

**Locación de obra. Certificados. Adición del IVA.**

**Prueba de la realización de los trabajos.**

La Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul resolvió que más allá de que el presupuesto global de la obra tenga o no el IVA incluido, este gravamen debe ser discriminado en cada certificado de obra cuando ambas partes son responsables inscriptos. Asimismo, se decidió que con la prueba aportada a la causa (acta material y pericia de ingeniería) el contratista acreditó la efectiva realización de los trabajos.

Causa n° 56720                      “Vivacqua Roberto Oscar  
c/ Club Atlético Estudiantes de Olavarría  
s/ Incumplimiento de contrato. Daños y Perjuicios ”  
Juzgado Civ. y Com. n° 1 -Olavarría-  
Reg.....122.....Sent. Civil.

En la ciudad de Azul, a los        13            días del mes de Diciembre del año  
Dos Mil Doce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma.  
Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores  
**Víctor Mario Peralta Reyes y María Inés Longobardi** –encontrándose  
excusado el Dr. **Jorge Mario Galdós** a fs. 399- (arts. 47 y 48 Ley 5827), para  
dictar sentencia en los autos caratulados: “**Vivacqua Roberto oscar c/ Club  
Atlético Estudiantes de Olavarría s/ Incumplimiento de contrato. Daños y  
Perjuicios**” (n° 56.720), habiéndose procedido oportunamente a practicar la

desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. Peralta Reyes y Dra. Longobardi.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

### **-CUESTIONES**

1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.370/379vta. ?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

### **-VOTACION-**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes** dijo:

**I. Roberto Oscar Vivacqua** promovió demanda por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios contra el **Club Atlético Estudiantes de Olavarría**, a quien le reclamó la suma de **\$ 86.356,55**, sujeta a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en el proceso, con más intereses a la tasa activa que cobre el Banco de la Provincia de Buenos Aires, a partir de la fecha de mora de cada una de las certificaciones de obra en que se asienta el reclamo (fs.112). Sostuvo el actor que, en su condición de propietario de una empresa constructora, se le adjudicó la obra para la construcción del

Centro Deportivo y de Salud que comprende una pileta climatizada y dependencias en el Club Atlético Estudiantes de Olavarría (fs.112vta.). Dijo que la cotización de dicha obra resulta del **presupuesto presentado en el club demandado el día 30 de diciembre de 2005 (el que hizo las veces de contrato de obra, dado que éste nunca se firmó)**, conteniendo el mismo un detalle pormenorizado de toda la construcción y alcanzando un valor total cotizado de **\$ 228.468, más IVA** (ver documentación de fs.13/14 y manifestaciones de fs.112vta./113).

Sostuvo el actor que no se suscribió contrato de obra por disposición del club demandado, y que desde el inicio de los trabajos el Arquitecto Bidé (director de obra y miembro del club) impartió las indicaciones técnicas, variando y modificando las condiciones de la obra (fs.114/115). Expresó que, sin ninguna objeción del comitente, le fueron pagados los certificados de obra números 1, 2, 3 y 4, adeudándose el IVA del certificado n° 5 (**\$ 3.998,56**). Dijo que tampoco le fueron pagados otros trabajos de revoques, enlucidos y picado de revoques, que por un involuntario error no se incluyeron en los certificados, los que alcanzan la suma de **\$ 3.386,19, más IVA** (fs.115vta./116vta.). Manifestó, asimismo, que la demandada directamente dejó de pagar los certificados n° 6 (**\$ 18.895**) y n° 7 (**\$ 15.264**); y a los fines de alcanzar el monto reclamado en la demanda indicó como adeudado el alquiler de encofrado (**\$ 2.100**), y el fondo de garantía del 5% más IVA (**\$ 6.811 y \$ 711**) (ver consideraciones de fs.116vta./117). Puntualizó el accionante que ante el incumplimiento grave en que incurrió la demandada, se vio compelido a resolver el contrato por culpa de la contraria (fs.118). Formalizó la liquidación del **daño**

**material** reclamado que se eleva a **\$ 52.595,50** (fs.120), y solicitó se lo indemnice en concepto de **lucro cesante** por la suma de **\$ 33.761,05** (fs.120/121vta.).

II. Luego de haberse producido la prueba, se procedió al dictado de la sentencia que ha llegado apelada a esta instancia. Allí sostuvo la juzgadora que los escritos postulatorios difieren acerca de la extensión de las tareas que se le encomendaron a la actora, la obligatoriedad del pago de las mismas y si en el precio final estaba o no incluido el IVA (fs.372/372vta.). Dijo la *a quo* que, en su escrito de responde, la accionada reconoció la existencia de trabajos adicionales y que se fueron haciendo cambios a lo convenido originariamente en el pliego, pero que tales cambios no significaron un aumento del precio; considerando que la postura procesal de la demandada fue "evasiva" en los términos del art.354 inciso 1 del código ritual, por lo que se encuentra facultada a estimarla como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos insertos en la demanda (fs.373). Puntualizó, asimismo, que la defensa de la accionada fue contradictoria y poco clara (fs.373vta.). Se abocó después a la dilucidación de la carga probatoria de las partes, señalando que le incumbía al demandado demostrar aquellas circunstancias que motivaron el no pagarle al actor (fs.373vta./374). Analizó las pruebas producidas y concluyó en que el club demandado le encargó al actor las tareas especificadas en los certificados n° 6 y n° 7 (fs.374vta.). Señaló que la principal defensa de la demandada radica en que el actor habría cumplido las tareas de manera parcial y defectuosa, habiendo planteado -también- que los certificados no eran exigibles; por lo que sostuvo que sobre aquélla pesaba la carga de acreditar las conductas

imputadas al actor (fs.375/375vta.), concluyendo en que la prueba aportada no arroja una luz definitiva sobre la cuestión (fs.376). Se ocupó de los adicionales y consideró que ha quedado demostrada la existencia de trabajos de esta índole efectuados por el actor, que dieron origen a los certificados n° 6 y n° 7 (fs.376/377). Abordó la disputa referida al IVA y entendió que este tributo se encontraba incluido en el precio final presupuestado (fs.377/378); aunque precisó que al precio de los trabajos adicionales sí debe agregarse el IVA, toda vez que los mismos no forman parte del contrato original (fs.378).

En función de dichas motivaciones decidió la magistrada que corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando al club demandado a pagarle al actor en el plazo de diez días de encontrarse firme la liquidación que al efecto deberá practicarse, las sumas resultantes de los siguientes conceptos: **1) Los importes correspondientes a los certificados n° 6 y n° 7, pero discriminándose, por un lado, los adicionales alcanzados por dichos certificados con aplicación del IVA, y, por otro lado, los trabajos de ejecución normal sin IVA; 2) El encofrado de la losa y las tareas descritas en el instrumento de fs.42 (realización de revoques, enlucidos y picado de revoques), con más el IVA. 3) A las sumas que se consideran procedentes se les aplicaron los intereses a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos (fs.378vta., considerando VIII). En cuanto a las fechas de mora correspondientes a cada uno de los conceptos por los que se hizo lugar la demanda, las mismas fueron establecidas en la resolución de fs.385/386, dictada a raíz del recurso de aclaratoria deducido por el actor.**

Por el contrario, en la sentencia se rechazaron los siguientes rubros: **1)** Dado el modo de conclusión de la relación contractual, se consideró improcedente el **fondo de garantía** solicitado por el actor; **2)** También se rechazó por improcedente el **IVA que se reclama por el certificado n° 5**, por las consideraciones dadas en el decurso del pronunciamiento; **3)** Finalmente, se rechazó el **lucro cesante** pretendido por el actor por falta de prueba de los extremos que lo harían viable (fs.378vta./379). **4)** En cuanto a las **costas del juicio**, en virtud de resolverse la litis mediante una admisión parcial de la pretensión, las mismas se impusieron en un 70% al accionado y en el restante 30% al actor (fs.379/379vta.).

**III.** La mencionada sentencia dictada a fs.370/379vta. fue apelada por la actora (fs.380) y por la demandada (fs.384). Asimismo, la resolución aclaratoria de fs.385/386, donde se establecieron las fechas de mora, también fue apelada por ambas partes, pero sólo se concedió el recurso de la demandada (fs.392), pues se desestimó el recurso de la actora (fs.390). Ya en esta instancia, las partes expresaron sus agravios a través de los escritos glosados a fs.411/413 (actora) y a fs.415/421 (demandada).

La expresión de agravios de la actora versa sobre dos cuestiones puntuales: **1)** Por un lado, se queja la apelante por cuanto **no se hizo lugar a la pretensión de pago del IVA en los trabajos de ejecución normal correspondientes a los certificados 5, 6 y 7**, por haberse interpretado que este gravamen se hallaba incluido en el precio final de la obra. Desarrolla sus argumentos a favor de su postura revisionista de esta parcela del fallo (fs.411/412). **2)** En otro orden de ideas, la actora se agravia del modo en que se

impusieron las **costas del juicio**, sosteniendo que las mismas deben atribuirse con exclusividad a la parte demandada, quien reviste la condición de vencida aunque la demanda no haya progresado en su integridad (fs.412/412vta.).

La expresión de agravios de la demandada contiene una extensa enumeración de las críticas que a esa parte le genera la sentencia de la anterior instancia; por lo que **en el presente voto sólo me referiré a aquellas argumentaciones que sean conducentes para la solución del litigio, soslayando las restantes que resulten innecesarias a tal fin**. Destaca la apelante la falta de coincidencia entre las posturas de ambos contendientes, disintiendo con las motivaciones desarrolladas en la sentencia y enfatizando en que recaía sobre el actor la carga de la prueba de sus afirmaciones (fs.415/415vta.). Insistió en que se encuentra controvertido el nudo del conflicto, que se centra en la **exigibilidad de los certificados números 6 y 7, y en los trabajos adicionales que el actor dijo haber realizado** (fs.415vta.). Y así afirmó que **era el actor quien ineludiblemente debió acreditar la realización de los trabajos incluidos en los certificados n° 6 y n° 7** (fs.416), remarcando que **en ningún momento reconoció la existencia de trabajos adicionales o de cambios en lo convenido originariamente** (fs.416).

Sostuvo la demandada apelante que la obra se cumplimentó por el sistema de **ajuste alzado**, por lo que aquellos trabajos adicionales que eventualmente debieron efectuarse **eran a cargo del locador, es decir del contratista a cargo de la obra** (fs.416vta.). Discrepó por cuanto en la sentencia apelada se encuadró su conducta procesal en la previsión contenida en el art.354 inciso 1 del Código Procesal, aseverando que en su responde no

hubo admisión ni evasiva alguna (fs.417/417vta.). Así manifestó que **el actor no ha probado la realización de las obras que incluye en las certificaciones números 6 y 7**, sosteniendo que las mismas se tuvieron por acreditadas, en forma errónea, en la sentencia apelada (fs.417vta.). Cuestionó el agregado referido al IVA que el actor introdujo en el presupuesto acompañado con la demanda (fs.417). Realizó diversas consideraciones de orden procesal relativas a la forma en que contestó la demanda, y se detuvo en la carga de la prueba de los hechos controvertidos, señalando que la misma recaía sobre el actor (ver fs.418/418vta.).

Precisando su postura defensiva, dijo la accionada que **la cuestión relativa a los defectos de la obra nunca fue planteada por su parte con la firmeza de una pretensión procesal**, ya que en ese caso debió haber reconvenido por daños ocasionados al club a causa de la mala factura de la obra. Insistió en que el argumento de la contestación de demanda **fue negar que el actor hubiera realizado los trabajos que incluyó en los certificados números 6 y 7, así como los adicionales reclamados, con más el IVA de ambos conceptos** (fs.419). Puntualizó que el actor abandonó la obra y que ello se encuentra demostrado con el acta notarial labrada con fecha 19 de agosto de 2006, **por lo que las certificaciones en cuestión son posteriores a la fecha en que el actor dejó la obra** (fs.419vta.). Sostuvo que la escasa prueba de autos sólo puede redundar en detrimento del reclamo del actor (fs.420), **y adujo que con respecto a los adicionales en el fallo se ha efectuado una errónea interpretación del art.1633 bis del Código Civil** (fs.420vta.). Finalmente y en forma subsidiaria, se agravó de la decisión adoptada en materia de costas,



sosteniendo que las mismas deben adjudicarse en un 54% a su parte y en un 46% a la actora, en la misma proporción en que fuera rechazada su pretensión (fs.420vta./421).

En esta instancia se cumplieron todos los pasos procesales de rigor, habiendo quedado estos actuados en condiciones de ser abordados a los fines del dictado de la presente sentencia.

**IV.** A los fines de una debida comprensión de la materia litigiosa, resulta necesario analizar los **instrumentos** que reflejan el contrato de construcción de obra que vinculara a las partes de autos. Dijo el actor, en su escrito de demanda, que se presentó a cotizar la obra para la construcción del Centro Deportivo y de Salud que comprende una pileta climatizada y dependencias del Club Atlético Estudiantes de Olavarría, y que **su cotización se efectuó en base al detalle y presupuesto presentado el día 30 de diciembre de 2005 (ver instrumento de fs.13/14)**. Sostuvo que su presupuesto fue aceptado, **habiéndosele otorgado la construcción de la obra mediante adjudicación formalizada el día 4 de enero de 2006, según acta suscripta con los representantes del club que se insertó al dorso del pliego de bases y condiciones** (ver instrumento de fs.4/12 y manifestaciones vertidas por el actor en su demanda a fs.112vta.).

Al no haberse firmado el contrato de obra, tal como ha sido reconocido por ambos contendientes (fs.113 y fs.204), lo que se erige en elemento esencial para acreditar los términos contractuales es el referido **presupuesto** que el actor presentó el día **30-12-05** (ver fs.13/14), que fuera aceptado por la demandada mediante el **acta de adjudicación de fecha 4-1-06**

(ver fs.11vta./12). En dicho presupuesto se expresa que la cotización comprende mano de obra, equipos y materiales según especificación del pliego de bases y condiciones; se formula un detalle de los trabajos cotizados; y se concluye en que **el valor total cotizado asciende a \$ 228.468, más IVA** (ver fs.13/14).

Pero lo que parecía tener claridad se ve en alguna medida oscurecido, a poco que se repare que en la contestación de demanda se **le imputó al actor la adulteración de este presupuesto, en lo que respecta al IVA**. En efecto, allí afirmó la demandada que **el presupuesto presentado originariamente al club contenía un precio total de \$ 228.468, que incluía el IVA** (ver manifestaciones de fs.203/203vta. e instrumento agregado a fs.178). Aquí es menester destacar que el presupuesto agregado por el actor con su demanda (fs.13/14), resulta coincidente con este instrumento allegado por la demandada a fs.178, **con la única diferencia del IVA**, puesto que en el primero se expresa "*valor total cotizado: \$ 228.468,00 + I.V.A.*" (fs.14), mientras que en el segundo se indica "*valor total cotizado: \$ 228.468,00*" (fs.178).

La divergencia que se observa entre ambos instrumentos que contienen la firma del actor Roberto Oscar Vivacqua, fue explicada por éste en su escrito de fs.234/236, donde expresa que **en el presupuesto presentado inicialmente no se incluyó el IVA, por interpretarse que ello estaba sobreentendido**. Habiendo aclarado, además, que en el presupuesto acompañado con la demanda se especificó el tema con mayor precisión, **al detallarse que el comitente debía pagar el IVA**. O sea que, según las explicaciones del actor, no habría existido una divergencia de presupuestos, sino

que **el agregado con la demanda contiene una precisión que no indicaba el originario** (ver fs.235, párrafos primero y segundo).

Ahora bien, la cuestión interpretativa que se generó en torno a la inclusión o no del IVA en el precio total de la obra, y que dio lugar a los argumentos dados por la juzgadora en el considerando VII de su pronunciamiento (ver fs.377/378vta.), **no presenta a mi juicio la relevancia que le ha sido asignada**. En efecto, en mi criterio, esta cuestión debe quedar zanjada desde otro ángulo de mira, pues es menester distinguir entre el monto total del contrato que surge del presupuesto de fs.13/14, y los montos parciales consignados en los certificados que constituyen el reclamo de autos (fs.37, 46 y 51). Efectivamente, **en autos debe decidirse si se ajusta o no a derecho el reclamo concreto formulado en la demanda, referido al IVA del certificado n° 5, a los certificados números 6 y 7, y a otros rubros complementarios** (ver segundo párrafo del apartado I de este voto). No tiene importancia, a estos fines, dilucidar si en el presupuesto donde se consignó el monto total de la obra debe adicionarse el IVA (como se hizo a fs.13/14), o si no debe adicionarse tal gravamen (como consta en el instrumento agregado por la demandada a fs.178). Y ello, porque la cuestión de autos no versa sobre una reclamación relativa al monto total de la obra (por haberse resuelto el contrato), sino que **se encuentra centrada, exclusivamente, en algunos certificados que representan un porcentaje no demasiado elevado de ese valor total** (arts.330, 354, 384 y ccs. del Cód. Proc.).

Centrada la cuestión litigiosa, entonces, sólo en una parte de la obra total, **no pueden caber dudas que los certificados emitidos por el**

**constructor deben contener la adición del IVA., en forma discriminada.** Y prueba irrefutable de ello es que **los anteriores certificados números 1, 2, 3 y 4 se emitieron de esta manera, y así fueron pagados sin ningún cuestionamiento por parte del comitente** (ver constancias documentales de fs.18/36; pericia contable de fs.327vta./328; y manifestaciones vertidas por la propia entidad demandada en su escrito de responde a fs.205vta. y 211). No quedan dudas, a mi modo de ver, en que los distintos certificados emitidos a lo largo de la obra **debían contener la adición del IVA, en forma discriminada,** tal como sucedió con los ya pagados por la demandada (fs.18/36, fs.205vta., fs.211 y fs.327vta./328), y como también debe suceder con los comprendidos en el litigio de autos (fs.37/54).

Resulta innecesario, pues, el abordaje actual de la cuestión interpretativa desarrollada en el considerando VII de la sentencia apelada (fs.377/378vta.). Situados en el plano de las hipótesis, si la obra hubiera seguido su curso y hubiera sido necesario cumplimentar el pago de todos los certificados de la misma, podría haberse planteado la duda acerca de si la suma de todos esos certificados debía alcanzar **el monto total pretendido por la actora** (\$ 228.468, más IVA; fs.13/14), o bien **el monto total considerado por la demandada** (\$ 228.468, con IVA incluido; fs.178). En esta hipótesis sí podría haber surgido una genuina cuestión de interpretación de la convención; pero ello **no se plantea en autos en virtud del modo en que ha devenido el íter contractual (resolución del contrato), ya que únicamente debe determinarse la adición del IVA a certificados que representan una parte de la obra.**

Y reitero que en el concreto supuesto de autos, los certificados emitidos por el constructor debían contener la adición del IVA en forma discriminada, no sólo porque **así se procedió con los certificados ya pagados** (fs.18/36 y fs.327vta./328), **sino también porque en caso de facturaciones que se realizan entre responsables inscriptos en este gravamen, es necesario discriminar el IVA a los fines de su pago** (ley 23.349; art.15 de la Resolución General AFIP n° 1415/03, Régimen de facturación y registración). Aquí debe destacarse que **tanto el actor como la demandada revisten la condición de responsables inscriptos del IVA**, conforme resulta - con absoluta claridad- de las facturas "A" que obran a fs.21, 26, 31 y 36; sin que medie en autos ninguna constancia en sentido contrario (arts.330, 332, 354, 375, 384 y ccs. del Cód. Proc.).

Bien señala la perito contadora que en los presupuestos hay una opción, dado que se puede consignar el monto total **con inclusión del IVA**, o bien se puede presupuestar un monto al que **deberá adicionarse el IVA** (fs.328vta., *in fine*, respuesta a la pregunta b). Pero no quedan dudas que en los certificados emitidos para la liquidación de una parte de la obra, **es menester discriminar el IVA a los fines de una correcta facturación y cobro del tributo, en aquéllos casos -como sucede en autos- en que ambos contratantes revisten la condición de responsables inscriptos del gravamen** (ver fs.329, pericia contable, párrafos primero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo; ver, también, como elemento corroborante el informe expedido por Cementos Avellaneda S.A., que luce agregado a fs.282; arts.384, 394, 401, 474 y ccs. del Cód. Proc.).

V. Definida la cuestión precedente corresponde abocarse a la otra temática que resulta medular, y que consiste en dilucidar **si ha quedado probada la ejecución de los trabajos sobre los que se asienta el reclamo del actor**, teniendo en cuenta que la demandada ha negado la realización de los mismos, al haber aseverado que *"a comienzos de agosto de 2006, el accionante abandona la obra dejando la misma inconclusa"* (fs.207 y 216).

En autos se ha planteado un debate acerca de la adjudicación de la carga probatoria, al haber sostenido la sentenciante que *"le incumbía al demandado demostrar aquellas circunstancias que motivaron el no pagarle al actor lo que éste reclamaba.....Ello, en primer lugar, porque a falta de otra prueba, debe suponerse que, desde que se ha acreditado la celebración de un contrato de obra y la efectiva realización de las prestaciones convenidas, ellas han sido cumplidas por el locatario, pues eso es lo que sucede habitualmente"* (fs.373vta./374, considerando IV). Estas consideraciones del fallo de la anterior instancia han sido criticadas por la demandada apelante, quien asevera que era el actor quien debía probar los hechos invocados en la demanda (ver fs.418vta.).

En rigor, las reglas que rigen la carga de la prueba y que recepciona el art.375 del Código Procesal, sólo son de aplicación en aquéllos supuestos donde media **insuficiencia probatoria**, situación que no se observa en la especie. En efecto, en el *sub caso* resulta indiferente determinar sobre cuál de los litigantes pesaba la carga de la prueba, **puesto que los elementos aportados a la causa permiten arribar a la convicción sobre la existencia de los hechos controvertidos alegados por el actor** (conf. Sclarici, en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Highton-Areán dirección, tomo 7,

pág.281). Partiendo de esta premisa que me exime de abordar los agravios atinentes a la distribución de la carga probatoria, pasaré a valorar las probanzas allegadas al proceso (arts.375, 384, 474 y ccs. del Cód. Proc.). Afirma Lorenzetti con relación al contrato de construcción de obra, que "*Si lo que se trata de probar no es el contrato mismo, sino el hecho de la ejecución de la obra o el suministro de los materiales, pueden utilizarse todos los medios legales de prueba, inclusive los testigos y las presunciones, aunque el valor de la obra exceda la tasa legal del artículo 1193 del Código Civil; después de probado el hecho material la fijación de su precio se hace judicialmente. Quien pretende cobrar el precio, debe demostrar que la obra es de su autoría, para lo cual puede valerse de toda clase de pruebas*" (Tratado de los contratos, tomo II, pág.686; lo destacado me pertenece).

Ahora bien, tal como ya lo puntualicé, la prueba allegada a las actuaciones resulta suficientemente demostrativa de los hechos alegados en la demanda, **habiendo quedado acreditada la efectiva realización de las obras que sirven de sustento a la pretensión**. Así cabe examinar, en primer lugar, el acta notarial realizada con fecha **6 de octubre de 2006 (ver instrumento de fs.66/68 y anexos de fs.69/75)**, mediante la cual se dejó constancia de la obra ejecutada, con intervención del actor y del Arquitecto Julio Cesar Bide (dirigente del club demandado y director de la obra objeto de autos). Allí manifestó el actor que **venía a ratificar formalmente la entrega de la obra y constatar notarialmente el estado de ejecución de la misma, según el informe técnico que en ese acto le entregó al Arquitecto Bide y que se agregó como anexo "A" a fs.69/74**. Asimismo, en el anexo "B" que luce a fs.75,

se detallaron las maderas que formaban parte del encofrado de apuntalamiento de la losa, y que no podían ser retiradas en ese momento. Se continúa expresando en el acta notarial que "***El Señor Bide recibe la obra y luego de leer detalladamente el informe técnico que agregado a la presente, realiza algunas observaciones y le dice al señor Vivacqua que la obra se adjudicó según el pliego de bases y condiciones al cual se remite, recordándole que la obra se realiza por ajuste alzado. El señor Vivacqua manifiesta que el sistema de contratación originario fue modificado por voluntad del Club Estudiantes y del director de obra y que nunca recibió ninguna orden de servicio por trabajos defectuosos***" (fs.66vta./67; lo destacado me pertenece).

Se desprende de la referida acta notarial, que **la obra fue entregada por el constructor y recibida por el director de la misma**, quien leyó detalladamente el informe técnico elaborado por aquél y sólo se limitó a formular algunas observaciones relativas al sistema utilizado para la construcción. Quiere ello decir, que **el director de obra no invocó la falta de realización de los trabajos presupuestados y adicionales que constan en dicho informe técnico (fs.69/74), ni tampoco cuestionó la forma en que se había efectuado la construcción**, siendo esta actuación notarial de especial valía a los fines de respaldar las aseveraciones de la demanda (arts.993, 994, 995 y ccs. del Cód. Civil). Y lo que reviste decisiva trascendencia es la **prueba anticipada pericial de ingeniería** que se practicó a fs.150/152vta., donde la experta puntualizó que **los ítems de obras detalladas en el anexo "A" del acta notarial, se corresponden con las presupuestadas en las certificaciones 1 a 7 y con las modificaciones introducidas** (ver fs.150, respuesta al punto 1).



Seguidamente, la experta detalló todos los **trabajos adicionales realizados**, para lo cual tuvo en cuenta la documentación anexada al expediente y la inspección ocular concretada (fs.150vta./151vta.). Y ponderando los diversos elementos de la causa, concluyó en que "**los adicionales fueron realizados por la empresa a cargo del Sr. Vicacqua**" (fs.151vta., respuesta al punto 3). Ya en torno a la cuantificación de las obras realizadas, sostuvo la perito que **los montos indicados y detallados por el actor en las órdenes de servicios n° 1 a n° 7, coinciden con la obra presupuestada y construida** (fs.151vta./152, respuesta al punto 4). Preciso la experta, por último, que los montos reclamados en concepto de "revoques y enlucidos" y "picar revoques", de acuerdo a la documental anexada al expediente, **no fueron cobrados por el actor en las certificaciones** (fs.152, respuesta al punto 6).

Debe señalarse, en este punto, que la aludida prueba anticipada se llevó a cabo con las debidas garantías procesales, habiendo informado la profesional el día y hora en que se realizaría el dictamen pericial (fs.141 y 143), lo que dio lugar a la providencia de fs.144, que fue debidamente notificada a la demandada mediante cédula de fs.145/145vta. Además de ello, una vez presentado en autos el dictamen pericial (fs.150/152vta.), se le corrió el pertinente traslado a la demandada (fs.153, fs.156/156vta.), **quien no solicitó explicaciones ni formuló observaciones o impugnaciones de ninguna índole** (arts.472 y 473 del Cód. Proc.).

O sea que mediante el acta notarial ya analizada y la prueba anticipada practicada con la debida intervención de la contraria, han

quedado suficientemente demostrados los extremos fácticos en que se sustenta la demanda (arts.330, 354, 375, 384, 474 y ccs. del Cód. Proc.). Debiendo recordarse que en esta materia la jurisprudencia ha entendido que la pericia es esencial para establecer el grado de cumplimiento del *opus* prometido, incluso en cuanto a la determinación de qué ha sido verosímilmente querido y entendido por las partes. Claro es que el dictamen pericial no obliga al juez a seguirlo, pues debe ser apreciado en el contexto probatorio de la causa y conforme a las reglas de la sana crítica (arts.384 y 474 del Cód. Proc.); no obstante lo cual, en el concreto caso de autos no se advierten razones que puedan conducir a un apartamiento de las conclusiones de la pericia de ingeniería, al no haber ninguna constancia de la causa que permita desmerecer las aserciones de la experta (art.1634 del Cód. Civil; conf. Alterini, en Código Civil Anotado de Llambías-Alterini, tomo III-B, pág.394; esta Sala, causa n° 46.266 del 30-12-03, "Anido", causa n° 56.041 del 8-5-12, "Bugna").

Sólo cabe agregar que, en la etapa probatoria del juicio, se practicó otro dictamen por parte de la misma profesional de la ingeniería, donde ésta analizó las fotografías que formaron parte del acta notarial labrada a requerimiento de la demandada (fs.174/175 y fs.179/201), arribando a la misma conclusión que ya había sentado en oportunidad de la prueba anticipada, al señalar que "*en cuanto a lo presupuestado por el actor concuerda con los ítems de obras detallados en las certificaciones*" (fs.332, respuesta al punto 4). Además, de este dictamen no surge ningún otro dato que pudiera contradecir las conclusiones que ya había sentado la experta en su anterior trabajo de fs.150/152vta. (arts.384, 473, 474 y ccs. del Cód. Proc.).

Habiendo quedado acreditada la realización por parte del actor de las obras normales presupuestadas y de los adicionales ya mencionados, corresponde el acogimiento de la demanda en cuanto al reclamo de los importes resultantes de los certificados números 6 y 7 (el número 5 ya había sido pagado, por lo que en autos sólo se encuentra debatido el IVA de este certificado). Ahora bien, con relación a los adicionales se dice en la expresión de agravios que la obra se cumplimentó por el sistema de ajuste alzado y que los trabajos adicionales eventualmente cumplidos eran a cargo del contratista (fs.416vta. y fs.420vta.). Pero esta cuestión fue debidamente analizada por la sentenciante de grado, quien ponderó la doctrina y jurisprudencia elaborada con relación al art.1633 bis del Código Civil, habiendo aseverado que no medió oposición de la demandada respecto a estos trabajos, por lo que los mismos deben ser remunerados independientemente de lo contratado originalmente; a lo que se suma que el precio de los adicionales consignado en los certificados no fue cuestionado por la contraria (fs.376/377). Y aquí debe destacarse que **estos argumentos dados en la sentencia no fueron criticados en modo alguno por la apelante, quien incumplió la carga técnica exigida por el código ritual; de manera tal que, en este aspecto del litigio, el recurso de apelación deviene inadmisibile** (art.260 del Cód. Proc.). En cuanto a los defectos que en algún momento la demandada le imputó a la obra realizada por el actor, cabe puntualizar que se trata de una temática que ha quedado soslayada del debate y que, por ende, deviene inabordable, siendo concluyentes las aserciones de la demandada apelante cuando señala que la cuestión relativa a los defectos de la obra nunca fue planteada por su parte con la firmeza de una pretensión procesal,

ya que en este caso debió haber reconvenido por daños ocasionados al club a causa de la mala factura de la obra (ver el apartado III del presente voto, anteúltimo párrafo; arts.266 y 272 del Cód. Proc.).

**VI.** En virtud de las consideraciones precedentes, propicio adoptar la siguiente resolución: **1)** Por las consideraciones dadas en el apartado IV, corresponde **revocar parcialmente** la sentencia apelada y acoger el IVA que se reclama por el certificado n° 5, haciendo lugar en este punto al recurso de apelación deducido por la parte actora (ver apartado II de este voto, último párrafo, punto 2); **2)** Por las consideraciones dadas en los apartados IV y V, corresponde **confirmar** la sentencia apelada en cuanto condenó a la demandada al pago de los importes correspondientes a los certificados n° 6 y n° 7, el encofrado de la losa y las tareas descriptas en el instrumento de fs.42 (realización de revoques, enlucidos y picado de revoques); debiendo **modificarse** dicha sentencia y disponerse que los importes correspondientes a los certificados n° 6 y n° 7 deberán ser pagados con adición del IVA que se encuentra discriminado en los mismos, tanto en los trabajos de ejecución normal como en los adicionales, dejándose sin efecto la distinción que se introdujo en el fallo de la anterior instancia (ver apartado II de este voto, anteúltimo párrafo, puntos 1) y 2). **3)** Hacer constar que **han adquirido firmeza** los demás rubros tratados en la sentencia apelada, algunos de los cuales fueron acogidos y otros rechazados (ver apartado II de este voto, párrafos anteúltimo y último), al no haber sido materia de los recursos de apelación deducidos por las partes.

**VII.** En lo atinente a las costas del juicio, las mismas se impusieron en un 70% a la demandada y en el restante 30% al actor, en virtud de resolverse la litis mediante una admisión parcial de la demanda.

La parte actora apeló esta decisión de la *a quo* al sostener que las costas deben atribuirse con exclusividad a la parte demandada, quien reviste la condición de vencida aunque la demanda no haya progresado en su integridad (fs.412/412vta.). A su vez la demandada, en forma subsidiaria, se agravió de la decisión adoptada al afirmar que las costas deben adjudicarse en un 54% a su parte y en un 46% a la actora, en la misma proporción en que fuera rechazada su pretensión (fs.420vta./421).

Entiendo que debe **revocarse parcialmente** la sentencia apelada y disponerse que las costas de primera instancia deben imponerse en su totalidad a la demandada que ha resultado vencida en el juicio (art.68 del Cód. Proc.). Esta es la doctrina legal de la Casación Provincial, quien ha resuelto que "*La circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad en razón de la atribución de responsabilidad concurrente no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas, pues la admisión parcial de la demanda no resta relevancia a la necesidad de litigar a la que se vio sometido el accionante*" (S.C.B.A., C 89.530 del 25-2-09; C 112337 del 10-10-12).

En cuanto a las costas dealzada, las mismas deben imponerse a la demandada que ha resultado vencida en el trámite recursivo (art.68 del Cód. Proc.; S.C.B.A., C 104063 del 28-10-09).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la **Dra. Longobardi** por los mismos fundamentos, adhiere al voto que antecede, votando en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez **Dr. Peralta Reyes** dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se revoca parcialmente, se confirma y se modifica la sentencia apelada de fs.370/379vta., en la forma indicada en el apartado VI, en los aspectos que han sido materia de los recursos de apelación deducidos por las partes. En cuanto a las costas de primera instancia, se revoca parcialmente la sentencia apelada y se imponen en su totalidad a la demandada vencida; imponiéndose también a la accionada las costas de alzada, en base al resultado del trámite recursivo (art.68 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 del dec. ley 8.904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, la **Dra. Longobardi** por los mismos fundamentos, adhiere al voto que antecede, votando en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

### S E N T E N C I A

Azul,

Diciembre de 2012. -

**AUTOS Y VISTOS:**

**CONSIDERANDO:**

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y conchs. del C.P.C.C., se revoca parcialmente, se confirma y se modifica la sentencia apelada de fs.370/379vta., en la forma indicada en el apartado VI, en los aspectos que han sido materia de los recursos de apelación deducidos por las partes. En cuanto a las costas de primera instancia, se revoca parcialmente la sentencia apelada y se imponen en su totalidad a la demandada vencida; imponiéndose también a la accionada las costas de alzada, en base al resultado del trámite recursivo (art.68 del Cód. Proc.). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts.31 y 51 del dec. ley 8.904/77). **Regístrese.** **Notifíquese** por Secretaría y devuélvase. Fdo.: Dr. Víctor Mario Peralta Reyes - Juez – Cámara Civil y Comercial – Sala II – Dra. María Inés Longobardi - Juez – Cámara Civil y Comercial – Sala II – Ante mi: Pedro Eugenio Ribet – Auxiliar Letrado - Cámara Civil y Comercial – Sala II.