En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 4 días del mes de agosto del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., D. A. c/ B., D. y otro s/ORDINARIO", expte. nro. 16673 año 20077**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 (expte. nro. 1009/2003), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 315), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 258/261? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el doctor Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.258/261, por la que se rechaza la demanda interpuesta por la parte actora Daniel Aníbal Delgado, interpuesta contra las partes codemandadas D. B. y D. B. C. Las costas se imponen a la actora y se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la parte actora a fs.262 y se abre el recurso a fs.263. A fs.266, en propio derecho apelan los honorarios y fundan la apelación, los profesionales de la parte demandada. El recurso se concede a fs.273.

La parte actora apelante funda los agravios a fs.298/301vta., en cuanto a lo resuelto en su integridad por la sentencia. Comienza señalando que su parte reclama se abone la multa acordada por las partes de ajustar sus derechos mediante la instrumentación privada bajo la forma de un contrato de locación de obra, cuya cláusula 3ra. señala un plazo máximo improrrogable de entrega, punto que no se encuentra negado por la accionada; que el fallo reconoce que la demandada se contradice en el punto C) cuarto renglón: *"para contradecirse al decir que los planos fueron rechazados el 3/4/00 porque no se cumplía con el art.155 del Código de Construcción..."*. Sostiene por otra parte que de las pruebas producidas quedó palmariamente demostrado que el contrato no se cumplió en tiempo, que corrobora la testimonial en el punto 3) del considerando con las testimoniales que señala, todos contestes en que la vivienda del actor no se encontraba terminada hacia el año 2001/2002, siendo la obligación de concluirse la obra el 1 de junio de 2000, en forma improrrogable, tal lo acordado en el contrato de locación de obra. Refiere diversas constancias que su parte no ocupó la vivienda el 2 de junio de 2000, en tanto el Juez forzadamente entiende que la responsabilidad es compartida, basándose en la pericia técnica donde el perito ingeniero manifiesta que la vivienda no se pudo entregar en término, por la parte de la aprobación de planos, según informe de fs.148/150 – punto 6 4to.párr.del considerando.

Contrapone que la interpretación no se encuentra fundada en derecho y que toda la doctrina y jurisprudencia asientan que la responsabilidad es siempre del constructor como coordinador y responsable de la obra. Transcribe casos de jurisprudencia (que el

constructor no se libera de los vicios aparentes si el comitente toma posesión de la obra por abandono intempestivo; que no hay recepción si la obra no se encuentra habilitada por el órgano municipal. Desarrolla temática que las obligaciones de ingenieros, arquitectos y constructores son obligaciones de resultado con lo que el cumplimiento ni siquiera defectuoso es verdadero cumplimiento. Sigue diciendo que la doctrina arroja luz sobre los temas de responsabilidad y transcribe texto relativo al alcance de las obligaciones de ingenieros, arquitectos y constructores. Rechaza que se pueda endilgar responsabilidad al locador (debe decir locatario de obra) por más caprichos o pretensiones constructivas que manifieste y que es el locador el único responsable de los resultados de la obra y no tiene subordinación jurídica con el dueño; que si el actor se imaginaba una casa con una escalera caracolada, ignoraba que con ello se violaba una disposición normativa local, pero que el punto no podía ser desconocido por el constructor demandado. Cita al respecto la jurisprudencia de E.D.181-89 ; señala la responsabilidad del Director de Obra por defectos del plano, con lo alcances de los arts.902 y 909 C.C. Define la naturaleza de las obligaciones, cita al autor Trigo Represas que las mismas son obligaciones de resultado. Por ello sostiene que el demandado resulta responsable por la confección de planos incorrectos, por más que los haya firmado el dueño de la obra, se trata de la responsabilidad imputable al constructor y se llama genéricamente vicios de la construcción, no construir de acuerdo a las reglas del arte; que aún una construcción de acuerdo a las reglas del arte pueden infringir las ordenanzas urbanísticas (v.gr. mas pisos de los

autorizados), que ello importa un incumplimiento contractual, que en tales circunstancias, si como en el caso el constructor tanto confeccionó los planos como dirigió la obra y son los demandados en autos, resultan integralmente responsables, con lo que reitera la causal tercera del instrumento contractual. Concluye peticionando la revocatoria del fallo, se condene por el reclamo resarcitorio e intereses desde que la multa es debida, 1 de junio de 2000.

A fs.306/310vta., los codemandados contestan los agravios. Resultan los puntos sobresalientes que el actor equivoca la crítica cuando se refiere como razón del fallo que señala una contradicción que los planos fueron rechazados el 3/4/00 porque no se cumplía con el art.155 del Código de Edificación, cuando ello es resultando y no conclusión jurisdiccional. En cuanto se agravia sosteniendo palmariamente demostrado que el contrato no se cumplió en término y cita testimoniales, contrapone la testimonial de I. L., cuando responde afirmativamente a que desde febrero/2000, el actor ocupa la casa situada en Km.3 y agrega que es concordante la testimonial de P. C. Contesta luego que el propio actor reconoce que habita la casa cuya finalización reclama y argumenta al respecto. En cuanto a la escalera acaracolada, el actor tenía pleno conocimiento de la violación al Código de Edificación y dirigió una nota a la Municipalidad cuyos términos transcribe. Destaca los términos de la sentencia y sostiene que la demora en la aprobación de los planos fue por culpa del Sr.D. y que así lo interpretó el tribunal de lra.Instancia.

La controversia planteada tiene en consecuencia su origen en el contrato de locación de

obra pactado por las partes. El contrato se formalizó con firmas certificadas por escribano público, el 26 de noviembre de 1999 (copia del contrato de obra a fs.7/11), por el que D. B., en su carácter de gerente de D. B. C., como locador de obra, se obliga a construir una vivienda de 140m2. al locatario de obra D. A. D., en inmueble propiedad de éste. Se fija el plazo para la construcción de seis meses a partir del contrato y vencimiento improrrogable al 1 de junio de 2000 y precio de $ 54.000. El constructor se obliga asimismo en la cláusula Tercera a poner los materiales, mano de obra y la dirección técnica, entrega de la vivienda bajo terminología de llave en mano, con los planos y demás totalmente terminados y aprobados por el Municipio local y las conexiones domiciliarias a cargo del locatario.

Al ingresar a juicio, las partes habían intercambiado intimaciones relativas a la obra pactada y reseñada precedentemente. El locatario de obra Daniel Aníbal Delgado trae a fs.14/18 intimaciones de su parte dirigidas al locador de obra, la primera de fecha 26/6/2003, intimando el cumplimiento de las cláusulas tercera quinta y sexta del contrato de obra.

Trae además la parte actora la contestación de D. B. C. (fs.21), oponiéndole que la obra fue recibida por el locatario D. y que habita en ella, que resulta improcedente la intimación después de tres años de terminada, que la introducción de una escalera distinta a la del plano aprobado y para ganar espacios, fue decisión del locatario y determinó la no aprobación de los mismos. Le observa además B. en esta contestación, que D. confeccionó una nota en 19/9/2003 a la Municipalidad para que se aprobara la escalera proyectada, cuestión ajena a su responsabilidad.

Del exámen de las intimaciones, resulta que la parte actora no rechaza que la obra le fue entregada y recepcionada, que los planos fueron rechazados en la Municipalidad de Comodoro Rivadavia el 3/4/2000 porque no cumple con el art.155 del Código de la Construcción (C.D.de fs.16), lo que resulta de la C.D. del actor D. a B. de fs.17 y de fs.18, como tampoco controvierte la reiteración de la parte actora el hecho que se le contrapone a fs.21, de encontrarse habitando la obra contratada y la de haber adoptado la decisión expresa de la construcción de una escalera que comunica la planta baja y la planta alta que determinó la no aprobación de los planos.

Con tales reconocimientos resultantes de las cartas documentos de intimación (art.919 C.C.), resulta infundada su concurrencia a juicio con la sola afirmación que la obra "no ha sido concluída y entregada en los términos antes descriptos (cláusula Segunda), sin ninguna alusión a tales hechos (fs.22/24).

Es claro que la cláusula tercera del Contrato de Obra establecía que la misma debía ser entregada en el plazo pactado (al 1 de junio de 2000), "llave en mano y demás totalmente terminados y aprobados por el Municipio local", pero no resulta admisible la insistencia si reconoce que se modificaron las condiciones del contrato.

A la postre, pero tardíamente en esta Alzada, la actora viene a reconocer que se radicó en la cuestionada vivienda en fecha 21/02/2002, seleccionando el criterio del informe de la instalación del videocable de fs.129 (folio actual N° 136), pero sin revisión de los elementos probatorios sumados por la sentencia - que no contó con tal reconocimiento – y

por los que concluye que el actor efectivamente recibió la obra – sin poder precisar exactamente el acontecimiento - con lo que de acuerdo a las declaraciones e informes queda acotado el ingreso a la vivienda entre diciembre/2000 y junio/2001 (el fallo a fs.260vta.). La postura de la parte actora ahora en esta Alzada contraponiendo otra fecha fuera de tal encuadramiento, no desvirtúa las evaluaciones de la sentencia, desde que no se controvierten todos los elementos considerados por el sentenciante para su conclusión; entre ellos, la declaración de I. C. L. (fs.82, refoliado), vecina del actor, vive a menos de una cuadra y es sumamente convincente. L. responde que el actor comenzó a vivir en la casa "desde el años dos mil, en febrero mas o menos. Hace cuatro años" (5ta.). La testigo explica la razón de sus dichos y que puede afirmar tal contestación (8vta.) porque: "...el nene de ellos iba con mi sobrino al jardín y tengo seguridad de ese tiempo". Tampoco es controvertida otra incisiva declaración considerada en el fallo a fs.259vta. ref., la de C. M. I. (fs.175), que resume: a) que el actor dejó de vivir en el domicilio ubicado en Rementería N° **** aproximadamente con fecha diciembre de año 2000. b) que visitó al actor unos meses después en una vivienda en el Barrio Saavedra que estaba terminada y le faltaban algunos detalles como el amoblamiento de cocina. El testigo P. C. (fs.90 ref.), asimismo responde que a principios del año 2000, la vivienda del Sr. D. estaba prácticamente terminada (8vta.) y el perito ingeniero E. C. suministra datos concordantes en la pericia de fs.155/157; que no se puede determinar a ciencia cierta desde cuando está ocupada la vivienda; que al 23/10/03 la Inspección de Obras de la Municipalidad determina que la obra está realizada en

el 100%; que el pedido de energía eléctrica es de fecha 7/12/1999 y la instalación del medidor de gas en 7/12/2001.

También lo dijo el Juez, que el actor recibió la obra sin poder precisar la fecha exacta de de su recepción, pero sea que la ocupación de la vivienda haya sido con anterioridad a la fecha de entrega prevista en la locación de obra (1/6/2000), fuere con posterioridad (a partir del 21/2/2002, según la actora en esta Alzada), el reconocimiento de la introducción en la obra de una escalera no aprobada y y en su virtud rechazado los planos respectivos en fecha 3/4/2000, demostró en cualquier tiempo la modificación de contrato original de obra, de las condiciones del contrato y de los plazos.

Si la ocupación de la vivienda por la comitente D., se produjo con anterioridad al vencimiento del plazo resultante de las cláusulas Tercera y Quinta del Contrato de Obra (fs.7/12), como lo indican algunos de los datos probatorios concordantes, se trató de la recepción "provisional", que otorgó la posesión inmediata para determinar si el empresario había ejecutado la obra de conformidad y con anterioridad a la fecha de entrega definitiva, supo la actora locataria de obra del rechazo de los planos en 3/4/2000. El silencio guardado a tal rechazo, se revela lógico ya era el resultado de la propia decisión de mantener en la obra la "escalera tal como estaba prevista originalmente", informada a la Comuna en 19 de agosto de 2003 (fs.210vta.). Debe recordarse por otra parte que la recepción provisional importa que la obra quedó terminada, así lo expone el autor S. ("Instituciones de Derecho Civil", Vol.V, Ed.Depalma, año 1980, pág.528) y agrega con cita de los autores

Delvaux y Sánchez Fontáns: "que esa recepción provisional hace cesar las cláusulas penales por retardo en la terminación de los trabajos".

En cuanto se refiere precedentemente la ausencia de aprobación de los planos en fecha 3/4/2000, opuesto en su oportunidad por la locadora de obra, con razón impugna la contestante de los agravios a fs.406, que la actora agraviada pretende valerse a fs.298vta., 2do.párr., confundiendo "resultando" con "considerando". Ello ocurre cuando la sentencia expone: "para contradecirse al decir que los planos fueron rechazados el 3/4/00 porque no se cumplía con el art.155 del Código de la Construcción...". La contestación de la demandada es justa, lo que la sentencia expone es clara comprensión del título que la preside: "RESULTANDO" (fs.258, punto C) y son los argumentos de la misma actora de fs.21/24. Llama la atención la inadmisible aserción del agraviado valiéndose como conclusión del fallo de un resultando que correspondía a la redacción de su demanda.

Con la salvedad precedente, la defensa de la demandada oponiendo que el rechazo de los planos por no cumplimentar la norma del Código de la Construcción no constituyó contradicción del locador, desde que imponía a la locataria en la C.D. de fs.16 y 19, del mes de julio y octubre de 2003, respectivamente, que la falta de aprobación de los planos era responsabilidad de la misma.

La conducta de la locataria en la época posterior inmediata al rechazo de los planos en fecha 3/4/2000, no tuvo variantes ni produjo ningún reclamo al locatario de la obra. Transcurrió el plazo previsto originalmente por las partes para la entrega definitiva en 1/6/2000, sin que se formularan reservas o reclamos.

En resumen, se verificó asimismo a partir de dicha fecha cualesquiera de las hipótesis del art.1647bis. del Código Civil. Las circunstancias del juicio prueban la llamada "recepción indirecta" - tácita – de la obra. La explica el autor ya citado Alberto G. Spota, ob.citada, pág.525: "El locatario puede renunciar a la verificación y aprobación de la obra, sin manifestación directa ("expresa") de voluntad y sin recurrir a estas operaciones, o bien habiendo verificado y aprobado la obra, que también la reciba en esa forma. Hay en el caso idirecta ("tácita") recepción. El mismo autor sigue diciendo en el lugar citado que la renuncia no se presume, pero tampoco se encuentra sujeta a ninguna forma exterior y puede tener lugar tácitamente a excepción de los casos en que la ley exige sea manifiesta de manera expresa (art.873 CC), no exigiéndo la locación de obra una renuncia directa (expresa).

Se agravia la demandada con cita de caso jurisprudencial que no hay recepción si la obra no ha sido habilitada por el Órgano Municipal, pero ello es de edificios que no pueden cumplir su destino sin esa autorización (fs.299). El caso de autos es a contrario, de ocupación de vivienda de familia y ya se ha señalado, sin reservas, lo que implicó transcurridos los plazos la aceptación definitiva (Conf.arg.Spota, ob.cit., pág.526, 1er.párr.).

Aún si se considerara que el ingreso del actor a la vivienda se produjo en la fecha que reconoce, 21/2/2002, los plazos de entrega de la obra se encontraban vencidos y mediaba desde el 3/3/2000 la falta de aprobación de los planos por obra rechazada por el Órgano Comunal. También se cumplieron a partir de tal ingreso con exceso los plazos previstos en el art.1647bis. del C.C.

La responsabilidad que por la falta de aprobación de los planos le imputa la actora a la parte demandada y como incumplidora de las clausulas, no resiste la sana crítica. La pericia del Ing. E. C. de fs.155/156 ref., respondiendo los propuestos por la actora, responde en el punto 2. que los planos no se pudieron aprobar en una primera instancia debido a que se construyó una escalera que no concuerda con los Reglamentos del Código de Edificación de la Ciudad de Comodoro Rivadavia.

La autoría de la decisión de tal construcción no fue rechazada por la actora en la oportunidad de las intimaciones precedentes al ingreso al juicio.

Si se advierte una conducta contradictoria es de la propia actora, que en sus misivas de fs.14 con fecha 26/6/2003 y de fs.17 con fecha 5/8/2003, intimaba a la locadora de obra para que cumplimentara las cláusulas del contrato que incluía la entrega de planos aprobados por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, en tanto a los pocos días, en fecha 10/8/2003, se presentaba ante la Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad, haciendo saber que decidía realizar la escalera tal como estaba prevista originalmente, dado que si la adaptaba a la reglamentación, le quitaba espacios de la misma (ver fs.210vta.).

La insistencia en la realización de la escalera decidida por la comitente pese a haber sido observada por no ser reglamentaria como lo informa la Dirección de Obras Particulares y fuera rechazada la aprobación en fecha 3/4/2000, modificó desde entonces las condiciones contractuales, no pudiendo ampararse la comitente en la improrrogabilidad del plazo, porque

importó la prórroga del mismo (Conf.arg.: "Si bien en la locación de obra respecto de los trabajos originarios pactados se convino un plazo cierto y las partes interesadas no fijaron nuevo plazo para los adicionales, ello importó la prórroga tácita de aquél" (C.Civ.y Com. Santa Fe, Sala 3ra. 12/8/92 – J.J.Arquitectura Construcciones SRL. v. C. M. HJ., en Rep.J.A.1973, pág.812, n° 22).

El contexto del litigio y las variables ocurridas al contrato original, no conllevan ningún agobio de pruebas a favor de la parte actora como se sostiene a fs.298vta., in fine. La falta de aprobación de los planos respondió a su decisiva voluntad corroborada ante el Órgano Municipal. No es admisible en definitiva el mayor agravio que la parte actora entiende verificado en razón de los conceptos finales del punto 6. del fallo, contraponiendo como siempre vigente la responsabilidad del constructor como coordinador y responsable por vicios o defectos de la obra . No es el caso de autos, porque la obra objetada y su mantenimiento respondió a su exclusiva decisión. Se explica en el "Tratado de locación de obra", de Alberto G. Spota, T.II, pág.35 – Ed. Depalma año 1976, que es causal que puede delimitar la obligación del locador la propia voluntad del comitente y sobreviene si éste ordena modificaciones y toma parte activa en la marcha de la labor, con lo que hace desaparecer la independencia en que debe hallarse el empresario para alcanzar la perfección requerida del resultado prometido, lógico "es, entonces, que si por ello la obra presenta deficiencias, éstas no pueden serle imputables al constructor".

Por todo lo expuesto, propugno el rechazo del memorial de agravios de la parte actora,

con costas, de conformidad con el resultado del recurso (art.68 CPCCCh.).

Que a fs. 266/266vta., apela en propio derecho por sus honorarios la abogada P. C., contra la sentencia de fs.258/261vta., destaca el monto del proceso, en función de las etapas cumplidas, la doble condición de la actuación profesional, estimando sus honorarios en la suma de $ 13.069,46. Impugna el fallo en cuanto regula los honorarios de la nombrada por la primera y segunda etapa del juicio, por el mismo monto de fs.239 (fs.249 ref.), señalando que la misma resulta provisional, por haberse regulado cuando todavía no se había dictado sentencia.

Que de conformidad con las leyes arancelarias citadas, la modificación del art.20 introducida por la Ley 4335, cuando debiere regularse honorarios sin que se hubiere dictado sentencia ni sobrevenido transacción, se considera monto del juicio la suma que razonablemente hubiere correspondido, en caso de haber prosperado el reclamo del pretensor, en tanto dicho monto no podrá ser superior en ningún caso a la mitad de la suma reclamada en la demanda.

Va de suyo en consecuencia que la regulación practicada debe ser reajustada, en lo que debe considerarse el monto demandado a fs.22/22vta., con las limitaciones impuestas por la propia recurrente, reclamando sobre la suma de $ 127.000, sin otros aditamentos.

Por lo expuesto, las etapas cumplidas por la recurrente y valoraciones de fs.261, debe revocarse la regulación practicada y regularse los honorarios de la Dra. P. C., en reajuste de los establecidos a fs.249, en la suma de $ 13.069.

Por todo lo expuesto, lo previsto en el art.279 del CPCCCh., se rechaza el recurso interpuesto por la parte actora, se hace lugar al interpuesto en propio derecho por la representación de la demandada y regulan honorarios en la segunda instancia. Rigen las leyes N° 2200 y ref.Ley 4335, arts.6, 7, 9, 14 y concords., por lo que considerando el mérito del trabajado profesional y resultado, propongo los honorarios del Dr. R. A. H. en la suma de $ 600 y los del Dr. M. R. C., en la suma de $ 5.000, con más las alícuotas previstas en el fallo apelado.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora D. A. D., fundado a fs.298/301vta. y confirmar en cuanto al mismo la sentencia dictada a fs.258/261.

2) Hacer lugar al recurso interpuesto en propio derecho por la Dra. P. C., revocar la regulación de honorarios efectuada a su respecto en el punto 2 del fallo a fs.261 y regular los honorarios de la profesional nombrada en la suma de $ 13.069, con los alcances previstos en la resolución apelada.

3) Costas de la Alzada a la parte actora, a cuyo fin propongo las regulaciones de honorarios de los Dres. R. A. H. y M. R. C. de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

De modo liminar, quien me precede en el sorteo, en breve y ajustada reseña, analiza la procedencia formal del recurso y da cuenta de su contenido por lo que evita su mera reiteración y al concordar con tal apreciación corresponde mantener

abierta la instancia y emitir opinión dentro de los límites impuestos por los agravios.

De la primer lectura de las presentes actuaciones, dentro de los límites jurisdiccionales a que autorizan los agravios, surge una situación particular que merece alguna consideración. Ocurre que, al momento de la contestar la demanda, uno de los codemandados –D. B.-, opone excepción de falta de legitimación pasiva, ya que dice no encontrarse vinculado con el actor por el hecho de haber firmado el contrato de obra, cuyo presunto incumplimiento es base de la acción, pues lo hizo en representación de la constructora por ser gerente de la misma.

Tal defensa fue desestimada por haber sido articulada extemporáneamente conforme lo previsto en el art. 346 CPr., tal como surge de la decisión inimpugnada de fs. 56.

Ahora bien, reiteradamente hemos sostenido que la legitimación es inequívocamente un presupuesto procesal, cuya falta conduce a la improponibilidad subjetiva de la demanda -o de la defensa-, que puede y debe ser declarada oficiosa y aún liminarmente.

Pero como bien señala Arazi, hay supuestos en que la legitimación nace de la ley, independientemente de la relación sustancial; tal el caso del art. 144 del Cód. Civil. (ver "La excepción de falta de legitimación para obrar- Efectos de la sentencia que la declara procedente)" en LA LEY, 1985-A, 953) y en otros casos no, requiere prueba fehaciente.

Así, difícilmente pueda aplicarse tal principio en caso de acciones resarcitorias, tal como ocurre en autos. De allí que, tal como enseña el mismo

autor, aunque la falta de legitimación se interponga al contestar la demanda, para ser resuelta en la sentencia definitiva, debe corrérsele traslado al actor para posibilitarle que ejerza su derecho de defensa en juicio, respecto de una articulación que no se limita a proponer una causal de rechazo de la demanda, sino que, además, tiende a impugnar la facultad de una de las partes para constituirse en sujeto del proceso.

Aclara que, el demandado puede oponer la excepción de falta de legitimación que, en caso de ser manifiesta, se resolverá con carácter previo. No opuesta la excepción, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema, porque se trata de una típica cuestión de derecho. Ello, por supuesto, cuando se invocó una calidad que no legitimaba a las partes; en caso contrario la prueba de la calidad invocada se rige por los principios generales referentes a la admisión de los hechos y a la carga de la prueba (ver ob. cit.). Al haberse consentido la desestimación de tal presentación el a quo debió considerar que quedaba liberado de pronunciarse al efecto y en con secuencia no peco por incongruencia.

Y es que, las normas contenidas en los arts. 34 inc. 41 y 163 inc. 61 consagran en el Código ritual el principio de congruencia, el que, como resultado del sistema dispositivo, obliga a los jueces a respetar los límites en que ha quedado trabada la litis, exigiendo de su parte la estricta adecuación del pronunciamiento judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y la oposición del demandado en sus presentaciones iniciales, teniendo en cuenta que incumbe a las partes fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica (conf. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I,

nota al art. 34, ps. 59 y ss., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003).

Así, ahora en esta instancia y aún cuando pudieran quedar dudas respecto de tal participación debe recordarse que tal como señala Kielmanovich, en la nota al art. 277, que el principio de congruencia sufre una doble limitación en lo que atañe a los poderes del tribunal de segunda instancia; por un lado, porque la alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia, y por el otro, porque no podrá decidir acerca de otras cuestiones que las que constituyeron materia de agravios expresados por el apelante. La apelación no importa un nuevo juicio, sino un control de la legalidad de la sentencia de primera instancia. Esta cuestión debe vincularse necesariamente con el contenido de la pretensión y oposición deducidas en la primera instancia, más que con la resolución apelada per se (Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, nota al art. 277, ps. 438 y ss., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003).

El análisis de oficio de tal situación importa importaría una violación a la doctrina de los propios actos, por cuanto ha mediado un reconocimiento tácito, en razón del consentimiento ya informado, a ser parte de la contienda lo que implica asumir sus consecuencias.

La recurrente insiste, sin alterar su postura inicial, en la falta de cumplimiento de conclusión y entrega de la obra de la manera convenida en el convenio. Las intimaciones extrajudiciales, el contenido de la demanda, su actividad probatoria y su actual informe autorizan a verificar tal afirmación.

Pero así como ha mantenido su firmeza en el reclamo sin modificar sus términos, se advierte que su mayor interés está en el logro de la aprobación administrativa de los planos que en la denuncia de trabajos inconclusos o defectuosos ya que no refiere concretamente a la verificación de tales circunstancias, pese a que a confesado que lo habita desde el mes de febrero el año 2001 –posición n° 8 de fs. 89vta., situación que se mantiene a la fecha de la constatación notarial de fs. 46/47vta. Además de otros datos corroboratorios que emergen de otra fuentes probatorios v.gr. informes por cubrimiento de servicios y testimoniales.

Insisto, no es materia de discusión que la posición importa para el ponente una confesión; vale decir, el reconocimiento irreversible de la veracidad del hecho que se afirma, el que se considera aceptado; de manera que, como decía Carnelutti –comporta el abandono de la discusión. En tal inteligencia, el art. 411 párr. 2° CPr., no sería ya una norma de interpretación, sino mas bien un precepto imperativo que rige el modo de proceder en justicia; y del cual emerge la carga de poner posiciones de un modo coherente con la propia volición jurídica y de aceptar el efecto e lo afirmado en ellas (ver Carnelutti, Francesco, “La prueba civil” Ed. Depalma 1979, p. 247, n. XXX; Colombo, Carlos J., “Código Procesal...” Ed. Abeledo Perrot 1975, t. I, pág. 654; Fenochietto-Arazi, “Código…” Ed. Astrea 1993, t. 2, pág. 408 entre otros). De lo dicho la trascendencia de la formula empleada en la posición número ocho y formulada al representante de la empresa codemandada a fs. 89vta.

Ahora bien la recepción provisoria y unilateral del bien sin reserva alguna en cuanto a

vicios de construcción que afecten la habitabilidad, queda al margen de la presente discusión, en consecuencia el reclamo indemnizatorio tiene su causa en la falta de aprobación administrativa de los planos por haberse detectado violación a las normas de edificación respecto al acceso a planta alta a través de una escalera que no responde a las pautas de seguridad de tal formativa dada su forma "caracolada", pese a poder las comodidades que explicita al ente fiscalizador el propio interesado y que obra a fs. 41.

Así, mas allá de las argumentaciones teóricas en cuanto a las obligaciones emergentes del convenio, la naturaleza jurídica de la obligación empresaria en los contratos de obra, la realidad da cuenta de negligencia empresarial en la medida que no fue tomando previsiones ciertas en cuanto a la entrega y recepción de la obra al momento de su efectiva ocupación por parte del locador y la conducta procesalmente reprochable del dueño de obra obstinándose en negar lo evidente, esto es, le imputa al constructor la el proyecto de escalera violando lo establecido al art. 155 del Código de Edificación, como hecho ajeno a su conocimiento, cuando se contradice abiertamente al momento de su confesional cuando admite sin reserva alguna que la obra fue diseñada de acuerdo a lo pactado (ver contestación a 7ª pos. a fs. 197, de conformidad con pliego de fs. 195/196) y justamente fue ese diseño (fs. 34/35) el que mereció objeción por parte del inspector municipal tal como obra a fs. 211, dando razón a las actuaciones de fs. 42/45, y a la decisión y petición de fs. 41, que libera de toda responsabilidad por mora al constructor.

Si se considera que la recepción es la toma voluntaria de la obra por el dueño de manos del

empresario. (CNCom., sala A, 07/06/2007 – "Eucar S.A. v. Consorcio de Propietarios Edificio Playas II"- Citar Lexis N° 1/70039757-18; Citar Lexis N° 1/70039757-24), la única objeción imputada ha quedado sin sustento ya que la mora resulta imputable a quien la alega eximiendo de responsabilidad por tal circunstancia a la demanda y en consecuencia corresponde desestimar la demanda en concordancia con lo resulto en la instancia anterior y lo propuesto por mi colega preopinante.

La actuación en autos de la letrada que formula su queja a fs. 166/266vta., por derecho propio, tornaba operable la normativa invocada y de fácil determinación el monto que sirve de base a la regulación en cuestión, de allí que conforme tales pautas adhiero, también en esta cuestión a la opinión del colega y al monto estimado.

Las costas de la alzada, conforme lo propuesto, son a cargo de la recurrente y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca reitero su formula decisoria.

En este estado y de conformidad con lo establecido en los arts. 271 y 272 del CPCCCh (reforma Ley 4550 del 23/12/99), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet no emite su voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte actora D. A. D., fundado a fs.298/301vta. y

confirmar en cuanto al mismo la sentencia dictada a fs.258/261.

2) Hacer lugar al recurso interpuesto en propio derecho por la Dra. P. C., revocar la regulación de honorarios efectuada a su respecto en el punto 2 del fallo a fs.261 y regular los honorarios de la profesional nombrada en la suma de $ 13.069, con los alcances previstos en la resolución apelada.

3) Costas de la Alzada a la parte actora. Regúlanse los honorarios profesionales del Dr. R. A. H. en la suma de PESOS SEISCIENTOS ($ 600) y los del Dr. M. R. C. en la suma de PESOS CINCO MIL ($ 5.000), con más las alícuotas prevista en el fallo apelado.-

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

JULIO ANTONIO ALEXANDRE - Presidente
FERNANDO NAHUELANCA - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 22 DEL AÑO 2008 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “CyC”