

Cobro De Pesos Locacion De Obra Exceptio Non Adimpleti Contractus Carga De La Prueba

JURISPRUDENCIA

Cobro de pesos. Locación de obra. Exceptio non adimpleti

contractus. Carga de la prueba

Se mantiene el fallo en cuanto acogió la demanda por cobro de pesos por la retribución

correspondiente a una locación de obra (trabajos por la rehabilitación y el mantenimiento de aceras) que realizó la actora en calidad de subcontratista del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En Buenos Aires, a 5 de diciembre de 2017, se reúnen los

Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?INCOUR S.R.L. C/ MIAVASA S.A. S/ ORDINARIO?, registro n° 37047/2010, procedente del JUZGADO N° 5 del fuero (SECRETARIA N° 10), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Garibotto. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: 1°) La sentencia de primera instancia admitió la demanda promovida por Incour S.R.L. y, en consecuencia, condenó a Miavasa S.A. al pago de \$ 228.790,13 como deudora de la retribución correspondiente a una locación de obra (trabajos por la rehabilitación y mantenimiento de aceras) que realizó en calidad de subcontratista del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con más intereses y costas (fs. 944/954). Contra esa decisión apelaron ambas partes (fs. 955 y 957). La demandante expresó sus agravios mediante el escrito de fs. 974/976, cuyo traslado resistió Miavasa S.A. a fs. 984/985. De su lado, la demandada presentó el memorial de fs. 978/981, que obtuvo la respuesta de Incour S.R.L. obrante a fs. 987/990. Asimismo, existen apelaciones por los honorarios regulados (fs. 957 y 959). 2°) Por razón

de buen orden corresponde comenzar con el primer agravio de la actora, pues él se refiere al alcance del objeto de la demanda que, afirma esa parte, no fue adecuadamente interpretado en la sentencia recurrida. El fallo de la instancia anterior sostuvo que si bien la actora invocó a lo largo del juicio haber ejecutado trabajos durante los meses de mayo y junio de 2009, solamente reclamó en la demanda por la retribución correspondiente al primer mes indicado, o sea, por la suma de \$ 189.082,75 consignada en la factura n° 73 obrante a fs. 21 (fs. 948). Bajo ese entendimiento, la condena se dictó exclusivamente por la apuntada suma incrementada con el 21% correspondiente al I.V.A., esto es, por \$ 228.790,13 más intereses (fs. 953). Sostiene la actora, empero, que su demanda se refirió también al cobro de \$ 18.461,25 más I.V.A. de acuerdo a la factura n° 81 obrante a fs. 23, emitida por trabajos realizados en junio de 2009. Al respecto, refiere los párrafos del escrito de inicio de los que surge la existencia de este otro reclamo, observando también que el cobro de la factura n° 81 había sido reclamado extrajudicialmente (fs. 974/975). Veamos. El capítulo de la demanda descriptivo de su objeto fue explícito en referir que se reclamaban \$ 189.082,75 más I.V.A., es decir, únicamente el importe de la factura n° 73 (ver fs. 41, capítulo ?b?). Sin embargo, más adelante, en el mismo escrito, Incour S.R.L. sostuvo que su pretensión de cobro se justificaba no sólo por el impago de la factura n° 73, sino igualmente por ?...la suma adeudada por los trabajos ejecutados en el mes de junio de 2009, conforme factura n° 81...?, aclarando de seguido que reclamaba intereses por

?...ambas facturas desde la fecha de ejecución de los respectivos trabajos...? (fs. 43 vta.). Como se ve, hubo una nítida contradicción de la demanda entre el quantum y los conceptos reclamados, pues la sumatoria de estos últimos arroja un resultado superior al primero. Esa contradicción, empero, no impidió a Miavasa S.A. entender que el reclamo de su adversaria estaba integrado también por la factura n° 81, tal como se desprende de las palabras suyas utilizadas al contestar la demanda, mediante las cuales, precisamente, cuestionó su pertinencia (fs. 111 vta.). En tales condiciones, partiendo de la base de que toda demanda debe ser interpretada de modo razonable e integral, a la luz de un criterio flexible en mira a un mejor rendimiento de la función jurisdiccional (conf. CNCom. Sala A, 30/9/1996, LL 1997-F, p. 420) y de que, en el específico caso de autos, la accionada no entendió como ajeno al debate el reclamo de la factura n° 81, siendo que la demanda y su contestación son las que delimitan el

thema decidendum y concretan los hechos sobre los que deberá versar la prueba, quedando de tal modo precisada la esfera en que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4°, y 163, inc. 6°, del Código Procesal; esta Sala D, 6/04/17, ?Havanatur S.A. c/ Guama S.A. y otros s/ ordinario?; CNFed., en pleno, 12/5/78, ?Insignia Cía. de Seg. S.A. c/ Martín, Manuel y otros?, considerando 5 y sus citas, JA 1978-III, p. 271), corresponde concluir que no hay razón para restringir el examen de la pretensión actora solamente a la factura n° 73. Es que si, como ha sido resuelto, la omisión de un rubro en la liquidación de la demanda no es suficiente para el rechazo si el concepto fue reclamado en ella (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1993, t. 7, p. 236), la misma conclusión debe sostenerse a fortiori cuando no hubo omisión sino indudable yerro cuantitativo de la actora, que no impidió a la demandada entender adecuadamente qué era lo

que se le reclamaba. A todo evento, la formal defensa que Miavasa S.A. ensaya al contestar el agravio, no pasa de constituir una contradicción inconciliable con los términos en que contestó demanda que, por consiguiente, no puede ser admitida (art. 1067 del Código Civil y Comercial de la Nación). Con tal alcance, el primer agravio de la actora debe ser admitido. 3º) Sostiene la demandada, dando ello lugar al núcleo central de sus agravios, que la sentencia recurrida colocó injustamente en cabeza suya la carga de la prueba referente a la existencia y extensión de los trabajos facturados, siendo que su parte negó expresamente al contestar demanda que ellos se hubieran realizado. Agrega, además, que no hay pruebas de que la actora hubiera cumplido los trabajos de que se trata y que las citadas por el juez a quo no cumplan ese propósito (fs. 978/980 vta., cap. I). En afín pero distinto orden de ideas, la parte actora invoca como segundo agravio suyo que, por el contrario, en la causa existe prueba suficiente sobre la realidad de los conceptos facturados (fs. 975 y vta.). Para dar respuesta al asunto corresponde señalar, ante todo, que las partes se vincularon en el marco de una subcontratación, en la cual la demandada (empresaria frente al dueño de la obra, o sea, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) asumió la condición de comitente respecto de la actora subempresaria o subcontratista (en este sentido: CNCom. Sala D, 8/6/2010, ?Vialcom S.R.L. c/ Grape Constructora S.A. s/ sumario?; Spota, A., Instituciones de Derecho Civil - Contratos, Buenos Aires, 1984, t. VI, p. 84, n° 1308). Pues bien, si como ocurre en la especie, la demandada comitente resiste el pago del precio convenido alegando el incumplimiento del subcontratista (la actora), importa ello propiamente el ejercicio de la exceptio non adimpleti contractus (art. 1201 del Código Civil y art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación; Borda, G., Tratado de Derecho Civil - Contratos, Buenos Aires, 2005, t. II, p. 67, n° 1092; Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos, Santa Fe, 2004, t. II, p. 754, n° 2). Observado lo anterior, cabe recordar que opuesta la excepción de no cumplimiento contractual corresponde al excepcionado (no al excepcionante) la carga procesal de acreditar, como hecho constitutivo de su reclamo, que ha cumplido. El fundamento es que si quien se excepciona tuviere que acreditar el no cumplimiento, debería probar un hecho negativo, con la dificultad que ello importa. En cambio, la prueba del cumplimiento por el excepcionado no debería ofrecer dificultad (conf. CNCom. Sala D, 1/6/2017, ?Commercial Carpets S.A. c/ Municipalidad de Perito Moreno s/ ordinario?; Llambías, J. y Alterini, A., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1982, t. III-A, p. 173; Borda, G., Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 189, n° 1296; Aparicio, J., Contratos, Buenos Aires, 2012, t. 3, ps. 482/483, n° 1522). Pues bien, a mi modo de ver, la parte actora rindió convincente prueba de su propio cumplimiento, que no se encuentra desmerecida por la producida por su adversaria. Veamos. (a) El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acompañó a estos autos las actas de ?Constatación de Obra? correspondientes a los meses de mayo de 2009, que refieren al certificado n° 32 (fs. 451/463 y fs. 551/560), así como los de junio del mismo año que se vinculan al certificado n° 33 (fs. 464/513 y fs. 561/562). Tales actas de ?Constatación de Obra?, en total 72, indican la existencia de obra ?...ejecutada...? en forma ?...correcta...? seguida de la afirmación ?...Los trabajos se encuentran realizados conforme las reglas del arte...?. Ello es así, con excepción de 8 actas (fs. 456, 463, 486, 487, 488, 511, 512 y 513). Sin embargo, esto último no impide hablar de un cumplimiento total y correcto por parte Incour S.R.L., pues un oficio posterior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acompañó las actas de ?Recepción Provisoria? de las obras correspondientes a los citados certificados n° 32 y 33, en las que luce declarado que los trabajos ?...se encontraron ejecutados, no presentando fallas y estando en buenas condiciones de transitabilidad...? (fs. 847 y 849); actas ambas que, a su vez, fueron aprobadas por el Director General del Ente de Mantenimiento Urbano Integral del mencionado gobierno autónomo, como referentes, respectivamente, a las zonas n° 6 y 8 (fs. 848 y 851) que fueron, precisamente, las dos asignadas a la actora de acuerdo al contrato que la vinculó con la demandada (véase el ?objeto? descrito en la ?Orden de Compra? obrante a fs. 60 y ss.). (b) Coincidentemente, el peritaje en ingeniería concluyó que la tareas cumplidas por la actora ?...fueron ejecutadas en un todo de acuerdo a las reglas del arte de la construcción, observando un buen estado de conservación...? (fs. 195). Impugnada por la demandada esa afirmación pericial (fs. 210), no insistió en obtener una respuesta del perito pese al silencio observado por el experto frente a la cédula de fs. 213. (c) Huérfana de prueba quedó, en su caso, la alegación de la demandada referida a que la actora dejó inconclusas diversas obras que tuvieron que ser ejecutadas por NAP Construcciones, Verector y Mones S.R.L. (fs. 112). Antes bien, el peritaje contable informó que en los libros de la demandada carecía de respaldo documental la contabilización de facturas emitidas por tales empresas (fs. 888 vta., punto B). (d) Por lo que toca particularmente a la orden de servicio n° 29, acompañada por la demandada para demostrar el incumplimiento de su adversaria, mediante la cual el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ordenó a aquella la reconstrucción de una vereda mal ejecutada (fs. 104), cabe decir que no acredita una inejecución imputable a Incour S.R.L. que no hubiera subsanado ella misma, lo que bien puede inferirse: a) del alcance de la recepción de obra realizada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al que antes se hizo referencia; y b) del hecho de que, como lo explicó también el peritaje de ingeniería, la facturación correspondiente a NAP Construcciones (otra subcontratista vinculada a Miavasa S.A.) no se vincula a esa orden de servicio, habiendo el experto constatado además la falta de deficiencias en la vereda en cuestión (fs. 199). (e) Y otro tanto cabe decir de las actas de medición n° 652 y 653, también invocadas por la demandada (fs. 108 y 106, respectivamente), con el agravante, en este caso, que ellas carecen de fecha

y firma, y ninguna fue asentada en el Libro Órdenes de Servicio a los efectos de hacer constatar el rechazo de los trabajos (con. peritaje de ingeniería, fs. 195). (f) Por cierto, los testigos ofrecidos por la demandada, no conmueven el resultado de la prueba reseñada en los párrafos precedentes. Así, la declaración del señor Eduardo Ottobre, coordinador de Miavasa S.R.L., luce proclive a favorecer a su empleadora pues, por una parte, afirmó que Incour S.R.L. realizó trabajos en febrero o marzo de 2009 (fs. 139, pregunta 5ª), para después de decir no recordar si lo hizo en mayo y junio de ese año (fs. 140, repregunta 6ª), lo cual es llamativo teniendo en cuenta que fue él quien firmó la totalidad de las 72 actas de "Constatación de Obra" emitidas en esos dos últimos meses (véase fojas citadas). Y preguntado por el desempeño de Incour S.R.L., lo calificó como "regular" (fs. 141, repregunta 12ª), respuesta que poco aporta al intérprete pues tal expresión tanto denota "ajustado a una regla y conforme a ella" (primera aceptación de la palabra según el Diccionario de la Lengua Española), como "medianamente, no demasiado bien" (décimo cuarta acepción de acuerdo al mismo diccionario). Tampoco acredita una inexistente o mala ejecución el testimonio del jefe de obra de Miavasa S.A., señor Jorge E. González, pues si bien esta persona declaró que la calidad de los trabajos de la actora fue inicialmente buena pero "...Después fue decayendo hasta que al final no cumplieron con lo que se le pedía. Dejaron algunas inconclusas..." (fs. 152, respuesta 4ª), terminó admitiendo que nunca había inspeccionado los frentes en los que laboró Incour S.R.L. (fs. 153, repregunta 14ª), frente a lo cual no se entiende cómo pudo sostener lo primero. En fin, el testigo Ariel Alonso, titular de una empresa contratista de Miavasa S.A. (fs. 158, repregunta 3ª), dijo haber completado trabajos inconclusos (fs. 157, respuesta 2ª) y que, según el jefe de la obra antes citado, había sido Incosur S.R.L. la que los había dejado en tal estado (fs. 157, respuesta 4ª), pero que, en realidad, no tenía forma de saberlo (fs. 158, repregunta 8ª). Se trató, en definitiva, de un testimonio "de oídas" que, por tanto, carece de eficacia probatoria (conf. CNCom Sala D, 5/11/2008, "Tren de la Costa S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Nievas Carmen", causa n° 21.213/03; íd. 27/6/2017, "Yaggi, Pablo Roberto c/ Federación Patronal Seguros S.A.", causa n° 13.475/2014; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1994, t. 8, p. 446), extremo en el que también parece incurso el testimonio de Ricardo A. Cortez, cuyos dichos mayormente parecen fundados en lo que le contaba Jorge E. González (fs. 143/145, repreguntas 1ª, 2ª y 11ª).

4º) La conclusión que ya se anticipa, no encuentra sólida objeción en el incumplimiento que invoca la demandada de la cláusula 6ª del instrumento de fs. 60/65 (fs. 981), pues lejos de poder ser inferido que la actora no presentó los "certificados" de trabajo acumulado referidos en esa previsión contractual, corresponde entender, en lo que aquí interesa, que ellos fueron los n° 32 y 33 mencionados en las actas de "Recepción Provisoria" antes referidas. Por otra parte, tampoco desmerece la posición de la actora el hecho de que las facturas n° 73 y 81 (correctamente registradas en su contabilidad; fs. 902, II, 1) hubieran sido emitidas con demora pues, a contrario de lo que su adversaria alega en fs. 981, aun si esos instrumentos faltasen, el derecho de cobro del precio de la locación de obra existiría, pues él no nace de facturas extendidas tempestiva o tardíamente, sino de los trabajos efectivamente realizados, de lo cual, como se dijo, hay prueba concluyente a favor de la subcontratista.

5º) En el "otro sí decimos" de fs. 975 vta./976, los letrados patrocinantes de Incour S.R.L. fundan, por derecho propio, el recurso de apelación que interpusieron por sus honorarios a fs. 957. La crítica ensayada importa fundamentar la apelación contra los honorarios regulados en la oportunidad prevista por el art. 259 del Código Procesal, esto es, después de vencido largamente el plazo del art. 244, segunda parte, del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, la fundamentación respectiva resulta tardía (conf. CNCom. Sala D, 6/2/2012, "Servibroker S.A. c/ Interdonet Argentina S.A.", voto del suscripto, al que adhirió el juez Vassallo; 14/2/2014, "Taysos S.A. c/ BMC Software Argentina S.A. s/ ordinario"; 10/11/2015, "Kevican S.A. c/ Toscani, Carlos"). Pero aun si se hiciera abstracción de lo anterior, no es preciso que este voto brinde una respuesta específica a la queja, la cual debe ser considerada en el marco de la regulación de honorarios que la Sala efectuará al finalizar el acuerdo, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal y las apelaciones que sobre el particular existen.

6º) Por lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia recurrida en lo principal que decidió, modificándosela exclusivamente en cuanto al monto de la condena, el que queda fijado en las sumas de \$ \$ 189.082,75 y \$ 18.461,25 (en total \$ 207.544), más el I.V.A. del 21% en ambos casos. Los intereses correspondientes a la factura n° 81 se devengarán a la tasa bancaria indicada en fs. 953 desde la notificación de la demanda, toda vez que no luce reclamada en el acta de fs. 38. Las costas de segunda instancia se imponen a Miavasa S.A. en ambos recursos (art. 68, primera parte, del Código Procesal). Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Confirmar la sentencia recurrida en lo principal que decidió, modificándosela exclusivamente en cuanto al monto de la condena, el que queda fijado en las sumas de \$ 189.082,75 y \$ 18.461,25 (en total \$ 207.544), más el I.V.A. del 21% en ambos casos, y los intereses indicados en el considerado 6º correspondientes a la factura n° 81.

(b) Las costas de segunda instancia se imponen a Miavasa S.A. en ambos recursos (art. 68, primera parte, del Código Procesal).

(c) En base a lo resuelto, corresponde en virtud del art. 279 del Código Procesal fijar los estipendios por las labores desarrolladas en el marco de este proceso. Cabe señalar que los honorarios que integran la condena en

