En la ciudad de Trelew, a los 05 días de octubre del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Guillermo Nicolás Walter y la presencia de los Sres. Jueces del Tribunal Dres. Aldo Luis De Cunto y S. Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., D. I. c/ A., S. A. y Otro c/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 130 - Año 2023 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado con fecha 02/08/2023.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:

Vienen estas actuaciones al conocimiento de este tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos por la parte actora, mediante escrito electrónico ID 915323 (fs. 507), y por el co-demandado Sr. C. E. S., mediante presentación ID 820429 (fs. 514), en contra de la sentencia definitiva dictada en autos, obrante a fs. 488/500.

La sentencia apelada resolvió hacer lugar a la demanda por rescisión del contrato de locación de obra en los términos del art. 10 bis inc. c) de la Ley 24.240, y los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, entablada por la Sra. D. I. S. en contra del Sr. S. A. A., condenando a este último a que abone a la actora en el plazo que fija la suma de $ 316.000 con más sus intereses a la tasa y a calcular en la forma que indica en los respectivos considerandos. Ello con costas al mencionado demandado. Asimismo, desestima la demanda interpuesta por la Sra. D. I. S. contra el Sr. C. E. S., sin imponerle las costas a la actora por estar alcanzada por el beneficio de litigar sin gastos contemplado por el art. 11 de la Ley VII N° 22.-

A fs. 547/548, luce agregado el escrito electrónico ID 982964, suscripto por la actora y el co-demandado Sr. S. A. A., por el cual practican liquidación conjunta, formulan acuerdo de pago y solicitan apertura de cuenta bancaria. Ello dio lugar a que por providencia de fs. 550, se requiriera a la actora y al co-demandado C. E. S., que manifiesten la actitud a seguir respecto del recurso de apelación que plantearan, presentándose la actora expresando, por escrito obrante a fs. 553, su voluntad de que el recurso se sustancie y resuelva por esta Alzada por las razones que expone.

El escrito de expresión de agravios de la parte actora se halla glosado a fs. 560/566.

Ordenado su traslado a la parte contraria mediante providencia de fs. 568, éste fue evacuado por presentación obrante a fs. 571/572 vta.

A fs. 574, se dictó sentencia interlocutoria N° 015/2023, por la cual se declara la deserción del recurso de apelación interpuesto por el co-demandado Sr. C. E. S.

I.- La parte actora recurrente, previo reseñar los antecedentes de la causa formula los siguientes agravios, a saber:

a) Aplicación inmediata del CCyC- Ley más favorable al consumidor:

Cuestiona que el Sr. Juez a quo haya dispuesto que el caso debe resolverse atendiendo a las normas del Código Velezano, para lo cual tuvo en cuenta que la relación negocial tuvo nacimiento durante la vigencia del antiguo Código Civil (año 2014) y que feneció de un modo anormal durante la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, considerando que la ley supletoria no se aplica en forma inmediata a las relaciones contractuales en curso. Entiende que las normas del CCyCN debieron ser aplicadas de forma inmediata por haberse realizado los reclamos extrajudiciales y haber finalizado la relación negocial en forma posterior a la entrada en vigencia del mismo (01/08/2015), y, por ser una norma más favorable al consumidor. Afirma que no cabe duda que al momento de la entrada en vigencia del CCyCN la relación jurídica se encontraba “en curso”. Asimismo que las disposiciones del Libro III, Título III del CCyCN relativas al contrato de consumo resultan más favorables al consumidor que las disposiciones del derogado Código Civil. Advierte que el propio Juez de la anterior instancia contradictoriamente ha dicho que la nueva ley supletoria no se aplicaría excepto que sea más favorable al consumidor sin realizar ninguna comparación posterior entre ambas normas. Cita la SIC N° 13/18 de ésta Cámara. Añade que, sin perjuicio de ello, en varios pasajes de la sentencia que ataca se hizo referencia a la aplicación inmediata de las disposiciones del CCyCN, citando el considerando V, punto c) y el VI, entre otros en los cuales citara normas de dicho cuerpo sustantivo. Refiere que se ha dicho que las leyes de protección al consumidor, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata por tener raigambre constitucional y en virtud del principio protectorio propio del Derecho del Consumo. Finaliza solicitando se revoque en tal porción la sentencia apelada disponiendo que el CCyCN resulta de aplicación inmediata a la situación jurídica de autos por resultar la ley más favorable al consumidor.

b) El codemandado S. está alcanzado por la Ley 24.240. Cuestión resuelta y firme: Indica que el Juez a quo a los fines de concluir sobre la supuesta falta de legitimación pasiva del mencionado codemandado S., expuso que no se encontraba alcanzado por la Ley 24.240, lo que le causa agravio. Refiere a lo expuesto por esta Cámara en la citada SIC N° 13/18, zanjando esta cuestión y estableciendo que los profesionales con título universitario y con matrícula son proveedores cuando contraten con un consumidor, por lo que solicita que se revoque la sentencia apelada.

c) El codemandado S. no es ajeno a la relación y debe responder por aplicación de la normativa vigente: Se agravia que se haya considerado para justificar la falta de legitimación pasiva de S. que éste no intervino en la rúbrica del contrato de obra con provisión de materiales celebrado entre su parte y A., sin analizar los restantes elementos de prueba y el derecho aplicable. Manifiesta que la sentencia apelada omite numerosos

documentos y circunstancias que llevan necesariamente a responsabilizar a S. por los daños y perjuicios ocasionados a su parte y que justifican sostener que el mismo no es ajeno al reclamo de autos. Pasa a citar, por caso, el presupuesto de honorarios profesionales de fecha 24/02/2014, el que fuera acompañado como anexo III junto con el escrito de demanda, de puño y letra de S. y dirigido a su parte, en el que se indica que incluye la dirección de obra y representación técnica para la correcta ejecución de los trabajos de acuerdo al proyecto elaborado; la copia del plano aprobado por la Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Puerto Madryn (Secretaría de Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Puerto Madryn), en el que dice que se puede ver que éste se encontraba a cargo del Proyecto, Dirección de Obra y Representación Técnica de la construcción. Postula que, independientemente que S. no haya firmado el contrato de obra en el que intervino A. no cabe duda que es responsable en los términos de la normativa aplicable, en particular de las disposiciones del CCyCN, que lo responsabilizan en su carácter de proyectista, director de obra y representante técnico de la construcción. Refiere que en la demanda se detalló cual era la responsabilidad de S. como "guardián" citando jurisprudencia que individualiza. Observa que en la demanda se citó expresamente el art. 1277 del Código Civil y Comercial de la Nación titulado "Responsabilidades complementarias", el art. 1274 titulado "Extensión de la responsabilidad por obra en ruina o impropia para su destino", y, agrega que también citó en su demanda el art. 1646 del Código Civil. Sin perjuicio de ello, continúa diciendo, el Juez de grado no tuvo en cuenta ni analizó la normativa aplicable que responsabiliza a los arquitectos que intervienen en una construcción u obra en ruina o impropia para su destino, limitándose a concluir que el Sr. S. no tenía legitimación pasiva por no haber firmado el contrato de obra. Finaliza solicitando que se haga lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada en contra del mencionado codemandado.

d) Capitalización de intereses. Aplicación del art. 770 CCyCN: Se agravia que el Juez a quo no haya dispuesto expresamente la capitalización de intereses prevista en el art. 770 inc. b) del CCyCN. Postula que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria en la materia entiende que al reclamarse los intereses en la demanda corresponde aplicar el régimen legal de tales accesorios incluyendo los supuestos de excepción a la prohibición del anatocismo previsto en la citada norma. Cita jurisprudencia vinculada al tema y en el sentido que postula a cuya lectura remito por razones de brevedad. Plantea reserva de caso federal y, en el petitorio de estilo, solicita que se haga lugar al recurso de apelación y se revoque parcialmente la sentencia apelada.-

El codemandado S. responde a dichos agravios expresando que con excepción del razonamiento del Juez a quo sobre la inexistencia de vinculación del Arq. S. con la relación contractual que unió a la actora y demandado, en la expresión de agravios de la actora no

se atacan los restantes tópicos de la sentencia por lo que –sostiene– se encuentran firmes. Expresa que la claridad de la sentencia en cuanto que su parte no participó de la celebración del contrato y su adenda debió la actora dirigir su crítica contra dicha porción del fallo brindando un razonamiento por el cual se demuestre que es equivocado teniendo como base prueba que se constituya en soporte de tal aseveración. Apunta que desatendiendo esa cuestión se hace girar la argumentación del agravio en torno a la calidad de director de obra y representación técnica que se le atribuye a su parte, calidades que no participaron de la decisión de la actora al resolver el contrato de obra conforme su carta documento del 26/07/2017, valoradas por el Juzgador de grado para hacer lugar a la pretensión en contra del codemandado A. Pone de manifiesto, como ya lo hiciera al responder a la demanda, que la propia actora desvincula al Arq. S. de la dirección de obra en su carta documento de fecha 15/09/2015, en la cual negaba que la dirección de obra sea ejercida por el mencionado. Observa que tales manifestaciones se contradicen con el argumento desarrollado en su expresión de agravios, cabiéndole la regla de la prohibición de ir contra el acto propio. Añade que los requerimientos resolutorios mediante las comunicaciones postales fueron dirigidos solo al codemandado A., siendo el Arq. S. ajeno a ellos no siendo alcanzado por los efectos jurídicos que vinculan a la actora con el mencionado codemandado y en consecuencia, expresa, no puede ser comprendido por la obligación de reparar puesta en cabeza de A. Concluye que el incumplimiento que produjo la resolución del contrato de obra tuvo como único autor al demandado A., con lo cual la actividad profesional del Arq. S. ha sido ajena a la frustración del negocio jurídico y por lo tanto ninguna consecuencia tiene respecto de los daños que se mandan reparar en conexión causal con ese hecho. Mantienen el planteo de caso federal realizado al responder a la demanda. Finaliza solicitando se confirme la sentencia dictada en la anterior instancia, con costas.

II.- En los límites determinados por el contenido de los agravios que se han reseñado ingresaré a su tratamiento siguiendo el mismo orden y nominación con la que fueron planteados por la recurrente.

a) Aplicación inmediata del CCyC- Ley más favorable al consumidor: Respecto al tópico del presente agravio el Juzgador de la anterior instancia con cita doctrinal de apoyo expuso textualmente lo siguiente, a saber: *"... en este caso particular la relación negocial tuvo nacimiento durante la vigencia del Código Civil Velezano y feneció de un modo anormal durante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Sin perjuicio de tal acontecer y en tanto que dichas leyes supletorias constituyen una excepción a la aplicación inmediata del nuevo CCyC –salvo para aquellas cuestiones que resulten indisponibles, en los términos del art. 962 de dicho cuerpo legal- no caben dudas que el caso debería resolverse atendido las normas del Código Velezano. Ello en un todo de acuerdo con el*

art. 7 del CCyC que replica el art. 3 del Código Civil de Vélez conforme al cual la nueva ley supletoria (excepto que sea más favorable al consumidor) no se aplica en forma inmediata a las relaciones contractuales en curso. Esto significa que el contrato se sigue rigiendo por la ley vieja, aun cuando está derogada por una nueva... (…) Que, en definitiva, la nueva norma de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuará regida, en todo lo que hace a su constitución, modificación o extinción como en lo relativo a sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley que estaba vigente al tiempo de celebrarse el contrato…" (Sic) (Ver: considerando I, fs. 491 y vta.).-

A tenor de lo transcripto y a poco que se verifica que el planteo actoral de origen se funda en las normas que tutelan al consumidor y al usuario, las que precisamente no son supletorias sino imperativas, tengo para mí que le asiste la razón a la parte actora recurrente con relación al tópico.

Ello así, atento que, en los términos contemplados por el art. 12, 1ª parte del CCyC, en juego armónico con la previsión del art. 65 de la Ley 24.240, las normas de tutela del consumidor y del usuario son de orden público, lo cual –se ha dicho– conlleva el carácter de imperativas, inderogables y obligatorias (Conf.: Borda Guillermo A., "Concepto de ley de orden público", L.L. 58-1950 y s.s.; id., aut. Cit, en Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. La Ley, 13ª ed., año 2008, pág. 66/67, n° 47; ídem, Mosset Iturraspe, Jorge, "El orden público y la tutela del consumidor y usuario", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Orden público y buenas costumbres", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2007-3, pág. 49 y s.s.; Lovece, Graciela, en "El orden público en la teoría del contrato", en Revista de Derecho Privado y Comunitario "Contratos. Parte general", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2016-3, pág. 127 y s.s., en particular punto 3.3, pág. 143/145).

Por esto, mediante la declaración de orden público de las normas de protección al consumidor se entiende que el legislador ha impuesto una norma de carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. Lo dicho sin soslayar que tales normas protectorias, aún cuando imperativas, puedan resultar igualmente en algunos supuestos subsidiarias o supletorias –no en el sentido de disponibilidad de sus normas, que *in totum* son de orden público–, en cuanto pueden auxiliar a otras normas o leyes para situaciones no previstas por éstas (por ejemplo: la supletoriedad o subsidiaridad prevista en los arts. 25 y 63 de la LDC).

Hago notar, además, que la misma obra doctrinaria que fuera citada por el Juzgador de grado, aludiendo a los fundamentos de la reforma introducida al anterior art. 3º del Código Civil, señala que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. Así, Aída Kemelmajer de Carlucci explica que la norma del art. 7º del CCyC tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre

la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo, que el CCyC recoge no sólo en los artículos 1096/1122 sino que extiende a otros ámbitos específicos (por ejemplo cita en tal sentido a los respectivos artículos referidos a los contratos bancarios, el cementerio privado y el tiempo compartido (Conf.: Aut. Cit., en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2015, pág. 60/61; id., misma autora, en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, pág. 216, & 35.3).-

De manera tal que habiéndose concertado el negocio jurídico contractual que vinculara a las partes con anterioridad a la entrada en vigencia del Código unificado, pero habiéndose extinguido el mismo ya encontrándose vigente el CCyC (mediante CD N° X. de fecha 03/08/2017), éste último cuerpo normativo es el que resulta de aplicación inmediata a todas las consecuencias ligadas a su extinción, debiendo regir, pues, el caso planteado en estos actuados. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se lo considere.

b) y c) El codemandado S. está alcanzado por la Ley 24.240. Cuestión resuelta y firme - El codemandado S. no es ajeno a la relación y debe responder por aplicación de la normativa vigente: Se examinarán los agravios del epígrafe en conjunto dada su estrecha vinculación, desde que lo que se resuelva respecto de uno puede eventualmente proyectar sus efectos en la resolución del otro.-

De inicio es menester observar que, tal como lo pone de manifiesto la parte actora recurrente en sus fundamentos del agravio, este Tribunal ya se expidió en este mismo proceso sobre la cuestión relativa a si las normas de defensa del consumidor y el usuario se aplican a los profesionales universitarios, sea que se hallen matriculados o no, esto es, si se los puede considerar abarcados en la calidad de proveedores de servicios profesionales como potenciales sujetos pasivos de los conflictos derivados de un vínculo de consumo, ello así –en prieta síntesis-, a partir de la vigencia y aplicación preferente del Código de fondo unificado por resultar ésta la norma más favorable al consumidor en tanto que no los excluye.-

Habida cuenta de lo cual, se constata que tal primaria e inicial intervención de esta Alzada sucedió con motivo de resolver el recurso de apelación que se dedujera en subsidio del recurso de reposición planteado en contra de la providencia de fecha 08/11/2017 (ver: escrito de fs. 87/90), dado que el Tribunal de grado desestimó el recurso de revocatoria por S.I. N° 05/2018 –según registro y numeración correspondiente al protocolo respectivo del Tribunal de la primera instancia– (ver: fs. 94/96).

De manera tal que, al tiempo de resolver dicho recurso de apelación planteado en subsidio, en lo que aquí ahora interesa, específica y puntualmente en el considerando V), efectivamente se expuso lo siguiente, a saber: *"…Por último, y más allá de lo sostenido*

por la parte actora en orden a que al arquitecto la normativa consumeril le resulta inaplicable, lo cierto es que el contenido del art. 1093 del C.C. y C. es más amplio que el art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor pues este último excluye expresamente a los servicios profesionales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula, salvo respecto a la publicidad de la calidad de proveedor en el marco de la LCD. Ahora bien, el art. 1093 citado hace hincapié en la profesionalidad del servicio prestado al consumidor o usuario, sin distinguir si esos servicios son prestados por una empresa comercial o por un profesional con título universitario y matrícula. Esta amplitud de concepto, que no abunda ni en precisiones ni en exactitudes, tiene como consecuencia la supresión parcial del segundo párrafo del art. 2 de la ley 24.240, por imperio del art. 3 de la LDC, 1093 y 1094 del C.C. y C., no pudiendo sino concluirse que los profesionales con título universitario y con matrícula son proveedores, cuando contraten con un consumidor…" (Sic) (Ver: S.I.C., N° 013/2018, obrante a fs. 100/102).-

Dicho resolutorio quedó firme y ejecutoriado, adquiriendo por ello la cualidad de cosa juzgada. Habida cuenta de lo cual, lo resuelto en definitiva por el Tribunal de la primera instancia, en tanto declara la falta de legitimación pasiva del arquitecto co-demandado C. E. S., no pudo válidamente alterar o modificar el contenido sustancial sobre el cual se expidiera en sentido contrario este Tribunal en el anterior decisorio precitado, el que ya se encontraba firme operándose a su respecto la cosa juzgada y que, insisto, consistió en la determinación de la aplicabilidad a los profesionales universitario con matricula de las normas de tutela al consumidor y usuario.-

En tal dirección, le asiste parcial razón a la parte actora recurrente, en cuanto el Juzgador de la anterior instancia, como argumento complementario (*"…De otro lado…"*), indicó la exclusión de los profesionales universitarios con matricula prevista en el art. 2 de la Ley 24.240 que transcribe.

Empero, se ha dicho que cuenta solo con parcial razón, por cuanto es de ver que la primaria y dirimente razón por la cual se declaró la ausencia de legitimación pasiva del arquitecto codemandado S., finca en que no se acreditó en este proceso que se hubiera contratado con él la dirección de la obra y la representación técnica que se le atribuyera en el contrato de construcción de obra obrante a fs. 27/30 vta., el que no suscribió dicho profesional, como así tampoco lo hizo a su adenda de fs. 32 de la documental adjunta. Advierto, además, que no solo no suscribió dichos actos jurídicos contractuales sino que no fue mencionado siquiera como partícipe interviniente en su concertación.

Y, luego, también se observa que al describir el fundamento de la atribución de responsabilidad que se le pretende atribuir a dicho profesional en el escrito de demanda, se lo hace con sustento en una instrumental distinta a la anteriormente citada, cual es, el

presupuesto de honorarios profesionales obrante a fs. 23 de la documental (Ver: escrito de demanda, capítulo a.2., fs. 67 vta.).

Nótese en tal sentido que en el escrito de demanda, en el capítulo donde la actora describe cuáles fueron los incumplimientos de los demandados, al referir puntualmente al incumplimiento que enrostra al arquitecto mencionado, se expresó: *"…el mismo incumplió con las obligaciones que le eran propias en su carácter de Proyectista, Director de Obra y Representante Técnico en la construcción. Es que mientras se ejecutó –deficientemente- la obra en cuestión, el Arquitecto nunca se hizo presente en la misma a los efectos de dirigir o siquiera ejercer un mínimo control sobre su avance…"* (Sic) (Ver: escrito inicial, capitulo a.4., párrafo 4º de fs. 69 vta.).

Pues bien, *ab initio* cabe señalar que resulta jurídicamente irrebatible que no resulta factible identificar un presupuesto con un contrato de servicios profesionales efectivamente acordado. Es que el presupuesto es un mero documento emitido unilateralmente –de común– por el prestador de servicios o de obra potencialmente requerido, mediante el cual se detallan los costos estimados de aquello que le sería encomendado de ser finalmente contratados sus servicios. Es decir, el propósito del presupuesto es proporcionar una estimación de cuánto costará llevar a cabo la actividad que es de interés del potencial requirente de sus tareas profesionales. En cambio, sabido es que un contrato es un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial que establece los términos específicos que deben cumplirse para llevar a cabo el servicio y/u obra del que se trate su objeto. Tal documento puede formar parte, o no, de las denominadas tratativas contractuales dirigidas a promover la formación de un contrato, pero que las partes pueden abandonar en cualquier momento. Es decir, el contenido de las tratativas varía según la función económico-social de la operación jurídico-económica en gestación, pero en ningún caso vincula a sus partícipes, encontrándose relacionadas más estrictamente con el deber de información recíproco entre los interesados ante sondeos vinculados a satisfacer una necesidad. Sin embargo el contrato solo se perfeccionará si las partes interesadas alcanzan una declaración de voluntad común, lo cual como se ha dicho no ocurrió en el caso sub-examen (Conf.: art. 957, 958, 961, 990, 993 y concordantes del CCyC).

Y, en tal diferenciación se infiere que nada obsta que aquello de las tareas profesionales detalladas en el presupuesto emitido, se haya ejecutado solo una parte de la encomienda originalmente calculada en su costo, es decir me refiero a la porción consistente básicamente en la ejecución del anteproyecto para el B. H., la aprobación de los planos por el Municipio correspondiente y el plano de obra –legajo técnico– necesario para la ejecución final de la vivienda proyectada. Es más, esta prestación, la que solo puede ser satisfecha por un profesional arquitecto, importa un resultado intelectual con sujeción a normas técnicas y urbanísticas. En tal posible encomienda la labor presupuestada por el

arquitecto se trata de planear o proyectar, esto es, “dibuja” la futura obra, debiendo confeccionar y suscribir los planos, por lo que en puridad lo que involucra es un resultado intelectual. Obviamente, que si se le hubiera atribuido en la demanda alguna deficiencia a los planos proyectados eventualmente correspondería que el profesional respondiera por los daños que derivaran de las posibles insuficiencias, incorrecciones e inexactitudes que se le hubieran asignado al proyecto, empero –reitero– este tampoco es el caso planteado en el supuesto bajo examen.

Es más, puede avizorarse que las tareas relacionadas a la “Dirección de obra y Repr. Técnica PB”, las cuales incluso se especifican en dicho presupuesto que *“incluye toda la tarea de control de obra para la correcta ejecución de los trabajos de acuerdo al proyecto elaborado y la representación técnica del propietario en cualquier cuestión técnica relacionada a la obra.”* (Sic) (Ver: fs. 23), involucra otra tarea que es diversa y que debe ser debidamente distinguida de la dirección de obra intelectual antes referida. Es que en ésta el agente, que formando parte de la dirección facultativa o derecho de verificación del desarrollo, avance y calidad de la edificación contemplado en el art. 1269 del CCyC, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define. Esto es, la dirección facultativa de la obra engloba la actividad de los técnicos encaminada a la interpretación y ejecución material del proyecto de edificación en sus vertientes técnica, económica y estética. En tal sentido, normalmente, el proyectista es el que asume la dirección de obra, por el sencillo motivo de que es quien mejor conoce los detalles conformados por el complejo conjunto documental que configura el proyecto, sin embargo y dado que el proyecto es en sí mismo una “obra consumada y perfecta”, viable para su ejecución material, nada impide que sea otro técnico diferente el que asuma la dirección de una obra proyectada por otro (Conf.: Tallone, Federico C., “El régimen de responsabilidad civil de los profesionales de la construcción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista de Derecho de Daños “Responsabilidad de los profesionales”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2016-3, pág. 459 y s.s.; id., Gregorini Clusellas, Eduardo L. y Gregorini Leonardo Rafael, en “Contrato de obras y servicios. Sus obligaciones e incumplimientos”, en Revista de Derecho de Daños “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2019-1, pág. 175 y s.s.; ídem, Bertone, S. O., “Los contratos de obras y de servicios, y un “rosario” de razones para no igualar lo desigual”, publicado el 4/06/2018, en MJ-DOC-13566-AR/MJD13566; mismo aut., “La dirección de las obras y la consagración legislativa de un cambio de paradigma”, en La Ley AR/DOC/3235/2016; ibídem, López Mesa, Marcelo “Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación”, La Ley 04/04/2016, TR LALEY AR/DOC760872016).

Ahora bien, en este punto resulta como consecuencia evidente que esta última encomienda "dirección de obra" debe ser contratada con el profesional que se elija para satisfacer con tal prestación mediante la cual se ejerza el derecho (o carga) de verificación de la obra de titularidad del comitente del contrato de construcción propiamente dicho, prestación profesional ésta que no puede ser confundida de modo alguno con este último contrato. Ello desde que, por caso, el contrato de construcción de obra no requiere que quien se comprometa a ejecutarla sea una persona humana (el constructor contratante puede ser una persona jurídica) y ni siquiera requiere de que se trate de un profesional. Esto es, cualquier persona puede desempeñarse como empresario constructor; en cambio, el objeto del contrato mediante el cual se encomienda la dirección de obra requiere que el co-contratante sea una persona humana y, además, que cuente con un título habilitante para la ejecución de la misma ("*prima facie*" dirigir una obra por imperio del art. 43 de la Ley 24.521, es una actividad reservada para ingenieros o arquitectos), cual es, realizar la inspección de la obra para verificar que a su comitente le entreguen aquello que le prometieron construir según lo proyectado en los planos aprobados (Conf.: Bertone, S. O., op. Cit., La Ley, 2017-A, 707; id. Rondina Homero y Rondina Gerardo, en "Daños en la construcción", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 565 y s.s,).

Y, en este contexto hermenéutico resulta incontrastable que no se aportó elemento de prueba alguno que permita inferir mínimamente siquiera la efectiva existencia de la postulada contratación de la dirección de obra que pretende adjudicar la actora al arquitecto co-demandado en autos, Sr. C. E. S. Por el contrario, correctamente el Juzgador de la anterior instancia apuntó que el contrato obrante a fs. 27/30 y su adenda de fs. 32, no fue suscripto por -ni participó en su celebración- el mencionado profesional.

Es más, cabe agregar, extremando la interpretación que pudiere realizarse de los términos en que dicho profesional fuera mencionado en el contrato de construcción de obra, lo siguiente: en primer lugar, que no cabe abrigar duda alguna de que éste no fue parte en dichos instrumentos, siendo solo mencionado por los únicos contratantes del negocio jurídico suscripto por ellos y adjunto en estos actuados –propietaria y constructor– como *"…quien ejecutará la dirección y representación técnica de la obra…"* (Sic). A tenor de tal manera de realizar esta mención de quien sería el que ejecutaría la dirección de obra y representación técnica, a todo evento podría comportar la promesa del hecho de un tercero en los términos contemplados por el art. 1026 del CCyC., lo cual no alcanzaría a revestir significación jurídica alguna en el caso merced que no fue siquiera calificado por las partes intervinientes en este proceso el hecho de que no se concretara de hacer ajeno que solo es mencionado. Asimismo, tampoco se encuentra específicamente atribuida a ninguno de los contratantes tal promesa, allende de que el interés repose prevalentemente en la "propietaria" comitente, de modo tal que se le pudiera imputar falta de diligencia en la

consecución del hacer comprometido (Ver: cláusula primera "*in fine*" del contrato de construcción de obra, fs. 27).

De otro lado, debe atenderse lo que surge de los propios términos en que se expusieron los hechos en la demanda con referencia al co-demandado S., a quien se le imputa no haber concurrido nunca a la obra (Ver: Punto II, apartado a.4., párrafo cuarto de fs. 69 vta., del escrito de demanda), aunado a la absoluta carencia de elemento de prueba alguna que vincule efectivamente al arquitecto S. con la mentada encomienda de dirección de la obra en construcción. Nótese, por caso que, a pesar que se afirmó en la demanda que se le efectuaron los pagos del todos los trabajos presupuestados por ése oportunamente, no se acompañó ningún recibo de los mismos. Y, finalmente, si se atiende que al responder a la demanda, S. se posicionó defensivamente en desconocer la existencia misma de la dirección de la construcción realizada por el co-demandado A., negando haber percibido importe alguno por tal concepto, aunado a que fue la propia parte actora, en el intercambio postal realizado extrajudicialmente con el co-demandado A. (destaco, a la par, que no existió requerimiento, intimación o reclamo alguno en dicha etapa extrajudicial, dirigido al arquitecto S. quien fue finalmente co-demandado en estos autos), quien negó que la dirección de obra sea ejercida por el Arquitecto C. S., arguyendo incluso para así expresarlo: *"…ya que los contratos solo tienen efecto entre las partes contratantes y el Sr. no suscribió el contrato que nos vincula…* (Ver: CD 693434842, de fecha 20/11/2015, obrante a fs. 45), nulo resquicio resta para atender el agravio que se viene examinando.

De manera tal que, por lo expuesto, concluyo propiciando al acuerdo la desestimación de los agravios analizados. Así lo voto.-

d) Capitalización de intereses: El cuestionamiento formulado en este agravio se centra en postular que el Juzgador del anterior grado debió incluir -de oficio- en la condena el anatocismo según supuesto contemplado por el art. 770 inc. b) del CCyC.

En primer lugar, sobre el tópico es menester advertir "*ab initio*" que la mayoría de los integrantes de las salas que integran la Cámara de Apelaciones de Trelew, participan de la tesitura que es expuesta por la parte actora aquí recurrente mediante la cita de algunos de los antecedentes jurisprudenciales de esta Alzada, los que transcribe e individualiza. Empero he dicho mayoría, puesto que existe una minoría que precisamente es protagonizada por el suscripto –como único y permanente disidente sobre tal cuestión–.

Lo dicho adelanta cual es mi opinión sobre el posible éxito que podrá obtener la recurrente, al menos, en este primer voto.

Pasaré seguidamente a explicar los fundamentos con los cuales sostendré en el presente caso este posicionamiento que, básicamente consiste en negar la validez de pronunciamientos judiciales oficiosos que incluyan en la condena el anatocismo que no fue materia expresamente pedida por quien pretende una condena dineraria.

Ahora bien, antes, es apropiado observar que la parte actora recurrente sostiene que la agravia que en la condena no se haya establecido la capitalización de los intereses -de oficio-, a partir de que se notificara la demanda, conforme lo dispone el art. 770, inc. b del C.C. y C. Así pues, se observa que tal planteo pretendidamente impugnativo, en verdad, parte de un reconocimiento implícito, consistente en que tal anatocismo no fue pedido por ella al tiempo de plantear la demanda, desde que, de haberlo hecho, el agravio se habría sustentado en postular una omisión del fallo de la primera instancia limitándose a solicitar que este Tribunal revisor ejerza la facultad que le es delegada por el art. 281 del Código del rito.

Ceñido a la consideración del agravio formulado por la parte actora recurrente, es menester observar que al tiempo de presentar la demanda (02/11/2017 –ver: cargo de ingreso de fs. 84–), se encontraba vigente el CCyC, que incorporó como supuesto de excepción a la prohibición de anatocismo que viabiliza la posibilidad de solicitar la capitalización de los intereses desde el momento de que se produzca la notificación de la demanda (Conf.: art. 770 inc. b) del CCyC) (Conf.: Leyes 26.994 y 27.070).

Es decir, la pretensión de anatocismo deducida recién al formular el presente agravio ya se encontraba expedita y disponible al momento de ser presentada la demanda, esto es, mucho antes de habilitarse el procedimiento por ante esta Alzada con la interposición de la impugnación a la sentencia.

Rememoro que los intereses son una prestación accesoria de una obligación dineraria o de valor, cuyo sujeto pasivo es quien se aprovecha de un capital ajeno, en proporción a su cuantía y al tiempo de su disfrute. Se apunta, por lo demás, que éstos no brotan íntegros en un momento dado sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo (Conf.: Llambías, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, año 1970, T. IIA, nº 906; Ver también: López Mesa, Marcelo, en “Derecho de las Obligaciones”, Ed. IBdeF, año 205, T. II, pág. 808 y s.s.).

Asimismo, sabido es que el anatocismo, interés compuesto o capitalización de intereses, consiste en sumar a una deuda de dinero –o de valor– los intereses ya devengados por la misma para que ambos importes -capital e intereses sumados- vuelvan a producir nuevos intereses. Es decir, hablar de anatocismo es hacer referencia, por tanto, a la obligación de pagar los intereses de unos intereses ya devengados, vencidos e impagos. De manera tal que los intereses anatocísticos poseen una naturaleza moratoria y se integran, por consiguiente, dentro del denominado daño moratorio o resarcitorio.

Ahora bien, pongo nuevamente de resalto que en la especie la parte actora no pidió al interponer la demanda que sean capitalizados los intereses que, en cambio, sí expresamente incluyera en su pretensión. Este aspecto al cual refiero resulta ser una cuestión de trascendencia, no pudiendo ser soslayado de modo alguno en el análisis del agravio bajo

examen. Es que la circunstancia de que tal novedosa pretensión, que ahora se introduce como contenido del dicente agravio –de modo extemporáneo, por tardío–, no fue introducida oportuna y concretamente al interponer la demanda.

Ello, indudablemente, importa incorporar mediante un supuesto agravio, de manera indebida y vanamente, una materia que debió ser ineludiblemente planteada antes, en el escrito introductorio de la demanda, para que, previa sustanciación con la contraparte, pudiera ser decidida por el Juzgador del anterior grado. Esto es, la exigencia de su oportuno planteo se erige como una condición *"sine qua non"* para que el judicante del anterior grado hubiera podido pronunciarse válidamente a su respecto.

En este sentido se ha dicho que *"El reclamo traído a la Alzada no puede ser acogido, si ello importa violar el principio de congruencia (art. 34 inc. 4º, Código Procesal), que se proyecta en diversos textos del ordenamiento ritual: así, en el art. 330, inc. 6º, que dispone que la petición debe formularse en "términos claros y positivos", en el art. 163, inc. 6º, que contempla que la decisión judicial debe dictarse "de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio" y en el art. 277 que preceptúa que "el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia"* (Conf.: CNCiv., Sala C, L.L., 1978-D-390) (Las citas normativas corresponden a la numeración del Código del rito anterior al Digesto).

Y, en términos similares se dijo que *"La pretensión que no ha sido materia de litigio, pues no fue oportunamente introducida en los escritos con los cuales se trabó la litis no pudo ser objeto de pronunciamiento en primera instancia debido al principio de congruencia ni resulta lícito incorporar la cuestión en la Alzada, que solamente habilita la revisión del fallo del inferior, sin admitirse la ampliación del debate, cuya continencia se precluyó al trabarse la litis"* (Conf.: CNCiv., Sala F, Rep. L.L., 1978-1308, n° 60).

Esto es, todo pronunciamiento que implique un apartamiento del principio de congruencia y resuelva sobre capítulos no propuestos oportunamente a la jurisdicción, importa un menoscabo al derecho de defensa del afectado por la resolución, en tanto que se vio privado de ejercer tal derecho de defensa respecto de esos puntos que no habían sido objeto de litigio (Conf.: CSJN, 14/07/99, Rep. L.L. 34-823, n° 180; id., Rep. L.L. 2002-1728, n° 28).

En tal sentido obsérvese que en la especie se concretó la traba del litigio en el marco propuesto por las partes con la correspondiente demanda y la contestación del codemandado S. –el co-demandado A. fue declarado rebelde por providencia de fs. 175–. Esta última se atuvo, lógicamente, a las pretensiones actorales concretadas en el escrito de demanda entre las que, insisto, no se encuentra aquella relativa a que sean capitalizados los intereses que –por el contrario– sí se reclamaron.

Y, no se diga que ello podría importar el ejercicio del *iuria novit curia*, por cuanto el empleo de tal potestad debe ser respetuosa y armoniosamente ejercida para no afectar el principio de congruencia, operando prevalentemente en la tarea vinculada a la estimación jurídica de los distintos planteos formulados por las partes pero no pudiendo suplir la omisión de pedir en la que hubieran incurrido, dado que el Juez debe aplicar la norma inherente al caso, pero siempre enmarcado dentro de las situaciones fácticas y jurídicas presentadas por las partes, pues tal adagio no autoriza a cambiar la pretensión interpuesta ni a modificar los términos en que ha quedado trabada la *litis*; lo contrario importaría conculcar la ya citada garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso vinculadas a los principios de igualdad y de congruencia.

En este punto, se advierte patente la indeseable consecuencia que propiciaría la estimación de tal extemporáneo planteo, de ser siquiera considerado por este Tribunal, cual es, que se afectaría el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la parte contraria, quien nunca tuvo oportunidad de oponer defensa alguna al respecto. Es que, la parte demandada, lógicamente se ciñó en su escrito contestatario –obviamente– a oponer sus defensas respecto de aquellas cuestiones que dieran razón y sustento a las pretensiones deducidas en la demanda. Se produjo de tal manera, entonces, la delimitación de la controversia -en los términos planteados por las partes-, esto es, sin que se integre al "*thema decidendum"* la aludida capitalización de los intereses –recién incorporada como agravio ante esta Alzada– .

De manera tal que concretada la traba del litigio en los términos y con el alcance que fuera propuesto por las partes, ninguna posibilidad existió en la especie para que el judicante se pudiera expedir –válidamente al menos–, sobre el anatocismo, aún con sustento en la cita del art. 770, inc. b) del Código Civil y Comercial, por cuanto implicaría asignar una estimación jurídica a un planteo no introducido en la demanda privada y sobre un derecho sustancial disponible.

Y, reitero, si no pudo el Juzgador emitir una decisión sobre un capitulo que no le fue propuesto, menos aún podría hacerlo este Tribunal revisor, puesto que al no formar parte de la materia sobre la cual e Sr. Juez *a quo* se pronunciara, mal podría integrar entonces la materia sobre la cual se ejerce tal potestad revisora (Conf.: arts. 34, inc. 4º, 165, inc. 5º, 166, 274 y 280 del C.P.C.C.).

Es que, insisto, como lo vengo propugnando en casos análogos, desde hace un buen tiempo a esta parte, el Juzgador de la primera instancia no pudo pronunciarse – válidamente al menos– sobre una cuestión que no integró la materia sobre la cual debe emitir su decisión, la cual se configura o nutre con las reclamaciones introducidas por las partes que integraron la "*litis contestatio*". Esta tesitura se corresponde con el sistema dispositivo cuya primera expresión sería lo que se ha dado por representar mediante los aforismos latinos

nemo iudex sine actore o nemo invitus agere cogatur o ne precedeat iudex ex officio; es decir, para ser claros, nada más ni nada menos que el señero principio de iniciativa de parte.

Y si así lo hiciera, tal decisión, en tanto desorbita la materia sobre la cual debe ceñir su decisión, incurriría en un pronunciamiento incongruente, por resultar "*extra petita*"; y, consecuentemente, hubiera resultado ser una decisión potencialmente ineficaz (Conf.: arts. 34, inc. 4 y 165 inc. 6°).

No sobreabunda destacar que el principio de congruencia es un parámetro o estándar que, como garantía del debido proceso adjetivo, resulta imperioso resguardar a toda fuerza, so riesgo de conculcar el adecuado y pleno ejercicio de la defensa en juicio (Conf.: Arts. 18, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, párrafo 1º y 25; id., art. 44 de la Constitución de la provincia).

La congruencia procesal, siguiendo a Guasp, se la define como *"la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso*" (Aut. Cit., en "Derecho procesal civil", T. I, pág. 517).

Aduno, desde otra óptica, que ésta omisión de introducir oportunamente la reclamación de anatocismo -como concreta pretensión actoral-, implicó lisa y llanamente ejercer la libre disposición de un derecho; o, dicho de otro modo, la renuncia válida a reclamarlo. Es lo que alguna doctrina denomina el derecho inerte -no porque se lo renuncia estrictamente- sino porque no se lo ejerce. Y afronto este aspecto central de la cuestión por cuanto entiendo que corresponde poner en claro que dicho derecho, de naturaleza netamente patrimonial, resulta ser enteramente disponible, implicando la omisión de pedir el anatocismo el ejercicio de la autonomía que toda persona tiene para disponer de sus derechos subjetivos. Ello así, desde que no encontrándose involucrado más que su interés privado, la pretensión de que se capitalicen los intereses, resulta ser un derecho de libre disposición y, como tal, renunciable por su titular.

Es decir, propugno -desde antes de ahora y lo reivindico en el presente caso- que es ineludible contar con el oportuno planteo de anatocismo, mediante una concreta y explícita pretensión de que sean capitalizados los intereses devengados sobre un capital que se proclama adeudado y exigible, merced a que, como cualquier crédito dinerario con o sin sus intereses-, requiere de la demanda privada como presupuesto connatural al sistema dispositivo imperante -de manera predominante- en nuestro régimen procesal vigente (Ver:

mis votos, Sala B, S.D.C. 01/2020; y S.D.L., N° 09/2021 y N° 12/2021, entre los más recientes, CAT).

En consonancia con ello, reitero, en el Derecho común, la regla es que aquellos derechos que son de contenido económico son total o parcialmente disponibles por sus titulares, por lo cual se los puede renunciar sin más requisito que las formalidades previstas para cada caso y con la aptitud jurídica para el acto dispositivo que la ley requiera. Muestra de esto precisamente lo es la establecida jurisprudencia existente con relación a que, si los intereses no son pedidos, no corresponde fijarlos de oficio. Esta se apoya predominantemente en el carácter autónomo, accesorio y disponible de los intereses devengados sobre un capital que los devengue.

Son accesorios, en tanto no existen sin una obligación resarcitoria principal cuya satisfacción se ha demorado, siguiendo la suerte de ésta. De allí, que por caso, el recibo del capital por parte del acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos (Conf.: 899 inc. c) del CCyC).

Y tienen una autonomía relativa, toda vez que los intereses configuran un rubro distinto, que obedece a un hecho posterior al de la obligación básica o principal de la cual derivan o por la cual se generan, cual es, la mora en su cumplimiento. Por eso, el pedido del resarcimiento principal no engloba los intereses, es necesario demandarlos específicamente, en cuyo defecto no se podría condenar a su pago cuando no fueron puntualmente pedidos. Y ello así, en resguardo del principio de congruencia procesal.

Con lo hasta aquí dicho, resulta patente que no comulgo con el argumento consistente en sostener que siendo pretendidos los intereses cabe entender que su capitalización integra tal pretensión por formar parte de su régimen.

En contrario a tal hermenéutica, mantengo el criterio de que el reclamo por intereses y el reclamo por su capitalización, se tratan de pretensiones autónomas e independientes entre sí, toda vez que son institutos que, aunque se hallen ambos regulados dentro del régimen de los intereses por su indudable vinculación, son distintos.

Y lo entiendo de tal manera por cuanto, tengo para mí, que la regla o principio general que veda el anatocismo -salvo las excepciones taxativamente contempladas- así lo indica. De tal manera que si solo se reclaman los intereses, ello no implica, ni significa -ni puede ser entendido- que con ello se pidiera que éstos, además, sean capitalizados desde la notificación de la demanda. La petición de intereses a calcular sobre un capital debido es condición del eventual anatocismo pero no lo involucra necesariamente. Para que los intereses pedidos sean capitalizables en el marco de la excepción contemplada por el art. 770, inc. b) del CCyC, requiere que se plantee –se pida en concreto y de modo particular– tal supuesto excepcional previsto por la norma citada.

Por lo expuesto, resulta evidente que si además de no haber sido pedido oportunamente que sean capitalizados los intereses pretendidos en la demanda por ante el Juez de la primera instancia, razón por la cual éste no pudo expedirse sobre ello, deviene palmariamente inadmisible que se pretenda incorporar tal pretensión al momento de esgrimir los agravios en sustento de la impugnación deducida en contra de la sentencia definitiva dictada en el anterior grado.-

Observo nuevamente, a pesar de resultar ello de extrema obviedad, que si la capitalización no fue pedida en la anterior instancia no puede predicarse que siendo deducida al expresar agravio pudiera comportar la habilitación para el ejercicio de los poderes contemplados por el art. 280 del Código Procesal. Ello así, por cuanto, precisamente, el artículo citado en su primer párrafo explícitamente dispone que el Tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia.

Tampoco sobreabunda señalar que la primera limitación que tiene este Tribunal de Alzada, que también es una manifestación del sistema dispositivo antes aludido, es la que establecen los arts. 274 y 280 del Código del rito, en cuanto vedan la posibilidad de que este Tribunal de Alzada se expida sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia. Dentro de la expresión “capítulos” debe comprenderse no sólo los puntos de interés para las partes, sino también a todos los planteos o defensas que sólo pueden ser objeto de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional si han sido expresamente alegados por los interesados en la etapa oportuna y adecuada del proceso, de manera que sea posible el ejercicio del derecho de defensa por la contraria (Conf.: Loutayf Ranea, Roberto, en “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2ª ed., año 2009, T. I, Cap. I, pág. 179 y s.s.; id., Hitters Juan C., en “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Platense, ed. Año 1988, Cap. XIV, pág. 387 y s.s.).

Finalmente, apunto que tampoco coincido con el señalamiento consistente en que ninguno de los demás supuestos de excepción a la regla general de prohibición de capitalización de intereses requiere que ésta sea pedida. Lejos de tal inteligencia, entiendo que en todos los supuestos contemplados en la ley sustancial vigente se requiere la concreta y puntual petición de anatocismo. Tanto es así que, por caso, cuando la capitalización de intereses ha sido convenida por las partes, según el supuesto de excepción a la prohibición del anatocismo contemplado por el inciso a) del art. 770 del CCyC, generado el conflicto de intereses con motivo del contrato, luego, al reclamar judicialmente el cumplimiento de la prestación dineraria debida, deberán pedirse expresamente tanto los intereses devengados por la mora, como también –eventualmente– su capitalización que hubiere sido convenida. Igual acontece con el supuesto previsto por el inciso c) del art. 770 del CCyC, por cuanto es difícil inferir lo contrario a lo que surge de la propia formulación del texto legal de esta excepción. Esto es, si quien liquida no incluye el anatocismo en la cuenta

presentada para que sea aprobada judicialmente -luego de haber sido intimada la deudora a pagar una liquidación judicialmente aprobada y ésta incurre en mora-, difícil es que puedan capitalizarse válidamente -de oficio- los intereses devengados con posterioridad a dicha intimación si no fueron incluidos en la liquidación presentada por el acreedor.

Tengo dicho en un antecedente análogo en análisis realizado respecto a los supuestos de excepción aludidos antes por el art. 623 del Código Civil y la fuente de la incorporación del supuesto de excepción incorporado como inciso b) del art. 770 del CCyC, lo siguiente, a saber: *"...La segunda versa sobre que "cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo" (Sic), supuesto que se entendió, exige la concurrencia de tres requisitos: que medie una liquidación aprobada juridicialmente, que se haya intimado su pago y que el deudor hubiese sido moroso en verificarlo. Dicho originario art. 623 del C.C., fue reformado por la ley 23.928, a partir de la cual la redacción del artículo varió estableciendo para la primera de las excepciones a la regla de restricción prevalente, la siguiente redacción: "No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes…" (Sic), añadiendo a la segunda excepción pre-mencionada –que no fue alterada por la reforma aludida- la siguiente: "Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza" (Sic).*

Sobre este último texto normativo que era el vigente al tiempo de trabarse la presente litis, se señaló que, en rigor, lo establecido en el mismo es la descripción de lo que ya era práctica habitual en la materia al entrar en vigencia la ley 23.928; como igualmente que sería absurdo pensar que el legislador ha sancionado una norma que atenta contra la moral, las buenas costumbres, etcétera, dado que lo que por el contrario ha es hecho es adaptar el derecho a los usos y costumbres diarios que nada reprochan a la percepción de intereses de los intereses. Y desde tal perspectiva es que se justificaba que en texto reformado del art. 623 del C.C. permitiera, como excepción a la regla de restricción que mantenía, a) el convenio anticipado de capitalización de intereses, pues no otra cosa puede significar que: *"por convención expresa"* sea factible autorizar la *"acumulación (de los intereses) al capital con la periodicidad que acuerden las partes";* b) cuando exista deuda liquidada judicialmente con los intereses, orden del juez disponiendo el pago y resistencia del deudor; y c) establece como válidos *"...los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de las tasa de interés en plaza*", según resulta del párrafo final de la norma incorporado por la reforma.

Este último agregado, fue entendido como una sub-especie del primero de los supuestos de excepción en cuanto se engloba en el caso de concurrencia de *"convención expresa*" entre las partes aunque desplazando una restricción que antes se incorporaba a tal permisión

consistente en que la capitalización de intereses solo podía hacerse una sola vez, señalándose de tal manera que según esta última redacción no es predicable que se puedan capitalizar los intereses por una sola vez, pues satisfechos los presupuestos de hecho normativos, su vigencia sólo está condicionada por el pago del reclamo y, eventualmente, por un resultado contrario a la moral y las buenas costumbres. Y, se añadió a tal entendimiento que la apreciación restrictiva de una figura, de aplicación restrictiva o no, a una única ocasión cuando el legislador no ha establecido tal límite, implica cercenar un derecho patrimonial del acreedor, al establecer al mismo limitaciones no contenidas en la normativa lo que, de admitirse, implicaría vulnerar la manda del art. 19 de la Constitución Nacional, de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, siendo este último aspecto el que juega en este caso *(Conf.: Highton Elena, en "Intereses, clases y punto de partida", en RDFyC, 2001-2. 90/91).*

Ahora bien, pese a que el nuevo texto del art. 770 mantiene *"ab initio"* la primitiva redacción de su antecesor art. 623 del Cód. Civil de Vélez (según el texto reformado por ley 23.928), esto es, en modo negativo, al explicitar que: *"…no se deben intereses de los intereses.." (Sic),* de continuo, además de mantener las excepciones que preveía la norma anterior agrega un tercer supuesto de excepción que es aquel que ocurre cuando *"la obligación se demande judicialmente, en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda." (Sic).* Este tercer supuesto cabe entenderlo como una situación que se justifica por la concurrencia de las mismas razones que justificaran los dos supuestos previstos ya anteriormente y que se mantienen en la norma actual, incorporando en la norma de fondo hoy unificada, el anterior art. 569 del Código de Comercio que preveía para las relaciones jurídicas mercantiles que *"Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por un año." (Sic)…"* (Sic) (Ver: mi voto, Sala B, SDL N° 32/2016, CAT).

A partir de la fuente normativa de la cual extrajo el legislador la incorporación al Código unificado este supuesto de permisión del anatocismo, tengo para mí que, en la aplicación literal de la excepción contemplada por el art. 770 en su inciso b) del CCyC, no se puede extraer la supuesta automaticidad, y de oficio, de la capitalización de los intereses en todos los casos en que se demanda por el cobro de un crédito cuyo obligado se encuentre en mora, si ésta específica pretensión de anatocismo no se concreta.

No obstante lo dicho hasta aquí, lo determinante para desestimar el presente agravio consiste en que el interés jurídico que titulariza la actora y que expresa en tal planteo impugnativo desde que se propicia desestimar su pretensión de condena que persiguiera mediante el recurso con respecto al co-demandado arquitecto S., se encuentra extinguido, o bien, dicho de otro modo, dicho interés ya no se halla vigente.-

Ello así, desde que cabe reparar que, de tal manera, el único condenado por la sentencia de grado fue el Sr. S. A. A. Y tal porción del fallo ha devenido en firme por consentida siendo que, repito, se propicia en mi voto confirmar la desestimación de la demanda con respecto al Sr. S. Ahora bien, ante lo cual, dado que el mencionado como único condenado ha logrado concertar un acuerdo de pago con la actora comprensivo de capital, intereses y honorarios el que se abonará en siete (7) cuotas iguales y mensuales y consecutivas, contemplado incluso intereses moratorios y punitorios para el caso de incumplimiento del obligado A. (ver: escrito ID982964, agregado a fs. 547/548), resulta incontrastable que la presente cuestión planteada en el presente agravio ha quedado vacía de contenido o materia crítica que se pudiera atender. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se resuelva.

En síntesis, por lo expuesto y razonado, me pronuncio con respecto al presente agravio, por su desestimación. Así lo dejo propuesto al acuerdo.

III.- Conclusión:

Por lo dicho, entonces, propongo al acuerdo que no se haga lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmando el fallo de primera instancia en todo aquello que fue materia de agravios.

Ello, con costas de segunda instancia a cargo de la actora recurrente quien resultó de tal modo totalmente vencida en ella. Aclaro que esta calidad de vencida no se ve alterada por la circunstancia de que el primero de los agravios formulados haya prosperado toda vez que ello no tuvo trascendencia alguna en la resolución que se propicia dictar en esta segunda instancia (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).

Los honorarios profesionales por las tareas desempeñadas ante la Alzada, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: a los Dres. J. I. y A. P., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en la suma equivalente al 4,9%; y, al Dr. L. A. N., letrado apoderado del co-demandado Sr. C. S., en la suma equivalente al 6,3%. En ambos casos, tales alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto que en definitiva resulte del proceso, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).-

De tal manera, finalizo el tratamiento de esta primera cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. De Cunto manifestó:

Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 488/500, los agravios que contra la misma expresara la actora a fs. 560/566 (ID 1014787), así como la contestación del codemandado S. a fs. 571/572 vta. (ID 1030010), me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad, por lo que entraré directamente en el análisis de los agravios.-

I.- Seguiré el mismo orden de tratamiento que el efectuado por el Dr. Lucero, que es el mismo en el que fueron expuestos los agravios por la apelante, el cual por lo demás es el que corresponde por razones de lógica.-

1) En el primer agravio la recurrente cuestiona que el juzgador de origen hubiera aplicado el código civil velezano, ya que considera que debió aplicarse el Código Civil y Comercial en forma inmediata, que entrara en vigencia el 01/08/2015, en tanto los reclamos extrajudiciales y la finalización de la relación negocial ocurrieron con posterioridad a dicha fecha. Asimismo señala que se trata de la norma más favorable al consumidor. Cita el art. 7 del nuevo código, expresa que a la entrada en vigencia del código unificado la relación jurídica se encontraba en curso, que las disposiciones del mismo sobre contratos de consumo resultan más favorables al consumidor, que el propio Juez consideró que la nueva ley supletoria no se aplicaría excepto que sea más favorable al consumidor y que a lo largo de la sentencia se hizo aplicación inmediata de diversas normas del C. Civil y Comercial (ver fs. 561 vta./562 vta., pto. III, a), del ID 1014787).-

El razonamiento del sentenciante que se ataca en esta queja es que expresó que no caben dudas de la aplicación del anterior Código Civil, ya que de acuerdo al art. 7 del C. Civil y Comercial, la nueva ley no se aplica en forma inmediata a las relaciones contractuales en curso, por lo que la nueva norma de carácter supletorio no afecta la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuará en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a sus consecuencias anteriores y posteriores, regida por la ley vigente al tiempo de celebrarse el contrato (ver sentencia a fs. 491/vta., primer considerando). Es cierto lo expuesto por la apelante que dicha afirmación preliminar que efectuara el *a quo*, no le impidió aplicar, a lo largo de su argumentación, normas del C. Civil y Comercial, como el art. 793 para desestimar el reclamo de indemnización de daño moral (ver sentencia a fs. 498, 3er. párrafo).-

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, de acuerdo a la propia cita doctrinaria que efectúa el Juez de la instancia anterior, conforme al art. 7 del C. Civil y Comercial, la nueva ley supletoria (excepto que sea más favorable para el consumidor) no se aplica en forma inmediata a las relaciones contractuales en curso. Lo que significa que ese contrato se sigue rigiendo por la ley vieja, aun cuando esté derogada por una nueva. Es lo que se llama efecto diferido o prolongado, ultraactivo, sobrevida o posactividad de la ley supletoria. O sea, ese contrato en curso sigue siendo regido por la ley anterior. La untraactividad se identifica, entonces, con la supervivencia de efectos de la ley derogada. La Comisión redactora del CCyC entendió que debía mantenerse, con la salvedad de la ley más favorable al consumidor. En definitiva, la nueva norma de carácter supletorio no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuará regida, en todo en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias,

anteriores y posteriores, por la ley que estaba en vigencia al tiempo de celebrarse el contrato (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, págs. 46/47).-

Asimismo el segundo párrafo del art. 7 del C. Civil y Comercial dice *"Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario".* Al respecto se ha entendido que todos los países que establecen la regla de la irretroactividad invocan la seguridad jurídica como valor protegido. El artículo 5 del Código Civil de Vélez decía: *"Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".* La ley 17.711 derogó esa norma. Supresión que fue criticada por algunos autores. Borda respondió adecuadamente con un ejemplo muy claro: si una nueva ley modifica la forma para la celebración del matrimonio, aunque sea de orden público, no puede ser retroactiva, porque eso implicaría declarar nulos los matrimonios que se celebraron bajo la vieja ley. Por no distinguir entre leyes de orden público y aquellas que no lo son, no debe extrañar que los autores señalen la especial aplicación de la regla de la irretroactividad a la materia tributaria. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que *"los particulares deben conocer de antemano las reglas de juego a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica y la aplicación en el tiempo de nuevos criterios debe estar precedida de especial prudencia"* (conf. CSJN, 14/07/2001, LL, 2001-F-909) (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., págs. 47/51).-

No obstante lo expuesto, la regla de la irretroactividad no niega al legislador el poder de dar efecto retroactivo a ciertas disposiciones, porque en materia civil, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la irretroactividad no tiene jerarquía constitucional. O sea, la irretroactividad es una regla dirigida al juzgador, no al legislador, que puede establecer el efecto retroactivo, pero con límites. En consecuencia, una ley que establece su vigencia retroactiva, en sí misma, no es inconstitucional. Como decía Kelsen *"se puede discutir el valor moral y político de las leyes retroactivas, pero no dudar acerca de su posibilidad"*. De cualquier modo la retroactividad debe ser establecida expresamente. La mera intención del legislador de dar efectos retroactivos a la nueva ley es irrelevante. El art. 7 precitado dispone que *"La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales".* Al igual que la ley 17.711, la nueva ley abandona la categoría de derechos adquiridos aceptada por Vélez y la sustituye por la de derechos *amparados por garantías constitucionales.* Es así que, conforme el texto de la ley 17.711, mantenido por el CCyC, la nueva ley no puede modificar o alterar derechos constitucionales. Esto es consistente en el CCyC que adhiere a la corriente denominada de la "constitucionalización del Derecho Privado", lo cual surge claramente de los arts. 1 y 2,

vínculos que hoy se extienden al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Comunitario (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., págs. 52/57).-

Finalmente, siguiendo siempre a la autora citada, es de considerar que el art. 7 del CCyC establece: *"Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".* Es así que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho de Consumo, que el CCyC recoge no sólo en los arts. 1096 a 1122 sino que extiende a otros ámbitos específicos, como en los contratos bancarios (arts. 1384/1389); el cementerio privado (art. 2111) y el tiempo compartido (art. 2100). Se ha sostenido que esta norma asigna efecto retroactivo a los principios que rigen a las relaciones de consumo a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. En opinión de la autora citada, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata. Ello se desprende no sólo de las palabras de la ley ya que el párrafo tercero del citado art. 7 refiere a la aplicabilidad inmediata, sino del parágrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público; lo que no impide que la ley disponga expresamente su aplicación retroactiva, siempre que no se violen garantías constitucionales (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., págs. 60/61).-

A la luz de todo lo vertido en este considerando, cabe recordar que a fs. 85, el Juez de grado rechazó encuadrar la acción incoada bajo el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor, mas esta decisión fue revocada por la SIC N° 013/2018 de este Cuerpo (ver fs. 100/102 vta.), con el argumento de que más allá del carácter de profesionales de los demandados, se estaba frente a una relación de consumo, dada la supresión parcial art. 2 de la LDC por lo dispuesto en el art. 3 de la misma ley y los arts. 1093 y 1094 del C. Civil y Comercial, debiéndose concluir que los profesionales con título universitario y con matrícula son proveedores cuando contraten con un consumidor (ver fs. 101 vta., último párrafo/102, 1er. párrafo).-

En consecuencia de lo anterior es que habré de concordar con el colega preopinante, en que asiste razón a la apelante en esta queja, dado que corresponde la aplicación inmediata de la normativa del consumidor del C. Civil y Comercial a las consecuencias referidas a la extinción del vínculo contractual, acaecida el 03/08/2017 (ver CD de fs. 50).-

2) Al igual que el Dr. Lucero habré de tratar en conjunto los segundo y tercer agravios, dada la vinculación entre ambos. En segundo término, la actora recurrente objeta que el Juez entendiera que el codemandado S. no se encontrara alcanzado por la ley 24.240, dado que ello ya fue resuelto por este Cuerpo en la precitada SIC N° 013/2018, del 16/03/2018 obrante a fs. 100/102 vta. (ver fs. 562 vta./563, pto. III, b). En efecto, y tal como lo acabo

de exponer en el considerando precedente, esta Sala ya decidió, que más allá del carácter de profesionales de los codemandados, dada la relación con la actora quien resulta ser consumidora del servicio profesional de sus adversarios en el litigio, estos últimos deben considerarse proveedores de acuerdo al art. 3 de la ley 24.240 y arts. 1093 y 1094 del C. Civil y Comercial. Como lo dejara afirmado el Dr. Lucero, este decisorio adquirió firmeza, por lo cual asiste razón en esta porción a la apelante, esto es, en cuanto a que la aplicación de la legislación del consumidor alcanza también al vínculo con el codemandado S.-

Al respecto el Juez de grado arguyó *"…el contrato celebrado ente las partes encuadra dentro de los denominados contratos de consumo, de manera tal que resultará de aplicación la normativa especial que regula los derechos de los consumidores…Por ello, en tanto actora y demandado revisten el carácter, de consumidor, la primera y proveedores de bienes, el segundo, resulta de aplicación al caso la legislación que ampara los derechos del consumo, tal como lo establece el art. 3 de la ley 24.240. Con la salvedad del codemandado Arquitecto C. E. S., conforme se desarrollará"* (ver sentencia a fs. 492, tercer considerando, 1er. párrafo).-

Más allá de cierta ambigüedad en la expresión del razonamiento del Juez de origen, no es factible asegurar que el Juez decidiera de manera clara que al coaccionado S. no lo alcanzara la legislación consumeril, lo cual, como ya se ha dicho de manera harta, ello fue resuelto en la sentencia interlocutoria de este Cuerpo ya citada. Es que por un lado el sentenciante alude a "proveedores de bienes" para referirse a la parte demandada, con lo cual número del plural parece que involucrara tanto a A. como a S. Pero luego señala que la legislación en cuestión no lo alcanza a este último de acuerdo al desarrollo que continúa realizando.-

Dicho desarrollo consistió en argumentar que el Juez tiene el deber de analizar de oficio la legitimación procesal de las partes litigantes. Y respecto del codemandado S. razonó que, en su conteste, refirió no ser parte del contrato celebrado entre la actora y A. y que tomó conocimiento de su existencia con la notificación del traslado de la acción. Es así que puesto a analizar la legitimación pasiva del profesional arquitecto, el Magistrado observó que del contrato agregado a fs. 27/30 y de su adenda de fs. 32 surge que el mismo fue suscripto entre S. y A., no figurando la firma de S., quien no participó de su celebración, resultando ajeno a la relación de consumo que vinculara a los primeros. Hace hincapié en que la propia actora en su carta documento del 20/11/2015, remitida a A., manifestó que negaba que la dirección de obra sea ejercida por S., ya que los contratos sólo tienen efecto entre las partes contratantes y S. no firmó el contrato que los vincula. Mas luego agrega que S., dada su condición de profesional liberal no resulta alcanzado por la legislación consumeril dado lo dispuesto por el art. 2 de la ley 24240 (ver sentencia a fs. 492, 2do. párrafo/vta., 1er. párrafo).-

Es claro que esta última argumentación del juzgador contraviene lo que ya fuera decidido por este Cuerpo a fs. 100/102 vta., por lo que se ratifica que asiste razón a la apelante en su segundo agravio. Sin embargo, el resto de la argumentación del sentenciante, en cuanto rechazó la falta de legitimación pasiva de S. por no ser parte del contrato que uniera a la actora con A. es objeto de ataque en la tercera queja de S. Al respecto señala que en la sentencia se omiten numerosos documentos y circunstancias que conducen a responsabilizar a S. por los daños y perjuicios ocasionados a su parte que reflejan que no es ajeno al reclamo de autos. Es así que cita un presupuesto de honorarios profesionales del 24/02/2014 firmado por el arquitecto dirigido a su parte, con indicación de las calles donde se realizaría la obra, y que incluye la dirección de obra y representación técnica. A ello agrega la copia del plano aprobado por la Dirección de Obras Particulares del municipio de Puerto Madryn con fecha 17/11/2014, por todo lo cual, considera, que S. se encontraba a cargo del proyecto, dirección de obra y representación técnica de la construcción. Es así que entiende que es responsable como arquitecto director de la obra si existieron vicios de la construcción, citando los arts. 1274 y 1277 del C. Civil y Comercial y jurisprudencia con aplicación del C. Civil anterior (ver fs. 563/564 vta., pto. III, c).-

Como lo destaca el Dr. Lucero, al atribuir responsabilidad a S., la actora, en su demanda, fundamentó dicha responsabilidad en el mencionado presupuesto de honorarios profesionales, que comprendía el proyecto, dirección de obra y representación técnica para la construcción de la vivienda en cuestión. Detalló las sumas que abonó por la confección del anteproyecto para su presentación ante el B. H. S.A., por la aprobación municipal de los planos de obra y legajo técnico, así como por la dirección de obra y representación técnica. Resaltó que el arquitecto, en virtud del presupuesto mencionado, tenía a su cargo toda la tarea de control de obra para la correcta ejecución de los trabajos de acuerdo al proyecto elaborado y la representación técnica. Añadió que la Dirección de Obras Particulares del municipio correspondiente aprobó el plano de obra y luego S. recomendó la contratación de un constructor para ejecutar el proyecto, claro está bajo su dirección y control, recomendando a A. (ver fs. 67 vta./68, pto. II, a.2). Y concretamente sobre el incumplimiento endilgado al arquitecto señaló que incumplió con las obligaciones propias que le correspondían como proyectista, director de obra y representante técnico en la construcción, ya que mientras se ejecutó deficientemente la obra nunca se hizo presente en la misma a fin de dirigirla o ejercer un mínimo control sobre su avance (ver fs. 69 vta., 4to. párrafo).-

Sentado lo anterior, cabe decir, de manera preliminar, que la apelante no confuta los hechos afirmados por el Juzgador en su razonamiento, esto es, que el contrato de obra de fs. 27/30, con su anexo de fs. 31 y la adenda de fs. 32, fueron suscriptos solamente por la actora y el codemandado A., no siendo parte contratante el codemandado S.. A ello cabe

añadir que tampoco cuestiona lo aseverado por el Juez de grado en cuanto a la carta documento enviada por la propia recurrente a A. en fecha 20/11/2015 (ver fs. 45). En la misma, la accionante, textualmente expresó, en lo que aquí respecta, *"Niego que la dirección de obra sea ejercida por el arquitecto C. S., ya que los contratos solo tienen efecto entre las partes contratantes y el Sr. no suscribió el contrato que nos vincula".* Al respecto cabe estar a la doctrina de los actos propios. Debe recordarse que la doctrina de los "actos propios" no es meramente una doctrina, sino que debe ser ubicada entre los "principios generales del derecho", y como tal, para el derecho argentino, es un principio general, de los referidos indeterminadamente por el art. 15 del C. Civil -hoy art. 2 del C. Civil y Comercial-. El contenido de la locución "acto propio" importa que la conducta de su sujeto, producida en un campo cierto y deslindado de relaciones jurídicas, autoriza el rechazo de sus pretensiones ulteriores -o de sus argumentos propuestos en justicia- cuando el resultado de ellas o la construcción lógica de éstos provoque una situación calificable racionalmente como contradictoria con el sentido objetivamente atribuible a aquel proceder (conf. Alberti, Edgardo M. (prologador) en "Doctrina de los actos propios", Manuales de jurisprudencia de La Ley, 1986, págs. XXIII/XXIV). Tal lo sostenido por el suscripto en el antecedente de esta Sala "B", SDL Nº 12/2010 del 13/04/10, entre otros. En consecuencia de lo anterior resulta contradictorio que ahora la actora considere que S. hubiera asumido la dirección de la obra como se expuso en la demanda.-

Ahora bien, el argumento que brinda la quejosa para pretender impugnar el razonamiento del sentenciante, radica en que éste no tuvo en cuenta otros instrumentos además del contrato de obra ya mentado. Concretamente se refiere al presupuesto suscripto por el arquitecto codemandado con fecha 24/02/2014 y que obra a fs. 23. En el mismo se consignan los honorarios por distintas etapas a desarrollar: anteproyecto para presentar al Banco Hipotecario, aprobación municipal de planos, la confección de los planos obra (legajo técnico) y la dirección de obra y representación técnica. Sin embargo esto no importa un contrato en los términos del art. 1137 del C. Civil, vigente al tiempo de la suscripción del presupuesto. Dicho instrumento sólo importa una declaración unilateral del profesional acerca de cuánto totalizan sus honorarios por la ejecución de diversas tareas. Debe hacerse notar que S. llevó a cabo la realización de las tres primeras tareas informadas en el presupuesto, por cuanto la documentación adjuntada a fs. 06/21 da cuenta de que la entidad bancaria otorgó el préstamo, lo cual requería la previa presentación del anteproyecto. Asimismo obra el plano aprobado por la oficina municipal correspondiente. Pero no existe documentación alguna que permita acreditar que el codemandado S. asumiera la dirección de la obra y la representación técnica. Por el contrario, la carta documento de fs. 45 suscripta por S. lo desmiente.-

Entiendo que lo dicho hasta aquí resulta suficiente para rechazar el agravio. A ello agregaré que resulta ilustrativo lo que se disponía en el Anexo I de la Resolución Nº 93/82 del C.P.I.A.A. en cuanto a que el *"Director de Obra: Es el profesional habilitado a quien el comitente o propietario de la obra encomienda, en su nombre y representación, para que durante la ejecución de aquella cumpla la función de controlar la fiel interpretación de los planos y de la documentación técnica que forma parte del proyecto, a cuyo fin imparte las instrucciones necesarias a la cabal comprensión de sus elementos gráficos y escritos, llenando los claros que éstos dejasen en sus indicaciones y asegurando de esa forma al comitente que la obra se construya siguiendo todas las reglas del arte. Asimismo, supervisa las operaciones de materialización del proyecto, vigilando a la vez la organización y forma de ejecución de los trabajos, de modo que ellos se ajusten a las condiciones especificadas o más convenientes; y es el encargado de la revisión y extensión de los certificados correspondientes a pagos de la obra en ejecución, incluso el ajuste final de los mismos".* De la norma transcripta se colige que el director de obra no se limita a evaluar lo ejecutado por el constructor en una actividad desarrollada siempre "*a posteriori*" de la desplegada por este último, tal como parece entenderse en la sentencia recurrida. Es que claramente la normativa expuesta señala que imparte las instrucciones necesarias para, entre otros objetivos, asegurar que la obra se construya de acuerdo a las reglas del arte. Al establecerse que es función del director de obra la supervisión de las operaciones de materialización del proyecto, la vigilancia de la organización y forma de ejecución de los trabajos, a fin de que se ajusten a las condiciones especificadas o más convenientes, es claro que dicha supervisión y vigilancia debe desarrollarse de manera previa o al menos simultánea y no posterior a la ejecución de las obras.-

Corrobora la conclusión anterior lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia. Así se ha considerado que el director de obra es el sujeto que promete convencionalmente al comitente un resultado intelectual, cual es, que la obra se ejecutará conforme al proyecto. Su función es controlar, asesorar, informar, dirigir (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración", en "Revista de Derecho de Daños", Tº 2004-2, "Responsabilidad de los profesionales de la construcción", pág. 14). La mera mención de los verbos asesorar, informar y dirigir además de controlar, brinda la pauta de que el director de obra no es un inspector que "llega" a la obra una vez realizado el trabajo, sino que está presente mientras el mismo se ejecuta, justamente para dirigir, informar y asesorar. Asimismo se ha sostenido que el director de la obra debe dirigir los trabajos y dar las directivas necesarias para su ejecución sin que pueda delegar sus funciones más allá de lo razonable. Es más, el director de obra debe verificar los materiales aun cuando los mismos y la mano de obra sean proveídos y contratados por el comitente, a menos que el profesional

le haya advertido de las deficiencias, dejando a salvo su responsabilidad y el dueño de la obra haya insistido en su utilización (conf. Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J.: “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Ed. La Ley, 2011, Tº III, pág. 852). Es claro, entonces, que si el director de obra debe dirigir los trabajos y dar directivas, el desarrollo de su actividad debe ser previo o simultáneo y no posterior a la ejecución de la obra. En otra coincidencia doctrinaria se ha razonado que el director de obra es quien tiene que impartir las instrucciones necesarias para la ejecución del proyecto (conf. Tale, Camilo: “Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra”, en “Revista de Derecho de Daños”, ya citada, pág. 442), lo cual se trata, obviamente, de una actividad profesional previa o simultánea a la ejecución de la obra. Tiene también el cometido de vigilar el desarrollo de las obras, para que todo se haga según el proyecto, las leyes civiles y las reglas del arte de construir (conf. Tale, op. cit., ídem), lo cual importa una actividad simultánea y no posterior a la ejecución de los trabajos, ya que no se puede vigilar el desarrollo de las obras si dicha vigilancia no se efectiviza mientras la obra se ejecuta. Otro tanto cabe decir de sus obligaciones de expresar observaciones, consejos e instrucciones al constructor, de verificar frecuentemente que las instrucciones dadas a los operarios se ejecuten efectivamente y de examinar los materiales y someterlos a ensayos cuando sea conveniente (conf. Tale, op. cit., págs. 442/443). Y se ha agregado que las funciones del director de obra son muchas: todas las que sean necesarias para dirigir la obra y controlar la actividad del constructor. Pero además del fin de velar por el interés del comitente, el director técnico debe custodiar el interés público: la seguridad de los terceros transeúntes, futuros usuarios de la obra, terceros adquirentes, y el bien común municipal, en lo que atañe a la estabilidad, higiene, utilidad, estética, etc., de las edificaciones (conf. Tale, op. cit., pág. 443).-

De manera concordante se ha sostenido jurisprudencialmente que el director de la obra no sólo controla la ejecución de los trabajos sino que interpreta los planos, aporta instrucciones técnicas y corrige eventuales errores, tanto en la recepción de los datos técnicos como en su aplicación práctica por parte de los operarios, coordinando la intervención de todos los gremios y evaluando permanentemente la labor cumplida mediante la concurrencia a la obra, que es su principal obligación para seguir de cerca el desarrollo de la obra. Los errores y las omisiones que dieron como resultado los daños a la propiedad lindera no son ajenos al director de la obra pues dentro de sus incumbencias le cabe la supervisión de todos los trabajos y la verificación permanente de la idoneidad de los obreros (conf. CN. Civ., Sala M, 29/3/99, JA 2000-IV-220). En el mismo sentido se decidió que toda vez que la misión del director de obra consiste en controlar su concreción según los planos confeccionados y también de la obra que se hiciere sin ellos o en forma antirreglamentaria, responde por los vicios que causen daños durante la construcción, e

incluso de la ruina producida con posterioridad (conf. ST Formosa, 27/2/02, LL Litoral 2002-1352).-

En lo que se refiere al representante técnico, a su vez, se ha considerado que el director de la obra protege los intereses del propietario frente a los de la empresa constructora, distinguiéndose así del representante técnico que también dirige la obra, pero actúa por la empresa constructora. Por eso, se ha dicho que "actuar por la empresa constructora" como representante técnico, y al mismo tiempo ser director de obra significa asumir dos papeles que conducen a una situación poco ética y de gran ambigüedad (conf. Kemelmajer de Carlucci, op. cit., en "Revista de Daños", op. cit., pág. 15).-

De todo lo expuesto, y más allá de la consideración poco ética de asumir ambos roles de director de obra y representante técnico, tareas por las que el codemandado S. informó sus respetivos honorarios de acuerdo al presupuesto de fs. 23, es claro que no existe prueba alguna que permita inferir que hubiera ejecutado la dirección de la obra ni la representación técnica de la empresa constructora. Es que tales tareas han sido identificadas en el contrato de obra de fs. 27/28, en especial en las cláusulas primera y segunda, en las cuales A. se obligó a construir la obra y se especificaron las tres etapas de ejecución de la misma, comprometiéndose el propietario a pagar al constructor por la logística, gestión y administración del proyecto un precio en dinero en concepto de mano de obra. Asimismo el constructor se obligó a gestionar la obra de acuerdo a las reglas del arte, proveyendo materiales, herramientas de mano y livianas, útiles, etc. que necesite y el personal apropiado para cumplir la ejecución del presente. Es así que queda claro que la función de la "empresa constructora" la desempeñó el codemandado A.-

Resta agregar que en la cláusula primera se mencionó que el arquitecto S. *ejecutará la dirección y representación técnica de la obra.* Sin embargo, como ya se expuso el mismo no suscribió el contrato, por lo tanto lo afirmado por los contratantes al respecto se limitó a una expresión de "intención" de que el citado profesional ejerciera las citadas funciones. Pero como se vio, fue A. quien en la práctica llevó a cabo la representación técnica de la obra dado que cumplió las tareas de "empresa constructora", y en cuanto a la dirección, también la asumió de hecho, más aún cuando en la carta documento de fs. 45, la propia actora negó que S. ejerciera la dirección de obra dado que no fue parte en el contrato. Por lo demás refuerza esta conclusión la circunstancia de que todos los reclamos extrajudiciales de la actora fueron dirigidos al codemandado A. (ver fs. 41/50).-

En síntesis de todo lo razonado es que habré de compartir la desestimación de estos agravios.-

3) Por último la apelante cuestiona que no se hubiera aplicado la capitalización de intereses de acuerdo a lo dispuesto en el art. 770, inc. b) del C. Civil y Comercial (ver fs. 564 vta./566, pto. III, d) del ID 1014787). Más allá de la postura que he sostenido en cuanto

corresponde acoger de oficio la capitalización de intereses -en caso de que éstos no se solicitaran en la demanda- de acuerdo a la norma precitada en caso de que la notificación de la demanda ocurriera con posterioridad al 01/08/2015 -es de recordar que la demanda fue promovida el 02/11/2017 (ver cargo de fs. 84)- (ver el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 84/16, del 07/11/16; entre muchos otros), en la especie este agravio ha devenido abstracto.-

Al respecto cabe considerar que habiendo quedado firme la desestimación de la demanda contra el codemandado S., el único obligado a abonar el monto de condena es el codemandado A.. Sin embargo la actora y éste han celebrado un acuerdo de pago en el que han practicado la liquidación del monto del capital de condena con más intereses y los honorarios regulados a los letrados de la actora, consintiendo A. la sentencia de grado (ver fs. 547/548, ID 982964). Por lo tanto la actora ya consolidó, mediante su consentimiento el monto de condena que A. se obligó a abonarle. Nótese que se pactó incluso un interés moratorio y otro punitorio en caso de incumplimiento del acuerdo por parte de A. (ver fs. 547 vta., pto. V). En consecuencia, el agravio relativo a que se aplique la capitalización de intereses, no contenida en la sentencia, no puede modificar el acuerdo que la actora pactó con el codemandado A., ya que importaría una contradicción con la manifestación de la voluntad que expresara en el mismo (conf. arts. 259 y 260 del C. Civil y Comercial).-

No empece a lo anterior lo expuesto por la actora en el ID 991624 (ver fs. 553/vta.), donde manifiesta que la circunstancia de haber arribado a un acuerdo de pago con uno de los codemandados no impide que su recurso de apelación siguiera adelante en tanto su pretensión es responsabilizar al codemandado S., lo cual, a su entender, tendría incidencia en la garantía que pudiera obtener su parte a la hora de percibir las sumas reconocidas en la sentencia en el supuesto que A. no cumpliere con el acuerdo de pago. Enfatiza que aun no ha sido desinteresada por cuanto el acuerdo de pago fue convenido en cuotas. Es así que la explicación que brindara, en todo caso, podría servir como fundamento para reclamar la capitalización pretendida en el agravio sólo respecto de S., y ello, obviamente, en el caso de que fuera condenado. Mas al haberse desechado esta posibilidad, el único condenado a abonar capital e intereses resulta ser A., con quien ya la actora acordó el monto de capital e intereses, la forma de pago e incluso, reitero, la adición de intereses moratorios y punitorios en caso de incumplimiento, no habiéndose incluido capitalización alguna.-

A la luz de lo expuesto, habré de concordar con el Dr. Lucero en el rechazo del agravio, por los fundamentos expuestos, ya que la queja ha devenido abstracta para su tratamiento por no hallarse vigente el interés de la apelante.-

II.- En consecuencia de lo anterior procede confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios.-

En cuanto a las costas de esta sede, por aplicación del principio objetivo de la derrota, se imponen a la actora vencida (conf. art. 69 del rito), ya que como bien lo aclara el colega prevotante, la circunstancia de que prosperara el primer agravio careció de incidencia en el resultado del pleito.-

Respecto a los honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, dado el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de los trabajos desarrollados, encuentro ajustado a derecho fijar los de los letrados de la actora, Dres. J. I. y A. P., en conjunto, en un 4,9%; y los del letrado del codemandado S., Dr. L. A. N., en un 6,3%; en ambos casos sobre el monto que en definitiva resulte del proceso (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4), y con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).-

A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora recurrente vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios profesionales de segunda instancia del siguiente modo, a saber: a los Dres. J. I. y A. P., en conjunto, en la suma equivalente al 4,9%; y, al Dr. L. A. N., la suma equivalente al 6,3%. En ambos casos, tales alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto que en definitiva resulte del proceso, con más el I.V.A. correspondiente.

ASI LO VOTO.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.-

Así lo voto.-

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fue materia de agravios.

2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora recurrente vencida en ella.

3) REGULAR los honorarios profesionales de segunda instancia del siguiente modo, a saber: a los Dres. J. I. y A. P., en conjunto, en la suma equivalente al 4,9%; y,

al Dr. L. A. N., la suma equivalente al 6,3%. En ambos casos, tales alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto que en definitiva resulte del proceso, con más el I.V.A. correspondiente.

4) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

ALDO LUIS DE CUNTOS. RUBÉN LUCERO JUEZ DE CÁMARA JUEZ DE CÁMARA

REGISTRADA BAJO EL N°____022_____DEL AÑO 2023 – SDC – CONSTE.

PRISCILA ABIGAIL MONTENEGRO
SECRETARIA DE REFUERZO DE CÁMARA