



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

“Urgel Paola Carolina de la Merced C/ New 1817 S.A. S/daños y perjuicios” Expte. No.34870/2014, Juzgado No.93.

En Buenos Aires, a los días del mes de noviembre de 2017, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **“Urgel Paola Carolina de la Merced C/ New 1817 S.A. S/ daños y perjuicios”**, y habiendo acordado seguir en la deliberación y votado el orden de sorteo de estudio, el Dr. Fajre dijo:

I.- La sentencia de fs. 356/361 rechazó la demanda entablada por Paola Carolina de la Merced Urgel contra New 1817 S.A. y la excepción de prescripción opuesta por la sociedad accionada. Estableció que las costas del proceso deben imponerse en el orden causado.

Contra dicho pronunciamiento apelaron la totalidad de las partes. La actora expresó agravios a fs. 374/384, los que fueron contestados a fs. 401/408, mientras que la demandada hizo lo propio a fs. 385/390, respondidos a fs. 410/413.

La primera se agravia porque considera que resulta errónea la conceptualización de la operación inmobiliaria por parte de la *a quo*, en el sentido que consideró que el contrato inmobiliario como una adquisición ad corpus.

Para así decidir sostiene que se omitió tener en cuenta lo establecido en la cláusula cuarta, apartado 4.3 del boleto de compraventa, dado que en la negociación previa a la firma del boleto se le aseguró que la unidad adquirida tenía una superficie de 53 metros cuadrados, base sobre la que se acordó el precio y se calculó el valor del metro por zona, conforme surge de la cláusula primera del mencionado instrumento. Entiende que si bien es cierto que en la cláusula cuarta, ap. 4.3 se estableció que las medidas indicadas en los planos suscriptos son provisorias y pueden ser afectadas aumentándolas o disminuyéndolas, no lo es menos que en dicha cláusula se dispuso que tales variaciones / diferencias no darán derecho a las partes a requerirse recíprocamente modificación del precio o cualquier otro tipo de reclamo compensatorio y resarcitorio fundado en dichas variaciones ni solicitar la rescisión o resolución contractual siempre y cuando tales variaciones y diferencias no sean mayores al 7% de los metros señalados en el presente documento.



Sostiene además, que ha quedado probado con el dictamen pericial que la unidad adquirida tiene 45,05 metros cuadrados, por lo que la diferencia de 7,95 metros cuadrados, implica una reducción del metraje del 12,84%. Asimismo se agravia por la valoración del acta de recepción del inmueble, que considera incorrecta toda vez que lo que se debe tener en cuenta es la voluntad de las partes al momento de la contratación, que no es el de la entrega de la tenencia sino que es la firma del boleto de compraventa, en la que quedó claro que las medidas eran relevantes.

Destaca asimismo, que tomó conocimiento de la diferencia de metraje recién con la entrega del Reglamento de Copropiedad. Se queja porque en la sentencia no se tuvo en cuenta lo dictaminado por el perito agrimensur en cuanto a que los muros que se usan para separar las unidades funcionales son muros comunes, no se computan como propios de la unidad, ya que el propietario de cada unidad funcional no puede disponer ni modificar ninguno de esos elementos. Sostiene que las declaraciones testimoniales de Pedriel, Maidana y Adet fueron ignoradas por la magistrada. Por último se queja respecto de la aplicación del derecho, que considera errónea por no haberse integrado las normas del Código Civil con la ley 24.240 y 26.361, por tratarse de una operación inmobiliaria de unidades nuevas.

A su turno, la demandada cuestiona el rechazo de la excepción de prescripción y/o caducidad del reclamo por entender que no resulta aplicable al caso la normativa que fija la sentencia, toda vez que no existió en el caso una oferta pública dirigida a personas indeterminadas, ni se ha probado profesionalidad de parte de la demandada, dado que la sociedad ha construido este único desarrollo inmobiliario. Mas allá de ello no rige para el caso, el plazo trienal aplicado por la *a quo*.

Manifiesta que su contraria tomó posesión del inmueble sin efectuar reclamo alguno sino hasta el mes de noviembre de 2012 donde la actora habría advertido la supuesta diferencia de metraje, planteando su primer reclamo a mediados de 2013. Asimismo se agravia respecto de la imposición de costas por el planteo de la excepción de prescripción establecidas en el orden causado por el rechazo de la acción promovida por la actora.

II.- Ante todo cabe señalar que, en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, habré de coincidir con el que expuso la magistrada de la instancia de grado, pues como tengo dicho en anteriores pronunciamientos, toda vez que esta acción nació como consecuencia de un incumplimiento contractual, y que como tal, no es un efecto ni





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

una consecuencia de esa relación, sino un hecho modificador, entiendo que debe aplicarse la ley que regía al momento en que se produjo este hecho, es decir, el incumplimiento (conf. Heredia, Pablo D., El derecho transitorio en materia contractual, *La Ley on line*, AR/DOC/2137/2015).

Desde esta perspectiva, considero que resulta de aplicación al caso lo dispuesto la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal.

III.- Sentado ello diré que se inicia la presente como una demanda por daños y perjuicios por incumplimiento contractual, con relación a la unidad ubicada en el quinto piso de la calle Jorge Newbery nros. 1827/1829 de esta Ciudad, respecto de la cual la actora suscribió con la demandada un boleto de compraventa de fecha 14 de julio de 2011, habiéndosele hecho la entrega de la posesión el día 28 de diciembre del mismo año (ver boleto de compraventa de fs. 4/7 y acta de entrega de tenencia de fs. 12/13).

Según surge del aludido instrumento que obra a fs. 4/7, la operación se concertó por el monto total de U\$S 105.665, de los que U\$S 32.715 se abonaron a la firma del mismo y el saldo de U\$S 72.950 al momento de la entrega de la posesión, y de la cláusula cuarta, que la venta se formalizó “ad corpus”, conviniéndose que las medidas y características de las unidades son provisorias y podrán sufrir las modificaciones que imponga la marcha de la obra que fueran determinadas por ajustes técnicos o por las autoridades municipales y catastro.

En cuanto a las medidas indicadas en los planos suscriptos señalaron que son provisorias y podrán ser afectadas aumentándolas o disminuyéndolas, conforme los resultados de las mediciones finales del edificio construido.

IV.- Sentado ello, diré que la actora inicia la presente acción por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento contractual, al entender que se le entregó su unidad funcional con menor superficie a la convenida en el boleto de compraventa, superando esa diferencia el 7% de tolerancia establecido en la cláusula 4.3 del aludido instrumento.

Ahora bien, como ella misma lo sostuvo, recién se enteró de la aludida diferencia con la entrega del Reglamento de Copropiedad y Administración, pues debido a su



formación profesional, no contaba con los conocimientos técnicos necesarios para calcular los metros de su propiedad.

Ello es lógico. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que, habiendo tomado posesión del inmueble el 28 de diciembre de 2011, sin que advirtiera tal diferencia no solo en cuanto a los metros propiamente dichos, sino desde lo funcional del departamento y por el término de un año hasta la entrega del reglamento, en noviembre de 2012, todo ello me hace presumir que las medidas no eran relevantes para la actora, pues, claramente, no le ha impedido dar al inmueble el destino por el cual lo adquirió, ya que de haber sido ello así, debió haber intentado una acción de anulabilidad por error en los términos de los arts. 1345 y 1346 del código Civil, extremo que me persuade que no se trata de una acción de daños y perjuicios, como más adelante se verá, y me lleva necesariamente al campo de los vicios redhibitorios, porque evidentemente, y tal como lo expuso, se trata de un vicio oculto. De ahí que, a mi modo de ver, no resultan aplicables al caso las normas de la ley 24.240, sino las disposiciones del Código Civil, hoy derogado, vigente a la época en que sucedieron los hechos que motivaron esta litis, tal como se adelantara en el considerando II.

V.- Entrando al examen de la figura en el Código Civil, diré que cuando una cosa mueble o inmueble que ha sido transmitida a título oneroso presenta defectos graves y ocultos, existentes al tiempo de la adquisición, que la tornan impropia para cumplir su destino, se dice que está afectada por vicios redhibitorios.

Así surge de la definición del art. 2164, concebida en los siguientes términos: *"Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella"*.

A pesar de que en la nota el codificador cita, además del Derecho Romano, a varios códigos como el chileno, francés, italiano, holandés, de Nápoles y de Luisiana, considero que la verdadera fuente es el art. 3581 del Esbozo de Freitas que acabamos de transcribir.

En efecto, Freitas dedica específicamente el Capítulo II del Título IV del Esbozo a los vicios redhibitorios, definiéndolos en el art. 3581 como "los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce, se ha transmitido por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición: 1º Si la hicieran inútil para el uso o goce a que fue destinada. 2º Si de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

tal modo disminuyeren ese uso o goce, a haberlos conocido el adquirente, no la hubiera adquirido, o hubiera dado menos por ella".

La influencia de esta definición sobre la del art. 2164 del Código Civil es innegable.

Circunscripto entonces el objeto preciso de esta pretensión, debo señalar que, como principio general, la existencia de vicios redhibitorios da lugar a dos acciones:

a) la acción redhibitoria, para dejar sin efecto el contrato, con restitución de la cosa al enajenante y del precio al adquirente;

b) la acción *quanti minoris* o estimatoria o de disminución de precio, para que se rebaje el precio, permaneciendo la cosa en poder del adquirente.

Las dos acciones responden a las dos consecuencias de los vicios ocultos con las siguientes notas tipificantes: si la cosa es absolutamente impropia para su destino, normalmente el adquirente elegirá la acción redhibitoria, en cambio, si el uso de esa cosa está simplemente disminuido, la acción *quanti minoris* será suficiente.

Claro está que este principio sólo rige en la compraventa, ya que entre los demás enajenantes y adquirentes únicamente habrá lugar al ejercicio de la acción redhibitoria, pero no a la acción para pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa (art. 2172).

Ese diferente tratamiento se debe a que en la compraventa el comprador ha tenido por principal objeto la adquisición de la cosa, por lo que debe reconocérsele el derecho de quedarse con ella, previa disminución del precio. En los demás contratos, en cambio, debido a que el fin ha sido extinguir, modificar o garantizar una obligación, el derecho del interesado no debe ser más extenso que lo necesario para la obtención de esos fines (Machado, José Olegario, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino" T. V, pág. 591).

En la actualidad, mayoritariamente, se entiende que, como la acción estimatoria brinda al comprador el derecho a obtener una disminución del precio en proporción a la afectación de la cosa, por cuanto no es necesario que los vicios la hagan impropia para su destino, sino sólo que se acredite que tienen la importancia suficiente para inducirlo, si los hubiere conocido, a pagar un precio menor, esa disminución del precio debe coincidir con la diferencia entre el precio abonado y el valor de la cosa en el mercado, considerando para ello el vicio manifestado, ya que no existe modo de saber con certeza



cuánto menos hubiera pagado el adquirente de haberlo conocido (Conf. esta cámara, Sala I, 23/11/2006, La Ley Online).

Está dirigida a deducir del precio el menor valor de la cosa y no el del costo de la reparación; en tanto éste sí depende de la prueba, especialmente la técnica, a producir durante el trámite del proceso, el menor valor que la compradora estaría dispuesta a pagar por la cosa vendida, de haber conocido el defecto, constituye una circunstancia que sólo la misma adquirente puede estar en condiciones de decidir, sin perjuicio de que la experticia justifique la razonabilidad de su pretensión (Conf. esta cámara, Sala G, Domínguez, Alicia I. c. Alba de Rosso, Martha J., 15/08/2006, La Ley Online).

Permite obtener, a través de la rebaja del precio, un reajuste en la equivalencia de las prestaciones del contrato. Es decir que se corrige la alteración en la equivalencia subjetiva que ha producido la presencia de un vicio con el que no contaba el comprador al celebrar el contrato (Conf. Morales Montero, Antonio Manuel, "Comentario del Código Civil", Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 960).

Por lo tanto, a falta de acuerdo entre las partes, deberá recurrirse al avalúo por medio de peritos, pues se trata de una cuestión que exige conocimientos especiales que escapan a la ciencia del juez (Conf. Lafaille, Héctor, "Derecho Civil", T. VIII, Contratos Vol. I, Buenos Aires, 1953, N° 456, pág. 515; Salvat, ob. cit. N° 2366, pág. 468).

Ahora bien, más allá de la calificación efectuada al enunciar inauguralmente el objeto de esta pretensión, considero que está fuera de toda discusión que no se trata aquí de la acción redhibitoria, ni de daños y perjuicios, sino de la *quantum minoris*.

Claramente es así, desde que el presente caso tuvo su origen en un contrato de compraventa de un inmueble, en el que la actora demanda una suma de dinero para compensar lo que considera un déficit en la superficie de su inmueble, optando por mantenerlo en su poder.

Prueba de ello es que, aun cuando se haya deducido esta acción bajo el enunciado de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual, lo cierto es que persigue la devolución de una parte del precio que se ha entregado oportunamente por tal adquisición, pretendiendo que sea proporcional a la desvalorización padecida como consecuencia de la existencia de defectos en el metraje. Ello es precisamente lo que está demandado la actora en los ap. VII.- y VII.A) de su escrito inicial, cuando reclama los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

rubros indemnizatorios, señalando expresamente que “ ... es el valor equivalente a los metros que compré y que no me fueron entregados ...”.

Para ejercerla no se exige que el citado defecto haga la cosa impropia para su destino. Así, cuando el adquirente no reclama la resolución del contrato sino la restitución de una parte del precio, sólo se requiere la demostración de que el defecto tiene relevancia suficiente como para haber inducido a pagar un precio menor, si aquél lo hubiera conocido (esta cámara, Sala E, 6/2/78, JA 1979-II-710).

La parte que alegue el vicio oculto y su preexistencia deberá acreditarlo, por el principio del *onus probandi* a su cargo. Según el art. 2175 del Cód. Civil, el comprador que encuentre vicios que califiquen para la garantía podrá optar entre las acciones redhibitorias o de *quanti minoris*. La doctrina y jurisprudencia efectúan una interpretación del ejercicio de la opción, en virtud de la cual sólo procede cuando los vicios fuesen graves. Cuando fuesen de menor entidad no corresponde la resolución, sino solamente el reintegro parcial del precio pagado a través de la acción de *quanti minoris* (Wayar, Ernesto, "Compraventa y permuta". Astrea, Buenos Aires, 1984, n° 245; Borda, Guillermo, "Tratado de Der. Civil. Contratos" ob. cit., t. I, n° 235; Salvat, Raymundo M. - Acuña Anzorena, Arturo, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos", t. III, n° 2361).

VI.- Desde esta perspectiva abordaré el tratamiento de los agravios referidos al rechazo de la excepción de prescripción.

Sobre el particular, dispone el art. 4041: "*Se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio*"

Como puede verse, las dos acciones derivadas de los vicios redhibitorios están sujetas al mismo plazo de prescripción. Se presenta ahora el problema de establecer a partir de qué momento comienza a correr el plazo, es decir, desde cuando hay "*actio nata*" en los términos del art. 3956.

Ahora bien, es un hecho no controvertido en esta instancia que Paola Carolina de la Merced Urgel adquirió por boleto de compraventa la unidad funcional designada provisoriamente con la letra D, ubicada en el 5to. piso del inmueble sito en la calle Jorge Newvery 1827/1829, de esta ciudad, cuya posesión tomó en diciembre de 2011, así como que en noviembre de 2012 le fue entregado el Reglamento de Copropiedad y Administración.



La fuente del art. 4041, que es el art. 1412 del Proyecto de García Goyena hacía correr el plazo desde la entrega de la cosa, pero el codificador optó por guardar silencio sobre este tema.

Ya desde hace tiempo, nuestra doctrina y jurisprudencia se inclinan por la tesis que hace correr el plazo desde la fecha en que el comprador conoció o pudo conocer la existencia del vicio, pues sólo desde ese momento está habilitado para ejercer su reclamo, es decir, hay "actio nata" (Salvat, Raymundo "Tratado de Derecho Civil Argentino-Obligaciones en General", 6º Edición, actualizada por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, Tomo III, Nº 2272, pág. 638 y abundante jurisprudencia citada en nota 517; Llerena, Baldomero, "Derecho Civil. Concordancias y Comentarios al Código Civil Argentino", 3º Edición, Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1931, T. 10º, pág. 549, aunque aclara que en caso de dolo rige el plazo de dos años del art. 4030).

La jurisprudencia en algunos casos ha exteriorizado cierta plausible flexibilidad en el cómputo del plazo, por ejemplo, si sólo han transcurrido unos pocos días a partir de una fecha imprecisamente determinada. En tales condiciones no debe aplicarse con severidad este instituto, que tiende a dar seguridad a los derechos, impidiendo que se formulen reclamaciones cuando el largo tiempo transcurrido dificulta la defensa del demandado por el olvido por parte de los posibles testigos o la pérdida o destrucción de los comprobantes correspondientes. Con mayor razón debe aplicarse el criterio restrictivo cuando se trata de un lapso liberatorio de sólo tres meses (esta cámara, Sala G, 15/4/93, SAIJ, Sumario: C0010297).

Es decir que, ante la dificultad para acreditar el momento en que el vicio se hizo aparente o se manifestó, la duda debe resolverse a favor de quien invoca el derecho y no para determinar su extinción (esta cámara, Sala A, 5/6/84, LL, 1985-A-534; id. Sala D, 15/9/76, LL, 1977-A-310).

En síntesis, si bien el término de prescripción es de tres meses, en el sistema del Código Civil no hay limitación del plazo para advertir el vicio. Ello puede suceder indefinidamente, con la sola exigencia de probar que existía en el momento de la tradición de la cosa, pero una vez advertido, el comprador sólo cuenta con tres meses para demandar (CNComercial, Sala D, 31/7/89, LL 1990-A-38).

Resulta que en el caso, no existe tal dificultad ya que fue la propia actora quien manifestó a fs. 59 *in fine*, que "En noviembre de 2012 me entregaron el Reglamento de





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

Copropiedad y Administración del “Consortio de Copropietarios Jorge Newbery 1813/17/27/29 esquina arce s/n” y advertí el incumplimiento contractual de la contraparte”

Desde esta perspectiva, advierto que el intercambio epistolar comenzó en el mes de julio de 2013 (v. fs. 34), es decir, cuando había pasado holgadamente el plazo previsto por el art. 4041 del Código Civil, contado a partir del mes de noviembre de 2012, oportunidad en que la actora dijo haber tomado conocimiento del defecto en la superficie de su unidad funcional.

Idéntica sería la solución si se aplicara al caso lo dispuesto por el art. 1647 del Código Civil.

Ahora bien, dije en su momento que no podía interpretarse que la presente se tratara de una acción por daños y perjuicios, ello es así, pues estos sólo podrán demandarse en caso de optar por la acción redhibitoria, es decir, la resolución contractual, pero no cuando, como en el caso, se demanda la reducción del precio (art. 2176), lo que además torna inaplicable las normas de la ley 24.240, y con ello el art. 50.

Concretamente, no procede en este supuesto la acción resarcitoria, por cuanto el art. 2176 parte de considerar que si el comprador acciona por la estimatoria y, de ese modo, decide permanecer con la cosa defectuosa, se debe presumir que la misma le resulta igualmente de utilidad, y que el perjuicio que eventualmente pudo sufrir se ve resarcido con la devolución proporcional del precio oportunamente abonado (Conf. Bueres-Higthon, "Código Civil Comentado", Tomo 4 "D", pág. 753).

La jurisprudencia casi unánimemente se inclina por rechazar la acción de daños y perjuicios acumulada a la demanda estimatoria interpuesta por el comprador de un inmueble en virtud de los vicios ocultos que presentaba el bien, dado que ésta acción resarcitoria sólo procede cuando el comprador opta por la acción redhibitoria y no cuando opta por reducir el precio pagado y conservar la cosa, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2176 del Cód. Civil (esta cámara, Sala M, 15/12/2005, elDial - AE2186).

El texto del art. 2176 del Cód. Civil es claro en cuanto sólo concede la acción de reparación de daños en caso de que se ejerza la acción redhibitoria, por lo que no debe acordarse la reparación en el caso de la *quantum minoris*, ya que debe presumirse que si el comprador se queda con la cosa es porque le conviene y no le ha causado daño (esta cámara, Sala B, 06/10/1986, DJ 1987-2, 256, id. id. sala B, 22/05/1996, LL, 1997-E, 1004, (39.766-S; id. id. 3/2004, elDial - AA20C0)



Ahora bien, si el objeto del reclamo interpuesto por el adquirente de una vivienda está destinado a pedir una rebaja en el precio o reajuste, y no la resolución del contrato, fue porque no consideró que tales defectos hicieran la cosa "*impropia para su destino*", de modo tal que en estos casos sólo se requiere la demostración de que el defecto tiene relevancia suficiente como para haber inducido a pagar un precio menor, si aquél lo hubiera conocido.

Ello es así, por cuanto la ley presume que al haberse inclinado el comprador por la acción *quanti minoris*, conserva la cosa porque entiende que todavía le es útil y que el daño causado por el vicio se cubre con la restitución de la parte del precio.

Por lo tanto, toda vez que la toma de posesión del inmueble de autos por parte de la actora tuvo lugar en diciembre de 2011, que en el mes de noviembre de 2012 a través de la recepción del Reglamento de Copropiedad y Administración, tomó conocimiento de lo que consideró, según su criterio, un faltante de la superficie convenida contractualmente en su unidad funcional y que la presente acción recién fue iniciada el 4 de junio de 2014, sin que en dicho lapso hubiese mediado acto interruptivo alguno del curso de la prescripción, no puedo sino concluir que en el caso ha transcurrido holgadamente el plazo previsto en el art. 4041 del Código Civil, por lo que corresponde revocar el pronunciamiento de la instancia de grado en este aspecto y acoger favorablemente la defensa de prescripción, lo que así habré de proponer al acuerdo.

VII.- Las costas de ambas instancias se imponen a la parte actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).

VIII.- Por todas las razones expresadas precedentemente, propongo al acuerdo de mis distinguidos colegas se revoque la sentencia apelada en cuanto desestima la excepción de prescripción, declarándose prescripta la presente acción, con costas, en los términos del considerando que antecede.

El Dr Kiper dijo:

En esta oportunidad no coincido con el voto de mi distinguido colega, Dr. José Fajre en cuanto a la defensa de prescripción.

En el caso, no creo que se trate de un supuesto de vicio redhibitorio que justifique la acción *quanti minoris*, sino de un incumplimiento de otra especie.

Como advierte parte de la doctrina, se trata de un defecto en la calidad de la cosa prometida. Ocurre que el departamento entregado no es defectuoso, en tanto es apto para





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

su destino y uso habitual, no es impropio para su destino. Tampoco puede decirse que haya problema en la calidad de la construcción.

El problema es que se prometió una unidad funcional de determinada superficie, y se concluyó entregando una diferente, de menor tamaño. Se trata de un incumplimiento contractual, esto es, un incumplimiento de la calidad de la cosa vendida (Ver Lorenzetti, Ricardo, Tratado de los contratos, citado por Leiva Fernandez, Luis, “Tratado de los contratos. Parte General”, II, p. 108).

Esta circunstancia hace que se generen distintos tipos de acciones y, en consecuencia, distintos plazos de prescripción. En el caso, resulta aplicable el plazo genérico de 10 años al no haber un plazo especial.

Se ha resuelto que la falta de área en la cosa vendida, es decir mayor o menor superficie que la contratada, se juzga por el art. 4023, y no por el art. 4041 del Código Civil (CS, 3/8/1942, JA, 1942-III-874; ver también CNCiv, sala G, 18/3/991, LL, 1991-D-553). Se tuvo en cuenta que la fuente, el Proyecto de García Goyena, no asimila la hipótesis de falta de área de la cosa vendida con la de los vicios redhibitorios (Bueres – Highton, Código Civil, 6-B, p. 899).

Se suma a lo expuesto que la prescripción es de interpretación restrictiva, y más aún cuando se trata de un plazo tan breve y especial, considerado por buena parte de la doctrina irrazonable (Bueres – Highton, Código Civil, 6-B, p. 898).

Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando se considere que se trata de un vicio oculto, tampoco la acción estaría prescripta por lo que expondré a continuación.

Debo recordar que esta Sala resolvió, aunque con otra integración, en la causa “Baredes, Guido c/Torres del Libertador 8000 SA”, en una compraventa similar a la que es objeto de esta litis, esto es, compra de un departamento a estrenar en un edificio sujeto a propiedad horizontal, que resultan aplicables las disposiciones previstas en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (sent del 19 de Octubre de 2006). Este criterio fue reiterado por esta Sala muchos años después en los autos “Cleimbosky, Marcela Silvia c/Fiduciaria Buenos Aires SA s/daños y perj”, con mi voto en primer término.

En igual sentido se expidió posteriormente la Sala F de esta Cámara (Mennah, Cristina Liliana c. Fernández Sarcone, Claudia Aída y otros, 17/11/2010). Es interesante señalar que en este último, al igual que sucede en el presente, se discutió el plazo de prescripción aplicable cuando se ejerce la acción quanti minoris.



Hace ya tiempo destacó Atilio Alterini la insuficiencia de la teoría tradicional de los vicios redhibitorios en el marco de la relación de consumo (“Contratos civiles – comerciales- de consumo”, 1988, p. 555, n° 39).

Además, en un artículo sobre el tema fijé mi posición. Sostuve en lo que aquí interesa que se alteraba el régimen de la prescripción liberatoria de tres meses que fija el Código para los vicios redhibitorios (ver Kiper, Claudio, “La adquisición de inmuebles y la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, Rev Notarial, 2009, n° 961, ps. 38/9). Para evitar repeticiones innecesarias, recomiendo al trabajo de Gregorini Clusellas, “La responsabilidad en el régimen de protección del consumidor”, LL 2008-D-1007; y del mismo autor “Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios”, LL, 2008-C-179; conf. Farina, Juan, “Defensa del consumidor y usuario”, Bs As, 1995, p. 190).

La propia ley 24.240 contempla— una suerte de acción quanti minoris en favor del consumidor (art. 17, inc. "c") sin perjuicio de la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios que prevé el art. 18 (aunque con la prevención de que el art. 2170 del Cód. Civil no puede ser opuesto al consumidor).

En el caso, la sociedad demandada tuvo por objeto la construcción de un edificio y la realización del negocio inmobiliario que fue ofrecido a personas indeterminadas a través de publicidad.

Apunta Cifuentes (citado por Zannoni), que la ley de defensa de los derechos del consumidor ha modificado gran parte de las exigencias impuestas por el art. 2164, Cód. Civil, aunque ha mantenido vigente el régimen de los vicios redhibitorios en la tutela de los consumidores. Los arts. 11 y 18 de la ley 24.240 —aplicable al presente caso— que no se requiere que los vicios sean ocultos, e incluso pueden aplicarse de pleno derecho la responsabilidad y el resarcimiento del art. 2176 (Cifuentes, Santos en Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, t. 9, comentario al art. 2164, pág. 783, § 12).

Pues bien, propongo que se rechacen los agravios de la demandada y que se confirme lo resuelto por la a quo sobre la improcedencia de la defensa de prescripción.

Admitido ello, debo examinar lo atinente al fondo del asunto.

Las partes suscribieron un boleto de compraventa el 15 de diciembre de 2008. La actora, compradora, se obligó a pagar el precio de US\$ 105.665, por un departamento “con una superficie aproximada de 53 m2” (cláusula primera, fs. 4). Luego se estableció que la “venta se formaliza ad corpus, que las medidas y características de las unidades





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

son provisorias y podrán sufrir las modificaciones que imponga la marcha de la obra o que fueran determinadas por ajustes técnicos o por las autoridades municipales y catastro” (cláusula 4.2). Se agregó que “tales variaciones/diferencias no darán derecho a las Partes a requerirse recíprocamente modificación del precio o cualquier otro tipo de reclamo compensatorio o resarcitorio, fundados en dichas variaciones, ni a solicitar la rescisión o resolución contractual siempre y cuando tales variaciones /diferencias no sean mayores del 7% de los metros señalados en el presente documento” (cláusula 4.3; ver fs. 5).

Además, puede verse en los planos acompañados al boleto como anexos que, incluyendo el 3% de amenities, la superficie de las unidades “D” proyectada era de 53,24 m², y sin ese agregado, de 51,69 m² (fs. 9).

Según el Reglamento de propiedad la unidad funcional adquirida resultó tener una superficie cubierta de 36,69 m², que sumada al balcón representa una superficie total de 45,05 m² (ver fs. 18). Como es obvio, idéntica superficie consta en el título formalizado por escritura pública en febrero de 2014 (ver fs. 50).

A Fs 306/7 puede verse el dictamen del perito agrimensor, quien tras explayarse sobre el carácter de los muros, ratifica la superficie mencionada (ver también aclaración de fs. 314 vta).

La juez de primera instancia, si bien admitió que “la superficie ha constituido elemento relevante del objeto vendido”, no hizo lugar a la demanda por entender que se trató de una venta ad corpus, con un precio único, y no “a tanto la medida”. Sostuvo que no se pactó el precio por cada unidad de esa superficie (fs. 360). Además, basó su fallo en la circunstancia de que la actora, al tomar posesión del inmueble, no formuló ninguna reserva sobre las medidas, sino que aceptó la unidad, lo que probaría que le importaba “la cosa en sí”, con independencia de sus metros finales.

Adelanto que no comparto este razonamiento, pues de ser así la cláusula 4.3 del boleto no tendría sentido, habría que tenerla por no escrito.

Considero que si bien, en principio, la venta fue ad corpus, las partes le pusieron un límite, pues la superficie no importaba en tanto la diferencia final no superara el 7% de lo prometido, lo que en el caso no se cumplió.

Como señala Santarelli, la recta aplicación de la normativa del consumidor, en cuyo artículo 8° de la ley 24.240 y sus modificatorias, se dispone la integración al contrato de las precisiones contenidas en el anuncio publicitario, conduce a una



interpretación diferente. En efecto, ya no puede subsumirse la cuestión en el inc 1° del art. 1344; sino que cabe recurrir al inc. 5°, en tanto se ajusta a la práctica contractual del caso, toda vez que ha mediado la designación de la superficie prometida —en el aviso publicitario— y se ha indicado un precio único que no cabe entender "a tanto por medida". En ese orden de ideas, la solución del apartado 5° ya aludido resulta la más justa, en tanto refiere a una variabilidad tolerable, repartiendo los riesgos de la extensión de la cosa futura (en construcción) en términos más equitativos; rigiendo los arts. 1346 y 1347 del Cód. Civil para resolver la adecuación del precio ("Compraventa inmobiliaria y derecho de consumo. La venta "ad corpus" y el efecto de la publicidad", LA LEY 2011-D-200).

Es público y notorio que cuando la actora evaluó el precio de compra debió haber considerado el metraje, y también lo es que el día que pretenda enajenar la unidad, el eventual comprador también valorará la superficie.

Tampoco considero relevante que haya tomado posesión de la unidad sin formular reserva. Por un lado, no es fácil calcular la diferencia de superficie al tomar la posesión. Por otro lado, es sabido que en estos casos el vendedor entrega la posesión con modelos de acta ya prerredactados, y no permite introducir modificaciones ni reservas. Lo cierto es que recibir la posesión sin formular reserva no impide reclamar por vicios ocultos, como se estableció en este caso y como lo sugiere mi colega preopinante. Justamente, porque el interesado no los advierte ab initio, sino que debe hacer una investigación.

En consecuencia entiendo que corresponde hacer lugar a la acción quanti minoris intentada descontando del precio total el equivalente a 6,64 m², con lo que propongo que la sentencia apelada sea revocada y se haga lugar a la demanda.

La actora, en su demanda, estima el precio del metro cuadrado en esa zona en U\$S 3000 (ver fs. 64). Sin embargo, no fue eso exactamente lo que abonó. En efecto, se pactó en el boleto la suma de U\$S 105.665 por una superficie aproximada de 53 m². Esto es, U\$S 1993,6 el metro, lo que equivale a U\$S 13.238. Este debe ser el importe a descontar del precio.

La actora, al momento de demandar, tradujo su reclamo a pesos, tomando como valor del dólar el monto de \$8. Por lo tanto, la demanda debe prosperar por la cantidad de \$ 105.904.

Se reclama también la suma de \$10.000 en concepto de daño moral, que me parece razonable. En cuanto a la procedencia de esta especie de daño, no dudo de la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

desagradable impresión que le debe haber causado a la compradora haberse enterado de que el departamento adquirido tenía una superficie sensiblemente inferior a la prometida.

En cuanto al reclamo de daños punitivos, si bien la demandada no ha cumplido estrictamente con sus obligaciones, no advierto gravedad en su conducta que justifique este tipo de sanción pecuniaria.

Los daños punitivos son un instituto de naturaleza excepcional y ha de entenderse que no basta un mero incumplimiento, sino que son supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la grave negligencia del sancionado ante daños que resultan intolerables (cfr. Alvarez Larrondo, Federico, "Daños punitivos por trato inequitativo e indigno", La Ley, 10/08/2012, p. 3 y sgtes.: el mismo autor, "La tesis restrictiva en daños punitivos", La Ley, 30/04/2014; Stiglitz, Gabriel A. "Indemnizaciones punitivas. Consumidores y ciudadanía" Publicado en RCyS 2014-VII , 7, cita online: AR/DOC/1895/2014; Vítolo Daniel Roque, "Sanciones pecuniarias disuasivas", LA LEY, 2013-E, 699).

Si bien para la procedencia de los "daños punitivos" la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma. Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es el de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el "dolo o la culpa grave" del sancionado, o por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Félix; "La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor", La Ley On Line; Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón; "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2009-B, 949).

En sentido coincidente, la jurisprudencia ha manifestado que el "daño punitivo" es "de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleado con sumo cuidado (CNCiv., sala F, 18/11/2009, in re: "Cañadas Pérez María c./Bank Boston NA").

Por lo tanto, la demanda debe admitirse por la suma de \$115.904.

La suma deberá ser pagada por la demandada dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente. Si se comparte mi criterio propongo se apliquen a dicha suma,



intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de conformidad a la doctrina legal vigente en el fuero a partir del fallo plenario dictado por esta Cámara en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c./ Transportes Doscientos Setenta S.A. s./ Daños y perjuicios", el 20/4/2009, y jurisprudencia posterior de esta Sala. Dichos intereses deberán computarse desde la mora producida en virtud del envío de la carta documento de fs. 34, es decir, a partir del día 22 de julio del 2013.

Las costas de ambas instancias, tanto por la excepción de prescripción como por la demanda, entiendo que se deben imponer a la demandada vencida.

La Dra. Abreut de Begher dijo:

I.- En este caso coincido con mi colega preopinante, Dr. Kiper, quien expuso su voto en segundo término, en el sentido que estamos en presencia de un supuesto de incumplimiento contractual, lo que hace que el plazo de prescripción de la acción aplicable no sea el correspondiente a los vicios redhibitorios.

En presencia de vicios redhibitorios la doctrina y la jurisprudencia ha oscilado respecto del plazo de prescripción aplicable; unos entendieron que el plazo de prescripción era de tres meses (conf. art.2164 y art. 4041 CC), y otros que debía aplicarse el de tres años previsto en la Ley de Defensa del Consumidor (art.50).

Observamos la inclinación por el plazo de tres meses en las decisiones de la Cámara Nacional en lo Civil Sala K, in re "Alarcón, Elba y otro c/ Rey, Marcial y otro;s/ Daños y perjuicios", del 16/04/2002; Sala I, in re "Sanz, Mónica c/ Del Plata Propiedades S.A. y otro ; s/ vicios redhibitorios", del 18/7/2003; mientras que otros tribunales se orientaron por el plazo trienal, tal como es el caso de la Sala H con otra composición, in re "Núñez, Norma Gladys c/ Metrovias S.A.; s/ del 28/04/2009; Sala K, también con una composición diferente de fecha más reciente, in re "Cavallo, Carina Alejandra y otros c/ Sidelsky, Daniel Leonardo y otros; s/ daños y perjuicios" del 15/12/2011; Sala F, in re " Mennah, Cristina L. c/ Fernández Sarcone, Claudia A y otros; s/ vicios redhibitorios" del 17/11/2010; Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, in re " C., J.C. c/ M.C.SRL y otros; s/ acción de reducción" del 27/11/2014.

En relación al caso fallado por esta Sala, in re "Cleimbosky, Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A.; s/ daños y perjuicios" de mayo de 2016, si bien se





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

fundamentó la sentencia en la ley de Defensa del Consumidor, nada se dijo respecto del plazo de prescripción de la acción por vicios redhibitorios del comprador, por cuanto no era el *thema decidendum*.

No obstante lo expuesto, considero que en este conflicto en particular donde se planteó una diferencia de superficie del departamento adquirido a la empresa accionada, es un supuesto claro de incumplimiento contractual, de lo que se deriva que no corresponde tomar el plazo de prescripción de tres meses conforme los art.2164 y 4041 CC.

II- Entiendo que el bloque normativo de protección del consumidor resulta aplicable al adquirente de una unidad funcional a estrenar por la compra efectuada a una empresa vendedora -tal como lo desarrolló el Dr. Kiper en su enjundioso voto en disidencia-, y que en este caso se está frente a un supuesto de incumplimiento contractual, que no encaja dentro del instituto de los vicios redhibitorios y/o ocultos.

No se pidió en el escrito inicial la resolución contractual, como tampoco una disminución del precio en función del ejercicio de una acción *quanti minoris*, sino directamente los daños derivados de un incumplimiento contractual en razón de que la superficie del inmueble tiene una diferencia de metraje mayor al tope máximo del 7% de la superficie ofrecida en venta conforme al contrato que vinculaba a las partes (que incluye la superficie cubierta, como semicubierta y proporcional de la parte común).

Ello ya fue considerado por la doctrina y la jurisprudencia en algunos casos, por entender que las menores dimensiones de un inmueble no son vicios ocultos (ver Ernesto Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, Astrea, 1992, T 2, pág145; y fuente en el Proyecto García Goyena, art.1395 y art.1412, que no asimilaba esta hipótesis de falta de área de la cosa vendida con los vicios redhibitorios, fijando términos de prescripción diferentes; y jurisprudencia CNCivil Sala G *in re* “Bautista, Dora A. y otros c/ Construcciones Mercurio S. A”, La Ley 1991-D-553; CSJN del 3/8/1942, JA 1942-III-874; ídem Sala C, *in re* “De Elizalde, Jorge E.y otro c/ López Lecube, Marta C.” del 13/9/2001, JA 2003-I-69).

Un antiguo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación justamente entendió así esta circunstancia al decidir que correspondía aplicar el plazo de prescripción decenal a las acciones acordadas a los compradores en los casos de mayor o menor superficie de la contratada (CSJN, Fallos 193:267, *in re* “Miller, Guillermo c/ Provincia de Mendoza”, del 3/8/1942, ver JA 1942-III-874 y sgtes.). Señalo que este fallo fue dictado muchas



décadas antes que la reforma constitucional de 1994 y la sanción de la ley del consumidor.

Frente a un supuesto de entrega de una superficie menor, tal situación debe ser sustraída del instituto de los vicios ocultos, sin perjuicio de considerarlo un incumplimiento contractual (Borda, *Tratado de Derecho Civil*, La Ley 2008, 9na.edición, T I, pág.168; Lafaille-Alberto Bueres-Jorge Mayo, *Derecho Civil, Contratos*, La Ley-Ediar, 2009, 2da.ed. T II, pág.346).

Entonces, si bien se ha entendido que la incontinencia o falta de área en la cosa vendida, o sea, mayor o menor superficie que la contratada, debe juzgarse bajo la égida del art.4023 CC (ver Highton, en Highton-Bueres, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, reimpresión, 2005, T 6B, pág.899); en este caso -tal como postula mi colega de Sala- bien puede ser aplicado el art.50 de la ley consumidor, por lo que tampoco estaría prescripta la acción intentada.

En efecto, aquí el actor reclama los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual –diferencia de metraje prevista en el contrato de compraventa-, que en esencia no son vicios ocultos. A consecuencia de ello, el plazo de prescripción debe entenderse que no se encuentra cumplido, por lo que la defensa de prescripción fue correctamente rechazada

A esta altura del desarrollo argumental, no puede soslayarse que el Código Civil y Comercial de la Nación expresamente prevé para los vicios redhibitorios una ampliación del plazo a un año conforme lo dispone el art. 2564 inc.a, en vez de los tres meses que establecía el Código de Vélez, y que la acción *quanti minoris* fue directamente desterrada del nuevo régimen (ver Leiva Fernández, Luis, *Tratado de los Contratos*, La Ley, 2017, Parte General, T II, pág.120; Alterini, Jorge, *Código Civil y Comercial comentado*, La Ley, 2015, T V, pág. 574), siendo reemplazada por el régimen común de la responsabilidad civil, ahora con un plazo de prescripción de 5 años (conf. art.2560 CCC).

Lo que así decido, acompañando el voto del colega de Sala, Dr. Kiper.

Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA H

//nos Aires, noviembre de 2017.

Y VISTO: lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por mayoría de votos, el Tribunal decide: I.- Revocar el fallo apelado, admitiéndose la demanda interpuesta por Paola Carolina de la Merced Urgel respecto de New 1817 S.A: por la suma de pesos ciento cinco mil noventa y cuatro (\$ 105.904) que deberán ser pagados por la demandada dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente. Los intereses deben aplicarse conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y deberán computarse desde la mora, es decir a partir del día 22 de julio del 2013. Con costas de ambas instancias, tanto por la excepción de prescripción como por la demanda, a cargo de la demandada vencida. Fdo. José Benito Fajre Claudio M. Kiper y Liliana E. Abreut de Begher.

