------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los siete días del mes de agosto del año dos mil ocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Günther Enrique Flass y con la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Benjamín Moisá y Jorge Luis Früchtenicht a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"B., M. y otra c/ W., A.G.s/ Sumario"*** (Expte. N° 26/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.---------

----------Practicado a fs. 759 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – MOISÁ – FRÜCHTENICHT.----------

---

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 717/725 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------A fs. 17/36 vta. las actoras con el apoderamiento del letrado del Dr. R. M. M. inician acción de daños contra el Arq. A. G. W- para que se las indemnice con la suma de trescientos treinta y un mil pesos, por incumplimiento de contrato de locación de obras. A fs. 50/61 vta. contesta el demandado a través de su apoderado el Dr. B. N. oponiéndose al progreso de la acción.----------

---

------A fs. 717/725 vta. Se dicta sentencia nº 02/2008 del 11 de febrero de 2008 por la cual se rechaza la acción en sus términos, se imponen costas a la actora y se regulan honorarios, todo ello con fundamento en los siguientes argumentos: 1) Quedó demostrado que al proyecto original se le agregaron "adicionales" de importancia; 2) Las sumas entregadas por las actoras al arquitecto fueron insuficientes.----------

-------Como consecuencia de lo expuesto, entiende el *a quo* que no hay conducta reprochable en el demandado ni relación de causalidad adecuada con el daño invocado.----------

------A fs. 726 apela sus honorarios la Calígrafo Pública Nacional y a fs. 728 hace lo mismo respecto a los suyos el Dr. R. M. M.. A fs. 727 apela la actora expresando agravios a fs. 742/751 vta. siendo sus principales quejas las siguientes: 1) Sostiene que los "adicionales" solo podían ser probados por escrito conforme al art. 1633 bis C.Civ. y a la cláusula nº 13 del contrato de locación de obras. No habiéndose producido dicha prueba no corresponde tenerlos por acreditados. 2) Impugna la apreciación de la prueba testifical que hace el *a quo* pues de los dichos de los testigos, deduce conclusiones contrarias. 3) Sostiene que no se puede tener por confesa a la actora ya que nunca fue declarada tal en forma expresa. Aduce además errores en la interpretación de la confesión ficta y sus consecuencias. 4) Sostiene que no se ha merituado en su justa dimensión la mora del demandado. 5) Afirma que sus clientes han entregado sumas superiores al porcentaje de obra realizado y que aun aceptando los cálculos del demandado, la diferencia entre lo entregado y el total que se debía entregar es insignificante.--

-------Hace reserva de caso federal.----------

------1) La prueba de los "adicionales" según la ley:----------

------En primer lugar debo decir que por *"adicionales"* se han de entender aquellas alteraciones sobre el proyecto original que implique un incremento o una disminución en el costo. Algunos, con muy buen criterio circunscriben el término a aquellas modificaciones innecesarias o necesarias previsibles. La cuestión a determinar es la forma y carga de la prueba de tales adicionales según lo dispone la ley y conforme lo han acordado las partes del contrato.----------

------El artículo 1633 bis del Código Civil, introducido por la Ley 17.711 textualmente reza*: " El empresario no podrá variar el proyecto de obra sin permiso por escrito del dueño, pero si el cumplimiento del contrato exigiera esas alteraciones y ellas no pudieran preverse al tiempo en que se concertó, deberá comunicarlo inmediatamente al propietario, expresando la modificación que importe sobre el precio fijado. A falta de acuerdo, resolverá el juez sumariamente"*. La intención del legislador es clara. Se procura evitar que el empresario constructor incremente el precio de la obra por sobre lo pactado, argumentando modificaciones al proyecto originario, dispuestas unilateralmente pero a expensas del locatario. Es por eso que se aplica una

excepción al principio general de la libertad de las formas y prueba en los contratos, sin embargo la excepcional estrictez probatoria, solo ha de tener vigencia cuando la iniciativa nace del empresario locador de la obra y no del locatario propietario. Es esto lo que surge de una interpretación integral del artículo 1.633 bis y con la cual coincide la doctrina mayoritaria. Con prístina claridad dice SPOTA. *"Ahora bien: ¿Qué medios de prueba proceden para acreditar la autorización del locatario? Si se trata de labores adicionales (no necesarias o necesarias pero previsibles), que se deben a la iniciativa del dueño de la obra – no rigiendo entonces la autorización escrita de dicho comitente que el art. 1633 bis impone para las labores adicionales indicadas – corresponde aplicar los principios generales; los trabajos efectuados, las alteraciones verificadas, los cambios llevados a cabo, son hechos y como tales pueden acreditarse con todos los medios de prueba" (SPOTA, Alberto G. "Tratado de locación de obra" T. II. Depalma. Buenos Aires 1976, pag. 569)* . En igual sentido se expiden LLAMBIAS y ALRTERINI cuando dicen *:"El art. 1633 bis, introducido por la ley 17.711 se refiere a las modificaciones del proyecto realizadas a instancias del empresario" (LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Atilio A. "Código Civil anotado" T. III-B, pag. 391).* También GREGORINI dice que *"La ley 17.711 agregó además el artículo 1633 bis para contemplar las modificaciones del proyecto ejecutadas a instancias del empresario" (GREGORINI, Eduardo L. "Locación de obras" La Ley . Buenos Aires 1999 pag. 37).* Queda claro para mi, entonces, que la prueba escrita exigida por el art. 1633 bis del C.Civ. solo resulta tal cuando se trata de demostrar la autorización del propietario de la obra frente a una iniciativa del empresario, mas no cuando es el propio locatario, propietario de la obra quien solicita adicionales.----------

-----Ahora bien, sentado que la prueba escrita no es imprescindible, resta analizar la procedencia de la prueba de testigos, teniendo en cuenta que los llamados *"adicionales"* implican una modificación al contrato y que el art 1193 del C. Civ. desautoriza la testifical en supuestos como el que nos ocupa. Ha dicho la jurisprudencia: *"...cuando el contrato ha tenido principio de ejecución – hecho este que puede ser demostrado por cualquier medio – cabe prescindir de la forma instrumental y acudir válidamente a la testimonial" (CNEspecial Civ. y Com. Sala V, marzo 16-982. San Martín, Diego F. c. Banco del oeste S.A. LL 1982- C. pag. 74).* La prueba de testigos,

ha tenido por finalidad en la presente causa acreditar la existencia de los trabajos *"adicionales"*, es decir el principio de ejecución de la modificación contractual pactada por las partes (principio de ejecución del contrato) así como también la autoría de la iniciativa la cual es un acto jurídico previo al contrato (o mejor dicho: Previo al pacto sobre adicionales modificatorio del contrato original) que no lo integra en sentido estricto y que como tal es objeto de cualquier medio de pruebas, incluso la testifical.----------

------Por último, es imprescindible analizar la naturaleza jurídica de la relación que une a las partes pues si estuviéramos ante una relación de consumo de las tipificadas en los artículos 1º y 2º de la Ley 24.240, sería de aplicación el art. 21 de dicha norma en conjunción con el *in dubio pro consumidor* (arts. 3º y 37º). De ello surgiría que la forma escrita es exigible siempre, ya sea que la iniciativa de *"adicionales"* surja del empresario o del consumidor.----------

------Es evidente, y está fuera de toda disputa, por que las partes así lo han reconocido, que la obra en cuestión es la construcción de un edificio destinado a hostería, de allí que la obra contratada queda integrada a un proceso de prestación a terceros (servicio de hospedaje). No puede entonces considerarse a la actora como consumidora respecto al servicio del arquitecto W. (art. 2º, segundo párrafo) ni tampoco puede considerarse proveedor a este último (art. 2º, tercer párrafo). En síntesis, lo dispuesto por el estatuto del consumidor no altera la conclusión expuesta *ut supra* en el sentido de que los adicionales podrán o no ser acreditados por prueba distinta a la escrita conforme la iniciativa surja del empresario o del dueño de la obra.----------

------Concluyendo, la prueba de testigos y la confesional, en la cual se asienta el *a quo* para fundar su decisorio, son procedentes en la causa de marras conforme a lo dispuesto por la ley.----------

------2) La prueba de los "adicionales" según el contrato:----------

------En el contrato de locación de obra, cláusula decimotercera, se dispone que la solicitud de adicionales que efectúe el comitente así como también la aprobación del presupuesto elaborado por el arquitecto han de ser ***"expresas"*** (parr. prim.) agregando que *"no será aceptado ningún adicional que no hubiera cumplido con el*

procedimiento antes indicado". Paralelamente, en un párrafo *in fine* las partes convienen en que la solicitud de adicionales deberá ser formalizada por escrito.

------Aunque resulte obvio, considero necesario decir que la forma expresa no ha de ser confundida con la forma escrita. Expreso es lo contundente, concreto, claro, directo, sin mas deducción que la interpretación textual de las palabras usadas. Por su lado la forma escrita es aquella que se plasma en un documento. En síntesis, forma expresa y forma escrita son cosas distintas.----------

-------Vemos entonces que, en cuanto a los adicionales, las partes han dispuesto distintas formas y lo han hecho en diferentes sectores: La expresa en la cláusula decimotercera primer párrafo y la escrita en el apartado *in fine* ¿Como interpretarlo?; ¿Habrá que entender que los adicionales se deben solicitar siempre en forma expresa y escrita? O ¿Será que las partes han pactado la forma escrita para algunos adicionales limitándose al solo requisito de la expresividad en otros?. Todo lo dicho nos lleva a una atenta hermenéutica del contrato.----------

-------Entre las pocas reglas de interpretación que nos provee el Código Civil, encontramos la del artículo 1198 según el cual los contratos han de interpretarse de buen fe, conforme a lo que las partes verosímilmente pudieran entender obrando con cuidado y precisión. El artículo 16 del mismo cuerpo y ante la ausencia de otras normas exegéticas, remite al Código de Comercio (ley análoga) cuyo artículo 218 aporta herramientas de gran utilidad para la cuestión que nos ocupa. Así el inc. 2º indica adecuarse no tanto al significado que pudiera convenir a las palabras sino mas bien al contexto en el cual fueron insertadas. El inc. 3º dice que *" Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero"*. El inc. 4º agrega *"Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato"* .-------

------Puede observarse – tal como dije – que las partes han dispuesto la forma escrita en un párrafo *in fine* mientras que la cláusula decimotercera primer párrafo, se limita a la forma expresa. Este distinto tratamiento nos lleva a deducir que se trata también de distintos supuestos de adicionales pues como dice MOSSET ITURRASPE, comentando el art. 1198 del Cod. Civ. *"De ahí que en los contratos se*

insista en la claridad, la transparencia, la preferencia de lo normal o habitual, con rechazo de lo sorpresivo, fuera de lo corriente o susceptible de llevar a equívocos o confusiones" (MOSSET ITURRASPE, Jorge "Calificación, integración e interpretación del contrato" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni 2006-3 pag. 17). Si las partes hubieran querido que todos los adicionales, cualquiera fuera su origen, se solicitaran por escrito, habrían precedido el párrafo *in fine* con algún término que denote sumatoriedad, tales como *"Además..."*, *"También..."* etc. Por el contrario, el trato discriminado que se da a ambos requisitos formales, indica a las claras que refieren a supuestos distintos: La forma expresa para los adicionales solicitados por el comitente, reservándose la forma escrita solo para los originados a instancia del arquitecto. La mencionada hermenéutica es la que mas condice con el inc. 3º del art. 218 antes mencionado ya que propende a la validez del acto en cuestión (encomienda de adicionales), así como también con el comportamiento subsiguiente de los contrayentes (art. 218 inc. 4º), habida cuenta que el actor no impugnó ni desconoció dichos adicionales sino hasta las circunstancias que ocasionaron el distracto.----------

------Llama la atención que mientras la primera parte de la cláusula decimotercera se refiere a los adicionales peticionados por la comitente, el párrafo *"in fine"* no especifique nada respecto al origen de la propuesta, viniendo ello a abonar la tesis que propugnamos y según la cual cuando la iniciativa provenga del propietario de la obra bastará con que ella sea expresa mientras que si es el arquitecto quien la propone habrá de hacerlo por escrito.----------

-------Concluyo entonces que una razonable hermenéutica del título contractual nos lleva a afirmar que mientras la forma escrita es requisito formal para los adicionales propuestos por el arquitecto (párrafo in fine), cuando fuera el comitente quien los solicitara, basta con que sea expresa (cláusula decimotercera primer párrafo).----------

------3) La iniciativa de los adicionales:----------

------Siguiendo con lo dicho anteriormente, la letra del art. 1633 bis C. Civ. distingue según que la iniciativa de realizar *"adicionales"* provenga del comitente de la obra o del empresario. En el segundo caso solo será oponible si mediara

aceptación escrita, en el primero se podrá emplear cualquier tipo de prueba siempre que la misma verse sobre manifestaciones expresas de las partes (limitación contractual introducida en cláusula 13ª).----------

------A fin de determinar si, conforme a las constancias de autos, se ha logrado probar o no quien fue el autor de la iniciativa de los *"adicionales"* es indispensable, en forma previa, referirme a la impugnación que el recurrente hace tanto de la valoración de la prueba testifical efectuada por el *a quo* como de la validez de la confesional.----------

------*3). a) La valoración de la prueba testifical*:----------

------Entiende el recurrente que el *a quo* ha valorado mal los dichos de los testigos y cita expresiones de los mismos que, según él, se encontrarían encaminadas a producir una conclusión contraria a la expresada en la sentencia.----------

------Debo decir que el Sr. Juez de grado, al valorar la prueba, es libre de elegir aquellas que logren mayor convicción siempre que no incurra en arbitrariedad ni absurdo. Es así, entonces, que si el recurrente quiere desvirtuar la apreciación de la prueba no puede limitarse a manifestar su disconformidad sino explicar fundadamente donde radicó el absurdo o arbitrariedad y nada de eso hizo. La falencia recursiva descripta es suficiente para rechazar el agravio sin embargo considero conveniente analizar las impugnaciones a cada uno de los testimonios pues dan evidencia acabada de la falta de sustento en la queja.----------

-------Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, del testimonio del Sr. G. F. (136/142) surge en forma clara, tanto la iniciativa de algunos adicionales –nichos– como la realización de ellos y la circunstancia de que el testigo no haya podido dar razón de **otros** adicionales ni de la presencia de la actora durante la construcción no empañan sus dichos ni la apreciación del *a quo*. El recurrente pretende convencernos que los adicionales descriptos se debieron a un error del arquitecto en la interpretación o elaboración de los planos, mas no basta con elaborar cualquier hipótesis sino que la impugnación a un testimonio ha de basarse en fundamentos concretos para ser atendibles por esta Alzada. Con el testimonio del Sr. O. C. (fs. 159/160) se tuvo por acreditada la existencia de varios adicionales, no su iniciativa, en consecuencia toda la argumentación del

recurrente en el sentido de que el testigo solo recibía órdenes del Arquitecto W. devienen improcedentes. En cuanto al Sr. S. S. (fs.228/229), su testimonio es claro en el sentido de que la iniciativa de correr cañerías, provino de la apoderada de las actoras y la circunstancia de que haya sido contratado por el demandado y que tal contratación fuera solo verbal no contradice los afirmado en primer lugar ni tiene incidencia alguna en la resolución de la causa. Por último pretende el recurrente haber encontrado una contradicción entre los dichos del testigo Sr. C. M. S. y la conclusión del sentenciante. Nada mas alejado de la realidad, el Sr. M. S., aunque sin ser contundente, afirmó que las partes habían pactado adicionales y que además lo habían hecho por escrito; también describe el testigo cuales fueron algunos de esos adicionales y solo afirma *"creer"* que fueron abonados. Se queja el recurrente de que no se haya tenido en cuenta este testimonio pero se trata en realidad de una declaración que confirma lo dicho por los anteriores testigos y que además colabora sustancialmente a desvirtuar la hipótesis actoral. Debo advertir que en sus agravios, la actora omitió toda referencia al testimonio del Ingeniero T. considerado expresamente por el sentenciante y uno de los mas importantes para tener por acreditada la existencia de *"adicionales"*. Concluyo que las impugnaciones a la prueba de testigos incoada por los actores no tienen fuerza para torcer en lo mas mínimo las conclusiones efectuadas por el *a quo* y contrariamente a lo que afirma, se ha logrado mediante ella acreditar que: Las actoras encomendaron los adicionales; que tales adicionales fueron realizados, que ellos implicaron una modificación de magnitud al proyecto original.----------
---

------*3). b). La confesión ficta*:----------

------Pretende el recurrente que no se tenga por confesa a la actora por el solo hecho de que no hubo una declaración formal al respecto. Reconoce la incomparencia a la audiencia confesional pero pretende que como el Sr. Juez exhortado no se expide sobre ello, no puede tenerse a la mencionada por confesa. De mas está decir que no cita ninguna norma procesal conforme a la cual sea necesaria una declaración ritual por el exhortado para que la incomparencia devengue en confesión ficta y no lo hace simplemente por que tal

norma no existe ni cabe en consecuencias exigirla como requisito formal. El artículo 417 C.P.C. y C. textualmente dice que, ante la incomparencia del absolvente *"... el sentenciante lo tendrá por confeso..."* sin necesidad de una declaración expresa y ritual. Es mas el legislador ha considerado oportuno agregar un párrafo in fine conforme al cual *"En caso de incomparencia del absolvente aunque no se hubiera extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiera presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviera debidamente notificado"*. Claramente ha dicho la doctrina que no es necesaria la declaración de rebeldía para tener por confeso al absolvente siempre que se registren las circunstancias expresadas en la norma procesal *(GIANGRASSO, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de Nación". Depalma. Buenos Aires. 1989, pag. 519)* y también ha sido coincidente con ello la jurisprudencia *(CNCiv. , F. 23/7/68 ED 26-439)*. En consecuencias no hay motivos para no tener por confesa a la actora y por probadas, con los alcances que tal medio permite, las posiciones puestas a absolver.----------

------Por todo lo dicho entiendo que asiste razón al *a quo* cuando tiene por acreditada la iniciativa de los adicionales con la prueba testifical y confesional a la cual se debe agregar la correspondencia epistolar electrónica cuyas copias adjuntara el demandado y que vienen a corroborar lo anterior con mayor abundamiento.----------

------4) El mayor costo y la mayor incidencia temporal de los adicionales:--

------Es un dato empírico que no requiere pruebas, aquel según el cual la realización de obras no previstas en el proyecto original ni presupuestadas implicará necesariamente un mayor costo de construcción e insumirá mayor tiempo, pero sin perjuicio de ello, se han producido en autos abundante prueba al respecto.----------

------De las declaraciones del Sr. G. F. surge que se ampliaron cinco dormitorios que ya estaban terminados, se hicieron nuevas aberturas para colocar ventanas sobre avenida Alvear y después volverlas a tapar, 10 nichos en los baños, ampliación en la confitería del frente, ampliaciones de dos baños y una cocina, ampliación de las pendientes de los techos, etc. El Ingeniero T. relató que

después de haber colocado la cañería para la calefacción le indicaron que ella debía alcanzar los veintiséis grados y no veinte como es habitual en la zona y debido a ello hubo que ampliar cañerías, caldera, radiadores así como también otras modificaciones que implicaron un sustancial aumento en el costo. También el Sr. C. y el Sr. S. describieron (dentro de lo propio a sus respectivos oficios) numerosas y costosas modificaciones. También la experticia permite arribar a idénticas conclusiones. La experta Ing. G. C. R. textualmente dice *"… se han efectuado modificaciones o ampliaciones posteriores, que de hecho se observan"*; *"…hubo variaciones que pueden atribuirse a las modificaciones y ampliaciones, ello incluye un mayor desperdicio. La evaluación de estas ampliaciones fueron indicadas en el presupuesto de modo global lo que indica un acuerdo entre partes no documentada en sus especificaciones técnicas de trabajo por lo que es imposible evaluar"*; *"Con respecto a este punto coincidimos con los peritos de parte en la visita a Obra del 24 de noviembre de 2004 que toda modificación sobre algo ya ejecutado implica una triplicación del valor de la obra, es decir que la ejecución, la demolición y vuelto a ejecutar, corresponde tres tareas"*; *"Los adicionales son variables en cuanto si modifican o no el contexto general de lo proyectado, si se efectúan según el plan de trabajo programado se adiciona el valor del mismo según previo acuerdo de presupuesto, si los adicionales involucran modificar el plan de trabajo y demoler y rediseñar, reestructurar lo indiqué anteriormente el valor se triplica, pues interfiero en la labor de los gremios, se debe proveer materiales, se deben readecuar estructuras, se deben readecuar instalaciones y ello algunas veces no garantiza una optimización del resultado"*. En síntesis, tengo por acreditado que se han realizado trabajos adicionales, que ellos han sido de importante magnitud, que han implicado un sustancial incremento de costos y han demandado mayor tiempo para su realización, no siendo ninguna de estas circunstancias imputables al arquitecto demandado.----------

------5) Ausencia de mora:----------

------A pesar de las enfáticas afirmaciones de la recurrente, no puede decirse que haya habido mora en el demandado.----------

------Mora no es lo mismo que demora. Para que se configure aquella se necesita además del transcurso del tiempo un factor subjetivo: La imputabilidad al deudor. WAYAR define la mora diciendo que es *"La situación anormal de retraso en el*

cumplimiento, por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, o éste rehúsa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil" (WAYAR, Ernesto C. "Derecho Civil. Obligaciones" T. II. Lexis Nexis. Buenos Aires 2002, pág. 2). Resulta entonces que uno de los elementos esenciales de la mora, junto con el retardo y la constitución en mora, es la imputabilidad y ello surge directamente de la letra del art. 509 en cuanto posibilita la exoneración del deudor mediante la prueba de la no culpa.----------

------Ha quedado contundentemente demostrado en autos la existencia de adicionales y el insumo de tiempo que ellos implicaron. También ha quedado demostrado que dichos adicionales no provinieron de la iniciativa del arquitecto sino de las comitentes. Dice *GREGORINI "Además de los hechos realmente calificados de culpa del locatario como su falta de pago en tiempo, no entrega de materiales cuando fuesen a su cargo, o no realización de diligencias para aprobar planos, sería una subespecie de esta causal, la del ordenamiento de trabajos adicionales no previstos originariamente, que sería un hecho a calificar de "causa" del locatario mas no de culpa de este" (GREGORINI, Eduardo L. "Locación de obras" La Ley . Buenos Aires 1999 pag. 91).*----------

------Es claro para mí que la demora en la construcción no le es imputable al arquitecto sino a la circunstancia de existir "adicionales" encargados por las comitentes. No hay entonces la situación de mora que invoca la recurrente y que sería esencial para la procedencia de la acción de daños.----------

------6) La apelación por alto de los honorarios profesionales:----------

------Conforme lo dicho anteriormente y en atención a la modalidad en que se impusieron las costas, la apelación de la actora deviene abstracta.----------

------7) Los honorarios de la perito Calígrafa.----------

------La sentencia también ha sido apelada por la Perito Calígrafo, M. R. B. al considerar bajos los honorarios regulados ($5.554.-).----------

------Los honorarios de la perito han sido establecidos dentro de los porcentajes que señala el artículo 61 y teniendo en cuenta las pautas mensurativas del art. 6 del arancel sin que se evidencie una injustificada desproporción entre la

importancia del trabajo y la retribución de forma tal que amerite un apartamiento de las pautas generales en la forma que lo señala el párrafo *in fine* de dicho texto.----------Es por ello que considero debe confirmarse la sentencia de grado también en este aspecto.----------

------ Las costas:----------

------Queda por resolver lo atinente a las costas de ambas instancias. Actualmente se considera que las costas *"tienen como finalidad el resarcimiento de los gastos que se le ocasionaron al vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, con prescindencia de la buena o mala fe con que pueda haber actuado la parte vencida durante la tramitación del juicio" (CNCom. A, 25/3/82, ED. 106-321)*. Ya en 1932 reconocía FERNÁNDEZ que *"Es indudablemente poco científico imponer al juez la obligación de condenar en costas, sin tener en cuenta la razón probable para litigar (FERNÁNDEZ, Raymundo L. "Código de Procedimiento Civil y Comercial" Pereira e Hijos Bs. As. 1932 pág. 211)*. De allí que el mismo artículo 68 incluya un segundo párrafo donde deja establecida esta posibilidad. En la causa de marras se han dilucidado cuestiones fácticas y jurídicas de difícil resolución que bien pudieron motivar la litigiosidad evidenciada por las partes en la legítima defensa de sus derechos, razón por la cual entiendo que las costas deben ser afrontadas por su orden con excepción de la experticia caligráfica, que serán impuestas exclusivamente al demandado quien con su negativa las generó.----------

------A la misma cuestión, el Dr. Moisá dijo:----------

------1. Por la Sentencia N° 02 de fecha 11 de febrero de 2008 (fs. 717/725 vta.), en lo sustancial, el Sr. Juez de primera instancia resuelve rechazar en todos sus términos la demanda por daños y perjuicios por incumplimiento contractual promovida por las Srtas. M. G. B. y S. J. B. contra el Arquitecto A. G. W., con costas.----------

------2. Tal decisión es apelada por las actoras a fs. 727 y 728, tanto en lo principal como por considerar altos los honorarios profesionales regulados en la sentencia en crisis. Concedidos sendos recursos a fs. 729, la parte apelante expresa agravios a fs. 742/751 vta., los cuales son contestados por la parte contraria a fs. 754/755. Asimismo, a fs. 726 la Perito Calígrafo M. R. B. apela los honorarios

profesionales que le fueran regulados por estimarlos bajos.----------

------3. En lo concreto y conducente, las recurrentes sostienen que el *a quo* ha fallado de la manera errónea en que lo ha hecho por considerar que el *thema decidendum* se circunscribía a la realización por el demandado en la obra contratada de ciertos y determinados «adicionales», los cuales habrían sido encomendados por su parte y no abonados en la justa medida, extremo que habría tornado inviable la continuación de la ejecución de la obra y por consiguiente su paralización.----------

------A continuación, postulan que el judicante ha errado en su análisis, no sólo por cuanto abonaron el precio total pactado –y aún más–, sino porque jamás se podrían tener por consentidos los trabajos adicionales hipotéticamente realizados por W., no justificando nada que el demandado no cumpliera con la entrega y ejecución total de la obra encomendada.----------

------Con cita de autorizada doctrina, expresan las apelantes que el primer y tremendo yerro jurídico del *a quo* consiste en encuadrar el conflicto por los adicionales dentro del art. 1633 bis del Código Civil, norma que entienden inaplicable a los supuestos *ajustes alzados relativos.*----------

------Afirman que en la cláusula decimotercera (13ª) del contrato la autonomía de la voluntad se hizo presente en todo su esplendor, cuando las partes especificaron puntillosamente el procedimiento a seguirse para el supuesto de adicionales imprevistos o imprevisibles con respecto al presupuesto originario de la obra.----------

------Seguidamente, agregan que lo pactado en la cláusula 13ª es ley para las partes, existiendo además un extremo trascendental, cual es que la obra «jamás fue entregada ni recepcionada» por su parte, lo que *per se* también aventa toda posibilidad de un consentimiento tácito.----------

------Finalmente, las recurrentes efectúan una serie de consideraciones críticas sobre la prueba testimonial, la confesión ficta y otras cuestiones, las cuales por razones metodológicas trataré al fundamentar mi voto, en la medida de su conducencia.----------

------Hacen reserva del denominado Caso Federal.----------

------4. En su contestación de fs. 754/755, en concreto, la parte apelada expresa que los agravios de las actoras no constituyen una crítica razonada de la sentencia recurrida. Sostiene que el escrito de la contraparte es más bien producto de su descontento con la sentencia dictada que una verdadera expresión de agravios.----

------Asimismo, a su entender, el *a quo* ha puesto de manifiesto de manera clara y concreta, en la sentencia en crisis, que se trata de una locación de obra, la cual por incumplimiento de las demandantes tuvo su ruptura, agregando que no se pudo durante el desarrollo del proceso revertir la *exceptio non adimpleti contractus* opuesta por su parte.----------

------Por último, la parte apelada efectúa algunas apreciaciones sobre la prueba, cuya consideración reservo para efectuarla conjuntamente con mis fundamentos, en la medida –claro está– de su conducencia.----------

------5. Reseñadas las posturas de las partes, a continuación corresponde su consideración y análisis a fin de dar fundamento a mi voto.----------

------*a) A la pretendida deserción del recurso.* Contrariamente a lo sostenido por la parte apelada, estimo que la expresión de agravios de las apelantes cumple con las exigencias del art. 265 del CPCC, por lo cual no corresponde declarar su deserción.----------

------En tal sentido, debe recordarse que: «En casos de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad» (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial,* p. 289, Astrea, Buenos Aires, 1999).----------

------*b) Del contrato. Obligaciones de las partes.* Según documentación original reservada en Secretaría y que tengo a la vista, con fecha 4 de noviembre de 2002, se celebra entre la Srta. M. G. B. y el Arq. A. W. un *contrato de locación de obra por ajuste alzado relativo* (cláusula quinta).----------

------*Obligación principal del locador (arquitecto).* De las cláusulas primera y tercera del contrato, resulta que la principal obligación del locador es la ejecución de la totalidad de la obra encomendada, esto es, la proyección, construcción, dirección y administración de una obra que tiene por objeto un edificio destinado a hostería residencial, a construirse en la esquina formada por la calle A. A. y Avda. A. de la ciudad de Esquel, provincia del Chubut, cuya superficie cubierta será aproximadamente de unos 557 metros cuadrados.----------

------*Obligación principal del locatario (dueño de la obra).* De las cláusulas primera, quinta y decimoprimera del contrato, resulta que la principal obligación del locatario es el pago total del costo de la obra, el cual es estimado en la suma de $334.200, y de los honorarios profesionales pactados en un 4% del monto final de la obra. Asimismo, se conviene que el pago de ambos conceptos se efectuará mensualmente de acuerdo al avance y certificación de la obra construida.----------

------*c) Falta de legitimación manifiesta de la Srta. S. J. B.* Como claramente se desprende de los propios términos del contrato base de la presente acción, celebrado exclusivamente entre la Srta. M. G. B. y el Arq. A. W., la Srta. S. J. B. manifiestamente carece de legitimación activa *(legitimatio ad causam)* por no ser parte en el contrato y, consecuentemente, no poder reclamar indemnización alguna por su incumplimiento.----------

------Si bien correspondía que esta verificación se hiciera dentro del estado preliminar del proceso, sea oficiosamente o por vía de excepción, en una segunda oportunidad el juez no puede dejar de efectuar tal verificación en la sentencia definitiva. «Ello así como consecuencia del necesario control de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión» (FENOCHIETTO, *op. cit.,* p. 355).----------

------*d) De los adicionales imprevistos e imprevisibles. Necesidad de prueba escrita.* En consonancia con el art. 1633 bis del Código Civil, aunque con mayor rigor que la norma, la cláusula decimotercera (13ª) del contrato textualmente establece:---------

------«Cuando LA COMITENTE lo requiera, podrá peticionar, la ejecución de adicionales a EL ARQUITECTO los cuales le serán abonados dentro de los

alcances y criterios del presente para la obra principal, este requerimiento deberá ser expreso, presupuestando EL ARQUITECTO el trabajo requerido previa a su ejecución, la aceptación y/o rechazo de al [la] oferta la deberá efectuar LA COMITENTE en forma expresa. Cuando EL ARQUITECTO considere que algo peticionado por LA COMITENTE, en forma verbal constituye un adicional que excede lo aquí presupuestado, deberá informárselo en forma expresa y seguir con el procedimiento antes indicado.----------

------»De igual forma si se produce alguna situación imprevisible que impide la prosecución de las tareas aquí encomendadas, deberá informar [a] LA COMITENTE del hecho acaecido y presupuestar las tareas a ejecutar para poder cumplir con el objeto del presente.----------

------»Considerándose como imprevisto aquellas tareas que EL ARQUITECTO debería haber tenido en cuenta para la ejecución de la obra y no lo hizo por no considerarlo necesario o por descuido, por lo tanto corren exclusivamente por su cuenta todos los gastos que dichos trabajos requieran.----------

------»No será aceptado ningún adicional que no hubiera cumplido con el procedimiento antes indicado, considerándoselo involucrado dentro de la propuesta original si hubiese transgredido el procedimiento establecido.----------

------»Las partes acuerdan que los adicionales deberán se[r] peticionados y/o formalizados por escrito».----------

------Ante una cláusula tan concluyente, erróneamente el Juez de primera instancia, partiendo de la conocida distinción entre los adicionales originados *a pedido del locatario* o *a requerimiento del locador,* con cita de Spota, Borda y López de Zavalía, sostiene como principal argumento de su sentencia que: «si la innovación reconoce su iniciativa en el comitente, el empresario puede probar la existencia del adicional y el crédito a su favor por cualquier medio, ya que para esta situación no se presentan las razones que inspiraron la reforma de la manda del art. 1633 bis del ordenamiento civil, la cual no quiso borrar aquella orientación judicial y doctrinaria que en materia de trabajos adicionales llega hasta invocar el principio de enriquecimiento sin causa».----------

------Pero, más allá de su equivocada conclusión, el judicante olvida que no estamos ante la mera interpretación del art. 1633 bis del Código Civil, sino ante una cláusula contractual que, versando sobre una cuestión disponible, viene a reforzar el verdadero sentido de la norma supletoria, adquiriendo lo pactado jerarquía de ley para las partes (art. 1197, Código Civil).----------

------Luego, al convenirse que «las partes acuerdan que los adicionales deberán se[r] peticionados y/o formalizados por escrito», está claro que la cláusula decimotercera exige la forma escrita para probar el requerimiento de adicionales y su autorización, tanto cuando el pedido proviene del locador como del locatario. De otro modo la cláusula no tendría sentido, pues, ¿para qué exigir la forma escrita si se va a admitir cualquier medio de prueba? Por otra parte, el sentido de la cláusula, indudablemente, no sólo tiende a impedir un abuso por parte del locador sino a evitar estas discusiones tan comunes entre el empresario y el dueño de la obra.----------

------Y aun cuando sólo se tratase de interpretar el art. 1633 bis del Código Civil, GREGORINI CLUSELLAS con razón señala: «La jurisprudencia y alguna doctrina sostiene que el consentimiento tácito de los adicionales puede provenir de la recepción de la obra con los adicionales sin formular reserva alguna, o aun del acreditamiento de la ejecución de los adicionales de común acuerdo por las partes, siempre que el contrato por ajuste alzado no contenga expresa exigencia de autorización como condición de pago. La referida jurisprudencia es anterior a la sanción de la ley 17.711 (año 1968), y la opinión debe armonizarse con los términos categóricos del art. 1633 bis exigiendo la autorización o permiso por escrito del dueño» (GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Locación de obra y el derecho a cobrar adicionales,* LL, 2000-D-653).----------

------Precisando los conceptos, GREGORINI CLUSELLAS –que tanto ha escrito sobre la materia (además de los artículos específicos citados, puede consultarse su libro titulado *Locación de obra,* La Ley, Buenos Aires, 1999)– en otra de sus publicaciones dice: «*Trabajos ordenados por el dueño.* Éste decide modificar la obra y el locador si no tiene motivos para oponerse (que afecte la solidez o la estética, p. ej.), la presupuesta y ejecuta. Es una modificación convencional para

la cual las partes deberán ser cuidadosas en establecer los trabajos y su valor. Se entiende debe referirse a obra no incluida expresa o implícitamente en el presupuesto original. La prueba del pedido de adicionales y la conformidad con lo presupuestado deberá ser por escrito para cumplimentar la exigencia de que el empresario no podrá variar el proyecto de la obra sin permiso por escrito del dueño... (art. 1633 bis, parte 1ª). Esta prueba calificada resulta lógica por referirse a una modificación contractual y es un recaudo excepcional y específico que no altera el carácter no formal de la locación de obra» (GREGORINI CLUSELLAS, *Locación de obra: contratación por ajuste alzado y el derecho del locador a cobrar adicionales,* LL, 1999-F-57).----------

------GONZALO SOZZO, comentando el art. 1633 bis del Código Civil, bajo el epígrafe *«Procedimiento para la aprobación de las modificaciones de la obra por el dueño de la obra»,* recientemente ha escrito: «Desde la perspectiva actual de la teoría del contrato, la norma que anoto debe ser observada como un caso de renegociación contractual; obsérvese que la negociación de adicionales conlleva la renegociación de otros aspectos como el precio y el plazo. El fundamento es que así como pueden negociar un contrato ejerciendo sus libertades, asimismo las partes pueden renegociar la relación.----------

------»Como se explicó al caracterizar el contrato de obra, es un contrato no formal; sin embargo las modificaciones al proyecto de la obra deben ser autorizadas por escrito por el dueño de la obra, es decir que la aprobación de las variaciones de la obra es formal.----------

------»Para obtener la aprobación de las variaciones imprevistas o imprevisibles por el dueño el empresario debe notificar esta circunstancia a aquél por un medio fehaciente, explicando el contenido y objetivo de las modificaciones, el tiempo que las mismas demorarán la entrega de la obra y la incidencia sobre el precio pactado. Tal como establece el artículo bajo comentario, puede ocurrir que el dueño responda afirmativamente mediante un medio fehaciente, con lo cual el procedimiento culmina; pero también puede acontecer que el dueño de la obra decida no aprobar las reformas o guarde silencio; ante esta situación el artículo

que anoto autoriza al empresario a recurrir ante los estrados judiciales para que se dirima la controversia mediante un procedimiento sumario.----------

------»Por supuesto que cuando se trata de variaciones propuestas por el dueño, el procedimiento será inverso: el dueño debe mediante un medio escrito fehaciente notificar al empresario y ya no será necesaria su aprobación; éste estará obligado a realizarlas si acuerdan sobre el precio de las mismas y el plazo en el cual se prolongará la obra» (SOZZO, Gonzalo, en LORENZETTI, Ricardo L. –Director–, *Código Civil comentado. Contratos. Parte Especial,* t. I, Artículos 1323 a 1647 bis, p. 740 y s., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2005).----------

------En consecuencia, no habiéndose probado por escrito (cláusula decimotercera del contrato, en concordancia con el art. 1633 bis del Código Civil) el requerimiento del locador o del locatario *(ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus),* ni presupuesto alguno del locador, ni la autorización o permiso del dueño de la obra para la realización de los trabajos adicionales, cuya pretendida falta de pago determinó la rescisión unilateral del contrato por parte del Arq. A. W., queda sin sustento fáctico y jurídico la sentencia recurrida por caer su principal argumento.----------

------En otras palabras, la falta de prueba escrita, exigida contractual y legalmente, no puede ser suplida por otros medios de prueba –testimonial, confesión ficta y pericial– como lo hace la sentencia, máxime cuando en el contrato se ha previsto un detallado procedimiento para la autorización de trabajos adicionales, y expresamente se ha pactado que: «No será aceptado ningún adicional que no hubiera cumplido con el procedimiento antes indicado, considerándoselo involucrado dentro de la propuesta original si se hubiese transgredido el procedimiento establecido» (cláusula decimotercera).----------

------Por lo demás, al no haberse entregado ni recibido la obra, de ninguna manera puede hablarse ni presumirse un «consentimiento tácito» de los referidos adicionales, pues: «En caso de duda, la aceptación del dueño que se exige por escrito, no se presume. Esta es la interpretación que se hace y la que resulta del texto de la ley» (GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *Locación de obra y el derecho a cobrar adicionales,* LL, 2000-D-653). ----------

------*e) Del incumplimiento del locador (Arq. W.).* El modo normal por el cual se extinguen todos los contratos es el cumplimiento exacto de la totalidad de las obligaciones creadas por ellos (doct. art. 505, segunda parte, Cód. Civ.). Particularmente, con respecto al tipo contractual que nos ocupa, el art. 1637 del Código Civil establece: «La locación se acaba por la conclusión de la obra». Como acertadamente lo señala SPOTA: «Esta forma de conclusión del contrato es la normal, ya que, en realidad, en este contrato se tiene en especial mira el resultado obtenido más que el tiempo en el cual debía obtenerse. Una vez cierto el hecho que se concreta en el aforismo latino *opus consummatum et perfectum,* el contrato tiene su fin normal» (SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra,* t. III, p. 314, n° 558, Depalma, Buenos Aires, 1978).----------

------Por su lado, REZZÓNICO enseña: «En los arts. 1637 a 1644 nuestro Código Civil legisla sobre las diversas causas o modos *específicos* de extinción del contrato de locación de obra, pero es evidente que esas causas o modos no son los únicos. Como lo señala sin discrepancias la doctrina, a tales causas de extinción específicas o propias del contrato de locación de obra, se agregan las causales *genéricas* de extinción de todo contrato» (REZZÓNICO, Luis María, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil,* t. II, p. 897, Depalma, Buenos Aires, 1969).----------

------Ahora bien, así como todo contrato se forma por el concurso de las voluntades de las partes, lógicamente y en principio –fuera del caso de cumplimiento y de supuestos excepcionales previstos por ley o la misma voluntad de las partes–, para que un contrato pueda extinguirse, sin generar responsabilidad por incumplimiento, es necesario también el concurso de las voluntades de las partes contratantes, esto es, la rescisión de las partes –*distracto–,* porque si así no fuere estaría en manos de una de ellas destruir su fuerza obligatoria (art. 1200, Cód. Civ.; cfr. SALVAT, Raymundo M. –ACUÑA ANZORENA, Arturo, actualizador–, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones,* t. I, p. 205 y ss., n° 253 y ss., TEA, Buenos Aires, 1957).----------

------Sentado lo precedente, el intercambio epistolar habido entre las partes, contrariamente a lo sostenido en la sentencia apelada (la cual, a fs. 720, considera

resuelto el contrato mediante la CD 48688511 2 AR de fecha 15/08/03, documento que se encuentra reservado en Secretaría y que tengo a la vista), me lleva a la convicción que la extinción del contrato se produjo casi dos meses antes de la fecha señalada por el *a quo* por rescisión unilateral injustificada del Arq. W., quien manifiesta su voluntad rescisoria mediante su renuncia a la administración de la obra, comunicada por CD 48006527 8 AR de fecha 20/06/03 (reservada en Secretaría y que tengo a la vista).----------

------En efecto, ante la intimación de la locataria o dueña de la obra, Srta. M. G B., por medio de la CD 505116145 AR de fecha 13/06/03 (reservada en Secretaría y que tengo a la vista), para que dé cumplimiento con sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales; con fecha 20/06/03, el Arq. W. sorpresivamente renuncia a la administración de la obra asignada de acuerdo a la cláusula primera, inc. «b», del contrato (CD 48006527 8 AR, reservada en Secretaría y que tengo a la vista).----------

------Digo «sorpresivamente» porque el Arq. W., con anterioridad a la referida intimación de la dueña de la obra, nunca intimó de un modo fehaciente el cumplimiento de las obligaciones que pretende incumplidas por parte de la actora, de las que da cuenta en su CD 48006527 8 AR y en su escrito de contestación de demanda y planteo de excepción de incumplimiento (fs. 55/56). De modo tal que su renuncia –técnicamente, rescisión unilateral– al contrato, indudablemente, deviene injustificada.----------

------En otras palabras, de buena fe (art. 1198, Cód. Civ.), ante el pretendido incumplimiento de la dueña de la obra, el Arq. W. debió intimar fehacientemente el cumplimiento de las obligaciones que entendía a cargo de la misma, lo cual no probó haber hecho, y no *renunciar* intempestivamente ante el primer requerimiento.----------

------En cuanto a la negación por parte del Arq. W. de encontrarse en mora con respecto a la entrega de la obra, alegando un retraso de 45 días por fuerza mayor, me interesa destacar que no existe en el expediente constancia de que haya dado cumplimiento con la previsión de la cláusula sexta (6ª), última parte del contrato, que establece la exigencia de solicitud por escrito –con firma de la misma– de la

pertinente prórroga del plazo de entrega de la obra por caso fortuito o de fuerza mayor.----------

------Por lo demás, como lo hemos sostenido recientemente (MOISÁ, Benjamín, *La prueba de la culpa en la responsabilidad civil,* DJ, 2008-1-605), cabe recordar que la doctrina clásica, terminantemente, absuelve al acreedor de la prueba de la culpa del deudor para la atribución de responsabilidad civil por el incumplimiento de una obligación. Tal dispensa no deriva de la reglas que gobiernan la carga de la prueba *(onus probandi),* como lo sostienen algunos –por todos, SALVAT–, ni la culpa va implícita en el mero incumplimiento, como lo sostienen otros –por todos, COLMO–, sino que existe una presunción legal *iuris tantum* de culpa del deudor consagrada por los arts. 505, párr. 2°, y 509 *in fine* de nuestro Código Civil (en similar sentido, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones,* t. I, p. 206, n° 169, Perrot, Buenos Aires, 1983).----------

------Obsérvese que el segundo párrafo del art. 505, al establecer «el cumplimiento exacto de la obligación» como presupuesto fáctico del derecho del deudor a obtener su «liberación», presume no sólo el incumplimiento (ilicitud) sino también la culpa (imputabilidad) del deudor. De allí que la misma norma dé derecho al deudor para repeler las acciones del acreedor si la obligación se hallase «extinguida» sin culpa de aquél (art. 888, Cód. Civ.) –en cuyo supuesto el deudor deberá probar el *casus*– o «modificada» por una causa legal (art. 515). En otras palabras, el sistema –en materia contractual– presume la culpa y no el caso fortuito o la fuerza mayor, que por naturaleza no son lo normal sino lo casual o inevitable (MOISÁ, *op. cit.,* nota 29).----------

------*f) Improcedencia de la excepción de incumplimiento.* La rescisión unilateral del contrato –*renuncia,* según la CD 48006527 8 AR– por parte del Arq. W., naturalmente, le impide invocar la excepción de incumplimiento. En efecto, como lo hace notar SPOTA: «Quien invoca el art. 1201 no pretende deshacer el vínculo que liga a los contratantes: sólo exige que no se lo obligue a cumplir la prestación a su cargo mientras la otra parte no ejecute su obligación o no esté dispuesta a ello. En otros términos: pide que se declare que las prestaciones de uno y otro contratante se cumplan simultáneamente (el *Zug um Zug,* de la doctrina

alemana; el *trait pour trait* o el *donnant donnant,* de la francesa). Por ello, sólo estamos ante una excepción dilatoria: posterga el cumplimiento del contrato, mas no lo resuelve» (SPOTA, Alberto G., *Tratado de locación de obra,* t. II, p. 381 y s., n° 353, Depalma, Buenos Aires, 1976).----------

------*A fortiori,* aun admitiéndose por vía de hipótesis la admisibilidad de la excepción de incumplimiento, la misma sería improcedente. Veamos:----------

------La excepción de incumplimiento *(exceptio non adimpleti contractus)* opuesta por el demandado (fs. 55/56), cuyo desacertado acogimiento es la clave de la sentencia de primera instancia, se funda en el pretendido incumplimiento de dos obligaciones contractuales consideradas como principales por el excepcionante: 1ª) el pago de las sumas correspondientes a los contratos originales, con más los adicionales requeridos; y 2ª) el pago de los honorarios profesionales del Arq. A. W..----------

------*A la primera obligación.* Ante todo, cabe aclarar que en la presente causa se demanda indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de un solo contrato, el cual tiene por objeto la proyección, construcción, dirección y administración de una obra destinada a hostería residencial, a construirse en la esquina formada por la calle A. A. y A.. A. de la ciudad de Esquel, provincia del Chubut, cuya superficie cubierta será aproximadamente de unos 557 metros cuadrados (cláusulas primera y tercera); por lo que la obra destinada a vivienda particular, a la que se refiere el demandado excepcionante a fs. 55 vta., no será considerada por exceder el *thema decidendum.*----------

------En cuanto a la improcedencia e inexigibilidad de los pretendidos trabajos adicionales, ya me he explayado ampliamente en el apartado d) de este mismo considerando, por lo que solamente me resta ocuparme del pago de la obra, cuyo costo fue estimado en la suma de $334.200 (cláusula primera, inc. «d», del contrato).----------

------De acuerdo a la cláusula quinta del contrato, la modalidad de pago pactada es mediante «depósitos mensuales de acuerdo al avance de la obra y de acuerdo a la certificación de obra construida», de tal modo que, al no ser exigible el pago hasta expedición de la pertinente certificación, no existe incumplimiento

obligacional que autorice la oposición de la excepción de incumplimiento prevista por el art. 1201 del Código Civil.----------

------Por lo demás, no puede soslayarse que, aun sin haber expedido los certificados correspondientes, el excepcionante reconoce haber recibido en concepto de pago por la obra hostería residencial la suma de $273.818,55 (fs. 54 vta.).----------

------*A la segunda obligación.* Por la misma razón, a idéntica conclusión, esto es la improcedencia de la excepción de incumplimiento, corresponde arribar con respecto al pretendido incumplimiento de pago de los honorarios profesionales, pues los mismos, que fueron pactados en un 4% del monto final de la obra, debían ser pagados mensualmente «teniendo en cuenta el avance y certificación de la obra encomendada» (cláusula decimoprimera).----------

------También en este caso el demandado excepcionante reconoce haber percibido la suma de $9.000 en pago de honorarios profesionales (fs. 54 vta.), aun sin mediar certificaciones del avance de la obra.----------

------Al respecto, bien señala SPOTA: «El art. 1201 prescribe que una de las partes no puede pedir el cumplimiento de la obligación de la contraparte, salvo en estos casos: 1) que ya hubiere cumplido su prestación y ofreciere cumplirla; 2) que su obligación fuere *a plazo*. De ello se infiere que la excepción no procede cuando las partes han convenido, expresa o implícitamente, un *orden* en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Así, si una de las partes goza del beneficio del plazo, ya no es posible que ante la acción que inicie contra la otra parte para que ejecute su prestación, ésta pueda con éxito oponerle la excepción» (SPOTA, *op. cit.,* t. II, p. 372, n° 350).----------

------En síntesis, tanto con respecto a la obligación de pago del precio de la obra como con respecto a la obligación de pago de los honorarios profesionales, la rescisión unilateral del locador –que puso fin al contrato, sin perjuicio de su responsabilidad por incumplimiento– impide la invocación de la *exceptio non adimpleti contractus,* en virtud de la naturaleza meramente dilatoria de la particular defensa –insistimos, la excepción de marras no extingue el contrato sino que difiere su cumplimiento–.----------

------Y, más allá de ello, admitiéndose por vía de hipótesis –como hemos dicho– la admisibilidad de la excepción, la falta de expedición de los correspondientes certificados mensuales de avance de la obra obsta a la exigibilidad del pago proporcional tanto de la obra (cláusula quinta) como de los honorarios profesionales (cláusula decimoprimera) –a pesar de ello, no puede soslayarse que la locataria pagó significativas sumas en concepto de precio y honorarios, según lo reconoce el propio locador–, lo cual sella definitivamente la suerte adversa de la excepción de incumplimiento opuesta.----------

------6. *Responsabilidad civil por incumplimiento obligacional.* El incumplimiento de su principal obligación por parte del Arq. W. –cual era la ejecución en tiempo y forma de la totalidad de la obra encomendada (cláusulas primera y tercera)–, resultante de su voluntad rescisoria exteriorizada mediante su renuncia injustificada a la administración de la obra –CD 48006527 8 AR– y corroborada por el silencio guardado (doct. art. 919, Cód. Civ.) ante la intimación formulada para que «ratifique o rectifique su antojadiza renuncia a la administración de la obra» –CD 504979811 AR, de fecha 24/06/03, reservada en Secretaría y que tengo a la vista–, a lo que se suma la improcedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* planteada, me llevan a la inexorable conclusión de su responsabilidad civil por incumplimiento contractual, haciendo procedente la indemnización de los daños y perjuicios demandada en los términos de los arts. 505, inc. 3, 511, 519 y 520 del Código Civil.----------

------7. *Daños resarcibles.* Así ello, corresponde que me ocupe de los rubros reclamados en la demanda a fin de determinar la cuantía de la indemnización.-----

------*a) Daño emergente.* Siendo la causa de la acción el incumplimiento por el locador de un contrato de locación de obra por ajuste alzado relativo, consistente en la rescisión unilateral –renuncia– injustificada antes de la finalización de la obra, corresponde acoger el rubro por la suma necesaria para la conclusión de la obra.----------

------Según la pericia practicada en autos, el costo de finalización de la obra, conforme con las especificaciones técnicas pactadas y establecidas en los respectivos planos, sería de $300.000 (fs. 538 vta.) al 25/07/05 –fecha de

presentación de la pericia– (fs. 541 vta.), por lo que me parece justo y razonable el monto reclamado en la demanda por tal concepto, esto es, la suma de $180.000 al 10/02/04 –fecha de la demanda– (fs. 36 vta.).----------

------*b) Lucro cesante. Frustración de chance de lucro.* Como bien lo señala ALFREDO ORGAZ: «Con respecto al lucro cesante, el daño se considera cierto cuando las ganancias frustradas debían lograrse por la víctima con suficiente probabilidad, de no haber ocurrido el ilícito. No se trata de la mera *posibilidad* de esas ganancias, tampoco de la *seguridad* de que ellas se habrían obtenido, ya que tal certeza no puede lógicamente existir con respecto a ganancias en cierto modo supuestas... El criterio a aplicar es uno intermedio entre esos dos extremos, el de la *probabilidad* objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso» (ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible,* p. 64, Lerner, Córdoba, 1992).----------

------Teniendo por destino la obra encargada un emprendimiento turístico (hostería residencial, cláusula primera, inc «a») futuro, tal circunstancia impide hablar de *ganancias,* pues el resultado de la empresa bien podría ser negativo y dar *pérdidas,* no existiendo en la causa, por lo demás, antecedentes que sirvan de parámetros objetivos para evaluar una eventual gestión comercial exitosa.----------

------Sin embargo, indudablemente el incumplimiento por parte del Arq. W. ha provocado a la actora la pérdida de la posibilidad de obtener un beneficio probable futuro, «chance» cuya frustración, si bien no se identifica con la eventual utilidad dejada de percibir, debe ser indemnizada.----------

------En este sentido, no siendo objeto de la indemnización el beneficio hipotético sino la pérdida cierta de la oportunidad de ganar, naturalmente la cuantía del resarcimiento debe ser significativamente menor. Por lo tanto, estimo prudente fijar (art. 165, *in fine,* CPCC) en concepto de indemnización por frustración de chance de lucro la suma de $17.850,14, correspondiente al 20% del «rendimiento económico neto» estimado por la pericia contable para los años 2003, 2004 y 2005 (fs. 562).----------

------*c) Daño moral.* Compartiendo el pensamiento de ZANNONI, nos hemos pronunciado por el concepto amplio de daño, entendiendo por tal toda lesión a un interés personal (ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil,* p. 6, §

5, Astrea, Buenos Aires, 1982) y, específicamente, con respecto al daño extrapatrimonial o moral, hemos dicho que es toda lesión a un interés no económico (MOISÁ, Benjamín - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Daño extrapatrimonial [o moral] a las personas jurídicas,* LexisNexis Córdoba N° 4, abril de 2008).----------

------Sentado ello, somos de la opinión que, en caso de daño moral por incumplimiento obligacional (art. 522, Cód. Civ.), para que el mismo sea resarcible el actor debe demostrar la efectiva lesión a un interés no económico que exceda las incomodidades propias de la falta de cumplimiento. En esta dirección, atinadamente se ha señalado que: «La ponderación del daño moral contractual debe ser efectuada con criterio realista, sin perder de vista que no cualquier molestia o fastidio que dimana del incumplimiento contractual reviste aptitud para configurarlo. Habrá que ponderar seriamente la existencia, índole y entidad de los intereses no patrimoniales conculcados por el incumplimiento y su repercusión en la subjetividad del damnificado, en función de la naturaleza del negocio, de su causa fin y de las circunstancias particulares del caso presente» (PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral,* p. 176, Hammurabi, Buenos Aires, 2004).----------

------Consecuentemente, no habiéndose probado en la causa la lesión a un interés no económico que exceda las incomodidades propias del incumplimiento obligacional, no resulta procedente el acogimiento del rubro.----------

------8. *Salvedad de las acciones del demandado.* Obviamente, quedan a salvo las acciones que el demandado se creyese con derecho a ejercer por eventuales saldos del precio de la obra efectivamente ejecutada y de los honorarios pertinentes, si realmente se adeudasen tales conceptos, los cuales no fueron acreditados con las correspondientes certificaciones de obra (cláusulas 5ª y 11ª).--

------Cabe aclarar que, al no haberse deducido reconvención, las referidas cuestiones, en su caso, necesariamente deberán ventilarse en otro proceso.---------

------9. *Honorarios.* Atento al resultado a que arribo, las apelaciones por honorarios regulados en la instancia anterior se tornan cuestiones abstractas en virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCC.----------

------10. *Temeridad o malicia.* Siendo que los magistrados tenemos el deber de sancionar al *improbus litigator,* con las limitaciones que imponen el criterio de razonabilidad, la absurdidad y la observancia de las leyes aplicables (CSJN, 30/6/88, *LL,* 1989-A-220), no puedo pasar por alto la conducta maliciosa del demandado que mendazmente negó (posiciones 12 y 13) haber suscripto la documentación que se le exhibiera en oportunidad de su absolución de posiciones glosada a fs. 132/135 vta. Así resulta de la pericia caligráfica efectuada con tal motivo (fs. 345/348 vta.), la cual de un modo terminante concluye: «Las firmas cuestionadas y sus correspondientes aclaraciones obrantes en el presupuesto de fs. 6/7 de fecha 24/2/2003 y en el acuerdo de fs. 8/10 del 23/2/2003, de la documentación reservada PERTENENCEN AL PUÑO Y LETRA DEL SR. A. G. W.» (fs. 348 vta.).----------

------Por lo tanto, estimo prudente imponer al demandado vencido, Arq. A. G. W., una multa por inconducta procesal maliciosa del 5% (cinco por ciento) del valor del juicio –entendiéndose por tal el monto de la condena más sus intereses– en favor de la parte actora, Srta. M. G. B. (art. 45, CPCC).----------

---

------11. En mérito a lo expuesto, voto la cuestión por la negativa.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht dijo:----------

------1. Llegan a conocimiento de esta Alzada los presentes autos como consecuencia de sendos recursos de apelación impetrados: por la Sra. Perito Calígrafa a fs. 726 (por estimar bajos los honorarios regulados en su favor), y por la actora a fs. 727 (contra el fondo del decisorio) y a fs. 728 (en particular y por estimar altos los honorarios regulados), los que les fueran concedidos (v. providencia de fs. 729), todos contra la sentencia de la instancia que precede y que luce a fs. 717/725 y vta., la que no hizo lugar a la demanda intentada por las Sras. M. G. B. y S. J. B: contra el Sr. A. G. W. y en su consecuencia condenó a la actora a cargar con las costas del proceso.----------

---

------Los agravios deducidos lucen a fs. 742/751 y vta. y el traslado conferido por imperio del art. 259 del código ritual (v. providencia de fs. 753) mereció la réplica

de la contraria (v. fs. 754/755). La relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada suficientemente por los vocales que me precedieron en el voto. Por tal motivo, y en homenaje a la brevedad procesal, me remito a tales expresiones, ello sin perjuicio de las consideraciones que en cada caso corresponde exponer a fin de fundar el mío.----------

------A esta altura, debo advertir que a los fines del abordaje de los agravios deducidos, me permitiré formular algunas consideraciones que estimo determinantes a los fines de la resolución del conflicto traído a conocimiento de esta jurisdicción.----------

------2. Así, entiendo que –en primer término – debo anticipar aquí las pautas a partir de las cuales interpretaré el contrato de locación de obra que unió a las partes para así poder arribar a conclusiones que estimo válidas en cuanto a su nacimiento, desarrollo y final. En este orden de ideas, considero que está en juego el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos que se aloja en el art. 1198 del Código Civil y que constituye un principio secundario o derivado del principio general de la buena fe.----------

------Se ha afirmado que "*La buena fe es uno de los principios ético-jurídicos de mayor jerarquía. Tiende un puente de conexión entre el derecho y la moral, pues todo el ordenamiento se halla impregnado de esa esencia que dignifica las relaciones humanas, incluso las puramente patrimoniales. Desde ese prisma se iluminan los conflictos más arduos a decidir, y las cuestiones más intrincadas, pues no existe ninguna sentencia justa que prescinda de la ética. El "honeste vivere" enunciado por Ulpiano (170-228 d. N.S.J.C.) sigue en pie a través de los diferentes ciclos de la humanidad.*" (v. SALERNO, Marcelo Urbano; "La buena fe contractual y los cambios imprevisibles de la política cambiaria" en op. conjunta dirigida por CÓRDOBA, Marcos; "*Tratado de la Buena Fe en el Derecho*"; FEDYE; Bs. As. Cap. XXIV; p. 371).----------

------Debe necesariamente ponderarse que un "*principio*" –tal el de la buena fe –, en general, se halla constituido por las ideas ético-jurídicas y fundamentales para un grupo social, poseedoras de un mayor o menor grado de generalidad y abstracción, que sirven a la solución de conflictos y tiene vigencia con total independencia de su textualización o materialización en una norma expresa.

Actúa como criterio valorativo abierto y flexible de orientación, guía e interpretación para el magistrado llamado a resolver aquél, poseyendo carácter basilar e informador respecto de diversas materias jurídicas, constituyendo un límite a lo arbitrario (cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, "*Principios fundamentales de los contratos*", Ed. Astrea; Bs. As.; 1999; p. 57).----------

------Así, los principios resultan ser como una máxima de superación, una meta, que en la realidad se cumple con un aceptable grado de optimización. Se trata de una dimensión normativa que establece un punto de fuga en el horizonte ético, de modo de optimizar comportamientos. Esta última característica los diferencia de las normas comunes, las cuales no son de cumplimiento total "*posible"*, sino que constituyen pautas que "*exigen"* tal cumplimiento posible. De idéntica manera, los principios se convierten en vehículo de los valores en su condición y esencia de verdadero "derecho concentrado".----------

------Estos principios básicos, fundamentales, originarios, se vinculan directamente con la juridicidad, ya que su desconocimiento reniega del concepto mismo del derecho. Por el contrario, en el caso de los principios derivados o secundarios, su reconocimiento o desconocimiento no compromete la juridicidad toda, aunque sí refiere y condiciona la calidad de un determinado derecho.---------

------Sentado lo dicho, creo prudente adentrarme en el análisis del principio de buena fe. En referencia a él, suele hablarse: a) de "*buena fe subjetiva*" que atiende – por sobre todo – al aspecto psicológico del individuo, acentuando en la relación entre él y la situación jurídica en la cual se encuentra y que solo mediatamente refiere a terceros; y b) "*buena fe objetiva*", que concierne en forma inmediata a la relación intersubjetiva, al modo en que se desenvuelven las conductas de uno y otro en relación a valores de lealtad y corrección generadoras de confianza.--------

------Tengo para mi que podemos conceptualizar la buena fe a partir de la idea del latín "*fides*", es decir, fe o creencia que suscita a cierta persona determinada actitud de otra. Así, de la mano de esta creencia aparece la confianza. En efecto, los actos de los demás realizados por imperativo de la convivencia, generan la expectativa de determinada conducta. Entonces, la buena fe se traduce en la

lealtad que se impone a los participantes de las relaciones obligatorias surgidas a partir –en nuestro caso – de un contrato y se concreta como respeto a la recíproca confianza (cfr. BIANCA, Césare M. en "*Diritto Civile. Il Contrato*", n° 253, p. 502 cit. por Santarelli, Fulvio Germán en su art. "*La influencia de los paradigmas metodológicos en el derecho privado. Causa y principios contractuales*" publ. en LA LEY 2005-A, 1304).----------

------Resulta oportuno recordar aquí también lo sostenido por BORDA –en relación a la reforma introducida al Código Civil por la Ley Nro. 17.711 – en el sentido que "…*uno de los aspectos más salientes… es la notable ampliación de las facultades otorgadas a los jueces*", para luego añadir que "*todo el derecho de los contratos*" se halla regido por la buena fe, "*Norma esencial que quiere que los hombres sean honestos en sus relaciones con los demás*". (cfr. BORDA, Guillermo A.; "*La reforma de 1968 al Código Civil*"; Ed. Perrot; Buenos Aires; 1971; p. 249 y ss.).----------

------Se ha dicho también que: "*La fórmula* {de la justicia} *ha de comprender un elemento positivo y otro negativo. Debe ser positiva en cuanto afirma la libertad de cada hombre, porque debe éste gozar y sufrir los resultados buenos y malos, de sus acciones, y negativa en cuanto al afirmar esta libertad para todo hombre, implica que sólo podrá éste obrar libremente bajo la restricción que le impone la presencia de otros hombres con derechos o con libertades iguales.*" (v. SPENCER, Herbert; "*La justicia*"; Ed. Atalaya; Bs. As.;1947; Cap. VI; p. 41). También, el mismo autor afirma que: "*...desde el punto de vista particular de la justicia, la humanidad ha partido de la interpretación errónea para llegar a la interpretación exacta.*" (op. cit. p. 42).----------

------Sentadas las bases de lo que entiendo por buena fe, corresponde abordar los presupuestos de la responsabilidad civil que habilitan a solicitar la reparación del daño sufrido.----------

------Así y en ocasión de emitir mi voto en Expte. Nro. 183/07 CANO, afirmé: "*Se sostiene que "Para que exista responsabilidad civil es indispensable la concurrencia de cuatro elementos: daño, ilicitud, imputabilidad y causalidad. De los elementos enunciados, tres son puramente objetivos: el daño, la ilicitud y la causalidad, mientras que el restante, la imputabilidad, es subjetivo. Basta que uno solo de estos requisitos falte para que no haya*

responsabilidad." (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"; Tº I; p. 119 y ssgts; Nro. 98; cit, por MOISÁ, Benjamín en su art. "*La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil. Breve esbozo de una teoría general.*"; publ. en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros; La Ley; XII-2006, 10).".----------

------Mas, arribando a la cuestión nuclear que sostendrá mi voto, advierto que en el *sub exámine* no existe imputabilidad posible para con el demandado, por las razones que seguidamente expondré:----------

------Y ello así por cuanto entiendo al accionado le asistió razón para considerar resuelto el contrato de locación de obra que lo uniese con la actora por aplicación de la cláusula contenida en el art. 1201 del código sustantivo, más allá de la morosidad en comunicar tal decisión a la actora, no habilitando tal circunstancia –a mi juicio – un resarcimiento que prescinda de considerar la responsabilidad de las actoras en la ejecución del contrato en cuestión, y omitiendo referir la buena fe como principio en la ejecución de aquél----------

------En efecto, la disposición contenida en el art. 1201 del Código Civil se funda en la reciprocidad o interconexión de las prestaciones , que es el aspecto típico de los contratos bilaterales y que lleva a la necesidad de que, salvo disposición expresa en contrario, el cumplimiento sea simultáneo, tratándose de una aplicación particular de la excepción de dolo, ya que es contrario a la buena fe contractual que aquél que no haya cumplido la prestación a su cargo, exija la obligación que le es debida por la contraparte (cfr. CNTrab; sala 10º; sent. 24.06.2002; "*Simian, Patricia c. Doctos S.A.*"; DT 2002-B-1814).----------

------El art. 1201 del Código Civil, en tanto establece que en los contratos bilaterales una de las partes no puede demandar su cumplimiento si no prueba que ella lo ha cumplido ni ofrece cumplirlo o acredita que su obligación es a plazo, encuentra justificación en las características que ofrecen las obligaciones recíprocas emergentes de dicha bilateralidad. Tal interdependencia es tan natural, que se violaría la común intención de las partes si se permitiera a una de ellas exigir a la otra el cumplimiento de la obligación sin haber cumplido u ofrecido cumplir la propia, soslayando también la lealtad y buena fe que debe observarse

en la formación y en el cumplimiento del contrato (v. CNCom; sala B; sent. 22.05.1996; "*Lamburt S.A. c. Moreno Núñez Vela, Fredy O.*"; LL 1997-B-124).-------

------Se ha sostenido también que: "*El acreedor que reclama el cumplimiento del contrato debe haber cumplido u ofrecido seriamente cumplir –art. 1201, CCiv. –, careciendo de ese derecho si ha incurrido en mora, dado que el derecho a resolver el mismo no corresponde a quien dejó de cumplirlo.*" (v. CNCom.; sala A; sent. 15.10.1999; "*Maillol S.A. c. Coconor S.A. UTE y Ot.* »; LL 2000-B-237).----------

------La ausencia de imputabilidad del demandado antes mencionada, podrá comprenderse mejor a partir de relacionar la cláusula del art. 1201 con el art. 510, ambos del Código Civil.----------

------Conforme el citado art. 510: "*En las obligaciones recíprocas el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir la obligación que le es respectiva.*" En su virtud, estimo oportuno preguntarnos si la actora cumplió o se allanó a cumplir con los pagos debidos al demandado.----------

------Cumplir resulta evidente que no cumplió ni tampoco se allanó a hacerlo, ofreciendo abonar los adicionales por ella ordenados, amparándose luego, al deducir su pretensión, en las previsiones que surgen del art. 1633 bis del Código Civil (texto introducido por la Ley Nro. 17.711).----------

------Por todo lo dicho, es que sostengo que no existe factor subjetivo de responsabilidad para con el demandado que habilite la condena de una indemnización, pues la buena fe debe estar presente en el cumplimiento del contrato, no pudiendo prosperar la acción con independencia de la contraprestación incumplida, cuando como en el presente, se trata de contratos bilaterales con prestaciones recíprocas.----------

------Respecto del desarrollo que hacen los votantes anteriores en orden al art. 1633 bis del Código Civil, debo advertir –por el contrario – que entiendo que dicha norma y la hermenéutica desarrollada jurisprudencialmente, permiten comprender más claramente la realidad de lo acontecido entre las partes.----------

------"*El art. 1633 bis del Cód. Civil procura impedir la mala fe del constructor, para que no realice modificaciones contractuales abusivas o contingentes cuando no son necesarias o exceden lo usual en el tipo de obra de que se trate.*" (CNCiv; Sala A; sent. 23.05.1997 LL 1997-D-

388). Éste, entiendo, es el sentido que debe darse a la citada norma. En su consecuencia, cuando la innovación, modificación o adicional parte del comitente, "*...el empresario puede probar la existencia de ese trabajo y del crédito a su favor por cualquier medio.*" (cfr. CNCiv; sala A; sent. 17.07.1998; LL 1998-B-157).----------

------Adviértase que el Contrato de Locación de Obra que fundó la relación entre las partes, en su cláusula decimotercera, esencialmente, exige la forma escrita para la petición de adicionales por parte de la comitente, en clara consonancia con la previsión del art. 1633 bis. Mas, habiendo las partes reconvenido verbalmente y aceptado mutuamente el encargo de adicionales en forma verbal por parte de la comitente, tal se desprende de la prueba testimonial de fs. 136/142; 143/144; 159/160 y 228/229, confesional de fs. 580/581; 596 y 603, y pericial de fs. 384/541, entiendo que la primacía de la realidad impone tenerlas por encargadas en legal forma –tener en cuenta para ello que la ley civil no exige formas rituales para tal contrato (art. 973 del Cód. Civil) – permiten concluir que realizados tales adicionales, surgió el derecho del locador de la obra a percibirlos y su no pago coloca en situación de mora a la comitente, inhabilitándola para reclamar resarcimiento alguno. Y ello así por cuanto en el contexto descripto, el encargo de los adicionales pudo ser consensuado por una declaración de voluntad en cualquiera de las maneras previstas por el art. 915 del Cód. Civil, pudiendo válidamente entenderse el silencio como manifestación de aquélla.------

------Sostener lo contrario, implicaría desconocer el contenido ético fundamental del valor justicia.----------

------Entiendo que debe interpretarse de manera dinámica el contrato. Así, al haber la comitente "*encargado*" adicionales –tal como se acreditó en autos – sin seguir el procedimiento previsto por la mentada cláusula decimotercera del contrato original, y haber el demandado aceptado el encargo sin reclamar la ruta del procedimiento previsto, podemos colegir, conforme la sana crítica, que las partes han reconducido válidamente el contrato, pues aquélla cláusula contractual perseguía el objetivo de asegurar el ajuste alzado pactado. A todo evento, adviértase así mismo que dicha cláusula resulta una aplicación práctica del art. 1633 bis del código sustantivo.----------

------3. Arribados a este punto, entiendo oportuno abordar los agravios puntualmente deducidos por la parte actora.----------

Es a partir de dicho agravio genérico que las apelantes desarrollan sus críticas al decisorio hoy puesto en crisis y que –como ya dije – relacionaron sucintamente los vocales prevotantes.----------

------Así, de la lectura de la pieza procesal de fs. 742/751, observo que la apelante se agravia esencialmente por cuanto el sentenciante "*...ha fallado de la errónea manera que lo ha hecho al considerar que el tema decidendum se circunscribía a la realización por parte del demandado en la obra contratada, de ciertos y determinados adicionales los que habrían sido encomendados por las actoras y no abonados en su justa medida, extremo que tornó inviable la continuación de la ejecución de la obra y por consiguiente su paralización*." (v. fs. 742 pto. II.- INTROITO).----------

------Desarrolla a partir de tal agravio genérico sus críticas a la sentencia, con apoyo de abundante doctrina y jurisprudencia en apoyo de sus posturas.----------

------Mas debo manifestar que más allá de constituir una crítica razonada y concreta, entiendo solo expresan el particular punto de vista de las apelantes en orden a la cuestión ventilada en autos y la pretensión oportunamente deducida.----------

------Por lo desarrollado en el punto 2. del presente voto, entiendo que la queja de las apelantes no puede ser acogida, debiéndose sí adecuar la imposición de las costas, por los motivos que a continuación expongo:----------

------Concluyendo lo dicho, estimo que la existencia de morosidad en la comitente al momento de realizar la intimación contenida en CD 50511614 5 AR que se halla reservada en Secretaría y tengo a la vista, de fecha 13.06.2003, exigiendo el cumplimiento del contrato, sin allanarse ni ofrecer a cumplir su parte, me inhiben a considerar moroso solamente al demandado y que aquélla –la parte actora – pueda beneficiarse a partir de su propia situación de incumplimiento, todo ello en función de la buena fe contractual antes conceptualizada, la manda que surge del art. 1201 del código sustantivo y una interpretación dinámica del contrato.----------

------Como lo vengo diciendo, y en su consecuencia, la supuesta imputabilidad no resulta ser tal y no se debería reparación alguna, no pudiendo acogerse favorablemente en esta instancia el agravio deducido por las actoras.----------

------A todo evento, pongo de manifiesto que a los fines de arribar a las conclusiones que preceden, no he tenido en cuenta la confesional pretendidamente "*ficta"* de la representante de las actoras, toda vez que –a estar por las constancias que lucen a fs. 577/605), en particular la última de las fojas citadas – el magistrado decretó la caducidad de aquélla prueba, estimando que lo expuesto por el judicante al CONSIDERANDO PRIMERO fs. 723 segundo párrafo y ss obedece a un involuntario error material.----------

------4. En orden a como entiendo deben resolverse los presentes autos, estimo corresponde readecuar la condenación en costas.----------

------Así, por imperio de la manda contenida en el art. 71 del rito provincial, en atención a la complejidad de la cuestión, habiendo dado lugar al litigio ambas partes y existiendo vencimientos mutuos, estimo que las costas deben imponerse en el orden causado, con excepción de los honorarios que corresponden a la Sra. Perito Calígrafa, los que deben imponerse a cargo del demandado en función de la negativa contenida en las posiciones absueltas por el accionado a fs. 135 y vta.-

------5. En relación a la apelación intentada por la Sra. Perito Calígrafa a fs. 726 y por estimar bajos los honorarios regulados en su favor, y realizados los cálculos pertinentes, entiendo que los mismos se encuentran ajustados a derecho (art. 61 de la Ley del Arancel Nro. 2200).----------

------6. En orden a la apelación impetrada por las actoras a fs. 728 por estimar altos los honorarios regulados, y atento la adecuación que propongo, entiendo abstracto referirme a aquélla.----------

------A todo evento, y sin perjuicio de lo dicho, entiendo que los honorarios regulados se adecuan a las pautas que surgen de los arts. 6, 7, 9, 19 y ccds de la Ley Nro. 2200.----------

------Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTION, el Dr. Flass dijo:----------

-----Conforme a lo expresado al analizar la primer cuestión voy a votar por: 1) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia nº 02/2008 (fs. 717/725 vta.) del 11 de febrero de 2008, modificándola en cuanto a la imposición de costas, las que se determinan en definitiva, en el orden causado, con excepción de los emolumentos fijados a la Perito Calígrafo M. R. B., los que se imponen a cargo exclusivo del demandado (art. 71 y ccdts del C.P.C.C.). 2) IMPONER COSTAS de la presente instancia en el orden causado. 3) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada en la suma de $16.000 para el patrocinante J. J. R. M. y en la de $15.000 para el apoderado R. M. M., ambas sumas con más el IVA pertinente (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------A IDENTICA CUESTIÓN, el Dr. Moisá dijo:----------

------Por lo expresado al votar la primera cuestión, propongo: a) revocar en todas sus partes la Sentencia N° 02 de fecha 11 de febrero de 2008 (fs. 717/725 vta.); b) declarar la falta de legitimación activa de la codemandante S. J. B.; c) hacer lugar a la demanda de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual interpuesta por la Srta. M. G. B. contra el Arq. A. G.. W. y, en consecuencia, condenar a éste último a pagar a la primera la suma de $197.850,14 en concepto de indemnización por daños y perjuicios, con más intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento (doct. art. 565, Cód. Com.) desde la fecha de la demanda –10/02/04– hasta su efectivo pago; d) adecuar, conforme lo establece el art. 279 del CPCC, las costas y honorarios fijados en la anterior instancia, imponiendo las costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 68, CPCC); e) fijar, en definitiva, los emolumentos por la labor de primera instancia en la suma de $82.000 para el letrado R. M. M.; en la de $57.400 para los abogados B. M. N. y J. J. R. M., en conjunto y proporción de ley; en la de $10.350 para la perito ingeniera civil C. R.; en la de $3.450 para la perito calígrafa M. R. B., y en la de $6.900 para el perito contador R. B., todos con más el IVA pertinente y determinados en base a las disposiciones arancelarias de los arts. 6, 7, 9, 19, 39 y 61 del Dec. Ley 2.200; f) regular los honorarios del apoderado R- M- M. en la suma de $28.700 y los del

letrado J. J. R. M. en la de $8.600, ambos con más el IVA pertinente, por la labor efectuada en esta Alzada (art. 14 De.c Ley 2.200); y g) declarar maliciosa la conducta del demandado vencido de mendazmente negar haber suscripto la documentación que se le exhibiera en oportunidad de su absolución de posiciones y, en consecuencia, imponerle una multa por inconducta procesal maliciosa en favor de la parte actora del 5% (cinco por ciento) del valor del juicio, entendiéndose por tal el monto de la condena más sus intereses.----------
---

------**A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo**:----------

------Tal como lo vengo diciendo, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia Nro. 02 del año 2008 que luce a fs. 717/725 y vta., modificándola en orden a la imposición de las costas, las que se disponen en el orden causado, con excepción de los honorarios de la Sra. Perito Calígrafa, los que se imponen a cargo exclusivo del demandado (art. 71 y ccdts del C.P.C.C.); **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada en el orden causado, **III.- REGULAR** los emolumentos de los Dres. J. J. R. M. en la suma de $16.000 y en la de $15.000 para el Dr. R. M. M., por la tarea realizada en esta Instancia, ambas sumas con más el IVA pertinente (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------
---

------Con lo que se dio por terminado el acto quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------***Y VISTO:*** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------1º) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia Nro. 02 del año 2008 que luce a fs. 717/725 y vta., modificándola en orden a la imposición de las costas, las que se disponen en el orden causado, con excepción de los honorarios de la Sra. Perito C. M. R. B., los que se imponen a cargo exclusivo del demandado (art. 71 y ccdts del C.P.C.C.).----------

------2º) IMPONER las costas de esta Alzada en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.).----------

------3º) REGULAR los emolumentos de los Dres. J. J. R. M. en la suma de $16.000 y en la de $15.000 para el Dr. R. M. M., por la tarea realizada en esta Instancia, ambas sumas con más el IVA pertinente (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------4º) TENER PRESENTE la reserva del caso federal planteado.----------

------5º) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS

BENJAMÍN MOISÁ
(en disidencia)

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL Nº 21 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2008 CANO. CONSTE.-Zulma Graciela Albornoz Secretaria.