

## Locacion De Obra Mayores Costos De La Obra Sistema De Ajuste Alzado Prohibicion De Actualizacion Monetaria

### JURISPRUDENCIA

alzado. Prohibición de actualización monetaria

Locación de obra. Mayores costos de la obra. Sistema de ajuste

Se revoca el pronunciamiento de primera instancia y se rechaza la

demanda por cobro de pesos, en la que los accionantes pretendían se les abonaran los mayores costos de la obra en que incurrieran.

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 12 días del mes de Noviembre de 2015, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores MARIA FERNANDA NUEVO y JORGE LUIS ZUNINO, para dictar sentencia en el juicio: "GUZMAN ROXANA Y OTRO C/ GUIXERAS ELVIRA ANA JOSEFA Y OTRO S/ COBRO DE PESOS ORDINARIO" causa n° SI-20595-2010; 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. Zunino y Nuevo, resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTION ¿Es justa la sentencia apelada? VOTACION A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ZUNINO DIJO: 1. La sentencia de fs. 653/659 vta. admitió la demanda entablada por Roxana Guzmán y Robinson Mauricio Bertoncini contra Elvira Ana Josefa Guixeras y Carlos Alberto Bohn, condenando a estos últimos a abonar a los primeros, la suma de \$... más intereses. E impuso las costas a la parte demandada en su condición de vencida. Dicho pronunciamiento fue apelado por los accionados (v. fs. 666) quienes expresaron agravios a fs. 680/685. Corrido el traslado pertinente, el mismo fue evacuado por la parte actora (v. fs.687/691). 2. Los agravios. Esencialmente postulan los demandados que el señor Juez a quo otorgó un alcance excesivo a la prueba confesional (ficta) como elemento de convicción, apartándose arbitrariamente de las conclusiones arribadas por el perito contador, las cuales cuestionan seriamente el modo en que los actores liquidaron los mayores costos de obra, aplicando un coeficiente de actualización vedado desde la sanción de ley 23.928. Consideran haber pagado íntegramente la obra encomendada; y que incluso se incurrió en demasía decisoria e incongruencia al fijar el monto de la condena. 3.a. La solución. Conviene anticipar a fin de evitar la afectación de derechos adquiridos y la vulneración del normal ejercicio del derecho de defensa, que en función de las características del caso y lo dispuesto por el actual art. 7 del Código Civil y Comercial, los hechos debatidos se consumaron bajo el régimen normativo del Código Civil por entonces vigente, correspondiendo que ésa sea la legislación aplicable a la especie, dado que la ley nueva, en principio, carece de efecto retroactivo (conf. en similar sentido S.C.B.A., C. 107.423 del 2-III-2011; C. 104.168 del 11-V-2011). 3.b. Valor de la prueba confesional ficta y pericial. Liminarmente cabe puntualizar que la absolución de posiciones es un medio para provocar que el adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir verdad, un hecho pasado previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento personal de aquél, y contrario al interés que sostiene en la concreta causa (conf. Ac. 86.304, sent. del 27-X-2004 y Ac. 94.515, sent. del 12-IV-2006). Ahora bien, como sucede en la prueba en general, ha dicho el máximo Tribunal provincial que "... su valor probatorio debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo a las circunstancias de la causa, pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material. Y ello no solo en el ámbito de la confesión ficta, cuya virtualidad probatoria, no es de plena prueba (art. 415 del C.P.C.C.), sino también en relación a la confesión expresa (conf. causa L. 78.959, sent. del 27-II-2002; C. 86.304, sent. del 27-X-2004), de fuerza insuperable que la constituye en la probatio probatissima (art. 421 del C.P.C.C.)? (cf. S.C.B.A., C. 109.072, sent. del 12-XII-2012). Veamos. Ambas partes han reconocido además del monto original presupuestado para la construcción de la vivienda familiar de los demandados (\$...), la existencia de trabajos adicionales; mas difieren en el monto que asignan a dicho rubro y en definitiva en cuanto a la validez de la actualización de los costos de construcción pretendidos. Emanan de la pericia contable que el contrato base de la acción no previó adecuadamente el modo de calcular los mayores costos (v. fs. 209) y que se pretende la aplicación del índice de la Cámara de la Construcción. Afirmó el experto: "... No se fija una fórmula precisa de ajuste, sin perjuicio de señalar que los ajustes por índices se encuentran vedados por la ley de convertibilidad aún vigente. Sentado lo precedentemente expuesto, se advierte que el procedimiento utilizado por los actores para el reclamo de mayores costos (ver planilla de fs. 216) fue el de actualizar mediante el índice de la CAC (Capital Federal) las cuotas pactadas para el pago de la obra (no las sumas efectivamente percibidas) desde el inicio de obra, cálculo correcto desde el punto de vista aritmético, pero del que no puedo opinar respecto de su procedencia legal).? Cabe adicionar a las referidas premisas que el objeto de los contratos debe ser jurídicamente procedente a tenor de lo normado en los arts. 953 y 1167 del Código Civil; que cuando un negocio jurídico compromete la realización de un proyecto constructivo, deben cumplirse las normas que rigen la praxis profesional, que son de orden público, e indisponibles para las partes (art. 21, C.C.). Ello aplica también al modo

de fijar el precio de la obra. En este punto deviene indispensable recordar la doctrina establecida por la Suprema Corte declarada aplicable desde el 1° de abril de 1991, que se mantiene incólume, sin que la desarticulación del sistema de convertibilidad implique la necesidad de modificarla (arts. 622 C.Civil, 7 ley 23.928 y 10 ley 25.561; SCBA C 101.774 S 21-10-2009; causa A3353/04 del 12/11/2013 rsd. 125/2013 Sala IIª), pues se encuentra vigente el art. 4 de la ley 25.561 (el cual modificó la redacción del art. 7 de la ley 23.928) que dispone que en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades contempladas en la misma ley (art. 11, ley 25.561, texto según art. 3 de la ley 25.280, v. ley 25.713; causa 93.488 del 13.7.2010 Sala IIIª y causa 48584-8 del 6/3/2014 rsd. 29/2014 de la Sala II); no pudiendo entonces aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional como causa de ajuste en las sumas que corresponda pagar (conf. SCBA LP B 47871 B I 27/11/1996, sum. Juba B84684). De este modo se decidió que corresponde declarar la validez constitucional de la prohibición de indexar establecida por la ley 25.561, en tanto la modificación por ella introducida a la ley 23.928 mantuvo la redacción del artículo 7° de esta última, en el que sólo cambió el término "australes" por "pesos", estableciendo que el deudor de una obligación de dar suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada, y que en ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa y, además, ratificó la derogación dispuesta por su artículo 10, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación de precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios (SCBA LP L 116480 S 15/07/2015; sum. Juba B5008070). De acudirse a la "actualización", "reajuste o indexación" -términos que suponen una operación matemática- se quebrantaría la prohibición contenida en el art. 7 de la ley 23.928, precepto que se mantiene vigente luego del abandono de la paridad cambiaria dispuesta por la ley 25.561 (SCBA LP C 119449 S 15/07/2015, sum. Juba B4201210). Es una regla subordinante del derecho que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres (art. 21 C.C.); obviamente, a estos dos principios deben acomodarse las leyes y la conducta de los particulares, y los jueces en su potestad jurisdiccional pueden aún de oficio intervenir en los acuerdos privados para preservar valores irrenunciables de las partes y de la sociedad (SCBA LP C 100607 S 21/03/2012, sum. Juba B26864). La pretensión que introdujeran los reclamantes al demandar los mayores costos de la obra, no debió tener favorable acogida, ya que pese a las modificaciones sufridas en los regímenes financiero y cambiario en los últimos años, el plexo normativo vigente ha ratificado expresamente el principio nominalista consagrado a partir de 1991, una de cuyas manifestaciones fue la prohibición de cualquier mecanismo de actualización monetaria, circunstancia que además fue advertida en la pericial de la cual se apartó injustificadamente el pronunciamiento de la instancia de origen (arts. 384, 474 y cc. del CPCC). En relación al tópico se han vertido las siguientes conclusiones: "...la prohibición de indexar impuesta en las leyes federales aludidas procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso. Como se dijo, la ventaja, acierto o desacierto de dicha medida legislativa escapa al control de constitucionalidad, pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial...?, así como también se puntualizó: "...por lo que correspondería aplicar al caso la prohibición dispuesta por las mencionadas normas e invalidar la estipulación cuestionada de conformidad con lo establecido por los arts. 502, 953, 1038, 1047 y concordantes del Código Civil, pues las disposiciones de las leyes 23.928 y 25.561 son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal (conf. Fallos: 315:1209; 316:2604; 317:605; 319:3241; 320:2786 y 328:2567)...?" (cf. C.S.J.N. in re ?Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución?, Fallos: 329:385; in re ?Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A.?, expte. M. 913. XXXIX., sent. del 20/4/ 2010, consid. 10), 15) y 16). De manera que aun cuando por efecto de la confesión ficta se tenga por reconocida documentación relativa a la contratación entre las partes, no puede prescindirse de la contradicción que ostenta la convención (v. fs. 84, 209), en la medida en que, por un lado, el precio estipulado o presupuestado para la obra incluye entre otros y fundamentalmente los materiales y la mano de obra, pero por el otro, consigna que se hará cargo el comitente del incremento que se produzca en los precios por tales conceptos, tomándose como índice el de la Cámara de la Construcción, lo que implica un sistema de actualización vedado legalmente. Efectuadas dichas aclaraciones encuentro que aun cuando en la demanda se admitió que no se suscribió ningún convenio, de acuerdo a la documentación glosada en la causa y reconocida en forma ficta -fs. 91/92, fs. 216/217-, la obra se contrató bajo el método de ?ajuste alzado? en el que el comitente pagaba conforme al avance de la construcción. Y es claro entonces que el locador de obra procuró cubrir los mayores costos durante el año que demoraría la realización de la vivienda; habiendo pretendido

con ello aumentar el precio en la suma de \$... (mayor costo por efecto de la actualización implementada) como lo reflejan las planillas de fs. 91 y 216. En tal caso, no se trató en la especie de la ejecución de la obra por el sistema de a coste y costas, en que el comitente se obliga a rembolsar al locador todo lo que éste invierta en materiales y mano de obra y a pagarle la utilidad convenida. Tampoco fue el supuesto de un precio indeterminado, ni había convenida obligación de rendir cuentas de los gastos realizados por el locador a ser reembolsados por el comitente (conf. Belluscio-Zannoni, 'Código Civil Anotado', Tº 8, pág. 70, ed. Astrea). Por el contrario, existe contrato de locación de obra por precio determinado, también llamado de 'ajuste alzado', cuyos efectos prevé el art. 1633 C.Civil, concurriendo dos características: 1º) precio global convenido de antemano para la totalidad de los trabajos, 2º) que ese precio no esté sujeto a reajustes en más o en menos. Contratada la obra por una suma fija y determinada -como razonablemente debe interpretarse en el caso (art. 1198 del C.Civil)- toda labor que debió ser prevista hubo también de ser ejecutada a expensas del locador, salvo patente imprevisión (causa 45.199 del 2-2-1988 ex Sala IIª), extremo que no puede interpretarse como invocado por el apelante, ni menos aún acreditado, pues deben tratarse de aumentos imprevisibles y extraordinarios que tornaren excesivamente onerosa la prestación. Ello así, la alteración de las condiciones contractuales originales debe producir una disparidad en las prestaciones lo suficientemente notoria como para constituir una evidente injusticia: no basta que se haya convertido en un mal negocio del locador para que sea aplicable el instituto de la imprevisión (CNFed. Cont. Adm., Sala III, 4.11.80, La Ley 1983-B-218), sobre todo teniendo en cuenta la condición profesional del locador de obra, respecto de quien debe presumirse una mayor previsión derivada de su experiencia profesional (arts. 902, 909 del C.Civil), pues lo contrario implicaría desconocer fácilmente el principio de invariabilidad del precio (CNCiv. Sala G, 21.3.83, E.D. 104-394; causa nº 110.522 rsd. 62/11 del 17.5.11 Sala II). En el sistema de ajuste alzado el precio pactado es global y único o, en todo caso, variable por modificaciones o innovaciones en el proyecto original (adicionales). Por ello, los beneficios y riesgos de que el costo de producción se aleje del precio pactado son exclusivamente del constructor (CC0103 LP 224649 RSD-284-96 S 03/09/1996, sum. Juba B201248). Así, las alternativas posteriores a la celebración del contrato, durante su ejecución, plantean a veces frecuentes conflictos cuya solución es más fácil cuando se ha documentado adecuadamente el contrato en sus diferentes aspectos (doc. art. 1632 del C.Civil). Pero todos los trabajos que se reputen necesarios, según las reglas del arte, y que debieron ser tenidos en cuenta por el locador, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del C.Civil), se consideran incluidos en el precio convenido y no dan derecho alguno a reclamar ningún suplemento. Y el locador debe asumir un álea normal en este tipo de contratos que justifica la presunción de que el precio ofrecido ha previsto adecuadamente los costos que insumirá la obra. Sus errores de cálculo, impericia o negligencia, no deben ser soportados por el comitente, pues ello constituye lo que se llama riesgo empresario en sentido económico (art. 1633 C.Civ.; CNCiv. Sala D, 26.3.78, JA 1980-III-231). El comitente contrata la obra confiando en la competencia, experiencia y capacidad técnica del locador de obra; nadie más indicado que éste para prever los trabajos que, según las reglas del arte, son indispensables para la buena ejecución tenida en mira; si esa previsión falla o resulta insuficiente, debe el locador cargar con las consecuencias de lo que debe atribuirse, en principio, bien sea a su mala fe o cuando menos a su impericia o negligencia (art. 1633 bis del C.Civil; causas 54.154 del 6-8-1991 ex Sala IIª; 110.522 citada). Adviértase que el importe por la actualización (\$...) surge de la propia liquidación practicada en la demanda (fs. 276), representando un incremento del orden del 13 % aproximadamente sobre el costo o precio pautado al inicio de la obra de \$..., no tratándose de un aumento extraordinario que justifique apartarse de la regla consagrada en el art. 1633 del C.Civil. Y dada la calidad profesional de los actores, pesaba sobre ellos un mayor deber de cuidado y previsión en los términos que impone el art. 512 del Código Civil. De ahí que dada la expresa prohibición de indexar y del inviable método empleado para el cálculo del precio (art. 1197, 1198, C.C.), no es dable reconocer a los incoantes la pretensión deducida (cf. arg. arts. 21, 953 y 1167 C.C.). 3.c. De la liquidación ensayada por la demandante se otorga a los trabajos adicionales efectuados un valor de \$... (v. fs. 276), monto que coincide con el calculado por la perito arquitecta (fs. 576 vta.; art. 474 del CPCC). Y aunque no hay discusión entre las partes acerca de la existencia de los llamados trabajos adicionales (más allá de si fueron correctamente documentados o no, o si se introdujeron o no unilateralmente), lo concreto es que no puede soslayarse que descontando el improcedente reclamo de los mayores costos por la actualización, se arriba a la conclusión de que la demandada abonó íntegramente la obra encomendada. En efecto; el Juez de la instancia de origen llegó al mismo resultado que el actor: sumó \$... (precio global e inicial), \$... (en concepto de 'adicionales?') y \$... (por sistema de actualización), lo que da un total de \$... No obstante, quitando el inconducente costo de actualización -según se explicó-, el precio de la obra sería de \$... Con lo cual, la deuda estaría cancelada, ya que el propio actor reconoció en la demanda que la demandada le pagó \$... (también lo hizo al redactar las posiciones: v. fs. 496, 497 -arts. 163 inc. 6º, 330, 409 del CPCC-). Inclusive, debe considerarse pagada la obra cuando la actora se expidió acerca de los recibos aportados por los accionados, pues ahí admitió, pese a descontar un valor de \$... (por visados y la confección de un doble recibo por la existencia de uno provisorio) que le habían abonado \$... (v. fs. 432 vta). Y también debe considerarse saldada la obligación a partir de lo expuesto por el perito contador (fs. 395/397), porque contabilizó pagos documentados por \$..., y, descontados los recibos de \$... por trabajos

previos al inicio de la obra que no fueron incorporados al presupuesto (v. fs. 209), arribó al resultado de que los demandados abonaron -cuanto menos- \$... (v. fs. 395/397). Es decir que en cualquiera de las variantes de cálculo que surgen de las constancias de autos (si se elimina el mayor costo por la actualización) se concluye en que la deuda ha sido cancelada, tornando improcedente la acción intentada. Por todo lo expuesto, propongo admitir la apelación bajo examen y consecuentemente, rechazar la demanda por cobro de pesos promovida por Roxana Guzmán y Robinson Mauricio Bertoncini contra Elvira Ana Josefa Guixeras y Carlos Alberto Bohn. 4. Las costas. Las costas de primera instancia y las generadas en la Alzada se imponen a los actores vencidos (art. 68, C.P.C.C.). No siendo necesario tratar más cuestiones que las conducentes a la adecuada solución del pleito (art. 266 del CPCC), voto por la NEGATIVA. A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Nuevo por los mismos fundamentos, votó también por la NEGATIVA. 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: I. Se revoca el pronunciamiento de primera instancia y consecuentemente, se rechaza la demanda por cobro de pesos promovida por Roxana Guzmán y Robinson Mauricio Bertoncini contra Elvira Ana Josefa Guixeras y Carlos Alberto Bohn. II. Las costas en ambas instancias se imponen a los actores en su calidad de vencidos (art. 68, C.P.C.C.). III. Se difiere la regulación de los honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 de la ley 8904). Regístrese, notifíquese y devuélvase. 005532E