En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., R. D. c/ F., D. s/ ORDINARIO", expte. nro. 386/09**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 694/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 300), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 264/267? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 268 por la parte demandada la sentencia definitiva nro. 40 del 07/07/09 obrante a fs. 264/267, habiéndose concedido libremente y con efecto suspensivo a fs. 219 dicho recurso. Asimismo, la sentencia fue apelada a fs. 271/272 por la regulación de honorarios efectuada por el a-quo, apelación que fue concedida en relación a fs. 274.

I.A) El fallo en lo que fuera cuestionado por el recurrente dispuso lo siguiente: "1) Haciendo lugar a la demanda, en consecuencia, condeno al Sr. D. F. a abonar el término de diez días de firme o consentida la presente al Sr. R. D. F. la suma de pesos tres mil cuatrocientos treinta y dos ($3.432) en concepto de daño material y lucro cesante con más el

interés fijado en el considerando respectivo y desde la fecha fijada, hasta su efectivo pago; 2) Rechazando la reconvención solicitada por el Sr. D. F. contra el Sr. R. D. F. y 4) Impongo las costas al demandado vencido".

I.B) Expresan agravios la parte apelante demandada a fs. 292/296vta., no habiendo sido contestado el traslado conferido de los mismos a fs. 297 por la parte actora.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello- Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente el apelante demandado reconviniente se agravia en cuanto a que el a-quo:

1) Hizo lugar a los daños y perjuicios y lucro cesante solicitado por el actor, rechazando la reconvención por él planteada (fs. 292/295), y

2) Impuso el total de las costas a su

parte (fs. 295/296).

I.B-1) El primer agravio del apelante demandado reconviniente se centra en criticar el hecho de que el a-quo hizo lugar a los daños y perjuicios y lucro cesante solicitado por el actor, rechazando la reconvención por él planteada (fs. 292/295).

Del análisis de los escritos de demanda efectuados por el actor (fs. 13/14vta.) y de la contestación y reconvención planteada por el demandado (fs. 28/34) emerge claramente que en autos se discute el correcto cumplimiento de la orden de trabajo que se asimila a un contrato de locación de obra, alegando el accionante la falta de cumplimiento de pago del demandado y contestando la demandada y reconviniendo el demandado expresando que aquél incurrió en abandono de obra.

Considero que ante dichas alegaciones, a los efectos de arribar a una decisión, las mismas han de analizarse teniendo en cuenta la conducta desarrollada entre las partes, especialmente el principio consagrado en el art. 1198, inc. 1ero., y lo prescripto por los arts. 1200 y 1201 del Código Civil, ya que tal como el mismo a-quo advirtió en el considerando 2do., párr. 2do., (fs. 265) el actor demandó por cobro de pesos al demandado y no por rescisión o resolución de contrato.

Dicha estimación la efectuó teniendo en cuenta que es criterio de nuestro Superior de Justicia Provincial que: "Si en lo referente a la sustentación jurídica, el magistrado puede aplicar sin petición de parte, la norma adecuada al caso, en la segunda instancia también podrá seleccionar otro dispositivo legal, o suministrarle un alcance diverso del otorgado

en los escritos iniciales del pleito. Que el principio de congruencia no rige respecto de las normas legales, es consecuencia de que en nuestro sistema, el juez las debe aplicar de oficio, y por lo tanto su invocación por las partes no constituye un presupuesto procesal (STJCh, 07-03-1995, Sentencia Definitiva, Sres. Ministros: Raúl Martín - Fernando Royer - Agustín Torrejón, “C., N. H. en autos: B. D. S. S.A. c-C., N. H. s-Juicio Ejecutivo s/ Incidente de Nulidad)”.

Adentrándome más en la problemática planteada, he de precisar que no debe perderse de vista que la sujeción de las partes a los contratos y su fuerza vinculatoria, se encuentran inescindiblemente unidos al concepto de confianza como factor coadyuvante a la permanencia de los derechos y obligaciones gestados a partir del consentimiento. En palabras del autor Jorge Mosset Iturraspe: "Creemos que la regla jurídica que impone la obligación de los contratos - "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"- tiene su fundamento en la regla moral que hace al hombre sirviente de su propia palabra, pero concurren a dar fuerza a ese vínculo la libre aceptación de las cláusulas limitativas de la voluntad individual y la confianza que mutuamente se suscitan los contratantes, así como la satisfacción que por esta vía se logra de los intereses colectivos y del bien común" (Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos", editorial Rubinzal - Culzoni", Santa Fe, 1995, págs. 326/327).

Dicho doctrinario en la obra de los Dres. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton titulada “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T. 3C, pág. 57, edit.

Hammurabi, ha expresado en su análisis del art. 1201 del Código Civil que: "El fundamento de los asertos: "no cumplo si no cumples" y "si me demandas me excepciono", se encuentra en la bilateralidad o sinalagma funcional, que fuerza a la ejecución "mano a mano". A renglón seguido dice que: "Pese a que el artículo parece tratar a esta "autodefensa privada" como requisito de la acción –"…no podrá demandar su cumplimiento…"- la doctrina coincide en juzgarla como una excepción sustancial dilatoria, que puede hacerse valer como contrademanda o reconvención".

A ello debe aunarse que las reglas de la sana crítica del art. 390 del actual Código ritual exigen del juzgador un razonamiento correcto, la apreciación global o conjunta de las alegaciones y las pruebas y la afinidad entre el resultado de la evaluación y las pretensiones deducidas en autos, correspondiendo que el juez interviniente analice el contrato existente, interpretándolo y confrontándolo con la actitud de las partes en el evento, valorando cuál fue su voluntad al constituir el contrato y cuál es su ejecución (arts. 1137, 1197 y 1198 del Cód. Civil).

Dicha consideración tiene su fundamento en que el último acto del procedimiento probatorio encapsulado en el acto de sentenciar es la valoración de la prueba atraillada en la causa. En tal circunstancia el juez no puede liberarse de la servidumbre de la razón, sin graves consecuencias para el resultado de la operación intelectual que significa formarse convicción sobre el caso. Las reglas de la sana crítica, esto es el sentido común aplicado a la interpretación de los hechos comprobados, son de

naturaleza instrumental y constituyen la prescripción de la conducta que el juez debe observar a fin de satisfacer la exigencia constitucional de que los fallos sean fundados y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa... la referencia a las reglas de la sana crítica está indicando que el principio de libertad, está construido a base del criterio objetivo, en oposición al subjetivismo y el empirismo de la convicción íntima o de conciencia (cf. crit. "Aguar S.R.L. y Otros en J. Silva Oscar Daniel c/ Aguar S.R.L. y Otros s/ Desp. s/ Inc." - Fallo: 4199148 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 - Sala: 2 - Mendoza - 2004/04/20, expedientes: 77431 - Ubicación: S335-242; elDial - MZ3D97).

Entrando en la merituación de las constancias probatorias obrantes en los presentes, surge:

a) de la prueba documental obrante a fs. 3 aportada por el actor y reconocida expresamente por el demandado reconviniente en su absolución de posiciones (fs. 86) que entre las partes se firmó el día 01/03/01 una orden de trabajo en la cual el demandado encargaba al actor realizar la provisión de materiales y la mano de obra para la construcción de una ampliación de vivienda unifamiliar, detallando en dicho acto los ítems que se ejecutaría cargo del actor para desarrollar la tarea encomendada, fijando como plazo de obra el de noventa días (90) corridos, el costo total de la obra en la suma de pesos diecinueve mil quinientos ($19.500), abonándose el mismo mediante la realización de pagos parciales dentro de los noventa días de plazo de obra en caso de quedar un saldo se

pactaría una financiación bancaria o similar;

b) de la CD 32.388.518 9 AR del día 23/05/02 (fs. 12 reconocida expresamente por el demandado reconviniente a fs. 32 –o sea un (01) año, dos (02) meses y veintidós (22) días después de firmada la orden de trabajo- el accionante alegando el tiempo transcurrido desde que se realizaron los trabajos de ampliación de vivienda de propiedad del demandado, cuyo avance fue del 8,8% de acuerdo al contrato firmado y que no se efectuó ningún pago, le solicita que en un plazo de cinco (05) días a partir de recibir la misiva se ha efectiva su presencia con el objeto de formalizar un convenio de forma de pago de lo adeudado teniendo en cuenta que la crisis económica afecta a todos en general, debiendo actualizar los valores por los aumentos del costo de materiales que se han producido en estos últimos meses. He de aclarar que la CD 43594136 AR del 20/09/02 agregada por el actor a fs. 5 no he de valorarla atento que al ser negada expresamente su recepción por el demandado reconviniente a fs. 39vta., pto. 10mo., cargaba con la prueba de su recepción lo cual no acreditó;

c) la inspección ocular obrante a fs. 140 y realizada el día 31/03/05 que detallaba los daños estructurales en que se encuentra la vivienda del accionado reconviniente;

d) la prueba pericial técnica obrante a fs. 161/162 efectuada por la Arquitecta M. S. S., por medio de la cual el demandado reconviniente acreditó conforme concluye dicha perito en el pto. 5to., que los daños que sufre su propiedad son imputables a la obra de ampliación considerando que los daños se produjeron luego de comenzar la misma (tengo en cuenta a los

efectos de valorar esta prueba que conforme emerge tanto del decreto de declaración de negligencia para la producción de la misma por parte del actor (fs. 112 y 253) como la declaración de nulidad dispuesta por sentencia interlocutoria nro. 103 el día 26/10/05 a fs. 12/vta. en cuanto designación de perito al Arquitecto L. A. D., que fuera confirmada por la Alzada conforme sentencia interlocutoria nro. 98 del 15/06/06 (fs. 29/31), actuaciones todas ellas perteneciente al expte. Nro. 1064/05 caratulado: ”F., D., en autos caratulados: ”F., R. D. c/ F., D. s/ Ordinario”, expte nro. 694/05 s/ Incidente de Nulidad” -agregado por cuerda-), y

e) dicho dictamen es coincidente con el informe efectuado al demandado reconviniente por el maestro mayor de obra el 13/05/04, Sr. H. R. a fs. 23 (que fuera reconocida por éste a fs. 251/vta.).

Como corolario de los criterios doctrinarios precedentemente citados y del análisis probatorio efectuado, estimo que en el presente caso se ha dado un incumplimiento recíproco -tanto del actor como de parte del demandado (deudor-acreedor v./ acreedor-deudor) configurándose una situación jurídica de culpa concurrente (como efecto o consecuencia del incumplimiento), que coloca a las partes en el mismo grado de responsabilidad concurrente, apreciando la suscripta la entidad y la importancia de dichos incumplimientos, decidiendo a la hora de fallar que entre las violaciones contractuales de uno y otro contratante existe nexo de causalidad adecuado, según el curso natural y ordinario de las cosas y de conformidad a la experiencia de la vida diaria, toda vez que tanto el incumplimiento del actor como el incumplimiento del demandado reconviniente causaron

recíprocamente consecuencias disvaliosas (como efecto) en el patrimonio de ambos (art. 901 y 906 del Cód. Civ.) y existe la relación de proporcionalidad necesarios para la rescisión del contrato a cargo recíprocamente de las partes, imputándoseles culpa concurrente en el mismo grado y gravedad (por analogía art. 1111 del Cód. Civ.) ya que los contratantes incumplieron en forma autónoma cada uno de ellos.

En suma, concluyo que existe culpa recíproca en la resolución del contrato, culpa que es equivalente en ambas partes, atento a los hechos precedentemente analizados, por ende no cabe reconocerle a ninguna de las partes, en el caso, derecho a indemnización alguna atento la igual gravedad de la culpa de ambos contratantes en la rescisión del contrato -quienes se imputan recíprocamente incumplimiento contractual-, según resulta del estudio y valoración de los hechos y las pruebas rendidas en autos.

Por los argumentos dados si bien no corresponde hacer lugar a los agravios planteados por el demandado reconviniente, sí ha de revocarse la sentencia venida en crisis en todas sus partes, no haciendo lugar ni a la demanda ni a la reconvención atento a la declaración en este voto de culpa concurrente de las partes que tuvo como efecto la declaración judicial de rescisión del vínculo jurídico que los unía.

I.B-2) En lo atinente al segundo agravio basado en la imposición de costas, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el mismo teniendo en cuenta lo decidido en el punto anterior.

I.C) Respecto de la apelación

interpuesta por la regulación de honorarios a fs. 271/272, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el mismo teniendo en cuenta lo decido en el presente.

I.D) Teniendo presente lo decidido en el presente voto, las costas tanto de primera como de segunda instancia son impuestas por su orden (art. 72 y 282 del CPCCCh, Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Se difiere la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancia para el momento del acuerdo, donde se tendrá en cuenta el tema traído a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido en un todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 6, 7, 13 y ccdtes. del régimen Arancelario Profesional de Abogados y Procuradores. (Ley XIII, nro. 4 – antes Ley nro. 2200).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidir la siguiente:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el apelante demandado reconviniente a fs. 292/296vta. y, por las conclusiones arribadas en este voto, revocar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 264/267, rechazando tanto la demanda planteada por el actor a fs. 13/14vta. como la reconvención interpuesta por el demandado reconviniente a fs. 28/36vta.

2) Imponer las costas de primera y segunda instancia en el orden causado (art. 72 y 282 del CPCCCh, Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Diferir la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario Profesional de

Abogados y Procuradores (Ley XIII, nro. 4 – antes Ley nro. 2200).

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 268) de la sentencia de fs. 264/267 que admite la demanda y condena a D. F. a abonar en el término de diez de días de firme la sentencia al Sr. R. D. F. la suma de tres mil cuatrocientos treinta y dos pesos en concepto de daño material y lucro cesante con más los intereses a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina desde el 1 de marzo de 2001 hasta su efectivo pago. Rechaza la reconvención solicitada por el Sr. D. F. y el daño moral demandado. Impone las costas al demandado y regula los honorarios.

A fs. 271 la demandada se agravia por los honorarios regulados al Dr. C. al entender que la suma es superior al máximo legal si se integra correctamente el monto de condena del proceso.

Señala que la acción ha prosperado por el 40% de lo solicitado, alude al art. 47 de la ley 4335.

A fs. 292/296vta. se agrega la expresión de agravios del demandado.

Reproduce parte de la sentencia y sostiene que no es cierto que el actor haya intimado en forma fehaciente la decisión de resolver el contrato, ni siquiera ha realizado la primera intimación bajo apercibimiento de iniciar demanda correspondiente, única comunicación recibida por F..

Indica que no lo intimó en los términos del art. 1204 y que tampoco es cierto que F. tuviera

motivos pues la obra quedó sin concluir por su incuria.

Agrega que el análisis hecho por el sentenciante del art. 1204 CC es erróneo y que quedó demostrado que F. se retiró de la obra sin argumentar causa alguna dejándola inconclusa, que no se probó que los materiales comprados hayan sido para esa obra y que la actuaria comprobó las consecuencias del contrato.

Cita doctrina y resalta que la intimación de F. fue un año después de abandonar la obra.

Entiende que la opinión del sentenciante respecto a que el silencio de F. ha dado lugar a la rescisión del contrato, está alejada de la realidad.

Reitera argumentos, transcribe párrafos de la sentencia.

Lo agravia también la imposición de costas, ya que el fallo manda a pagar sumas notoriamente inferiores a las reclamadas en la demanda, constituyendo sólo el 40,73% del monto demandado, obteniendo su parte un resultado favorable del 59,30%, solicitando que la imposición de costas sea proporcional al éxito de cada uno en el juicio. Cita doctrina y jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

Funda el quejoso la apelación en el incumplimiento por parte del ahora actor de las exigencias del art. 1204 del CC.

Y si bien el sentenciante hace mención a dicho artículo da las razones, ya que establece y no fue motivo de agravio, que el objeto de la demanda no fue la rescisión del contrato sino el cobro de pesos por incumplimiento, “el objeto de la demanda es que el dueño de la obra demandado satisfaga el resarcimiento

de los daños irrogados al constructor de la obra como consecuencia del alegado incumplimiento".

Y ante lo términos de la reconvención es que se introduce el art. 1204 del CC, de allí que el sentenciante como lo dice, hiciera mención a ello.

Al iniciarse la demanda, atento al tiempo transcurrido sin que las partes reclamaran su cumplimiento, se encontraba resuelto.

Asistió razón al actor al enviar las cartas documentos; que si bien fueron negadas por el demandado en la negativa general, y el actor perdió la prueba al correo, en la misma contestación de demanda y en los agravios reconoce haberlas recibido; si entendía que el Sr. F. era deudor.

Además, no debe olvidarse que por aplicación del artículo 1204 del CC, el acreedor puede optar por resolver el contrato ante el incumplimiento de su contraparte previa intimación, recaudos que no ha tomado F., ya que ante los reclamos, el Sr. F., guardó silencio, de allí que debe sufrir las consecuencias del mismo. Pues ante la recepción de una carta documento, en la que uno de los contratantes imputa al otro incumplimiento de las obligaciones contractuales, este último tiene la carga jurídica de responderle, rechazando estar incurso en la conducta antijurídica referida. Su silencio, dado su obligación legal de expedirse, importa aceptar los términos contenidos en dicho requerimiento. Y tales consecuencias no sólo se circunscriben al silencio, tampoco el material probatorio no le resultó favorable.

No pudo probar que el Sr. F. incumpliera con su tarea y que él cumpliera con sus obligaciones.

Al producirse el reclamo por parte del

actor había transcurrido con creces el tiempo en que se obligó a pagar los trabajos (fs. 3, 5 y 12).

Si bien son ciertas las condiciones en que se encuentra la casa de acuerdo a las pericias e inspección ocular y fotografías, no es menos que no se probó que ello fuera como consecuencia del trabajo de F.

F., de acuerdo a lo que surge de la orden de trabajo, encargó al profesional y éste acepta la provisión de materiales y mano de obra. Tales materiales fueron comprados y abonados por el constructor el 12 de marzo de 2001, la orden de trabajo fue el 1 de marzo de igual año, y dicho material tenía orden de entrega en G. L. N° ---, B° P. P., domicilio del demandado. Pruebas que habilitan sus reclamos y desestimar lo argumentado por el apelante.

Al reconvenir reconoció el Sr. F. que F. había realizado trabajos excavación, movimiento de suelo, pero no acreditó que este último se haya retirado de la obra por las causas que alega, trabajo en Puerto Deseado, tampoco que haya hecho reclamo alguno ante F., o que haya abonado el trabajo realizado o el material comprado.

Resultando decisivas las respuestas de F. en la absolución de posiciones, donde reconoció que contrató con F. la realización de una obra en el domicilio de L. --- del B° P. P., que jamás abonó las sumas comprometidas para la adquisición de los materiales, que reconoció que los materiales que se utilizaron para la realización de la obra no fueron abonados, así como la documentación agregada a fs. 3. Y más allá de las aclaraciones posteriores, éstas no fueron probadas.

Motivos todos para confirmar la sentencia.

Se agravia también por la imposición de costas.

El hecho de que algunos de los pedidos indemnizatorios de la demandante no hubiesen prosperaran no obsta a imponer las costas al vencido, cada caso debe analizarse en particular, de allí que cuando lo entendí procedente lo haya admitido, pero no es el caso de autos. En los reclamos por daños y perjuicios -como se da en el caso en el sublite-, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado, hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros o montos pretendidos.

Olvida el quejoso que más allá que los rubros reclamados por el actor no hayan prosperado íntegramente, su actitud dio lugar no sólo a recurrir a la justicia, sino que reconvino con el trabajo extra que ello implica.

Asimismo, los honorarios regulados por el sentenciante respecto del abogado de la parte actora se ajustan a derecho, el monto, el trabajo profesional, las etapas en que intervino, el resultado obtenido y demás pautas de la ley de aranceles (arts. 5, 6, 9 y 37) así lo indican.

Las costas de esta instancia al apelante vencido.

Para regular los honorarios, los que difiero para el momento del acuerdo, valoraré el resultado obtenido, la posibilidad de que las

pretensiones prosperaran, labor profesional y lo que disponen los artículos 5 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia de fs. 264/267.

2) Impone las costas al apelante vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 40/2009 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción que hizo lugar a la demanda condenando a D. F. a abonar al actor R. D. F. la suma de $3.432 en concepto de daño material y lucro cesante, rechazó la reconvención, y el daño moral peticionado por el accionante, impuso las costas al demandado, reguló los honorarios de los profesionales actuantes siendo esto último específicamente cuestionado y fundado por la misma apelante (fs. 264/7, fs. 268, fs. 271).

A fs. 292/96 luce el memorial de agravios de la parte apelante, el primero de ellos es la afirmación del Aquo que F. intimara a resolver el contrato, ya que lo único que este hizo fue reclamar el pago, a formalizar un plan de pago en la oficina de este último. Hizo el sentenciante de grado un análisis errado del art. 1204 del CC sin valorar las pruebas incorporadas en autos. Compró materiales que no acreditó hayan sido para esa obra que abandonó al mes de iniciada con graves consecuencias. Cuando el pacto

comisorio no se pactó es necesario intimar por 15 días. La intimación no lo fue en esos términos y el juez atribuyó al silencio de F. un alcance extraño a la intimación. Intimó después de un año que abandonó la obra y el silencio no dio lugar a la rescisión del contrato. El actor tuvo responsabilidad contractual y debe responder.

El segundo agravio es la imposición de costas haciendo invocación de lo dispuesto por el art. 71 del CPCCCh (DJ, Ley XIII-5, Anexo A, art. 72). Hace reserva del caso federal.

Análisis de las cuestiones:

Ha llegado firme a esta Alzada el rechazo de la reconvención incoada por F., la existencia de un contrato de construcción de obra que vinculó a las partes, lo que viene cuestionado, en síntesis, es la indemnización condenada por el sentenciante de grado y los argumentos que llevaron a tal decisión.

Dice el recurrente que el Aquo mal interpretó lo dispuesto en el código civil el art. 1204 y que no existió una intimación por resolución del contrato. Advierto que quien introdujo este argumento fue el reconviniente hoy apelante en su primera presentación, y que pretendió enmarcar la situación en las prescripciones de dicha norma. Pero no es menos cierto que no existió voluntad de resolución ni mucho menos que el contrato se cumpliera por ninguna de ambas partes, sino que reclamó el actor el pago de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento del demandado al no abonar los trabajos ni los materiales empleados que habían sido adquiridos por este constructor contratante.

Siendo ese apelante reconviniente quien pretendió la aplicación del art. 1204 del CC escudándose en la ausencia de una intimación previa y el otorgamiento de un plazo para el cumplimiento de la prestación. Ninguna de estas opciones es factible porque para que se produzca el pacto comisorio se requiere la intimación previa, plazo para el cumplimiento y que quien lo efectúa tiene a su vez que ser cumplidor, haber hecho efectiva su prestación, lo que no se dio en la especie y fue detallado por el sentenciante de grado.

Ahora bien, mal puede exigir el cumplimiento y aplicación del 1204 del CC cuando se le está imputando la falta de los pagos pactados.

Más aun, ninguna de las partes se intimó mutuamente, por lo cual el argumento del demandado debe ser desestimando.

En cuanto al reclamo del actor, los daños y perjuicios por la falta de pago, lucro cesante y daño emergente advierto que no reclamó la labor o actividad desarrolla en la obra para la cual fuere contratado, incluyendo los materiales invertidos, en lo que denominó lucro cesante y daño emergente (fs. 13vta.) con el agregado del daño moral, resultando victorioso respecto de los primeros dos rubros.

Resulta ostensible el incumplimiento de las obligaciones y generador de la inadecuada ejecución del contrato, a partir de esta circunstancia comienza a verse poco probable la aplicación del art. 1204 del CC por incumplimiento de los principios contenidos en el mismo para la viabilidad de esa solución.

La facultad rescisoria referida, sabido es, contiene como supuesto fundante de su legítimo

ejercicio por una de las partes, que ésta ofrezca cumplir con las obligaciones que le fueran contractualmente inherentes o bien desde ya, que las hubiera cumplido en lo pertinente si fuera el caso. Si bien lo primero señalado no es indispensable pero exteriorizaría la buena fe de quien luego pretende la resolución del contrato, como así también la intimación previa para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la contraria, lo que no luce en la especie como ya se señalara.

Esto corresponde a la elemental cuestión de colegir que en relaciones jurídicas de esta índole (prestaciones recíprocas), no puede admitirse a un incumpliente reclamar a la otra parte en estos términos, pues ello equivaldría a dar razón a la invocación de la propia torpeza, a la "ilegitimidad" como supuesto validante de la exigencia de un "derecho" que así, nunca se obtuvo.

Dijo el Prof. Alberto Bueres, "las particularidades (de la resolución por autoridad del acreedor) son: ... Ser parte de la mora de uno de los contratantes -incumplimiento imputable- y de la situación in bonis del otro -la parte cumplidora-, ... se requiere el otorgamiento de un plazo de gracia..." (autor citado obra "Código Civil...", t. 3C, pág. 66, ed. Hammurabi).

El demandado solo contestó demanda, en ningún momento pretendió que el actor concluyera con su obra es decir exigir el cumplimiento de lo pactado, y ninguna constancia existe en el escueto plexo probatorio en tal sentido. Aun incluso admitiendo la existencia de responsabilidad lo que no surge de la pericial técnica, de algún daño por el accionar de F.

en la vivienda del accionado, este último durante un largo período guardó silencio, ni exigió la conclusión del contrato pactado ni la reparación de lo dañado. En idéntico sentido el demandado. Estas conductas no pueden estar fuera de una valoración al momento de decidir. "La doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión. Se trata de un impedimento de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar. Lo obstativo se apoya en ilicitud material –se infringe el principio de buena fe- de la conducta ulterior en contradicción con la que le precede. Y si se trata de un supuesto de ilicitud material que reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, considerado éste inescindible, noción aplicable indistintamente al ámbito contractual o extracontractual –también y fundamentalmente, dentro del proceso judicial- que conlleva como sanción la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien intenta ponerse en contradicción con su anterior conducta, deliberadamente manifestada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Y si bien es cierto que la doctrina del acto propio carece de una formulación autónoma y de una regulación específica, ello no impide que su aplicación halle fundamento normativo en lo dispuesto por los arts. 1198-1 y 1111 del Código Civil y en función de los cuales se potencia la buena fe, elevándola a la condición de cláusula general, abierta, norma recupero o estándar que, por tal, consiente fácilmente atrapar en su aplicación funcional, multiplicidad de casos que apuntan a descalificar la contradicción con la conducta propia previa" (Stigliz, Rubén, "Contratos Civiles y Comerciales", t. 2, pág.

450, ed. Abeledo Perrot-98, con citas doctrinarias y jurisprudencia). Se tiene expresado que venire contra Facttum proprium, significa, por lo general, tratar de destruir un efecto jurídico que uno mismo ha creado o producido en sus relaciones con otras personas.

Es a partir de estos razonamientos que comienzo a visualizar el planteo de las partes bajo una óptica diversa al magistrado de grado que entendió que la responsabilidad del demandado en su conducta antifuncional había producido la resolución del contrato (fs. 262vta.) y por lo tanto debía indemnizar al actor.

No analizó la mora en intimar ni tampoco tuvo en cuenta los defectos producidos en el inmueble de lo que da cuenta la inspección ocular y la pericial técnica (fs. 140 y fs. 161 y resolución interlocutoria 103/05 de fs. 12 del incidente de nulidad acollarado).

Como así tampoco, y mucho más significativo, la abstinencia de una conducta por parte de los contratantes de dar una solución a la vinculación que los unía, tardó un año en demandar el pago de supuestas deudas por trabajos y materiales, y el supuesto dueño del inmueble nunca exigió cumplimiento alguno y efectivo de lo pactado. Por lo cual si bien entiendo que no fue apelado el rechazo de la reconvención los fundamentos dados en la sentencia de grado son ajustados a derecho y no se contradicen con ningún argumento del memorial.

En cuanto al progreso de la acción, que es lo analizado, encuentro improsperable la demanda.

En esta materia, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que las circunstancias deben ser valoradas a la luz de los principios de

conservación y buena fe (art. 1198, 1ra. parte, Código Civil) y de la doctrina del abuso del derecho (art. 1071, ídem). por su parte, cuando existen dos contrapuestas demandas de resolución, y de daños dando por resuelto el contrato y la relación contractual entre las partes resulta paradójico y, finalmente, contradictorio con la voluntad de las mismas en ambas hipótesis (ver en este sentido Diez Picazo, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", ed. Civitas, vol. II, 4ta. ed., Madrid, 1993, p. 721). Por ello, atenta la actitud de las partes, resulta pertinente la resolución del contrato por culpa concurrente de aquellas en igual proporción (citar: ElDial - AF5A2).

Tampoco puedo dejar de señalar que se hallan en análoga posición de incumplimiento y mora recíproca, se torna de aplicación el art. 510 del Código Civil, aun no planteada específicamente por las partes a modo de excepción pero no es ajena la relación que existió entre ambos contratantes una situación en la que ambas partes se encuentren, por lo menos en un nivel neutro en cuanto a la mora; es decir, que ninguno de los dos sujetos de la relación sea moroso, o bien que los dos sean morosos, tal y como ocurrió en la especie, de tal modo que el caso encuadre en los términos del precitado art. 510, ya que entonces ni uno ni otro podrán ampararse unilateralmente en el retraso ajeno, dado que ambos se hallan en análoga posición (cf. Mosset Iturraspe-Novellino, “La obligación de escriturar”, pág. 158).

Tampoco ha ofrecido cumplir ninguno de ellos. En suma, existen incumplimientos y mora recíproca que torna de aplicación el art. 510 del

Código Civil.

"Puede decirse que el estado de mora inhabilita al moroso para poder a su vez constituir en mora a la contraparte" (Belluscio-Zannoni, "Código Civil…", t. 2, pág. 608, ed. Astrea-79).

De la documental agregada surge que recién sin intimar la resolución del contrato intimó pagos pendientes el actor un año después de suscripto el contrato que lo unió con el demandado, y siguiendo al Prof. Bueres puedo afirmar que ha acreditado la justificación del incumplimiento del demandado (comentario art. 1201 del CC –Cód.Civil comentado, t.3C, pág. 58-), la falta de voluntad de ambas partes a dar una solución y el alejamiento del principio de buena fe que debió primar la relación.

Sin perjuicio de considerar que existió una responsabilidad de ambas partes y que ello acarrea el rechazo de la demanda y la confirmación de la sentencia en idéntico sentido de la reconvención, agrego que, el lucro cesante consiste en la frustración concreta de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir sea la víctima del acto ilícito, o el acreedor de la obligación por la falta del oportuno cumplimiento (Jorge Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 9° edición ampliada y actualizada, ed. Abeledo – Perrot, pág. 170). No se da en el caso, sino el concurrente comportamiento de ambos, y más aún el desinterés del accionante, la concurrencia de culpas en la frustración del contrato además en el caso concreto del reclamo del actor no se acreditó "... la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento;..." (G.A. Borda, "'Tratado de Derecho Civil, Obligaciones,

T° I, 7° edición actualizada, ed. Perrot, pág. 149 –concepto de lucro cesante-).

Por estos motivos adhiero a lo resuelto por la Dra. Melero y recuerdo lo dicho por el STJ de nuestra provincia: "la circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia pues los jueces son libres de decidir los elementos que forma la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión (voto Dr. Torrejón, sent. def. del 1-6-98), más aún: "la mayoría de los votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no necesariamente debe exigirse la existencia de fundamentos iguales, sino cada juez debe dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. Es que si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos por cada miembro del tribunal. Por lo que considero que para determinar si existe mayoría, en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en argumentos distintos, lo que debe sopesarse que estos no se excluyen jurídicamente entre si de manera que no tengan afinidad acumulativa indispensable (STJ causa **** fecha **-**-**).

La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no significan sin más que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los

mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos (SI nro. 88SRE/04, SD NRO. 45/SER/95, SI NRO. 124/SER/06 entre otras).

En relación con la imposición de las costas en la instancia de grado -queja del apelante-, carece de virtualidad jurídica el tratamiento por cuanto por imposición del art. 282 del Cód. Proc. deben readecuarse. Igual suerte corre la apelación de honorarios de fs. 271/272vta., por cuanto deben, asimismo, reajustarse al nuevo pronunciamiento.

Atento a cómo fue resuelto el pleito, las costas de la instancia de grado y de esta Alzada se imponen por el orden causado, difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas oportunidades al momento del acuerdo.

Por coincidir con la magistrada que emitió su voto en primer orden, doy por reproducida su fórmula postulatoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el apelante demandado reconviniente a fs. 292/296vta. y, por las conclusiones arribadas en los considerandos pertinentes, revocar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 264/267, rechazando tanto la demanda planteada por el actor a fs. 13/14vta.

como la reconvención interpuesta por el demandado reconviniente a fs. 28/36vta.

2) Imponer las costas de primera y segunda instancia en el orden causado.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. G. C. en la suma de PESOS TRES MIL DOSCIENTOS ($3.200), a los Dres. J. L. E., J. M. y C. O., conjuntamente, en la suma de PESOS DOS MIL DOSCIENTOS ($2.200) y de la perita arquitecta M. S. S. en la suma de PESOS MIL ($1.000).

4) Por los trabajos realizados en la alzada, se regulan los honorarios profesionales de los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en la suma de PESOS SEISCIENTOS SESENTA ($660).

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"