye a la demandada, que se rehúsa a pagar el saldo de precio y por ende a concurrir a celebrar el acto de escrituración del inmueble, por

aplicación del art. 510 del Cód. Civ., al disponer que en las obligaciones recíprocas, el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva. En su consecuencia, no hallándose el comprador-demandado en estado de mora en el pago del saldo de precio deudor que alcanza a la suma de U\$S ..., corresponde revocar la parcela del fallo que lo condena a pagar los intereses punitivos convenidos, que ni siquiera como se desarrolló ¿ut supra? fueron objeto de petición en autos.

VIII.- La reconvencción por consignación judicial. Ahora bien, sometiendo a estudio los agravios esgrimidos por la demandada apelante en su escrito de fs. 392/3, referente a la parcela del fallo que rechaza la demanda por consignación, corresponde considerar y resolver los mismos, bajo los siguientes argumentos a saber. Desde ya estimo que resulta totalmente procedente el proceder de la demandada al reconvenir por consignación judicial de la suma de U\$S..., toda vez que está demostrando su voluntad de cumplir con sus obligaciones. El pago del saldo de precio debía abonarse como contraprestación el mismo día de suscripción de la escritura traslativa de dominio, pero como los demandados-compradores se rehusaron legítima y legalmente a abonar el saldo de precio y suscribir la escritura de dominio a favor de ellos, sobre la base de que la cosa vendida presentaba vicios ocultos y que los vendedores deberían sanear y hacerse responsable civilmente de los mismos, frente al rechazo formulado por los actores a la pretensión de la demandada, respondiendo que daban por resuelto el contrato de compraventa -haciendo uso abusivamente del pacto comisorio- y quedando en poder y beneficio de los vendedores el 73% (que representa el importe de U\$S ...) del precio de compra abonado por la compradora, pretendiendo recuperar el inmueble, mediante acta notarial y con resultado negativo, todos estos actos ilícitos que implican la negativa a seguir adelante con el negocio jurídico y la consecuente negativa a recibir el saldo de precio, da motivo a la parte deudora para contrademorar por consignación judicial. Por lo tanto, resultando confirmada la parcela del fallo apelado que rechaza la demanda de resolución contractual por considerar abusivo el pacto comisorio expreso, manteniéndose vivo el contrato que une a las partes, y prosperando la reconvencción por escrituración deducida por la demandada, resulta procedente la consignación judicial, toda vez que reúne todos los requisitos jurídicos exigidos por las normas de fondo, a saber: a) El acreedor que no recibe el pago por demostrar su voluntad de resolver el contrato (757 inc1º del Cód. Civ.); reglamentado el instituto de la consignación judicial de modo coactivo en el que puede hacerse efectivo el derecho a la liberación consagrado por el art. 505 in fine del Cód. Civ.; b) Concurren las circunstancias de las personas: el demandado deudor del saldo de precio convenido, que goza de ¿ius solvendi? y que cuenta con legitimación activa para actuar en el proceso de pago por consignación; c) Tiene legitimación pasiva el acreedor o el ¿accipines?; d) El objeto, que es la suma consignada a fs. 158/159 y escrito de fs. 160, según da cuenta el depósito judicial en el Bco. de la Provincia de Bs. As., por el importe de Dólares EE. UU: ... (U\$S ...) en concepto del precio del saldo deudor convenido en el contrato de compraventa; cumpliéndose con el principio de integridad e identidad pues se depositaron divisas extranjeras de acuerdo a lo pactado (art. 1.197 del Cód. Civ., que enuncia el principio ¿pacta su servanda?, es decir los pactos deben cumplirse; d) Por modo de pago debe entenderse la manera de cumplirlo, adecuándose a la forma pactada por las partes en el contrato respectivo y de conformidad con la índole de la obligación. e) Media mora y culpa (arts. 509 y 512 del Cód. Civ.) de los actores acreedores toda vez que son responsables civilmente de los daños materiales de que adolece la cosa vendida producidos por vicios redhibitorios u ocultos y en su oportunidad la demandada deudora se rehusó legalmente a pagar el saldo del precio y a escriturar, requiriendo previamente que los actores le reconocieran y sanearan los vicios redhibitorios de que adolecía el inmueble, dando como respuesta la abusiva resolución del contrato; de lo que se deduce jurídicamente que la accionada deudora no se encuentra en mora (arts. 510 y 1.201 del Cód. Civ.). f) Lugar: el deudor debe presentar la demanda ante juez competente, es decir donde debía realizarse el pago, mediante depósito judicial a la orden de S. S. en el Bco. Oficio de la Pcia. de Bs. As.- Por lo tanto, esta demanda de consignación judicial tiene fuerza de pago, toda vez que concurren los requisitos de las personas, del objeto, del modo, del lugar y del tiempo (art. 758 del Cód. Civ.), surtiendo todos los efectos del verdadero pago, desde el día de la sentencia que la declara legal (art. 759 del Cód. Civ.), dando este juzgador por extinguida y cancelada la deuda y por liberado al deudor, con especial imposición de costas (art. 760 del Cód. Civ.).

IX.- Las Costas del incidente de temeridad y malicia. En virtud de que fue rechazado el pedido de la aplicación de una multa por temeridad y malicia, solicitado por los actores reconvenidos, corresponde que las costas por dicha incidencia sean soportadas por éstos últimos. (art. 68 del C.P.C.C.)

X.- Las costas de Primera y Segunda Instancia. En atención a la solución que se le da al presente caso y por aplicación del criterio objetivo de la derrota estimo que las costas fijadas en ambas instancias deben ser impuestas de la siguiente manera: a) Por la demanda de resolución de contrato y el planteo: a la accionantes que resultan vencidos; b) Por la reconvencción (consignación, escrituración y daños y perjuicios): a los actores reconvenidos que resultan vencidos. (art. 68 del C.P.C.C.). Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. Por análogos fundamentos el Doctor Posca también VOTA PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo: Visto el acuerdo que antecede propongo a mi distinguido colega: 1º) SE MODIFIQUE la sentencia apelada de la siguiente manera: I) SE REVOQUE la parcela del fallo, en la

cual se condena a la demandada a pagar el interés punitivo del 0,20% diario, sin imposición de costas; II) SE HAGA LUGAR la consignación judicial efectuada por la demandada por el valor de U\$S ... surtiendo todos los efectos del verdadero pago, desde el día de la sentencia que la declara legal (art. 759 del Cód. Civ.), teniéndose por extinguida y cancelada la deuda y por liberado al deudor; 2º) SE CONFIRME el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; 3º) SE IMPONGAN las costas por el rechazo del planteo de temeridad y malicia a los actores reconvenidos; 4º) SE IMPONGAN las costas de ambas Instancias de la siguiente manera: a) Por la demanda de resolución de contrato: a los accionantes que resultan vencidos; b) Por la reconvenición: a los actores reconvenidos que resultan vencidos. (art. 760 del Cód. Civ. y art. 68 del Cód. Proc.); 5º) SE DIFIERA la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77). ASI LO VOTO Por análogas consideraciones, el Dr. Posca adhiere y VOTA EN IGUAL SENTIDO. Con lo que terminó el acuerdo que antecede, dictándose la siguiente: SENTENCIA AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede este Tribunal RESUELVE: 1º) MODIFICAR la sentencia apelada de la siguiente manera: I) REVOCAR la parcela del fallo, en la cual se condena a la demandada a pagar el interés punitivo del 0,20% diario, sin imposición de costas; II) HACER LUGAR la consignación judicial efectuada por la demandada por el valor de U\$S ... surtiendo todos los efectos del verdadero pago, desde el día de la sentencia que la declara legal (art. 759 del Cód. Civ.), teniéndose por extinguida y cancelada la deuda y por liberado al deudor; 2º) CONFIRMAR el resto de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios; 3º) IMPONER las costas por el rechazo del planteo de temeridad y malicia a los actores reconvenidos; 4º) IMPONER las costas de ambas Instancias de la siguiente manera: a) Por la demanda de resolución de contrato: a los accionantes que resultan vencidos; b) Por la reconvenición: a los actores reconvenidos que resultan vencidos. (art. 760 del Cód. Civ. y art. 68 del Cód. Proc.); 5º) DIFERIR la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad, (art. 31. Decreto Ley 8904/77). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.- Correlaciones: Calvo, Ileana Maribel c/Cano, Fabio R. y otra s/pago por consignación - Cám. Civ. y Com. Azul Sala II - 29/05/2012. 005947E