

## Contrato De Locacion De Obra Vivienda Unifamiliar Barrio Privado Sistema De Llave En Mano

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Contrato de locación de obra. Vivienda unifamiliar. Barrio privado. Sistema de llave en mano En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se modifica la sentencia apelada estableciendo que los intereses aplicables deben ser liquidados a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a treinta días respecto a fondos captados en forma digital, y se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios. En la ciudad de San Isidro, a los 29 días del mes de marzo de 2016, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, doctores JUAN IGNACIO KRAUSE y MARIA IRUPE SOLANS, para dictar sentencia definitiva en el juicio: "EICHLER GERDA ALICIA C/ ALFREDO CARLOS E. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" causa n° D-1376-7 y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Krause y Soláns, resolviéndose plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A la primera cuestión, el señor Juez doctor Krause dijo: 1º) La sentencia de fs. 487/498 hizo parcialmente lugar a la demanda promovida por Gerda Alicia Eichler contra Carlos Enrique Alfredo, condenándolo al pago de la indemnización fijada (\$39.020) con más los intereses y costas. Apelan ambas partes conforme los agravios presentados a fs. 518/523 por el demandado y a fs. 524/530 por la actora respectivamente, contestados a fs. 532/534 y a fs. 535/538. 2º) La sentencia entendió que existe consenso entre las partes acerca de la celebración del contrato de locación de obra de fecha 08/09/2005 mediante el cual Gerda Alicia Eichler encomendó a Tanalco SRL -representada por Carlos Enrique Alfredo-, la construcción de una vivienda unifamiliar en el barrio privado "El Mirasol" de Pilar. Ello mediante el sistema de llave en mano y de acuerdo a las especificaciones indicadas por escrito en el instrumento obrante a fs. 21, presupuesto de fs. 22/28 y algunos ítems adicionales que no fueron cuestionados (fs. 78). Respecto a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado "Carlos Enrique Alfredo" quien adujo no haber contratado a título personal con la actora sino en su calidad de representante legal de Tanalco SRL, la sentencia decidió su rechazo. Para así resolver consideró que el accionado reconoció dos pagos efectuados por la actora durante el año 2015; que el contrato firmado entre Tanalco SRL y Eichler no fue denunciado en la quiebra de la sociedad contratante a la que tampoco se trasladaron los pagos efectuados por Eichler; que la actora comprobó los pagos realizados al demandado con los recibos de fs. 7/16 y fs. 18 que tenían la leyenda "según certificado de obra" firmados por el demandado (en representación de Tanalco SRL) quien no discutió su autenticidad, algunos extendidos durante el año 2005 y muchos en el año 2006. Asimismo entendió que la entrega de anticipos del precio convenido en la locación de obra constituye un elemento presuncional coadyuvante para tener por realizadas las obras, por lo que cobra verosimilitud la aserción de la actora referida a que desconocía la quiebra de la contratista hasta mayo de 2007, es decir cuando ya había abonado la totalidad de lo comprometido. Consideró el sentenciante que el demandado Alfredo percibió los pagos (por sumas que superan el monto originariamente convenido) y continuó las prestaciones adeudadas por la fallida en forma personal, que no demostró que dichos pagos tuvieran otra causa, siendo que de la quiebra de la contratista (ocurrida el 2/12/2005) derivaba su desapoderamiento con la consecuente prohibición de hacer pagos a la fallida. Se agravia el demandado por el rechazo de la excepción opuesta por él. Considera que no está probado que estuviese interviniendo en la obra a título personal y no en representación de Tanalco S.R.L. Cuestiona que se omitiera considerar que la relación causal entre el locador de obra y la comitente (actora) se vio interrumpida por la propia actividad del director de la obra quien fuera el Arquitecto Nicolás Rey Casco. Realiza un análisis del rol que le cabe al director de la una obra en el cual destaca que la función esencial es representar los intereses de la comitente por oposición a los de la empresa constructora. Sostiene que la obra fue entregada en condiciones adecuadas para ser utilizada, según indicaciones, directivas y visto bueno del representante de la comitente. Alega que en autos no se da el supuesto de la construcción bajo la modalidad "llave en mano" ya que los planos fueron suministrados por la comitente, quien a su vez designó el director de obra por lo que la actora y su representante de obra resultan tan responsables o más que Tanalco SRL y/o Carlos Enrique Alfredo. Sentado lo expuesto cabe destacar que el recurso del accionante se sustenta en meras generalidades, sin crítica de los argumentos dados por el Sr. Juez al considerar acreditado que el demandado continuó la obra en forma personal y no en nombre y representación de la empresa Tanalco SRL. En efecto, nada aporta el apelante sobre la circunstancia "puesta en evidencia por el Juzgador" en relación a que el contrato firmado entre Tanalco SRL y Eichler no fue denunciado en la quiebra de la sociedad contratante y que tampoco se trasladaron los

pagos efectuados por la actora a dicho proceso falencial (doctr. arts. 1909, 1967 y 1968 del C.Civil y art. 59 de la ley 19.550). Nada adujo en los agravios respecto a que se le endilgó haber percibido las sumas entregadas por la actora (que superaron el monto originariamente convenido) sin demostrar que se debieran a una causa distinta a la realización de la obra en nombre propio. La sentencia en este aspecto hizo una especial referencia al estado de quiebra de la empresa Tanalco SRL decretado en 28/12/2005 lo que implicaba la prohibición de hacer pagos a la fallida y por consiguiente aceptarlos en su nombre. Cabe señalar que expresar agravios es, conceptualmente, ejercitar el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y, por ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que causara (causa SI-24584-2008 del 06-05-14 RSD: 59/14 de esta Sala III). En la especie el accionado no menciona y menos demuestra dónde existe el error y cuál es el hecho, prueba o circunstancia acreditada en el proceso con virtualidad para destruir el argumento desarrollado por el juzgador (FASSI, "Código Procesal..."; 2da. ed., vol. I, pág. 720; causa 106.180, 106.181 y 106.179 del 5-5-09 RSD: 27/09 de esta Sala IIIa).

Así entonces, si el fundamento por el que el Juez decidió que el accionado actuó a nombre propio y no como gerente de la empresa contratante no es cuestionado en los términos del art. 260 del CPCC, queda comprendido entre aquellos aspectos o conclusiones de la sentencia que, no rebatidos, quedan tácitamente consentidos y escapan a la labor recursiva y revisora de la Cámara (S.C.B.A., 13-11-79 en DJBA 116, 383; causa 106.468 del 16-4-09 RSD: 11/09 de esta Sala IIIª). Las referencias del apelante en cuanto al rol que le cupo en la construcción de la obra al Arquitecto Nicolás Rey Casco en su calidad de director de obra y representante de la actora, la responsabilidad que atribuye a la accionante por haber suministrado los planos y designado al director de obra y el cuestionamiento de la modalidad ¿llave en mano? son todas cuestiones que no fueron puestas en consideración del Juez de Primera Instancia. En efecto, nada dijo al respecto el accionado al contestar la demanda promovida en su contra (fs. 162/169). Este Tribunal debe pleno respeto al principio de congruencia, por lo que no puede decidir sobre capítulos no propuestos al Juez de la instancia de origen, ni tratar argumentos que no fueron puestos oportunamente a su consideración; hacerlo importaría violar los arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 270 y 272 del CPCC y el derecho constitucional de defensa en juicio en tales normas implícito (art. 18 de la Const. Nac.). No constituye agravio alguno que el juez no considerara una defensa o algún hecho que no le fueron planteados, ni podía considerar de oficio (SCBA. Ac. 34.562 del 18-6-85 y 77.763 del 28-3-01 entre otros; causa SI-15444-2009 r.i. 97 del 10/4/2012 de esta Sala IIIa). Por lo expuesto, han de rechazarse los agravios en este aspecto. 3º) Se agravia la accionante porque la sentencia consideró que la obra fue aceptada tácitamente en diciembre de 2006, fecha del último pago. Sostiene que en autos la obra consistió en la construcción de toda la vivienda y por ser de tal importancia, la entrega formal debió ser instrumentada por escrito. Agrega que tampoco se puede juzgar receptada hasta tanto se hayan completado todos los trabajos que incluso se estaban realizando para solucionar la humedad. Que una cosa fue mudarse al inmueble y otra aceptar la obra ya que a pesar de la mudanza los trabajos continuaban. Expresa que hay que aplicar al caso los usos y costumbres y que en la práctica los reclamos al contratista se hacen en forma verbal para que los vaya solucionando. En virtud de ello solicita se revoque la sentencia en cuanto consideró que los daños mencionados en el considerando X se encuentran caducos por haberse recibido la obra sin manifestar disconformidad. Cabe destacar que conforme surge del art. 1647bis del C.C., la recepción de la obra sin reservas por el comitente, libera de responsabilidad al empresario por los vicios aparentes, no pudiendo luego de ello oponérsele la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado. En la especie la sentencia ponderó que no existe prueba que aporte certeza sobre el momento en que la obra fue recibida por lo que interpretó que fue recibida en forma tácita en diciembre de 2006; pero no sólo porque fue la fecha en que se acreditó el último pago sino también porque la accionante en su demanda manifestó haberse mudado al inmueble en septiembre de ese año y dijo que habían finalizado todos los trabajos. A su vez, el Sr. Juez ¿a quo? destacó el silencio guardado ante las deficiencias notorias que presentaba la construcción. Nada dice la apelante respecto de dichas cuestiones, que resultarían esenciales a fin de tener por recibida la obra en diciembre de 2006 y por lo tanto quedaron consentidas (art. 260 del CPCC). Además no demuestra la recurrente el error del Magistrado al decidir de modo contrario a sus pretensiones al referir que los reclamos se hicieron de forma verbal ya que así son los usos y costumbres; siendo ello una manifestación carente de apoyo probatorio desde que ninguna prueba objetiva aportó al proceso que acredite sus dichos (art. 375 del CPCC). Según las reglas clásicas de distribución de la prueba, los litigantes tienen la carga de probar la existencia de los hechos y circunstancias en los que apoyan sus pretensiones o defensas, y ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juzgador, este fallará en contra de quien debía probar y no probó (Airasca Ivana M. ¿Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas? LL. Litoral 2003 (mayo), 543; art. 375 C.P.C.C.; Morello ¿Códigos...? V, pág. 98 y sig. ed. Platense; causa SI-18187-2008 r.i 67/14 de esta Sala IIIa). Así entonces, que la recepción no fuera documentada en un acto bilateral, no significa que no la hubo, y tiene establecido el Pretorio que la recepción de la obra trasladada al propietario los riesgos de la cosa y cubre la responsabilidad del locador en lo que atañe a los vicios aparentes y a los que, siendo ocultos, no comprometen la solidez o existencia de la construcción (SCBA., 3-3-70 en "Ac. y Sent." 1970-I, 43; causa 47.040 del 29-9-88, de la Sala IIa). Por lo expuesto ha de confirmarse en este aspecto la sentencia apelada. 4º) Se

agravia el demandado porque entiende que no existe prueba en autos que acredite el punto de partida de la caducidad prevista en el art. 1647 bis del C.Civil y sin embargo el Juez tuvo por probado que los vicios ocultos comenzaron a aparecer en febrero del año 2007. Asimismo se agravia porque se tuvo por acreditado que la actora reclamó a su parte y logró su intervención cuando no existe prueba que demuestre que a través de Tanalco S.R.L. o personalmente haya realizado cualquier acto en las fechas que ella indica. Por ello no puede aplicarse el art. 1647bis del C.Civil. Respecto de los vicios ocultos, el art. 1647bis del C.Civil, establece un plazo de caducidad de 60 días desde su descubrimiento. Dentro de ese plazo perentorio el comitente tiene impuesta la carga de denunciarlos. Y en la especie, no se advierte error en la sentencia que toma como punto de partida el descubrimiento de la humedad en los cimientos en marzo de 2007, no sólo porque así lo manifestó la actora en su demanda sino porque sus dichos se encuentran corroborados con elementos objetivos, tales como el envío de una carta documento a la empresa constructora con fecha 12/04/2007 (fs. 19) y la confección de un acta notarial el 20/04/2007 (fs. 31/33) en donde se dejó expresa constancia de la aparición de vicios ocultos en el inmueble. Todo ello de fechas concomitantes a la aparición de la humedad. Respecto de la denuncia aludida por el C.Civil, cabe destacar que no está referida a la demanda judicial, por lo cual resulta bastante que la comitente (actora) realice una declaración de voluntad, dirigida al empresario haciendo constar los defectos (Belluscio-Zannoni, "Código Civil y leyes", tº 8, comentario art. 1647bis., p. 248, ed. Astrea). Y si bien el demandado considera que su persona no fue anoticiada de dichos desperfectos, el sentenciante consideró que bastaba a la actora para conservar la acción con notificar por medio fehaciente al responsable de los vicios descubiertos o bien labrar un acta ante escribano público dejando constancia de ello, lo cual fue efectivamente realizado. Por tales razones la sentencia consideró que el dueño de la obra denunció ante el empresario la existencia de vicios ocultos, y que lo hizo no después de 60 días de descubrirlos (art. 375 del CPCC y art. 1647bis del C.Civil). Nada dice el apelante en sus agravios respecto de los argumentos que llevaron al Magistrado a tener por válida la carga impuesta a la accionante por el art. 1647bis con las conductas antes mencionadas. Sólo se limita a preguntar cuál sería el punto de partida para la aplicación de la normativa en análisis, que nunca realizó ningún acto tendiente a suplir irregularidades en la construcción y que debió aplicarse el art. 4041 del C.Civil de modo analógico. Así las afirmaciones en este sentido no configuran una crítica razonada de los argumentos expuestos por el Juzgador por lo que quedan excluidas de la consideración de la Alzada (arts. 260, 261, 266 CPCC; causa 106.339 del 1-4-09 RSD: 10/09 de esta Sala IIIª).

5º) Se agravia la actora porque el Sr. Juez "a quo" consideró la diferencia de tonalidades del revestimiento exterior como un vicio aparente cuando debió ser incluido como vicio oculto. Ello en virtud de la impugnación que efectuara el demandado a la pericia y a que ésta indicó que se requiere de conocimientos técnicos para saber si estaba bien o mal realizado. Cabe señalar que se entiende por vicio aparente aquellos que se pueden descubrir con un examen minucioso y profundo, practicado en la forma usual, según el tipo de obra de que se trate, o aquellos que son fácilmente perceptibles o visibles, que pueden ser descubiertos con diligencia ordinaria, o que pueden ser conocidos por el dueño conforme con las reglas del *arbitrum boni viri* (Belluscio, Código Civil Comentado, anotado y concordado, Tº 8, p. 242, ed. Astrea). Pues bien, surge del acta de constatación labrada por la escribana junto con la actora que el 20/04/2007 se observaban distintas tonalidades del revestimiento exterior de la cochera, pared servicio, pared que da al living y de la galería (fs. 32, ptos. 31, 34 y 35). La pericia realizada por la Arquitecta Blomberg como prueba anticipada indicó que pudo verificar que la colocación del revestimiento exterior (tipo revoque proyectado) fue ejecutado deficientemente quedando a la vista manchas más oscuras entre fajas y aspectos que resultan desagradables (fs. 148, foto 16). Al evacuar los puntos de pericia de la parte demandada también indicó que el revestimiento Revear no posee una textura que pueda dar la sensación de "bicolor" si se lo coloca adecuadamente. En el caso de la propiedad en estudio, a pesar de que las paredes exteriores fueron pintadas recientemente, sobre la aplicación de Revear original, se observan tonos diferentes según la incidencia de luz natural, lo que evidencia que la ejecución inadecuada del revoque texturado es la causa de ese efecto (fs. 358 pto. 6 y 7). Así entonces, conforme surge de la lectura de los informes de la experta antes transcritos, de modo alguno se desprende la afirmación referida por la apelante en cuanto a que se requiere de conocimientos técnicos para saber si el revestimiento se encontraba bien o mal realizado. De hecho ya en la carta documento enviada el 12/04/2007 la accionante reclamó por la mala colocación del revestimiento exterior (fs. 19, pto. 18), lo que luego fue constatado por una escribana a simple vista (fs. 32 ptos. 31, 34 y 35) sin que se advirtiera por parte de la actora ni de la notaria la necesidad de recurrir a estudios técnicos. Todo ello lleva a la conclusión contraria a lo manifestado por la actora en sus agravios en cuanto a que la diferencia de tonalidades en el revestimiento exterior no pudo ser descubierta por ella al verificar la obra. Por lo tanto ha de confirmarse la sentencia apelada en cuanto concluye que se trata de un vicio aparente.

6º) Protesta la accionante porque el Sr. Juez a quo no aplicó la ley de Defensa del Consumidor, que en su art. 2 incluye la prestación de servicios. Aduce que el contrato de autos debió contener una garantía y la fecha de iniciación de dicho período. Dicha omisión acredita la mala fe del demandado tornando aplicables las previsiones del art. 37 de la ley 24.240. Cabe destacar que la pretensión de la actora introduce una nueva hipótesis de responsabilidad referida a la interpretación que debe otorgarse a las cláusulas pactadas en el contrato firmado entre las partes a la luz de la ley de defensa del

consumidor. Sin embargo dichos argumentos (deber de garantía, fecha de iniciación de la misma y consecuente mala fe del locador de obra) no fueron invocados al promover la acción y por lo tanto quedan fuera de tratamiento ante esta Alzada, pues la contraria no tuvo oportunidad de alegar sus defensas, ni fueron argumentos puestos en consideración del Juez de Primera Instancia. Los hechos no afirmados por los contendientes en los escritos constitutivos de la litis, deben reputarse como inexistentes por el juez; ni éste ni las partes pueden apartarse del marco fijado por la litiscontestación. No cabe considerar otras cuestiones que las afirmadas por las partes, ni pronunciarse sobre peticiones no deducidas o cosas no reclamadas, ni hacer mérito de hechos no invocados, porque la alteración unilateral de los términos del pleito va en mengua del derecho de defensa (causa 705776 del 14/5/2013 RSD: 47/2013 de esta Sala IIIa). Es que los pronunciamientos judiciales deben limitarse a lo que ha sido materia de litigio entre las partes, pues una sentencia que desconozca o acuerde derechos no debatidos, sería, como principio, incompatible con la garantía de los arts. 17 -propiedad- y 18 -defensa en juicio- de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos, 237:238; 239:442, entre otros; causa 107.304 del 14-5-09 RSD: 32/09 de esta Sala IIIa). Atento el principio de congruencia que este Tribunal debe respetar, no puede tratar argumentos extraños al escrito de demanda como los alegados en los agravios en relación al deber de especificar la existencia de garantía y su fecha, nulidad del contrato o de las cláusulas por aplicación del art. 37 de la ley 24.240. Hacerlo importaría violar los arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 270 y 272 del CPCC (SCBA Ac. 77.763 del 28-03-01; causa 107.942 del 26-11-2009 RSD: 145/09 de esta Sala IIIa). En consecuencia el agravio ha de ser desestimado. 7º) Se queja la actora por la cuantificación de lo debido en concepto de daño moral (\$5.000). Afirma que la indemnización fijada resulta exigua en base a la situación que debió padecer y la desidia con la que se manejó el demandado. Sostiene que constituyen problemas de tal gravedad que nunca se terminan de solucionar (la pericia menciona el procedimiento de silicono pero la solución no es permanente). Por lo que pide que se eleve el monto en cuestión hasta alcanzar una suma no inferior a \$10.000. "Cuando el daño moral tiene origen contractual (art.522 del Código Civil) debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios. Corresponde, pues, a quien reclama la indemnización del daño moral la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral, puesto que de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (CN.Com, Sala E, 7.9.90, LL 1990-E-16, citado por Ghersi, Carlos, Daño Moral y Psicológico, pág.166, Ed.Astrea, 2002). Si bien de las pericias realizadas en autos (fs. 143/148 y fs. 357/361), fotografías (fs. 133/142) y acta notarial de 31/33, surge el estado de la vivienda de la actora, no se desprende de los mismos referencia alguna a las alteraciones emocionales que tales hechos le provocaran a la reclamante, ni siquiera se precisó en la demanda cuáles fueron los signos exteriorizadores del menoscabo espiritual y cuáles sus proyecciones en la voluntad y el sentir de la demandante (conf. CC. LP. Sala 3, causa 228.858 del 2-12-97; causa 95.928 del 28-12-2004 RSD: 327/04 ?Oleaga c/ Liderar s/ cumplimiento de contrato? de la Sala IIª; causa nº D1221/6 del 19-9-2013 RSD: 122/2013 de esta Sala IIIa). Así entonces, atento el límite que el recurso deducido impone a este Tribunal, a lo efectos de apreciar la suma otorgada sólo ha de considerarse el malestar que pudo haber generado el incumplimiento del demandado por haber entregado una vivienda con vicios ocultos que requirieron de posteriores reparaciones. Ninguna prueba o pauta específica señala la actora en apoyo de su reclamo respecto a la escases de la suma otorgada. Por todo lo expuesto, se concluye que no se ha demostrado el error invocado en el agravio en estudio, por lo cual, corresponde confirmar lo decidido en cuanto al justiprecio del daño moral reclamado (arts. 260 y 272 del CPCC). 8º) Cuestiona la actora la fecha a partir de la cual la sentencia condena al pago de intereses (notificación de la demanda). Considera que debe calcularse desde la fecha en que la obra debía ser entregada o desde la intimación efectuada por carta documento aunque la misma no fuera recibida. No le asiste razón. En efecto, la obligación de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del demandado en construir la vivienda de la actora con materiales de primera calidad, en razón de su origen de naturaleza contractual resulta una obligación pura y simple, vale decir, no sometida a modalidad alguna porque su eficacia no está subordinada a condición ni diferida a un plazo. En tal carácter, no se encuentra aprehendida en la enumeración taxativa del art. 509 del C. Civil, ni la mora opera ?ex re?, por lo que la constitución en mora -determinante del curso de intereses moratorios- depende del requerimiento fehaciente por el acreedor (arts. 508, 509, 511, 527 y concls. del C. Civil; SCBA., Ac. 35.386 del 18-2-86, "Lefa c/Industrial"; conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, "La mora en las obligaciones puras y simples", LA LEY: 1976-A, 408; causa 58.820 del 13-5-93 de la entonces Sala IIª; D-271-2007 del 22/12/2011 RSD: 187/2011 de esta Sala IIIª). Siendo que la interpelación es la declaración unilateral de voluntad, no formal y recepticia por la que el acreedor reclama categóricamente de su deudor el cumplimiento de la prestación y en cuya virtud la ley determina, como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querida por el acreedor, la constitución en mora del deudor (Wayar ?Tratado de la mora?, pág. 373/374, ed. Abaco; causa 107.546 del 5-5-09 RSI: 151/09 de esta Sala IIIa.), no puede el recurrente pretender que tales requisitos han sido cumplidos con el envío de la carta documento obrante a fs. 19/20. Es que tal como sostiene la apelante en sus agravios, la misiva no fue recepcionada y por lo tanto no

resulta ser una interpelación en los términos descriptos. Por su carácter de ?recepticia? la interpelación para ser eficaz requiere que llegue a conocimiento del deudor; es decir que se perfecciona cuando llega a conocimiento de aquél (Belluscio-Zannoni ?Código Civil Anotado?, T 2, pag. 604, ed. Astrea; Busso ?Código Civil Anotado, Tº III, pág. 259, núm. 31, ed. Ediar; causa 106.145 del 14-5-09 RSD: 37/09 de esta Sala IIIa.), lo que no ha ocurrido en la especie. En el caso la interpelación al demandado resulta ?tal como decidió la sentencia- de la notificación de la demanda ocurrida el 6/11/2008 (fs. 171vta.) por lo que es dable imponerle el pago de intereses desde dicha fecha, confirmándose así lo decidido en la instancia de origen (art. 622 C. Civil) 9º) Se agravia la accionante por la tasa de interés fijada en la sentencia (tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días) toda vez que la misma no cubre la depreciación monetaria. Solicita la aplicación de la tasa activa que perciben los bancos por los préstamos que otorgan. Teniendo en cuenta el vínculo contractual que ligara a las partes (locación de obra) resulta clara la naturaleza civil de la relación que las uniera; y no habiéndose demostrado convención alguna al respecto, corresponde considerar el criterio establecido para los casos en que la determinación de la tasa queda librada al prudente arbitrio judicial (art.622 del CC), ello es el fijado por la Suprema Corte en su Acuerdo 43858 del 21.5.91 -doctrina que ha mantenido hasta la fecha- en cuanto a que los intereses aplicables a partir del 1 de abril de 1991 deben liquidarse en el caso: desde la mora y hasta el efectivo pago, a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días vigente en los distintos períodos de aplicación (conf. causas 106.841 del 30/6/09 y 111.015 del 11/04/2012 RSD: 35/12 de esta Sala IIIª). Tal doctrina se ha visto recientemente complementada con el fallo dictado en la causa ?Zocaró, Tomás Alberto c/ Provincia ART S.A. y otro s/ ds. y ps.? (SCBA Ac. 118.615 del 11/3/2015), en el sentido que el Superior Tribunal consideró que la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días vigentes en los distintos períodos de aplicación (la tasa pasiva digital) es un índice que no vulnera la doctrina antes referida. Así entonces, de acuerdo a las circunstancias actuales, tal índice (tasa pasiva digital) resulta el más adecuado para compensar la imposibilidad de uso del capital desde la fecha de la mora (6/11/2008). Ha de modificarse, pues, la sentencia y aplicar la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a treinta días respecto a fondos captados en forma digital, es decir a través del sistema ?home banking? de la entidad, que se denomina comercialmente como Banca Internet Provincia o BIP en su modalidad tradicional, desde la fecha de la mora (6/11/2008) y hasta el efectivo pago (arts. 622 del Código Civil y 163 inc. 5º del C.P.C.C.; causas SI29985/2010 del 18-6-15 RSD 89/15, SI-30771-2012 del 14-7-2015 RSD: 96/2015 de esta Sala IIIa). Siempre que de la aplicación de tal índice no se obtenga un resultado inferior al que produzca en tal momento la tasa pasiva, en cuyo caso se aplicará esta última.

10º) Se agravia la accionante por el rechazó que mereció su pedido de ?menor valor de la obra?. Sostiene que se reclamó una indemnización porque los trabajos realizados no fueron de la calidad prometida más allá de la existencia de vicios aparentes u ocultos. Si bien es cierto que las pericias realizadas en autos indican que la obra fue realizada con materiales inadecuados o de muy baja calidad observable por ejemplo en humedades crecientes en el cielorraso de la planta alta (fs. 148, fs. 359 y fs. 362), también lo es que la perito Arquitecta no se expide y tampoco fue preguntada respecto del valor de la construcción con los materiales utilizados. No se le solicitó que comparara ese valor con el costo que habría insumido la obra de haberse utilizado materiales de primera calidad como los que fueran convenidos entre las partes, siendo carga de la actora acreditar el daño alegado (art. 375 del CPCC). De este modo no es posible tener certeza sobre cuál fue el menor ?valor de la obra? que reclama la accionante atento la complejidad técnica de la cuestión debatida (materiales de construcción utilizados por el locador de obra y los dejado de utilizar/costo de unos y de otros/comparación de precios) siendo el medio adecuado la prueba pericial por el saber técnico propio de la especialidad de la perito (arquitecta). Cuadra señalar que carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. Dicho de otro modo, quien tiene interés jurídico en que determinada circunstancia resulte probada, se perjudica o sufre la consecuencia adversa de su falta de prueba. Cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el núcleo de la pretensión o la defensa, el juez debe dictar una sentencia desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla (conf. Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", t. 1, pág. 426 y sigtes.; SCBA Acuerdo 2078 del 15-07-2015, C. 118.411). En el caso de autos, atento que la carga probatoria respecto de la existencia del ?menor valor de la obra? que se reclamara en el escrito de inicio y que pesaba sobre la demandante ha sido incumplida, el agravio no ha de prosperar. Con la modificación propuesta voto por la afirmativa. A la misma cuestión, la señora Jueza doctora Soláns por iguales consideraciones, votó también por la afirmativa. A la segunda cuestión, el señor Juez doctor Krause dijo: Dada la forma en que se ha resuelto la cuestión anterior; corresponde: a) modificar la sentencia apelada estableciendo que los intereses aplicables deben ser liquidados a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a treinta días respecto a fondos captados en forma digital, es decir a través del sistema ?home banking? de la entidad, que se denomina comercialmente como Banca

Internet Provincia o BIP en su modalidad tradicional, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago. Siempre que de la aplicación de tal índice no se obtenga un resultado inferior al que produzca en tal momento la tasa pasiva, en cuyo caso se aplicará esta última; b) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios; c) imponer las costas devengadas ante esta Alzada al demandado sustancialmente vencido (art. 68 del CPCC); d) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904). ASI LO VOTO A la misma cuestión la señora Jueza doctora Soláns por iguales motivos votó en el mismo sentido. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo, a) se modifica la sentencia apelada estableciendo que los intereses aplicables deben ser liquidados a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Bs. As. en sus operaciones a treinta días respecto a fondos captados en forma digital, es decir a través del sistema ?home banking? de la entidad, que se denomina comercialmente como Banca Internet Provincia o BIP en su modalidad tradicional, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago. Siempre que de la aplicación de tal índice no se obtenga un resultado inferior al que produzca en tal momento la tasa pasiva, en cuyo caso se aplicará esta última; b) se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios; c) se imponen las costas devengadas ante esta Alzada al demandado sustancialmente vencido (art. 68 del CPCC); d) se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904). Regístrese, notifíquese y devuélvase.

010044E