Esquel, de noviembre de 2010.-

------<u>VISTO</u>: ----------

------Los recursos de apelación intentados por la actora a fs. 764 contra la resolución Nº 238 de fecha 05 de agosto de 2010 que luce agregada a fs. 760/762 y por derecho propio por el Dr. J. H. W. contra la regulación de honorarios efectuada a su favor en la mencionada resolución; y ----------

------<u>CONSIDERANDO</u>: ----------

------1. Que la resolución de primera instancia (v. fs. 760/762 vta.) decide no hacer lugar al planteo de la parte actora en cuanto a que se ha cumplido la obligación pactada, imponiendo las costas al actor perdidoso C. d. A. S.A., regulando los honorarios profesionales del Dr. J. H. W. en la suma de pesos cuatrocientos ($ 400), en razón de la incidencia articulada con más el IVA si correspondiere.----------
---

------2. Que contra el decisorio se alza la actora (fs. 778/781), en razón de no coincidir con la interpretación efectuada por el *a quo* en relación al alcance del convenio oportunamente alcanzado y que luce en acta de fs. 610 y vta.----------

------A criterio del apelante, el Sr. Juez resuelve en base a una pauta genérica y utilizando un silogismo que no tiene anclaje en circunstancias fácticas y probatorias de autos. En tal sentido, manifiesta que si se realiza una interpretación auténtica del contrato de locación de obra resulta que las obligaciones asumidas por las partes son -en el caso del demandado - aportar su tierra, el proyecto, la mensura y los materiales para llevar a cabo la obra, mientras que la obligación del actor consiste en trazar y construir las calles y hacer una rotonda, todo ello conforme la normativa Municipal. De manera que si

no se aporta el material y no se facilita el acceso al lugar de la rotonda no puede cumplir con la obligación contraída.----------

------3. También, apeló por derecho propio el Dr. J. H. W. por estimar bajos los honorarios regulados en su favor, sosteniendo que es de aplicación el art. 22 de la ley arancelaria.----------

------4. Que en el caso bajo análisis y de la lectura de los elementos de convicción aportados a este proceso, podemos colegir que las partes firmaron un convenio que luce agregado a fs. 610 que fue homologado y notificado al Sr. L. el día 24 de agosto (fs. 682vta.), el que estableció un plazo de ejecución de 120 días a contar desde la homologación.------

---

------También, en el mismo convenio las partes previeron que en caso que el Sr. L. no cumpliera las obligaciones asumidas y después de vencido el plazo de 120 días convenido con aquél, los ejecutará C. d. A. S.A. al Sr. L..----------

-----De modo que la empresa C. d. A. S.A., ante el vencimiento de aquél plazo sin que el Sr. L. ejecutara los trabajos convenidos, se hizo cargo de ellos y luego informa en el expediente que cumplió con el 98% de la obra atribuyendo la tardanza del 2% restante a una causal imputable al demandado, por no aportar los materiales, ni liberar la zona de la rotonda que se encuentra con alambrados.----------

------Por su parte la demandada argumenta que se ha pactado una obligación de hacer y no la entrega de materiales y que no existe impedimento a causa de alambrados.----------

------Así las cosas, las partes en este juicio asumieron obligaciones recíprocas, las que surgen del contrato de ejecución de obra (fs. 7/9) y del convenio homologado (fs. 610) y que según las constancias de autos, debemos anticipar que a juicio de este Cuerpo, al día de la fecha el convenio homologado no se encuentra cumplido por la actora apelante.----------

------Así, la actora, y con la finalidad de querer realizar los trabajos, a fs. 623 hace la primera denuncia, en febrero de 2009 de la existencia de los alambrados que impiden la entrada al lugar donde está proyectada la rotonda; la propia actora expone en una audiencia, en el juzgado de origen –el día 30 de marzo de 2009– (v. fs. 643/644), el impedimento que constituyen los alambrados que individualiza; en función de ello a fs. 651 vta. se ordena el mandamiento de constatación a fin de verificar la existencia de aquellos alambres; a fs. 710 el actor solicita se intime al demandado a entregar los materiales y a permitir el paso de la máquinas; en la audiencia del día 29 de abril de 2010 (v. fs. 741) el representante de C. d. A. S.A. y el Sr. L. expresan que están dispuestos a finalizar la obra, que tienen la capacidad técnica para hacerlo pero es necesario que los terceros ocupantes que impiden el acceso a la propiedad, inquilinos de los demandados, la desocupen para marcar y amojonar la rotonda y finalizar con los trabajos. O sea que existen numerosas diligencias en el expediente por parte del actor tendientes a lograr la finalización de la obra.----------

------Mas, no se advierte de los presentes autos que los demandados hubiesen asumido la obligación de proveer los materiales a los fines de la realización de la obra.----------

------En efecto, del convenio que luce en el acta de fs. 610, surge que el Sr. L., hoy subrogado por la actora, ha asumido una obligación de hacer, y conforme lo dispuesto por el art. 625 del Código Civil, el obligado debe ejecutar el hecho "*...del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara.*" A su turno, el art. 1629 de la misma ley sustantiva, dispone que: "*Puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solo su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal.*" En su función, y no surgiendo del Contrato de Ejecución de Obra de fs. 6/8 ni del convenio de fs. 610 la obligación de los demandados de

proveer los materiales, del juego armónico de los artículos antes mencionados, se desprende –a criterio de esta Alzada– que es la propia actora quien debió acreditar la existencia de aquélla obligación que estima hoy incumplida, circunstancia que no sucedió. Y siendo la carga de la prueba, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés, quien omite probar se expone al riesgo de una sentencia desfavorable, por lo que anticipamos que el interlocutorio hoy en crisis, será confirmado.----------

------Por todo lo hasta aquí expuesto y en el contexto descripto, coincidimos con el Sr. Juez apelado en que las obras convenidas en el acuerdo homologado de fs. 610 no están finalizadas y las calles no están construidas de acuerdo a las ordenanzas de la Municipalidad de Lago Puelo (v. fs. 626/630), por lo que, como ya dijimos, la resolución apelada será confirmada.----------

------Respecto a los honorarios apelados por el Dr. W. este Cuerpo entiende que le asiste razón al recurrente en razón de que lo que se persigue, a través del cumplimiento del acuerdo homologado, es la entrega de las hectáreas comprometidas por lo que el monto del proceso está dado por el valor de las mismas, el que deberá determinarse oportunamente conforme lo dispone el art. 22 de la Ley XIII N° 4 DJP –antes Dto. Ley 2200, en adelante el Arancel.----------

------Sentado ello, corresponde modificar los emolumentos fijados y determinarlos en porcentaje conforme lo establece el art. 46 del Arancel, debiendo merituarse la naturaleza y complejidad de las cuestiones debatidas, mérito de la labor desarrollada, resultado obtenido, carácter con que actuaran y que se trata de un incidente planteado en la ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 18, 32, 39 y 46 del citado arancel).----------

------En base a lo señalado precedentemente, este Cuerpo entiende que corresponde fijar los honorarios del Dr. J. H. W. en un 2,31% del monto

del proceso con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en la anterior instancia.----------

------Las costas de esta Instancia deben ser impuestas al actor (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203), regulando los honorarios del Dr. J. H. W. en un 0,69% y los del Dr. J. J. R. **M.** en un 0,40%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine conforme lo dispone el art. 22 del Arancel.---

---

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,----------

----------R E S U E L V E----------

------**1°) CONFIRMAR** la resolución N° 238 de fecha 05 de agosto de 2010 (fs. 760/762); por los considerandos expuestos, modificando los emolumentos fijados al Dr. J. H. W., los que se regulan, en definitiva, en un 2,31% del monto del proceso con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine conforme lo dispone el art. 22 de la Ley XIII N° 4 DJP –antes Dto. Ley 2200, por la labor desarrollada en la anterior instancia. (arts. 5, 6, 8, 18, 32, 39 y 46 de la citada ley).----------

------**2°) IMPONER** las costas de esta Instancia al actor (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203), regulando los honorarios del Dr. J. H. W. en un 0,69% y los del Dr. J. J. R. M. en un 0,40%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine conforme lo dispone el art. 22 de la Ley XIII N° 4 DJP –antes Dto. Ley 2200.----------

------**3°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto

Jurídico de la provincia) y encontrarse excusado de actuar el Dr. Claudio A. Petris.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS J. LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° 308 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DEL AÑO 2010. CONSTE.