En la Ciudad de Azul, a los 19 días del mes de Diciembre de 2017 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato y Esteban Louge Emiliozzi, encontrándose vacante la restante vocalía, para dictar sentencia en los autos caratulados: “Faienzo Leandro German Y Otro/A C/ Pola Osvaldo Ariel Y Otro/A S/ Daños Y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado) “, (Causa Nº 1-62521- 2017), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI .- Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -C U E S T I O N E S 1ra.- ¿Es justa la resolución de fs. 142/152vta.? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -V O T A C I O N- A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Jueza Doctora COMPARATO dijo:

I. a) La presente demanda por incumplimiento de contrato, daños y perjuicios fue promovida por los Sres. Leandro Germán Faienzo y Paola Fernanda Miño, contra Osvaldo Ariel Pola y Romina Andrea Sesto. Persiguen el resarcimiento de todos los daños ocasionados por: a) Las reparaciones totales que irrogue la erradicación del bicho taladro, reparación y/o sustitución de techos y estructuras, pintado de paredes afectadas y de toda otra reparación necesaria, siendo a la fecha el valor indeterminado; b) Cobertura de gastos de alojamiento en caso de ser necesario que el grupo familiar se traslade en consecuencia de los trabajos que resulten necesarios; c) Daño moral, a consecuencia de las molestias ocasionadas y a ocasionarse por los vendedores tras el ocultamiento de la existencia de dicha plaga, al momento de efectivizarse la venta. Refieren en su presentación inicial de fs. 30/32vta.que el día 20 de abril de 2015 suscribieron boleto de compraventa respecto al inmueble sito en calle Lavalle 4519/27 de Olavarría con los ahora demandados, realizándose la venta a través de Daniel Ditz Propiedades. Que, la operación se concretó por la suma de $ 980.000, abonado mediante crédito hipotecario gestionado ante el Banco de la Nación Argentina, tomando posesión del inmueble unos días después de la suscripción de la escritura es decir a fines de junio de 2015. Relatan que en agosto del mismo año comenzaron a escuchar ruidos constantes provenientes del techo, encontrando restos de aserrín en muebles y pisos.

Que, consultando un techista tras inspeccionar el techo de toda la casa confirman la sospecha respecto de la existencia de un avanzado deterioro del cabreado a causa de bicho taladro. Que atento el grado de avance importante de dicha plaga deducen la existencia de la misma desde hace varios años atrás, por lo que consideran que los vendedores conocían que el techo tenía bicho taladro al venderles la casa. Que, el techista junto con el dictamen del problema de la vivienda, les entrega en octubre del 2015 presupuesto de mano de obra, croquis con las dimensiones del techo, listado de materiales y estimación de duración de trabajos, corroborando el diagnóstico el arquitecto Marcelo Urlézaga mediante informe confirmatorio visado por el Colegio de Arquitectos.- Que, sin poder haber arribado a un acuerdo en las audiencias de mediación los actores reclaman por el daño sufrido que entienden repercuten sobre un bien de goce (su única casa), afección y percepción emocional y familiar repercutiendo sobre sus sentimientos y espíritu, al perturbar el ámbito de su hogar en la vida cotidiana.Destacan que no sólo deben soportar la existencia de la plaga y convivir con ella sino aguardar con incertidumbre la sentencia definitiva, y que, además, se encuentran abonando el crédito hipotecario mediante el cual adquirieron la vivienda, por lo que no pueden afrontar con prontitud el gasto considerable de reparación de toda la estructura del techo corroído. Fundan en derecho y ofrecen prueba. b) A fs. 37 el Sr. Juez de la instancia de origen imponen al proceso las normas del trámite sumario. Que, corrido el traslado de la acción se presentan a fs. 47/52 los accionados a contestar la demanda solicitando el rechazo de la misma. Niegan todos los falaces argumentos vertidos por los actores que no sean expresamente reconocidos.

Dejan planteado que cualquiera sea la hipótesis fáctica la demanda de autos resulta improcedente. Refieren que al menos en el momento de formalizarse la operación de compra venta y tomar posesión los compradores, no existía bicho taladro ni ningún otro vicio o defecto ni en el techo ni en ninguna parte de la casa vendida. Que, vivieron en el inmueble en cuestión desde abril del 2006 hasta el momento que vendieron la propiedad a mediados del 2015. Que nunca, en ese período tuvieron ningún problema con el techo, incluso realizaron reformas y mejoras consistentes en la remodelación del baño y otras dependencias cuando recién habían comprado la propiedad y en los años 2008 y 2010 hicieron la cochera cerrada en lo que hasta ese momento era un espacio dedicado a tal fin. Siendo todas las tareas realizadas por un albañil de confianza llamado Guillermo Chiavarino. Consideran una obviedad que de haber existido algún problema en el techo lo hubieran solucionado, resultando absurdo saber de la existencia del mismo y vivir varios años sabiendo no solamente que hay bicho taladro sino que la situación puede agravarse.Señalan también que es falso que hubieran vendido la casa porque tenía el supuesto vicio descripto en la demanda, que, la vendieron para comprar otra, proceso de progreso de cualquier familia.

Destacan que, tal como surge del boleto compraventa que acompañan los actores en la cláusula 5ta. se pactó expresamente “una visita por parte de los compradores al inmueble objeto de la presente acción, antes de la firma de la escritura respectiva a efectos de verificar el estado de ocupación y conservación del mismo”, cumpliéndose meticulosamente en más de una oportunidad antes de la firma de la escritura traslativa de dominio. Explican que, si por un momento dieran crédito al relato de los accionantes, éstos manifiestan comenzar a escuchar tales ruidos en agosto de 2015, consultan un experto en septiembre del mismo año e inician la mediación en febrero de 2016 y en ningún momento, ni antes ni después del inicio de estas actuaciones pusieron en conocimiento de la falencia a los vendedores. Por ello, y al no cumplir los actores con la carga prevista en el art. 1054 del Código Civil y Comercial en el plazo allí previsto de 60 días, cesó en cualquier caso la responsabilidad de la parte accionada. Fundan en derecho, ofrecen prueba. A fs. 59 se recibe la causa a prueba. c) Una vez producida la prueba la Sra. Juez a- quo resolvió a fs. 142/154vta.: 1) Hacer lugar a la demanda entablada por los actores Leandro German Faienzo y Paola Fernanda Miño contra los accionados Osvaldo Ariel Pola y Romina Andrea Sesto, condenando en consecuencia a estos últimos a abonar a los actores la suma de Pesos Ciento Cincuenta y Tres Mil Quinientos Ochenta y Nueve ($ 153.589), con más los intereses fijados en el considerando 7) desde las fechas de mora y hasta el efectivo pago, dentro del plazo de cinco días de quedar firme la liquidación que al efecto habrá de practicarse. (arts. 7, 1033, 1039, 1040, 1043, 1051, 1053, 1054, 1735 y ccdtes. del CCyC, y arts.375, 441, 457, 462 y ccdtes. del CPCC), 2) Condenar a los accionados a restituir a los actores en el plazo procesal oportuno, aquellos gastos que deban erogar a consecuencia de tener que habitar en otra propiedad durante el lapso que duren las reparaciones en la propiedad objeto de proceso, monto que no podrá superar el valor que represente el alquilar mensualmente una propiedad de igual tipo y características que la del presente litigio, 3) Imponer las costas a los accionados vencidos (arts. 68 y concordantes del C.P.C.C.); 4) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para la oportunidad prevista por el art. 51 del Decreto-Ley 8904/77.- Asimismo y en primer lugar la Sra. Jueza de grado resolvió respecto de la legislación aplicable, sobre lo cual más adelante volveré.- Conforme las pruebas de autos, tuvo por acreditado que el inmueble en ciernes al momento de su adquisición presentaba vicios ocultos, específicamente daños provocados por el bicho taladro.- Y desestima la defensa opuesta por falta de denuncia del vicio prevista en el art. 1054 del CCyC.- A fs. 155 apelan dicha sentencia los demandados, allegados los autos a ésta instancia expresan agravios a fs. 172/175 sin que se respondieran por la contraria.-

Esencialmente se agravian respecto de que la Jueza consideró que los demandados tenían conocimiento de los supuestos vicios en el techo y los actores no al momento de la compra, apreciando las pruebas en sentido contrario.- Señala absurdo y arbitrariedad en la decisión en virtud de haberse desestimado el plazo de caducidad previsto en el art.1054 del Código Civil y Comercial de la Nación.- Asimismo señalan que los supuestos defectos no existían al momento de la adquisición y que no pudieron probar los actores que tales defectos sí existían habiéndose fundado el fallo en la prueba testimonial de Suarez quien no pudo precisar desde qué fecha existía el bicho taladro, que la pericia de ingeniería nada dice al respecto y que lo dicho por Chiavarino resulta contundente toda vez que fue quien realizó los trabajos aproximadamente tres años antes de la cuestión litigiosa.-

II) Que en virtud de un buen orden procesal, corresponde en primer lugar referirme a la legislación aplicable.- Para un mejor tratamiento del tema transcribiré las partes pertinentes de la sentencia en las que la Sra. Juez de grado se refirió a ésta cuestión: “que en el presente proceso se da la particularidad que la relación jurídica entre las partes comienza durante la vigencia del viejo Código Civil, mientras que los supuestos daños al egados se constatan durante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial; habiendo las partes fundado sus pretensiones y defensas en la nueva normativa.-” “En dicho sentido debo remarcar que el contrato que vincula a las partes, no desconocido por ninguna de ellas, es de fecha 20 de Abril de 2015 (fs. 11), y los supuestos daños alegados, según las propias afirmaciones de los actores, fueron por ellos conocidos luego del 01 de Agosto de 2015 (fs. 30 vta.)…” continúa diciendo previa cita del art.7 del CCC, “En casos -como el de autos- en los que se debate la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en el marco de la responsabilidad de los accionados, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar que la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño…”.- “Así, la aplicabilidad de la nueva ley resulta para las consecuencias no agotadas de aquella relación jurídica obligacional preexistente y que pudieran verificarse en el proceso, tal el caso de autos atento que los supuestos daños se verificaron con posterioridad al 01 de Agosto de 2015. (Kemelmajer, ob.cit., pág.62, Moisset de Espanés, Irretroactividad de la ley y el nuevo Art. 3 —Código Civil, derecho transitorio—, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pág. 47, Rivera, Julio C. “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)”.- Respecto de la legislación aplicable circunscripto a los agravios que seguidamente se tratarán, es lo cierto que se presenta la situación dudosa que veníamos señalando en otras causas en las que resultaba clara tal cuestión.- Así en un caso de incumplimiento contractual con fundamento en vicios ocultos, con primer voto de mi estimado colega Dr. Louge Emiliozzi, se dijo: “Aun cuando no haya sido materia de agravios, creo pertinente señalar que coincido con la conclusión arribada por la Sra. Juez de grado en orden al derecho transitorio (arts.3 del Código Civil derogado y 7 del nuevo Código Civil y Comercial), ya que el contrato que vinculó a las partes se celebró antes de la entrada en vigencia del nuevo Código y el supuesto incumplimiento que se achaca a la accionada también se habría verificado bajo la vigencia del Código derogado.” “De modo que, al margen de lo que se decida sobre la existencia de los supuestos vicios ocultos y sus efectos, no se presenta en autos la situación que sí podría generar dudas en orden al derecho transitorio, como es la que podría plantearse en el caso de contratos celebrados bajo el régimen anterior pero cuyo incumplimiento se verifique bajo la vigencia de la ley nueva (Kemelmajer de Carlucci, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 104, con cita de Moisset de Espanés; Galdós, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, La Ley del 16.11.2015.; esta Sala, causa n° 60.482, “Oses”, del 17.05.16., entre muchas otras).” (Causa n° 61.314 “Da Silva…” del 22/12/2016).- En el sub lite y como quedó plasmado, la Sra. Juez de grado haciendo un análisis del art. 7 del CCC estimó que correspondía aplicar la nueva legislación conforme los fundamentos transcriptos ut supra Discrepo al respecto conforme seguidamente se expondrá, lo cual tendrá injerencia práctica esencialmente en relación a lo normado en el art.1054 del CCC y cuestionado por el apelante, toda vez que la restante normativa que rige en el actual Código no difiere sustancialmente del velezano en aquello que es materia de agravios.- A fin de tratar dicha cuestión he de decir que no siendo materia de agravios la legislación aplicable puede ser observada de oficio por éste Tribunal.- Veamos.-

En la causa de éste Tribunal n° 56004 “Padín….” del 24/4/2012, confirmada por la SCBA conforme causa n° C116.930 al referirnos a la cuestión atinente a la observación de oficio respecto de la legislación aplicable, resolvimos: “Es dable aclarar que si bien en el antecedente citado de la Suprema Corte, la cuestión atinente a la legislación aplicable fue materia de agravio, hecho que no ocurre en autos, es lo cierto que por el principio iura novit curia, ello puede ser observado de oficio aún por la Alzada y sin petición de parte.- Es que a los Jueces atañe calificar el encuadre jurídico del caso mas allá de la normativa citada por las partes, siempre que no se alteren los hechos o tergiverse la naturaleza de la acción deducida, sin que ello implique infringir el principio de congruencia.” “Recientemente -con fecha 12 de octubre de 2011- la SCBA se expidió al respecto en causa C.99.906 “Clotilde de Berhouet y ot. Sociedad de Hecho s/ Concurso Preventivo-Quiebra” que tramitó por ante esta Sala, allí se dijo: “Esta Corte ha dicho que el principio de congruencia impone a los órganos jurisdiccionales observar una adecuada correspondencia entre las postulaciones básicas articuladas por las partes en la litis y la sentencia que las dirime. El juez o tribunal debe pronunciarse sobre lo que se pide, esto es, sobre las pretensiones sometidas a su decisión, mas sólo sobre éstas; y, a la vez, debe basar su pronunciamiento en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por los contendientes, sin acudir en principio a otros (C. 99.848, sent.del 11-XI2009).” “.y sabido es que la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir, pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso.” “Recuerdo que no infringe el principio de congruencia el fallo que, en función propia de la judicatura, resuelve el encuadre jurídico del caso en función de la norma de fondo que rige la materia de que se trata. Pues ello no implica infracción a las reglas que rigen la competencia funcional de la Cámara ni una incorrecta aplicación del principio del iura novit curia (conf. C. 99.169, sent. del 10-XII-2008; C. 103.585, sent. del 16-III2011).” “Por ello no se evidencia en el caso la infracción al principio de congruencia ni que se haya violado la defensa en juicio del recurrente, puesto que son los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto y en cuanto, no se alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida (conf. B. 59.623, sent. del 25-IV-2001)”.- En la misma causa Padin, la SCBA, confirmando la aplicación de la ley vigente al momento del hecho resolvió: “Liminarmente, corresponde dejar establecido que la cuestión planteada tiene su causa en un hecho imputado al municipio demandado ocurrido el 27 de diciembre de 1994, razón por la cual resulta de aplicación la legislación vigente a la fecha del evento dañoso (doct. art. 7, Cód. Civ.y Com.).” (SCBA causa C 116.930 del 10.08.2016). No está demás decir que, aquello que se puede observar de oficio es la legislación aplicable, más no el encuadre legal de la cuestión litigiosa.- Aclarado entonces que el Tribunal puede observar de oficio la cuestión en ciernes, corresponde analizar precisamente cuál procede en el sub lite.- Resultan contestes las partes respecto que el reclamo se encuentra vinculado a un contrato (de compraventa) habiéndose alegado por los actores vicios ocultos, de modo tal que la legislación aplicable ha de analizarse a la luz de la legislación atinente a los contratos.-

El artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación en su último párrafo dispone “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas mas favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.- El art. 3 del Código Civil preveía idéntica solución (allí no se mencionaba la excepción relativa al derecho del consumidor pero que no resulta aplicable al caso).- Asimismo el art. 962 del CCC dispone “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”, la regla es entonces que, el CCC no es aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme el CC o al Código de Comercio, pues se trata de normas supletorias.- Los problemas se plantean con las reglas contractuales indisponibles para las partes (Conf. Kemelmajer de Carlucci “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 148).- En la obra mencionada de la Dra. Kemelmajer se cita lo dicho por Mosset de Espanés en su obra “Irretoractividad de la ley y el nuevo art. 3 (código Civil”.- En esta última obra mencionada claramente Mosset de Espanes expone:”En resumen, si las nuevas normas son de carácter supletorio no alcanzarán de ninguna manera a la situación jurídica pendiente de origen contractual, que continuará regida íntegramente, tanto en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias (anteriores y posteriores), por la ley que estaba vigente al tiempo de celebrarse el contrato (efecto diferido)” (ob. Cit. Pág. 26) En el mismo sentido se trata la cuestión en la obra de Alterini “Tratado Exegético del Código Civil y Comercial comentado”, allí José Tobías señala: “El tercer párrafo, como se adelantó, consagra una excepción a la regla del efecto inmediato de la nueva ley; cuando ésta es supletoria no se aplica a los “contratos en curso de ejecución”, pues la que se aplica es la supletoria vigente al momento de la celebración del contrato (ultra actividad de la ley anterior). El igual texto del artículo anterior había suscitado controversias en la doctrina. Un grupo de autores cuestionaba la solución, pues propiciaba la aplicación inmediata de la ley a los con tratos en curso. Argumentaba con la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos en materia contractual; con lo insustancial de la presunción de que las partes recurrían a la legislación supletoria y que debía considerarse que las leyes nuevas eran mejores a las derogadas o modificadas.

Pero tales críticas eran insuficientes para desvirtuar la solidez de la solución legal, cuyo fundamento decisivo radica en que la legislación supletoria debe presumirse incorporada al contrato aunque las partes no lo hayan dicho expresamente, una solución contraria importaría una mutación importante de lo que habían acordado en el contrato. Interesa precisar, sin embargo, que hubiera sido conveniente extender la ultra actividad de las leyes supletorias a los negocios jurídicos y no circunscribirla a los contratos. Finalmente, si la nueva ley atribuye carácter imperativo a las anteriores disposiciones supletorias, la primera tiene efectos inmediatos:la nueva ley, en ese caso, no permite la autonomía de la voluntad donde la ley anterior lo permitía.” (ob. Cit. pág. 48).- En lo que respecta a la cuestión suscitada en el sub lite referida a los vicios ocultos la normativa es disponible para las partes y por tal supletoria de su voluntad, así el art. 1036 del CCC dispone: “La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Éstas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla…”, refiriéndose el art. 1052 específicamente a los vicios ocultos, en el mismo sentido se encontraba legislado en el CC en los artículos 2166 y 2167.- Conforme lo hasta aquí expuesto y no encontrándose en ciernes ninguna norma imperativa, el presente caso debe resolverse conforme el Código Civil vigente a la fecha del contrato (Abril de 2015).- Por ello los agravios se analizarán conforme ésta última normativa señalada (art. 7 CCC y art. 3 CC).-

III) Determinada la legislación aplicable, es dable comenzar por el agravio referido a la denuncia de vicio oculto que en la sentencia de grado y los agravios se refiere al art. 1054 del CCC, y que el apelante se refiere en dos acápites, por una parte expresa que el plazo se cumplió sin que los actores realizaran la denuncia correspondiente lo cual los exime de responsabilidad y en segundo lugar cuestionan la interpretación de la prueba producida en cuanto estiman que resulta absurda y arbitraria la sentencia dictada desde que de la misma prueba y en forma contradictoria la Sra. Juez de grado resuelve que los actores desconocían los vicios en cambio los demandados sí los conocían al momento de la venta.- En la sentencia de grado, aplicando el art. 1054 del CCC se desestimó la defensa de falta de denuncia en el plazo de 60 días, con los fundamentos que en prieta síntesis se transcriben a los fines de un mejor abordaje de la cuestión:”…recién adquirieron un conocimiento certero de los daños en el mes de Septiembre de 2015, tal como lo refieren en su escrito de inicio, amén de la fecha del informe y del presupuesto que realizó el techista Suárez y que obran a fs. 12/13.- Allí, a mediados de Septiembre de 2015, es donde comienza el plazo en que los actores debieron comunicar a los accionados la existencia del defecto oculto en la propiedad; pero amén de advertir que en autos no obra documentación que acredite ello, si interpreto que lo acontecido en torno del techo de la propiedad llegó a sabiendas de los vendedores aun cuando no lo fuera por comunicación directa con los compradores.- Para ello valoro las expresiones del testigo Ditz, en torno de que para cuando fue contactado telefónicamente por el Sr. Faienzo haciéndolo saber lo que acontecía con el techo de la propiedad, no intervino en tratar de solucionar el problema en razón de que, y señalando a la codemandada Sesto, manifestó: “ella había sido intimada, ella ya había ido a la oficina”, para más tarde expresar “ya estaban con abogados”; de lo que deduzco que los demandados habían sido anoticiados de la existencia de los desperfectos durante el año 2015 y en fecha previa a la interposición de acción el día 16 de Diciembre de ese año.-

Es que la experiencia en este cargo crea convicción en mí que nadie interpone un reclamo judicial como el de autos sin siquiera anoticiar a la contraparte a fin de poder arribar a un acuerdo que dé solución al inconveniente; más aún cuando el desperfecto se presentó a no más de tres meses de haberse comprado la propiedad y los actores haberse mudado a ella.En tal sentido remarco que resulta ilógico que las partes, aun a través de intermediarios, no hubieran realizado conversaciones o negociaciones en torno del objeto del proceso aun antes de arribar a la mediación prejudicial, teniendo para ello en cuenta la entidad de los defectos y el bien sobre el que los mismos se manifiesta, esto es una casa vivienda con destino de hogar de familia.-” Asimismo estimó que los vendedores conocían la existencia del bicho taladro lo cual exime a los compradores de realizar la denuncia en ciernes conforme último párrafo del art. 1054 del CCC.- Más allá del acierto o desacierto de la decisión y análisis de la prueba, es lo cierto que dicha norma (art. 1054 del CCC) no encuentra su par en el Código Velezano.-

En la legislación vigente a la fecha de la firma del contrato no se preveía la denuncia de vicio oculto en el plazo de 60 días de conocido el mismo con excepción de si los vendedores conocían el vicio.- Tratándose ésta nueva norma de las llamadas normas supletorias, y por tal disponible para las partes al contratar, no resulta aplicable al presente.- Refiriéndose al art. 1055, Aida Kemelmajer de Carlucci en su obra “Aplicación del Código Civil….” claramente expone: “Una situación similar se plantea para otros plazos de caducidad incorporados por el CCyC no existentes en el CC.- En efecto el CCyC, además de regular de modo sistemático los plazos de caducidad (art. 2566 y SS), ha previsto plazos específicos. Así, por ejemplo: el art. 1055 dispone que la responsabilidad por defectos ocultos caduca, si es inmueble, a los tres años de haber sido recibido, y si es mueble, a los seis meses desde que recibió o puso en funcionamiento. Estos plazos no están previstos en el CC. ¿Se aplican a los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia del CC y C?La respuesta es negativa, pues se trata de normas supletorias y, como se vio, ellas no son de aplicación inmediata (supra 14). Por el contrario, son de aplicación inmediata si se trata de un contrato con un consumidor, y en el caso le resultan más favorables.” (ob. Cit. pág. 150) Si bien se refiere lo transcripto al art. 1055 resulta por analogía aplicable al art. 1054 que sin perjuicio de no mencionarlo expresamente el plazo de denuncia allí fijado también se refiere a un plazo de caducidad.- Para una mejor ilustración del tema me permito citar lo expresado en la obra de Alterini ya citada, allí Leiva Fernandez en comentario al art. 1054 señala: “Como lo establece la segunda parte de éste artículo, el incumplimiento de la carga de avisar al garante extingue su responsabilidad por los defectos ocultos y, al ser un plazo de caducidad (el destacado me pertenece) su incumplimiento determina tal como lo explican Alterini, Ameal y Lopez Cabana, la extinción del derecho, con la única excepción de que el enajenante haya conocido o debido conocer los defectos, cuestión que será motivo de prueba y de apreciación judicial” (Alterini “Tratado Exegético….”, T°V, pág.583) Es así que no encontrándose prevista la denuncia de vicio en el plazo de 60 días en el Código Civil, la defensa y luego agravios de los apelantes no pueden tener recibida.- En consecuencia corresponde confirmar la sentencia apelada en dicha cuestión, por otros fundamentos, quedando desplazados los argumentos del apelante en virtud de no resultar aplicable la normativa en ciernes.- Dicho ello corresponde continuar con los restantes agravios.-

IV) Como lo señalara al inicio la cuestión suscitada respecto de la legislación aplicable solo presenta conflicto con el agravio antes tratado toda vez que en lo demás resuelto en la instancia de origen y cuestionado por los apelantes, no difiere sustancialmente una legislación de otra.- El restante agravio se refiere a la prueba relativa a la existencia de los vicios al momento de la adquisición.- Que tal como lo manifestaran al contestar demanda la casa vendida a los actores no estaba afectada en su techo de bicho taladro, esto es al 20 de Abril de 2015.- Que la pericia ingeniería no contiene ninguna afirmación contundente al respecto.- Que el testimonio de Chiavarino es contundente en cuanto a la inexistencia de dicha plaga cuando realizó los trabajos aproximadamente tres años antes de la cuestión litigiosa.- El testigo Suarez, reconoce que no tiene parámetros objetivos para determinar de cuanto tiempo atrás data la existencia.- Bajo tales perspectivas no resulta acreditado que el vicio existiera al momento de la adquisición cuya prueba conforme lo normado por el art. 1053 inc. b del CCC “incumbe al adquirente”.- El art. 2168 del Código Civil al que haré referencia a fin de tratar el presente agravio prevee la misma exigencia que el art. 1053 inc.b del CCC, esto es que incumbe al adquirente la prueba relativa a que el vicio se encontraba al momento de la adquisición.- Es cierto que de la testimonial producida en autos no puede inferirse con certeza que el bicho taladro se encontraba en la madera del techo de la casa.- Ahora bien, de una lectura atenta de la pericia, la cual señalan los apelantes resulta la prueba idónea a tal fin, puede interpretarse que al momento de la venta existía el bicho taladro.- Así la perito ingeniera señala: “Se pudo escuchar el sonido ejercido por la actividad del insecto dentro de la madera, que evidencia la existencia del mismo, como también se pudo observar caída de aserrín refinado en amoblamientos de la vivienda. Informo a continuación las características de la vida del insecto Hylotrupes Bajulus, comúnmente denominado bicho taladro, donde se explica claramente que dependiendo de las condiciones climáticas, el estado larvario del mismo se puede extender desde dos hasta diez años. Es la larva del insecto la que ocasiona el daño en la madera ya que va alimentándose de la misma durante su crecimiento. Los insectos adultos, son de color negro o gris oscuro, cubiertos de vellosidad. La hembra, de mayor tamaño que el macho mide unos veinte milímetros y tiene un oviscapto, órgano que utiliza para la colocación de sus huevos, que son de un promedio de 400 por postura las cuales son como manchas grisáceas sobre la superficie de la madera, ya sea en el techo como en la corteza del árbol. Al nacer las larvas son microscópicas, no se las puede ver a simple vista, tampoco se las escucha comer la madera dentro de la madera por la que avanzan haciendo las cavernas que se extienden en el mismo sentido de las vetas. Su vida transcurre en una misma madera, pudiendo hacer varias galerías sin que se note externamente algún daño por su presencia.Las infestaciones llegan a ser muy grandes, a veces se escucha un característico ruido hecho por la larva al comer la madera, a veces es muy molesto y con su gran intensa actividad, llegan a afectar los techos de tal forma que la fuerza mecánica del tirante para sostener el mismo es vencido, a veces de tal forma que pueden derrumbarlos. Las larvas, llegan a tener un tamaño de hasta treinta milímetros de largo, de color blancuzco, y en su parte anterior presentan dos fuertes mandíbulas usadas para comer la madera. En su estadío larvario puede vivir hasta más de diez años, para luego pasar al estado de pupa en unas dos semanas aproximadamente, convirtiéndose en adulto, siempre sin salir de la madera. A los pocos días el insecto adulto, hace un agujero, a veces el primer síntoma visual externo de unos ocho milímetros de promedio de diámetro a veces ovalado y otras circular y con bordes discontinuos por donde sale a poner su huevos sobre la superficie externa de la madera, incrementando potencialmente la gestación. En esta acción de hacer orificios externos se le sucede una pérdida de aserrín muy fino, ésta es la madera digerida y excretada. El adulto no llega a alimentarse ni hace daño alguno, salvo el orificio de salida, solamente cumple la función de reproducirse y a los pocos días culmina su ciclo de vida.”.- De la vida descripta del bicho taladro, puede inferirse que para el momento en que se advierten agujeros en la madera y restos de aserrín, la larva ya existía al menos con una antigüedad de dos a diez años, ya que es el adulto quien hace el agujero para salir a la superficie conforme lo informado por la Perito Ingeniera.-

Del relato de la demanda surge que en Agosto comenzaron a escuchar ruidos en el techo, encontrando aserrín por la mañana en muebles y piso.- Que de ello dan cuenta las fotografías adjuntadas a fs. 17/19.- Que a fs.28/29 obra informe del Arquitecto Urlezaga, el que data del 19 de Mayo de 2016 y en el que se deja constancia de la existencia del bicho taladro y su visualización en la tirantería de madera.- Es así que, el bicho taladro en estado adulto es el que sale a la superficie agujereando la madera, que antes del estado adulto, en estado de larva puede estar entre dos a diez años, y es precisamente la larva la que ocasiona el deterioro en la madera.- El informe del Aquitecto Urlezaga (el que no fue cuestionado por los demandados), éste fue realizado en Mayo de 2016, del mismo y la fotografía que allí consta se verifican los agujeros en la madera, lo mismo de las copias de fotos no cuestionadas y que se encuentran adjuntadas a fs. 17/19.- Es fácil deducir que al menos y ubicando la vida de la larva en solo 2 años (recordemos que la Perito Ingeniera indicó que puede estar en estado larvario hasta 10 años), al menos desde Mayo de 2014 la madera del techo se encontraba afectada por el bicho taladro.- Asimismo y teniendo mayor fuerza probatoria el informe pericial, éste data de Febrero de 2017, si llevamos dos años atrás la vida de la larva antes de ser adulto conforme antes lo señalara, se puede ubicar la afectación de la madera desde febrero de 2015.- En todos los casos antes de la fecha de la compraventa.- Conforme lo expuesto entiendo que los actores lograron probar que el vicio alegado existía al momento de la venta del bien (arts. 2168 del CC, arts. 384, 474 y cctes. Cpcc), por ello propongo al acuerdo desestimar los agravios aquí tratados.- En conclusión estimo que ha de rechazarse el recurso de apelación interpuesto a fs. 155 (arts. 7, 1036, 1054 del CCC, arts. 2166, 2167, 2168 y cctes. CC, arts.384 y 474 CPCC), en todos sus términos.- Así lo voto.- El Señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION:la Señora Juez Doctora COMPARATO, dijo Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 155 y confirmar la resolución de fs. 142/152vta.; 2) Imponer las costas al apelante vencido (arts. 67 y 68, del C.P.C.C.); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. El Señor Juez Doctor LOUGE EMILIOZZI adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.- Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A -? POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, se RESUELVE: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 155 y confirmar la resolución de fs. 142/152vta.; 2) Imponer las costas al apelante vencido (arts. 67 y 68, del C.P.C.C.); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. Regístrese y Notifíquese.-

Lucrecia Inés Comparato

Esteban Louge Emiliozzi

Yamila Carrasco – Secretaria