--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil catorce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., P. c/ A., H. y otra s/ Cobro de pesos”** (Expte. Nº 541 - año 2013) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 255.----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo:----------

---1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 241, que fuera concedido a fs. 242, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 235/238 y vta. que hizo lugar a la demanda promovida por el Señor P. P. contra el Señor H. A. y la Señora L. S. por cobro de pesos, condenando a estos últimos a abonar al actor una vez firme y ejecutoriada dicha sentencia el monto que surja de la pericia a llevarse a cabo en la etapa de ejecución de sentencia, con más sus intereses, y con imposición de costas a los demandados vencidos.----------

---

---El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 246/247 vta., el traslado conferido a fs. 248 fue evacuado por su contraria a fs. 251/252 y vta. y la apelante comienza diciendo que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente las pruebas producidas, restándole valor probatorio a algunas de ellas sin argumentos válidos y dando por probados hechos sin analizar correctamente las pruebas y los dichos de las partes, en especial las pruebas referentes a la forma de contratación, trabajos realizados y pagos efectuados. Transcribe un fragmento de la sentencia para manifestar que se agravia de que el sentenciante le haya asignado valor probatorio a los simples dichos del actor referidos a que el Sr. P. recibió la suma de pesos seis mil por los trabajos realizados hasta fines de diciembre del año 2008, dando por sentado que se le adeudan sumas de dinero. Afirma que se le ha pagado al actor la suma de pesos diez mil y que a medida que el accionante avanzaba con los trabajos se le abonaba el dinero que solicitaba, tal como –remarca- lo reconoce el Sr. P. en la absolución de posiciones. Manifiesta que el actor negó que se le haya abonado dicha suma de dinero pero no arrimó pruebas al respecto y que sólo se

limitó a afirmar que se le debe dinero por los trabajos que supuestamente realizó. Opina que así el juez a quo asigna valor probatorio a una pretensión del actor, caprichosa y antojadiza, que no ha sido probada durante el proceso. Transcribe parte del fallo recurrido a fin de señalar que el juez tuvo por probado que los trabajos realizados se abonaban a medida que eran terminados, que el actor no cumplió con la totalidad de los trabajos encomendados, que concurrió otro albañil a concluir los trabajos inconclusos y que se le abonó al actor una suma de dinero por los trabajos efectivamente realizados. Juzga como contradictorio que el juez de grado entienda que se le debe abonar al Sr. P. una suma de dinero por los trabajos realizados ya que, como ha quedado acreditado, se le abonaron los trabajos efectuados, los que resultaron inconclusos. Le resulta agraviante que se sostenga la obligatoriedad de pagar por trabajos que ya fueron abonados al actor ya que se contrató otro albañil para la conclusión de los trabajos, quien además fungió de testigo ante el juez de grado, con el debido control procesal de la actora. Resalta que quien alega un hecho debe probarlo y, en ese sentido, sostiene que la contraria no ha probado que se le adeuda suma de dinero alguna como tampoco que haya concluido los trabajos para que dichas sumas sean exigibles, limitándose a decir que no es suficiente lo que se le abonó, lo que el juez de grado ha tomado como determinante para condenar a los demandados a abonar los montos de dinero que se determinarán en la etapa de ejecución. Expone que su parte si ha probado no adeudarle sumas de dinero al actor ya que los testimonios del Sr. G. y A. así lo corroboraron. Agrega que los testigos propuestos por su parte fueron coincidentes en afirmar que los trabajos realizados por el actor no fueron terminados, debiendo contratar a otras personas a tal fin. Expresa que mal puede el Sr. P. reclamar suma de dinero alguna cuando no cumplió con su obligación y que, por ello, su parte recibió los trabajos en el estado que se encontraban y abonó los mismos hasta lo que se había concluido, recurriendo a trabajadores responsables y diligentes para su terminación, a los cuales se les abonaron los trabajos. Nuevamente transcribe un fragmento de la sentencia recurrida y enuncia que se agravia de que el juez a quo haya incurrido en una contradicción en la misma sentencia en tanto que primero tuvo por acreditado que el actor no cumplió con la totalidad de los trabajos que invocó y luego consideró que existe un saldo pendiente, sin indicar el monto. Manifiesta que por el contrario, el juez determina que el monto de condena surgirá de la pericia a realizarse en la etapa de ejecución de sentencia tomando los montos indicados en la demanda, coligiendo que tal criterio implica hacer lugar a la

totalidad de las sumas reclamadas por el actor. Indica que tal decisión resulta agraviante ya que se ha probado sobradamente que se le abonaron al actor la totalidad de los trabajos realizados, hasta el estado de los mismos. Continúa diciendo que el propio juez considera acreditado que los trabajos del actor resultaron inconclusos pero que luego supedita el monto de la condena a la pericia a realizarse sobre los montos de la demanda, lo que implica hacer lugar a la totalidad de las sumas de dinero reclamadas por el actor, cuando dichos montos se le abonaron pese a que se ha acreditado que sus trabajos fueron inconclusos. Añade que reconocer las sumas de dinero reclamadas por el actor, causa un claro perjuicio para su parte y un enriquecimiento injustificado para el actor, ya que se le abonaría una suma de dinero por una obligación que no fue cumplida. Solicita se revoque la sentencia de grado, rechazando la demanda incoada, con costas a la actora.----------

---A su turno, la actora al contestar el traslado conferido sostiene que la mayoría de los argumentos que esgrime la contraria para considerar la sentencia en crisis constituyen a esta altura de los acontecimientos una cuestión puramente abstracta que ni siquiera merecería que se le confiera tratamiento. Considera que la sentencia desarrolló múltiples argumentos que otorgan fundamento suficiente al fallo y demuestran que el apelante no ha cumplido con la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de lo decidido. Transcribe fragmentos del fallo de primera instancia en sustento de sus dichos. Expresa que no desconoce que la interpretación de los términos de la expresión de agravios debe ser amplia y favorable al recurrente, pero que en este caso la declaración de deserción se impone ya que el demandado no formuló una crítica concreta de los fundamentos de la sentencia. Señala que el memorial de agravios no contiene la crítica concreta de ninguna de estas motivaciones esenciales y las consideraciones que expresa carecen de entidad jurídica como agravios ya que resulta estéril relatar la disconformidad con lo decidido sin hacerse cargo de los fundamentos de la sentencia apelada, concluyendo que no cumple con lo prescripto por el art. 265 CPCC. Cita doctrina y jurisprudencia en refuerzo de su postura. Respecto al primer agravio, opina que no hay en la decisión del sentenciante ningún argumento que desvalorice o analice erróneamente la prueba y que, por el contrario, se han analizado cada una de las pruebas y no se han valido de simples dichos del actor como manifiesta la contraria. Agrega que no existe ningún comprobante por parte de los demandados que acredite el pago por pesos diez mil o por suma alguna y, en referencia a lo

dicho por el apelante respecto de que el actor nada ha probado, alega que es la contraria quien tiene que acreditar en todo caso – con recibos de haberle pagado a su parte- y no lo hicieron. Sostiene que los trabajos realizados por el actor están debidamente acreditados conforme ha quedado establecido con los testimonios aportados en el expediente y que, por lo tanto, no es cierto lo expresado por la contraria respecto a que el juez de grado asigna valor probatorio a una pretensión del actor caprichosa y antojadiza que no ha sido probada durante el proceso. ----------Expresa que en primer término si bien los trabajos debieron abonarse una vez concluidos, esto no fue así, y que el actor solo recibió la suma de pesos seis mil. Comenta que los demandados suspendieron la continuidad de los trabajos por falta de materiales y dinero. En cuanto a que tuvieron que recurrir a otro albañil para que terminara los trabajos inconclusos, afirma que tampoco es cierto por cuanto el actor no reclama suma alguna por trabajos no realizados, sino por los trabajos que efectivamente hizo en las dos viviendas de los demandados. Añade que el albañil contratado por la contraria manifestó haber realizado solo terminaciones en ambas viviendas de los demandados, por las cuales el actor no reclama su pago. Dice que el actor voluntariamente reconoce que se le ha abonado la suma de pesos seis mil, suma que le resulta insuficiente por los trabajos efectivamente realizados que consistieron en el revoque fino y grueso exterior, revestimiento de ladrillo rasado, carpeta interior de nivelación, colocación de pisos, revoque interior del baño, revestimiento del baño, colocación de malla, armado del pozo ciego, armado de cámaras inspección – séptica, desengrasadera y cercado del terreno con alambre en las dos viviendas. Asegura que no existen contradicciones en las conclusiones del juez de grado por cuanto la suma abonada resulta insuficiente para el pago de la magnitud de los trabajos que efectivamente realizó el actor, los cuales se encuentran debidamente acreditados en el expediente. Refiere al agravio de la parte demandada sobre que el actor no ha probado que se le adeude suma de dinero alguna ni que haya concluido los trabajos para que dichas sumas fueran exigibles, y postula que no corresponde al actor sino al demandado hacerlo, agregando que el actor sólo reclama los trabajos que efectivamente realizó y que se encuentran debidamente acreditados con las declaraciones de los testigos. Indica que no es verdad que el actor no pueda reclamar ninguna suma por no haber cumplido con su obligación de terminar con los trabajos correctamente, por cuanto los mismos demandados suspendieron la obra so pretexto de falta de materiales y fondos, cuando en realidad se continuó la obra con otro albañil para no pagar al actor por

todo lo que había realizado y entiende que, por tal motivo, quienes no cumplieron con su obligación son los demandados. Cuestiona la afirmación de la parte demandada respecto a que se le haya abonado la totalidad de los trabajos realizados hasta el estado de los mismos ya que en todo el expediente no se encuentra agregado ningún recibo que corresponda al pago que los demandados hubieran hecho al Sr. P., remarcando que quien reconoce de buena fe y voluntariamente el pago de pesos seis mil es el actor. Manifiesta que carece de sustento el agravio donde la contraria alega que por el fallo se estaría causando un enriquecimiento injustificado para el actor por abonarle una suma de dinero por una obligación que no fue cumplida, al entender que la causa del reclamo reside en que los trabajos que se pretenden cobrar fueron efectivamente realizados e insuficientemente abonados. Solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia, con costas.----------

---2. Al ingresar al análisis de las quejas vertidas corresponde señalar que no es dato controvertido que el actor realizó tareas de albañilería para los demandados pues ante la afirmación realizada en el escrito de inicio en el sentido que fue contratado para realizar una mejora en su vivienda (ver p. II, fs. 09), los accionados en su escrito de contestación admitieron que en razón de haber comprado dos inmuebles que necesitaban reparaciones le encargaron al Sr. P. la realización de trabajos de albañilería tales como revoque fino y grueso exterior, carpeta interior, colocación de pisos, y revestimiento de baño (ver p. II, fs. 27 vta.). A tales tareas se suman otras, por caso, pozo ciego, cámara, y cercado del terreno con alambre, lo que así resulta de la declaración del testigo M. (ver respuesta a la 2ª pregunta, fs. 129) que fuera debidamente ponderada por el juzgador a fs. 237 vta., conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C.P.C.C.).----------
---

---Tampoco se encuentra discutido que no se celebró contrato por escrito ya que ninguna de las partes acompañó tal instrumento, debiendo valorarse a su vez que los demandados a pesar de la negativa formulada admitieron tal contratación. Así, el juzgador a fs. 236 precisó que ***sin perjuicio de la negativa de los demandados al contestar la demanda en cuanto a la celebración de un contrato con el actor, lo cierto es que de acuerdo a lo manifestado por aquellos contrataron a este último para realizar algunos trabajos de albañilería en la propiedad que adquirieran en el mes de agosto de 2008***.----------

---Tocante al vínculo jurídico que unió a las partes el Sr. Juez de la anterior instancia a fs. 235 vta./236 consideró ***que en el caso nos encontramos ante un contrato de locación de obra celebrado entre las partes. En este sentido, debo señalar que la locación de obra es un contrato por el cual una de las partes, denominada locador de obra -empresario, constructor, contratista y, en su caso, profesional liberal, autor, artista-, se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte denominada el locatario de la obra -dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente-, se obliga a pagar un precio determinado o determinable, en dinero.-ver Alberto G. Spota, "Tratado de Locación de Obra", T°. I, pag.8-***. También que ***se ha señalado, que la ley no prescribe forma alguna para el contrato de obra, que queda concluido por el simple consentimiento, sea verbal o escrito. Respecto de la prueba, rigen en este sentido las reglas generales de los artículos 1191 y ss. del Código Civil. El contrato de obra puede probarse por cualquier medio con excepción de testigos según lo previsto por el artículo 1193; pero los testigos serán útiles, cualquiera sea el valor del contrato, si hay principio de prueba por escrito o si una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato -artículo 1191-. Es preciso no confundir el contrato en sí mismo, con los hechos vinculados con su cumplimiento y ejecución: éstos pueden probarse incluso por testigos. Finalmente, pesan sobre el empresario las siguientes obligaciones: 1. ejecutar la obra en la forma debida; 2. entregarla en el tiempo pactado; 3. permitir el contralor de la marcha de los trabajos por el dueño, y 4. responder ante el dueño por la solidez de la obra. Respecto del dueño, las obligaciones que emergen del contrato son: 1. cooperar lealmente con el empresario para facilitarle la realización de la obra; 2. pagar el precio; 3. recibir la cosa; y 4. pagar a las personas que han trabajado en la obra o suministrado los materiales, si no les pagara el empresario que los empleó o adquirió, hasta la suma que adeude el empresario.-ver Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil", Contratos T°.II, pags. 114/156-***.----------

---Y entiendo que efectivamente se trata de una locación de obra ya que el actor por su profesión de albañil prometió un resultado determinado y ello hace a una diferencia esencial respecto de la locación de servicios. Así se señala que la diferencia sustancial entre las dos figuras está en que en la locación de obra se promete un resultado determinado, y en la locación de servicios, una cantidad de

energía tendiente también a una finalidad dada, pero independientemente de este resultado (Belluscio-Zannoni, “Código Civil y leyes complementarias”, Astrea, 1999, T. 8, pág. 5).----------

---Además, debe considerarse la forma de la remuneración ya que el fallo de la anterior instancia tuvo por acreditado a fs. 237 vta. en lo que se refiere a la modalidad de pago convenida que ***tanto el demandado como el actor al absolver posiciones afirmaron que se abonaba de conformidad con los trabajos que se iban terminando.-ver respuestas a las posiciones primera de fs. 121 y tercera de fs. 122 respectivamente-***.----------

---En ese contexto, cabe destacar que la forma de remuneración también sirve de pauta para distinguir la locación de servicios de la locación de obra, ya que en el primer caso el precio se determina conforme a la duración de los trabajos, y en el segundo por la obra realizada. En ese aspecto se expresa que otro criterio empleado para distinguir la locación de servicios de la locación de obra ha sido el relativo a la forma de la remuneración. Cuando el precio es proporcional a la duración de los trabajos, se está frente a una locación de servicios, cualquiera sea la naturaleza de los trabajos, materiales o inmateriales, pero siempre que se abone por mes, por año, por día o por semana. Cuando se paga no en razón del tiempo o de la medida sino de la obra existe locación de obra (Belluscio-Zannoni, obra y tomo citado, págs. 5/6). Y sobre el particular ambas partes están contestes en que no se convino el precio en función a la duración de los trabajos sino a la realización de la obra.-------

---A su vez, la prueba arrimada a la causa acredita que el actor no cumplió íntegramente con las tareas encomendadas, y así surge de la prueba testimonial cumplida (ver declaraciones de G. A., respuestas a la 7ª, 8ª, y 13ª pregunta, fs. 183/vta.; B. C., respuesta a la 5ª y 6ª pregunta, fs. 185; R. E. B., respuesta a la 8ª pregunta, fs. 189; y H. A. G., respuesta a la 5ª y 6ª pregunta, fs. 200), e incluso de la admisión, aunque parcial, del actor (ver respuesta a la 6ª posición, fs. 122).----------

---De todos modos, se considere que el caso encuadra en una locación de servicios o de obra, lo cierto es que la prestación del servicio o la realización de la obra puede demostrarse por cualquier medio de prueba, y por eso bien distinguió el sentenciante entre la prueba del contrato y la prueba de los hechos vinculados a su cumplimiento.----------

---Y el actor no acreditó cual era su carga el precio pactado y sabido es que el precio es un elemento esencial del contrato. Por lo demás, aún cuando la

presunción de onerosidad contemplada por el art. 1627 del Código Civil se aplica tanto al contrato de locación de servicios como al de obra, ello no impide considerar que el precio convenido es una carga que incumbe a quien lo invoca.----

---Por eso se sostiene que la disposición (art. 1627 del Código Civil) es común a la locación de servicios y a la locación de obra. La prestación del servicio o la realización de la obra son hechos que pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que rija la limitación del art. 1193, que se refiere al contrato en sí mismo. La presunción de onerosidad que sienta el art. 1627 produce una inversión de la carga de la prueba, ya que, acreditada la prestación del servicio, salvo que se demuestre que hubo intención de beneficiar, debe pagarse el precio correspondiente a dicho servicio. La prueba sobre cuál fue el precio convenido, en cambio, es carga de quien lo invoca, y como en este caso se trata de una convención, debe probarse por escrito (art. 1193), con aplicación de las reglas generales sobre la prueba de los contratos. El precio es un elemento esencial del contrato de locación de cosas, de servicios y de obra (arts. 1493 y 1623) (Belluscio-Zannoni, obra y tomo citado, págs. 41, 43/44 y 45, respectivamente) (el subrayado me pertenece).----------

---Y a partir de considerar que el accionante alegó un precio convenido (“Se convino que el valor de la obra concluida sería de algo más de pesos quince mil ($15.000.-) ...”, p. II, fs. 9), corresponde señalar que esa parte no acreditó mediante prueba por escrito ese precio, y ni siquiera ofreció prueba idónea, en el caso pericial (art. 461 del C.P.C.C.) que sustentara su pretendida liquidación incorporada al escrito de demanda (ver p. III, fs. 9 vta.). Es más, tampoco cumplimentó con la prueba informativa ofrecida (p. IV. D. 2, fs. 10) pues ante la contestación de la U. que luce a fs. 138 solicitó oficio a la Cámara Argentina de la Construcción a fs. 140, y a pesar que dicha petición fue proveída favorablemente a fs. 141 en definitiva desistió de esa prueba a fs. 163. Agrego también la inconsistencia del monto reclamado ya que en el emplazamiento extrajudicial que formulara a los hoy demandados requirió se le abonara la suma de $7.245,40.- (ver carta documento, fs. 3), en tanto que en demanda la cifra se elevó a $9.177,60.- sin brindar explicación alguna que justifique tal diferencia.----------

---Con ese alcance, cabe ingresar a la queja referida a la condena por saldo pendiente de pago a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia mediante perito a designar, en los términos del art. 520 del C.P.C.C.----------

---Al respecto, la omisión probatoria del accionante no puede suplirse como lo indicara el juzgador aplicando el art. 520 del C.P.C.C. pues ese procedimiento se

aplica, entre otros casos, a la determinación del precio que debe percibir el locador en la locación de servicios cuando el mismo no hubiera sido pactado (Highton-Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Hammurabi, 2008, T. 9, pág. 215; en igual sentido Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1988, T. IX, pág. 184). Y en el caso en análisis no se trata de una locación de servicios sino de obra. Por lo demás, aún cuando por hipótesis se considerara en la posición más favorable al actor que la relación habida entre las partes encuadra en una locación de servicios, tampoco es de aplicación dicha normativa pues se requiere que no se hubiera pactado el precio, y ese no es el supuesto de autos ya que esa parte expresamente invocó la existencia de un precio convenido que no demostró.----------

---Por otro lado, mal puede someterse el monto de condena al régimen de liquidación en casos especiales para la etapa de ejecución de sentencia cuando no hay pautas objetivas que resulten acreditadas en la causa, cual era carga del actor, pues no sólo no acreditó el precio convenido, sino que ante la falta de conclusión de los trabajos -los mismos fueron concluidos por el Sr. B. C. que prestó declaración a fs. 185- no se sabe a ciencia cierta cual fue el avance de obra alcanzado al no ofrecer prueba pertinente e idónea. De tal modo, la liquidación que luce en el escrito de inicio - que tomara como pauta el juzgador como “montos estimados en la demanda” (ver fs. 238, primer párrafo) para la intervención de un perito- es una manifestación de parte sin sustento probatorio, haciendo notar también que el actor para arribar al monto en cada uno de los rubros, salvo el último, adoptó como criterio una cantidad de metros cuadrados que en definitiva no acreditó haber realizado.----------

---En síntesis, si bien respecto al alcance del art. 1627 del Código Civil se expresa que los jueces fijan el monto de la retribución, sobre la base de la prueba producida (Bueres - Highton, “Código Civil y normas complementarias”, Hammurabi, 2002, T. 4 A, págs. 553/554), lo cierto es que en este caso el accionante no produjo prueba conducente que permita contar con elementos objetivos, por lo que no corresponde aplicar el régimen previsto por el art. 520 del C.P.C.C.----------

---Descartado entonces el procedimiento previsto por esa normativa, la falencia probatoria en que incurriera el actor conduce a analizar el agravio de la parte demandada en el sentido que probó no adeudarle suma de dinero ya que los testimonios de G. (respuesta octava) y A. (respuesta a la décimo primera) así lo corroboran.----------

---Y respecto de la suma abonada al actor el juzgador a fs. 237 vta. puso de relieve ***que mientras los demandados afirmaron haberle pagado la suma de Pesos Diez Mil según los trabajos realizados hasta fines de diciembre del año 2008, aquél sólo reconoció que recibió el pago de la suma de Pesos Seis Mil que según sus dichos resultaba inferior a las tareas cumplidas. Aquí cabe precisar, que la diferencia existente entre ambos importes que equivale a la suma de Pesos Cuatro Mil, no se ha acreditado que fuera efectivamente abonada por parte de los demandados de conformidad con el recibo correspondiente***.----------

---Desde ya que la prueba del pago corresponde a quien lo invoca por tratarse de un hecho extintivo de la obligación, y si bien puede acreditarse por cualquier medio, en caso de ausencia de recibo la valoración de los otros medios probatorios, por caso prueba testimonial y presunciones, debe efectuarse con rigor debiendo tenerse por no acreditado el pago en caso de duda.----------

---Por eso se expresa que quien invoca como defensa la extinción de la obligación tiene la carga de acreditarlo para lograr el efecto liberatorio. Quien pretende que la obligación se encuentra cumplida tienen a su cargo la prueba respectiva, todo lo cual se explica porque, cuando se trata de un hecho extintivo de una obligación, va de suyo que su demostración incumbe a quien alega su existencia y no al titular del crédito. La liberación de las obligaciones debe ser valorada restrictivamente. La prueba del pago pesa sobre el deudor; si bien puede acreditarse por cualquier medio de prueba, incluso presunciones, en ausencia de recibo, que es la prueba por excelencia, aquellos medios deben apreciarse con rigor en resguardo de la seguridad jurídica (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias”, Lexis Nexis Argentina, 2007, T. I., págs. 894/895 y 901, respectivamente). Pero una cosa es la amplitud con que debe admitirse todo género de prueba sin sujeción a las limitaciones del art. 1193, y otra el criterio con que esa prueba debe ser valorada por el juez. No hay que olvidar que el deudor tiene siempre a su disposición un medio excelente de prueba que es el recibo; que el otorgamiento del recibo está en la práctica de los negocios; que, por lo tanto, el deudor que podía haber exigido el recibo y no lo ha hecho, debe cargar con el peso de su propia incuria o negligencia. Pensamos, por tanto, que el juez debe examinar la prueba del pago que no conste en el recibo con un criterio severo y restrictivo (Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Editorial Perrot, 1976, T. I, par. 730, pág. 564). En el mismo sentido se precisa que no cabe confundir dos cuestiones que son bien distintas: una es la amplitud de la prueba

hábil para establecer el pago; otra se refiere al rigor de apreciación de los medios de comprobación allegados al pleito. Ya se ha visto que en cuanto al primer punto no cabe limitar las fuentes de información de la convicción judicial. En cambio, en el tratamiento y examen del material probatorio, el magistrado debe actuar con todo rigor en resguardo de la seguridad jurídica. De ahí que sólo quepa admitir la efectividad del pago alegado en juicio, cuando el juez habiendo disipado cualquier posible duda, está persuadido con plena convicción de la verdad de ese acto extintivo de la obligación. Cualquier duda al respecto, se vuelve contra quien dice haber hecho el pago. Si él pudo en esa ocasión recabar del acreedor un recibo que es la prueba por excelencia, del pago, lo menos que se le puede pedir al deudor, para que redima su negligencia o descuido anterior, es que justifique la razón de esa conducta y además que agote por otros medios de comprobación la demostración de la verdad del pago (Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Editorial Perrot, 1970, T. II, par. 1614, pág. 937). De todas maneras, los mejores medios de prueba del pago son: el recibo o la confesión del acreedor de haberlo percibido. Ahora bien, admitida la amplitud de las vías probatorias del pago, existe asimismo coincidencia de opiniones en cuanto a que el juez debe ser riguroso en la apreciación de las pruebas, máxime, cuando se trata de declaraciones testimoniales y presunciones; como así también en cuanto a que en caso de duda debe tenerse por no acreditado el pago (Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., “Derecho de las Obligaciones”, La Ley, 4ª edición aumenta y actualizada, 2010, T. III, par. 1466, pág. 156 y nota nº 424 con cita de doctrina y jurisprudencia).----------

---Con tales pautas, los testimonios brindados por G. y A. en modo alguno acreditan que los demandados efectuaran un pago de $10.000.- al actor el 20/12/08 como invocaran en su defensa al contestar demanda (ver p. II, fs. 27 vta., décimo párrafo).----------

---Nótese, reitero, que la recurrente afirma que probó que no le adeuda suma de dinero al actor y que ello resulta de los testimonios de G. (respuesta octava) y A..(respuesta décimo primera) (ver fs. 247, tercer párrafo).----------

---Al respecto, G. a fs. 200 a las preguntas séptima y octava expresó “yo en una ocasión ví que estaban hablando de dinero el sr. H. y el al., el monto total que le entrego no le puedo decir cuanto es” (respuesta a la séptima pregunta), y “yo se que era mucha plata pero no me acuerdo” (respuesta a la octava pregunta) (el subrayado me pertenece).----------

---Como puede observarse el testigo manifestó que no podía decir el monto y a renglón seguido señaló que no se acordaba.----------

---Por su parte, A. a la pregunta 11ª (interrogatorio, fs. 182) manifestó que el actor "Hacía un trabajo, lo terminaba y se le pagaba, no quedaba deuda alguna, nada" (fs. 183 vta.). Adviértase que pese a tal afirmación no indicó monto abonado, y menos aún que hubiera estado presente cuando los demandados efectuaron el pago de los trabajos al actor. Ello se corrobora al dar la razón de sus dichos pues manifestó "que yo sabía ir a la casa de Lidia y veía así las cosas sin terminar", por lo que nada expresó en cuanto al origen de su conocimiento respecto a dicho pago. En ese contexto, la razón de la ciencia del dicho debe contener las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que el testigo adquirió ese conocimiento. Es decir, que para la eficacia del testimonio es indispensable que aparezcan en forma clara, exacta y completa, tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho narrado, como las circunstancias del conocimiento que de éste tuvo el testigo (Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Víctor P. de Zavalía, 1970, T. II, par. 216, k, pág. 123).----------

---En tales condiciones, los testimonios de G. y A. analizados conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C.P.C.C.) no acreditan en modo alguno que los accionados abonaran al actor la suma de $10.000.- que invocaran haber pagado, por lo que restado el importe que admite el actor que le fuera abonado de $6.000.-, el monto pendiente de pago asciende a $4.000.- y ese es el monto de condena, con más los intereses establecidos en la anterior instancia a la tasa y desde la fecha de la mora acaecida el 30 de mayo de 2009.----------

---Con ese alcance, corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios vertidos dejando constancia que la decisión que se adopta se sustenta en fundamentos distintos a los planteados por la parte apelante.----------

---3. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para establecer el monto de condena en la suma de pesos cuatro mil ($4.000.-) con más los intereses a computarse a la tasa y desde la fecha de la mora establecida en la anterior instancia.----------

---A su vez, a pesar de la revocatoria que se propicia no resulta necesario adecuar las costas y honorarios de la primera instancia por las razones que a continuación se exponen.----------

---En tal sentido, la noción de vencido debe establecerse con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (Arazi-Rojas,

“Código Procesal …”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 261, con cita de fallo). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ediar, 2da. ed., 1961, T. IV, pág. 527). Por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, ob. cit., 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369).----------

---En ese marco, es evidente que la parte demandada alcanzó un pronunciamiento totalmente adverso pues frente al reclamo por cobro de pesos se posicionó negando la existencia de deuda alguna, por lo que solicitó el rechazo de la pretensión formulada (ver p. I y II, fs. 27/28).----------

---En tales condiciones, se mantienen las condiciones de vencedora y vencida que presentan las partes actora y demandada, respectivamente, y ello hace innecesario adecuar el régimen de costas.----------

---Tampoco será necesario adecuar los honorarios regulados en la anterior instancia ya que los mismos se fijaron en forma porcentual por lo que se ajustarán de modo automático al nuevo monto de condena, y en caso de no alcanzar al mínimo establecido por la ley arancelaria se fijan a favor de los Dres. M. R. P., F. S. O. y C. C., en forma conjunta, en su calidad de letrados patrocinantes de la parte actora, y del Dr. W.C. D., en su carácter de letrado patrocinante de la parte demandada, en las sumas equivalentes a veinte (20) Jus y veinte (20) Jus, respectivamente (art. 7, primer párrafo, Ley XIII Nº 4).----------

---El progreso parcial de los agravios traídos por los codemandados conducen a imponer las costas de Alzada en el orden causado por responder adecuadamente a los porcentajes de éxito y fracaso obtenido por la parte apelante (art. 72 del C.P.C.C.).----------

---Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, y también considerando que la revocatoria que se propicia lo es por fundamentos diferentes a los vertidos por los recurrentes, resulta prudente regular los honorarios de las Dras. M. R. P. y C. C., en conjunto, y del Dr. W. M. C. D., en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 3%, respectivamente, del monto del juicio a establecerse en la etapa de ejecución

de sentencia, y en caso de no alcanzar al mínimo establecido en la ley del arancel en la suma de ocho (8) Jus y ocho (8) Jus, respectivamente (arts. 5, 6 bis, 7, cuarto párrafo, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

---Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Lucero dijo:**----------

--- La parte demandada a fs. 241 interpuso recurso de apelación dirigido en contra de la sentencia definitiva dictada en autos que se encuentra glosada a fs. 235/238 y vta., por la cual se hiciera lugar a la demanda de cobro de pesos promovida por el Sr. P.P., condenando a las co-demandadas recurrentes Sres. H. A. y L. S. a que le abonen al actor, Sr. P. P., una vez firme y ejecutoriado el fallo, el monto que surja de la pericia a llevarse a cabo en la etapa de ejecución de la sentencia, con más los intereses que se indican en los considerando. Todo ello con costas a su cargo.---------- A fs. 246/247 y vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios.---------- Ordenado su traslado a fs. 248 a la parte contraria éste fue evacuado por escrito que se halla agregado a fs. 251/251 y vta.---------- I.- La reseña de los agravios vertidos por la parte demandada y de la respuesta que a ellos efectuara la contraria fue realizada con suficiencia y claridad por el magistrado de ésta sala que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias.---------- Sin embargo estimo útil individualizar cuáles han sido los motivos de alzamiento que se postulan en contra de lo decidido por el fallo apelado, los cuales son los relativos a los siguientes aspectos, a saber: 1) apreciación probatoria; y, 2) supeditar a una pericia contable el monto de la condena a realizarse sobre los montos de la demanda.---------- II.- En los límites fijados por los agravios antes individualizados ingresaré a su tratamiento siguiendo el mismo orden con el que fueran éstos planteados.---------- 1) **Apreciación probatoria:** Principio por coincidir con el colega primer sufragante, Dr. Vergara, en cuanto que no son hechos controvertidos en esta litis que el actor fue contratado por la parte demandada para la realización de trabajos de albañilería para la mejora de los inmuebles individualizados como: Casa N° ** sita en calle Tucumán y Casa N° .**** ubicada sobre calle J.A., que éstos adquirieran. Asimismo, tales trabajos a realizar por el actor son los que se detallan en el mismo escrito de contestación de

la demanda (Vide: punto III de fs. 27 vta.).----- Esto es, no tiene caso siquiera referirse a la negativa formal que por imposición procesal precede a dicha admisión debiéndose tener como un hecho cierto que entre las partes existió un vinculo de naturaleza contractual por el cual el aquí actor comprometió la realización de tareas de albañilería a realizar en los inmuebles citados de propiedad de los demandados, quienes se comprometieran, como contraprestación a su cargo, a pagar por dichas tareas una vez concluidas éstas (Vide: las respuestas coincidentes de las partes en la absolución de posiciones de fs. 121 –posición primera-; y, fs. 122 –posición tercera-).---------- Tampoco es menester ingresar siquiera a elucidar cuál fue la naturaleza o categoría contractual en la cual se inserta dicho vínculo obligacional que, como vengo diciendo, es un hecho no controvertido en autos que efectivamente existió, por cuanto el juzgador estimó, bien o mal, pero de un modo que no fue cuestionado por la parte recurrente, que el contrato que concertaran las partes contratantes ahora en litigio consistió en un contrato de locación de obra (Vide: considerando de la sentencia –fs. 235 vta./236-).----------
---------- La cuestión litigiosa centra en definitiva en determinar lo siguiente: a) si de las constancias de autos surge un saldo debido a favor del actor por los trabajos que efectivamente realizara; y b), en su caso, cuál es la cuantía de dicho saldo pendiente de pago.----------
---------- Pues bien, resulta evidente que de los propios dichos expuestos por las partes al momento de la traba de la litis, resulta perfectamente factible y válido arribar a la conclusión emitida por el juzgador de la anterior instancia. Y digo ello para responder al primero de los interrogantes a develar, cual es, si existe un crédito a favor del locador de obra actor en autos.---------- Es que, si el actor en su demanda admite y denuncia haber recibido el pago de $ 6.000 –maguer que pretendiera el reconocimiento de un crédito pendiente de pago a su favor por un importe de $ 9.177,60-; y, a la par, de su lado, los demandados sostienen en su escrito contestatario que le abonaron la suma de $ 10.000, surge incontrastable que la diferencia de $ 4.000 que emana de dichas afirmaciones encontradas debe ser “saldada” mediante la prueba del pago de dicha diferencia nominal, la cual se encuentra en cabeza de quien afirma haberla abonado, en tanto que traduce un hecho –el pago de dicho importe- que afirmado por el deudor debe ser probado por éste. Ello habida cuenta que, en tanto que el pago del importe total que afirma haber abonado la parte demandada se constituye en el presupuesto fáctico de la

norma que se invoca en favor de postular haberse desobligado, al menos en la medida que denuncia haberlo hecho (Doctr.: art. 381, 2° párrafo del C.P.C.C.).----------

En este sentido se ha dicho que la prueba del pago incumbe al deudor pues cuando el acreedor ha demostrado la existencia de la obligación, aquél debe acreditar el hecho del pago que invoca, por aplicación de las reglas generales en materia de carga de la prueba (Conf.: Alterini-Ameal-López Cabana, en “Derecho de Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, 4 ed, 2ª reimpresión, año 1993, pág. 122, & 1).----------

Tengo dicho antes de ahora que sin perjuicio de la concepción del pago como acto o hecho jurídico, lo relevante en punto a la cuestión a decidir resulta ser la prueba del mismo. Sobre este aspecto es claro que la prueba del pago corresponde a quien lo invoca, no es ésta sino la aplicación del principio general en materia de prueba. En cuanto a medios de prueba ha terminado de prevalecer un criterio amplio, salvo que se lo considere un contrato, lo que es sostenido en forma minoritaria. Pero, ya sea que se lo entienda como acto o hecho jurídico, el pago puede probarse sin restricción legal. Sin embargo, una cosa es la amplitud con que debe admitirse todo género de prueba sin sujeción a las limitaciones del art. 1193 del Código Civil, y otra el criterio con que esa prueba debe ser valorada por el juzgador. No hay que olvidar que el deudor tiene siempre a su disposición un medio excelente de prueba que es el recibo; que el otorgamiento del recibo está en la práctica de los negocios, por más despojados de formalidades con que éstos se realicen; que, por lo tanto el deudor, que podía –y debía- haber exigido recibo y no lo ha hecho, debe cargar con el peso de su propia incuria o negligencia. Por lo tanto el Juez debe examinar la prueba del pago que no consiste en el recibo con un criterio severo y restrictivo. Nótese que bien se apunta que la misma razón de seguridad jurídica que mueve a sostener la severidad en la apreciación de la prueba del pago, ha inducido al legislador a exigir que dicha prueba sea documentada para hacer viable la excepción de pago en el proceso ejecutivo (Conf. Borda, “Tratado de Derecho Civil”, Obligaciones, T. 1, Ed. Perrot, 1976, págs. 562/564; id., Boffi Boggero, Luis María, en “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, ed. 1977, T. 4, pág. 115, & 1348; Cazeaux-Trigo Represas, en “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, 4ª ed., año 2010, T. III, pág. 156).---------- Tal es la postura sostenida por el suscripto en antecedentes de esta Sala B (Conf. S.D.C., N° 13/12; S.D.C., N° 15/13, entre otras) (Conf.: Cám. Nac. Com., Sala E,

19/10/2006, J.A., 2007-II, 139; C. Civ. y Com. Rosario, Sala 1ª, 12/5/2000, L.L., 2001-A, 646, 46.295-S----------

--- Y, a ese fin sostienen los demandados aquí recurrentes, adelanto opinión que lo hacen equívocamente, que con los testimonios de los Sres. A.y G. se habría acreditado dicho pago.----------

--- Advierto que aún cuando nos posicionáramos en la tesitura doctrinal que entiende, en relación a la naturaleza jurídica del pago, que éste se trata de un hecho jurídico (Conf.: Salas, Acdeel E., "La naturaleza jurídica del pago", en J.A. 1950-I, 22, sección doctrina; id., Neppi, V., "Naturaleza jurídica del pago", en L.L., 33-484) con lo cual obviamente se amplían los medios probatorios en tanto no se aplican las restricciones probatorias que rigen para los actos jurídicos (Conf. arts. 1190 a 1194 del Código Civil), tal cometido no se habría satisfecho en la especie.----

--- Y digo así por cuanto, tal como lo ponderara apropiadamente el Dr. Vergara, sufragante en primer término, de ninguno de dichos testimonios puede extraerse de modo alguno las cuantías de los pagos que dijeran que fueron efectuados al actor. Correctamente se advierte que además de no precisar la cuantía de los montos que se afirma que le fueran abonados al actor, tampoco se da la necesaria y adecuada razón de tales dichos. No huelga decir que ello no se satisface con aducir que *"…no quedaba deuda alguna, nada…"* (Ver: respuesta a la pregunta 11° -fs. 183 vta.-), ni tampoco puede extraerse de la manifestación de no acordarse del monto que refiriera que se le entregó al actor o señalar que no se acordaba del mismo (Ver respuestas a las preguntas 7ª y 8ª –fs. 200-).----------

--- Igualmente, resulta diametralmente distinto señalar que los trabajos no estaban concluidos o *"…sin terminar…"* (Sic), que decir que dichos trabajos inconclusos, en la medida de su realización, fueron pagados; o, menos aún, poder inducir de ello que los trabajos que sí fueron realizados fueron abonados en la medida que hubiera sido acordado por los contratantes. Al contrario, surge de tales testimonios que ninguno de los declarantes supo de la cuantía de los pagos que denuncian haber conocido –aun cuando ninguno manifestó haber presenciado tal hecho-, ni tampoco ninguno de ellos pudo dar acabada razón de cómo, dónde y en qué circunstancias adquirieron el dicente conocimiento de tales pagos, de sus cuantías, y menos aún, si tales pagos eran del monto total debido en relación o en concordancia con los trabajos concluidos aun cuando parcialmente. Es decir, tengo para mí, que lejos se estuvo de acreditar el dicente pago del saldo de $ 4.000 que, se asevera, fue probado con tales testimonios (Conf. arts. 390 y 460 del C.P.C.C.).----------

--- Es decir, en la composición del conflicto que transitara por éste proceso deben evaluarse todos los elementos aportados al mismo, con lo cual quiero significar que el análisis no ha de ceñirse a la ponderación de los pocos o muchos elementos probatorios que hubieran sido aportados y producidos por las partes, con olvido de los hechos afirmados en los escritos introductorios que delimitaran la litis, sino que éstos deben ser integrados en su valoración sin perder de vista los hechos que fueran introducidos por las partes al momento de trabarse la litis. Y en tal direccionamiento resulta indefectible que se contemple, tal como apropiadamente lo hiciera el juzgador a quo, la propia afirmación de la parte demandada. Ello en cuanto sostuvo al responder la demanda que abonó al actor la suma de $ 10.000, en contraste con la denuncia de haber cobrado la suma de $ 6.000 que fuera efectuada por el actor en su demanda; para viabilizar que, una vez verificado que no fue acreditado el pago de la diferencia resultante de tales importes, se pueda concluir que el saldo resultante de tales afirmaciones se encuentra pendiente de pago.---------

--- Señalo que la afirmaciones vertidas en los escritos introductorios importan un reconocimiento o confesión, del lado del actor, en cuando afirma haber recibido el pago de la suma de $ 6.000, lo cual implica un acto declarativo de voluntad de carácter unilateral que emite el acreedor expresando haber recibido el pago de dicho importe; del lado de los demandados, la afirmación de haber pagado la suma de $ 10.000, implica no solo el reconocimiento del vinculo obligacional en virtud del cual se le reclama el cobro de un crédito pendiente de pago, sino también que dicho importe era debido sea que se acredite total o parcialmente su abono. Es decir, en el marco del sistema dispositivo que rige predominantemente en nuestro régimen procesal, estos hechos jurídicos que fueran introducidos por las partes delinean el conflicto precisando sus márgenes y determinando su contenido, por lo que se torna en un imperativo para el juzgador atenderlos y ceñirse a ellos so riesgo de incurrir en incongruencia (Conf. arts. 34, inc. 4 y 165, inc. 6º del C.P.C.C.).------

--- Lo que se viene de exponer da suficiente respuesta a los dos interrogantes presentados al comienzo, los que imponían develar primero si existía un saldo debido a favor del actor por los trabajos que efectivamente realizara y, en su caso, cuál era su cuantía.----------

--- Ante ello, se deriva que, en lo que refiere a la materia del agravio bajo estudio, concluya propiciando la desestimación del mismo en cuanto los demandados recurrentes infructuosamente pretenden alzarse en contra del análisis probatorio efectuado por el Sr. Juez a quo el cual, como viene de esgrimirse, ha sido correcto y

ceñido estrictamente al *thema decidendum* que fuera propuesto por las partes con sus escritos iniciales al tiempo de trabarse la litis. Así lo voto.---------- ----2) **Remisión a la realización de una pericia contable para la determinación del monto de la condena con base en los montos de la demanda**: Comienzo poniendo de resalto que bien se observa por el magistrado sufragante en primer término, Dr. Vergara, que el actor en su escrito de demanda más allá de denunciar que *"…el valor de la obra concluida sería de algo más de pesos quince mil ($ 15.000),…"* omitió indicar cuál habría sido el precio unitario o de referencia que fuera convenido con sus comitentes al tiempo de concertar el contrato de obra que los vinculara, a efectos de permitir determinar el importe correspondiente a cada una de las tareas que fueran descriptas en el líbelo y que se afirma que se le encomendara ejecutar. A ello añado que también se carece de cuál fue la proporción de los trabajos que encomendados al actor fueron efectivamente ejecutados por éste.----------

--- Sobre el elemento típico "precio" de la locación de obra, que es la contraprestación asumida por los locatarios de la misma, también denominados comitentes, es útil señalar que existen varios sistemas para determinarlo, los cuales básicamente serían los siguientes, a saber: a) ajuste alzado; b) unidad; y, c) a coste y costas.----------

--- El denominado por ajuste alzado, también denominado *per aversionem*, es un sistema por el cual el precio se fija en una suma única y global, por toda la obra. A su vez ésta modalidad de fijación del precio puede ser *absoluta* o *relativa*, según que el precio total fijado sea *invariable* tal como lo prevé explícitamente el art. 1633 del Código Civil, o que se acuerde en el mismo contrato –por escrito obviamente- la eventual modificación del precio pactado pero dentro de topes mínimos o máximos según sea el caso.----------

--- Es decir, en la modalidad de precio fijado por ajuste alzado absoluto el locador no puede aumentarlo bajo ningún pretexto aunque se encarezca el valor de la mano de obra tal como se denuncia en demanda al practicar la liquidación (vide: punto III –fs. 9 vta-), salvo que se invocare la teoría de la imprevisión (Conf. art. 1198 del Código Civil, al que remite el citado art. 1633 del C.C.). En cambio, como ya lo señalara "supra", la modalidad de precio fijado por ajuste alzado relativo, es factible que se acuerde –insisto que deberá ser por escrito- que en caso de encarecimiento (o abaratamiento) de los materiales o de la mano de obra, el precio pactado puede incrementarse (o disminuirse) hasta un determinado porcentaje.

Alcanzado el tope, máximo o mínimo, el precio se vuelve absolutamente invariable, en el sentido de que tales topes no podrán ser superados (Conf. Borda, Guillermo A., en “Tratado de Derecho Civil –Contratos-“, Ed. La Ley, 9ª ed., año 2008, T. II, pág. 66/67, n° 1077).----------

---Ahora bien, descarto que éste hubiera sido el sistema por el cual pactaran las partes el precio de las tareas de albañilería a ejecutar por el hoy actor al tiempo de contratar. En primer lugar, por cuanto del mismo escrito de demanda surge que no se indica que éste hubiera sido el sistema convenido, a pesar de postularse que *“…Se convino que el valor de la obra concluida sería de algo más de pesos quince mil ($ 15.000), según se detalla en el capítulo de la liquidación, con valores correspondientes a la época en que se realizó la labor…”* (Sic)(Vide: escrito de demanda, punto II, 1er. apartado –fs. 09-). Pero principalmente merced a que el sistema de ajuste alzado debe ser expresamente acordado por los contratantes en cualquiera de sus modalidades (absoluto o relativo) y en la especie ni se alegó, ni por ende, tampoco se acreditó que hubiera sido éste el sistema adoptado para la fijación del precio de la locación de obra bajo examen. No huelga advertir tampoco que se exige que dicho pacto resulte acreditado a través de prueba fehaciente, al menos se requiere que sea hecho por escrito. Asimismo, se requerirá, para justificar la invariabilidad del precio prevista normativamente –si la opción acordada fuera la modalidad absoluta-, que la obra tampoco varíe. Y, si fuera la opción de fijación de precio por ajuste alzado relativo, se exige establecer las pautas o parámetros mínimo y máximo antes enunciados. Esto es, que no se comprenda ni más de lo originariamente proyectado a ejecutar en la encomienda ni tampoco menos dentro de las modalidades posibles. Repito nada de ello se ha invocado siquiera que fuera acordado en la especie, por lo que descarto que éste hubiera sido el sistema de fijación del precio de la obra a ejecutar que pactaran las partes en litigio.----------

--- He indicado que también existe un sistema de fijación del precio de la obra objeto del contrato por unidad. El mismo consiste en que se pacta en el contrato el precio que se pagará en razón de cada unidad técnica en que pueda dividirse la obra. Se ha dicho claramente en tal sentido que la locación de obra contratada por pieza o medida (art. 1639 del Código Civil) puede ser definida como aquella contratación en la cual los distintos trabajos que conforman la obra son realizados mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura, o bien a cada cantidad técnica unitaria de mano de obra” (Conf. Cám. Civ. Com. Lab. y Paz Letrada Curuzú Cuatiá, 13/9/96, L.L. Litoral, 1997-433).----------

--- Pues, en atención al modo en que se liquidara el monto pretendido en la demanda, en el punto III correspondiente a la liquidación (fs. 09 vta.), surgiría *prima facie* que habría sido éste el sistema adoptado por las partes, en tanto se indica el valor unitario de cada cantidad técnica unitaria de mano de obra a realizar indicándose el valor de metro cuadrado a ejecutar y la cantidad total de metros cuadrados que se deberán realizar, por caso: revestimiento de ladrillo rasado casa 1 (61,44 m2 x $ 50 m2) = $ 3.072,00; piso cerámico 30x30 casa 1 (40 m2 x 50 m2) = $ 2.000, etc. Es más parecería que fue éste el sistema adoptado a tenor del modo en que la parte demandada comitente adujera, aunque de manera confusa y contradictoria en su escrito de contestación de la demanda, el modo en que aseveró que se pactó el precio por las tareas encomendadas al actor. Véase que se afirmó al tiempo de responder textualmente lo siguiente: *"…De lo hasta aquí narrado surge claramente que no se celebró ningún tipo de contrato con el actor, ni se convino un precio global, sino por el contrario* ***se le encomendaron algunos trabajos que fueron abonados al terminar los mismos de acuerdo al precio fijado por el Sr. P.****…"* (Sic)(Vide: escrito de contestación de la demanda –fs. 28-) (lo destacado me pertenece). Magüer de la incongruente afirmación de inexistencia de contrato alguno que lo vincularan con el actor en autos (se soslaya adrede el carácter consensual y no formal *ad sustantiam* del contrato de locación de obra), el párrafo reseñado indicaría que la idea de los contratantes fue convenir un precio a fijar por el valor de la unidad o medida en la cantidad ejecutada.----------
Finalmente para dar un cierre a los sistemas posibles de adoptar para la fijación del precio a cargo de los comitentes de la obra, diré que descarto que el sistema pactado hubiera sido el denominado a coste y costas. Ello así, por cuanto éste consiste en distinguir por un lado, el coste (monto de la inversión de demandó la construcción; y, por otro, las costas (la ganancia del constructor) rubros que, sumados, constituyen el costo o precio de la obra. En dicho sistema puede que las partes contratantes se pongan de acuerdo en que las costas queden establecidas en una cifra determinada, con prescindencia del monto a que ascienda el coste, pero puede también ocurrir que las costas se fijen en un porcentaje del coste; en cualquier caso, el precio final dependerá del coste. Como puede verse de tal descripción de dicho sistema, éste se encuentra alejado de lo que puede inferirse, no sin esfuerzo, del relato de las partes en sus escritos introductorios (Vide: Rezzónico, Luis M., en "Estudios de los Contratos en nuestro Derecho Civil", Ed. Depalma, 2ª ed, año 1959, T. 2, pág. 759 y s.s.; id. Borda, op. Cit., págs. 66/67, n°

1077, 1078 y 1079; ídem, Rondina Homero y Rondina Gerardo, en “Daños en la construcción”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª ed., año 2008, capítulo XV, págs.. 637 y sgtes.).----------

--- Empero, hete aquí ni el actor cumplió acabadamente con las tareas encomendadas (véase las declaraciones testimoniales de los Sres. Arce –fs. 183 y vta.-; C. –fs. 185-; B. –fs 189-; G. –fs. 200-; y, confesional del actor, respuesta a la posición 6ª –fs. 122-), aunque vuelvo a resaltarlo no se cuenta con dato certero sobre la medida o proporción de la ejecución o inejecución de la obra total pactada, ni tampoco se cuenta con dato cierto respecto de cuál fue el valor que originariamente fuera el convenido para cada unidad de medida a ejecutar. Esto último, lo digo desde que el mismo actor en su demanda señaló que los valores que expresara en su liquidación lo eran *“…a valores del mes de diciembre de 2008…”* (Sic)(Vide: demanda –fs. 09 vta.-), lo cual explica que, a pesar de haber denunciado el pago de $ 6.000, del total del precio de la obra concluida, que indica también que era de $ 15.000, termine reclamando la suma de $ 9.177.60.----------

--- Abro un paréntesis para traer a colación lo que observan prestigios doctrinarios en relación a las normas del Código Civil reguladoras del género “contratos de servicios”. Al respecto se señala, en tesitura que no puede dejar de compartirse, que el Código de Vélez destinó unas pocas e insuficientes disposiciones a la contratación de servicios provocando un desencuentro entre las tipologías contractuales ensayadas y los distintos servicios que se prestan en la realidad. Tratando de superar esta parquedad regulatoria y las dificultades que se presentan de la concepción unitaria de la ordenación de la locación de servicios autónomos, abarcativa de los contratos de locación servicios y obras -que no se identifica con el trabajo dependiente cuya regulación es materia del Derecho Laboral-, se deriva en la necesidad de complementar sus normas para una y otra de las sub-especies de contratos de servicios autónomos que se comprenden en ella.----------

--- Hecha tal disquisición cabe establecer que a partir de los arts. 1627 y 1628 del C.C., la regla general que rige en el caso es la de su presunción de onerosidad. Estas normas citadas son las tratan de solucionar la falta de pacto, o lo que es lo mismo la carencia de probanzas sobre el mismo, en relación al precio acordado en el contrato que es precisamente el supuesto que se plantea en el particular supuesto bajo estudio. Esto es, cuando no existiere contrato escrito, o habiendo contrato no se hubiere pactado en él el precio, o no se hubiere estipulado convencionalmente la onerosidad, o faltare la prueba del precio convenido, opera los citados arts. 1267 y

1268 del Código Civil. Estas normas refieren al caso en el cual los servicios que se contrataron verbalmente o mediante un comportamiento declarativo fueron ya efectivamente prestados (total o parcialmente) y no abonados por el locatario en tiempo propio. Así, por caso, el precitado art. 1267 del C.C., dice textualmente *"…puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado…"* (Sic). He insisto, que para la dogmática contractualista y la jurisprudencia estas normas se aplican tanto a la locación de servicios en sentido estricto como a la locación de obra; la interpretación surge de la propia letra del artículo transcripto parcialmente el que comienza diciendo con amplitud *"El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio…"* (Sic).----------

--- Establecido que el contrato se presume oneroso resta el problema de la determinación del monto del precio. Para ello es menester aplicar las pautas de la locación de obra y otros parámetros jurisprudenciales. Si como en el caso no se cuenta con probanza alguna que permita establecer cómo se pactó el precio rige lo previsto por el primer apartado *in fine* del citado art. 1267 del C.C., en cuanto establece *"…se entiende que se ajustaron al precio de costumbre que será establecido concretamente por medio de árbitros."* (Sic).----------

-- Esto último es aquello que, estimo, es lo que dio pábulo para que el Sr. Juez a quo, aunque de manera un tanto confusa, remitiera a la determinación del saldo denunciado como debido a lo que dictamine un perito en la etapa de ejecución de la sentencia. Y digo que lo hizo de manera confusa toda vez que, extrañamente enreda la diferencia habida entre la suma denunciada como percibida por el actor respecto de la denunciada como pagada por los demandados –aunque como ya se estableciera "supra", sin acreditarlo- con la prestación de la obra llevada a cabo por el actor para, a partir de allí y sin exponer razón alguna que lo pudiera justificar, estimar asertivamente que la prestación ejecutada por el actor no fue cubierta con lo que le fuera abonado dejando abierta la cuantificación a la producción de dicha pericial.----------

--- Es decir, que con tal plafón argumental, derechamente y sin ligazón o nexo argumental que le diera un mínimo pero indispensable apoyo, efectuó un salto en el desarrollo de su juicio para terminar expresando *"…En virtud de ello, considero, que existe un saldo pendiente de pago a favor del actor por las tareas efectuadas en las viviendas de los demandados, el que deberá determinarse en la etapa de ejecución de sentencia a través del perito que se designará –ver artículo 520 del C.P.C.C.-. Ello así, toda vez que resulta indispensable para establecer el monto de*

condena, ***contar con los elementos objetivos que permitan corroborar mediante prueba idónea que los montos estimados en la demanda correspondan al precio de costumbre que se cobra para retribuir el trabajo llevado a cabo por el actor*** *– ver artículo 1627 del Código Civil-…”* (Sic)(Vide: considerando –fs. 237 vta. “in fine” y 238-) (Lo destacado me pertenece).----------

--- Allende de lo ya antes señalado, en relación al principio general que rige en la materia respecto del precio y su invariabilidad salvo pacto expreso en contrario – formalidad *ad probationem*- (Conf. art. 1633 del Cód. Civil), le asiste parcial razón a la parte demandada recurrente. Y digo que parcialmente merced a que como se viene exponiendo lejos estuvo de acreditar que abonó la totalidad de los trabajos ejecutados por el actor-, pero sí le asiste la razón en cuanto advierte que del modo en que resolviera el juzgador de grado se supeditó el monto de la condena a la pericia a realizarse sobre los montos de la demanda, lo que implica hacer lugar a la totalidad de la sumas de dinero reclamadas en demanda.----------

--- Esto último, por cuanto con olvido evidente de la inejecución parcial de los trabajos encomendados que antes tuviera por cierta, el juzgador de la anterior instancia se remite como pauta de determinación pericial a la verificación de los precios indicados en la liquidación practicada por el actor en su demanda que comprende un valor unitario para la unidad de medida pero que también contempla el total de la obra encomendada para cada unidad de medida computada.----------

--- Y, en este punto del análisis, destaco y coincido plenamente con lo señalado por el Dr. Vergara, en cuanto que se carece en el caso de las pautas que resultan en extremo trascendentes para la determinación del saldo que se denuncia como debido en demanda, aunque sin precisar las pautas mínimas e indispensables para su elucidación, cual son, el valor de la unidad de medida a ponderar para cada uno de los trabajos encomendados y cuál fue la medida o proporción de los trabajos efectivamente ejecutados. Repetiré que sobre que no se concluyeron los trabajos encomendados, no solo cabe remitirse a lo que surge de las testimoniales prestadas por los Sres. A., B., G. y, prevalentemente del testimonio prestado por el Sr. B. C.. Este último testigo lo pondero especialmente, por cuanto fue el albañil que adujeran los demandados que debieron contratar para que termine de ejecutar los arreglos inconclusos (Ver respuestas a la 4ª, 5ª y 6ª pregunta –fs. 185-); sino, principalmente por cuanto fue un hecho confeso por el propio actor (Ver respuesta a la posición 6ª –fs. 122-)(Conf. 390, 427 y 460).---------- Ahora bien, atenidos a la remisión que se efectúa el citado art. 1627 del Código Civil a los precios de

costumbre y que luego fija un procedimiento –el juicio de árbitros-, a los efectos de establecer el precio que no fijado por escrito por las partes contratantes o no probado, lo cierto es que en última instancia son los jueces quienes tiene la faculta exclusiva e indelegable de establecer cuál es el precio en cada supuestos que se presente para su determinación a la jurisdicción. Es que, a todo evento, los peritos son auxiliares de la justicia y su dictamen no vincula al magistrado quien es el que debe decidir, en definitiva, estando a las constancias y particularidades de cada conflicto, sobre el tópico a develar, el que en la especie –rememoro- no solo consiste en determinar cuál era el precio de los trabajos encomendados al tiempo de contratar, sino la proporción o medida de su efectiva ejecución. Solo con tales datos hubiera sido factible establecer, en primer lugar, si existe un saldo debido y en su caso, en segundo lugar, cuál era su cuantía.---------- No contándose con ninguna de tales pautas en el caso de marras solo resta admitir como saldo debido la diferencia nacida del denunciado pero no acreditado pago de $ 10.000 que efectuaran los demandados respecto del pago que fuera admitido por el actor de $ 6.000. Esto es, se propiciará la admisión de la demanda solo por la suma de $ 4.000, suma ésta a la cual se le deberán añadir los intereses establecidos en la anterior instancia y a calcular desde la fecha de mora que se estableciera (30/05/2009), hasta su efectivo pago. Así lo voto.----------

Conclusión:----------

--- Por todo lo expuesto propondré al acuerdo revocar parcialmente el fallo venido en apelación para establecer como monto del capital de condena la suma de PESOS CUATRO MIL ($ 4.000), con más los intereses fijados en el anterior grado los que se deberán computar desde que dicha suma es debida (30/05/2009) y hasta el día de su efectivo pago.----------

--- Desde que la determinación del monto del capital de condena no altera las calidades de vencedor y vencidos que el actor y los demandados presentan en la anterior instancia, mientras que los honorarios de los letrados intervinientes fueron fijados en alícuotas porcentuales que se ajustarán automáticamente al nuevo importe, no se requiere practicar las adecuaciones previstas en el art. 282 del C.P.C.C. Solo en el caso de no superar el monto de honorarios que resulte de aplicar dichos porcentajes al importe del capital de condena una vez liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, el importe correspondiente al mínimo legal arancelario, se deberá estar a esta última pauta mínima, la que es indicada por el magistrado sufragante en primer término, Dr. Vergara (Conf. art. 7 de la Ley XIII

N° 4).----------

--- Dado que de los dos agravios formulados solo uno de ellos prospera, se delinea en esta segunda instancia un vencimiento parcial y mutuo que conduce a que se atribuyan las costas por el orden causado (Conf. art. 72 del C.P.C.C.).----------

--- Los honorarios de las Dras. M. R. P. y C. C., letradas patrocinantes de la parte actora; y, los correspondientes al Dr. W. M. C.. D., letrado patrocinante de la parte demandada, apreciando sus tareas por su extensión, calidad y eficacia, estimo prudente fijarlos del siguiente modo, a saber: a las dos letradas patrocinantes de la parte actora, en conjunto, en la suma equivalente al 4,2%; y, al letrado patrocinante de la parte demandada recurrente, en la suma equivalente al 3%. En ambos casos, tales porcentuales se deberán aplicar al monto del proceso que se liquide en la etapa de ejecución de la sentencia. Esto último, con la salvedad de que de no superar el monto resultante el mínimo legal arancelario deberá estarse a este último. En todo caso, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. Arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4; leyes 23.349 y 23.871).----------

---------- Finalizo mi intervención, entonces, pronunciándome en esta primer cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

---Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para establecer el monto de condena en la suma de pesos cuatro mil ($4.000.-) con más los intereses a computarse a la tasa y desde la fecha de la mora establecida en la anterior instancia, sin adecuar costas y honorarios, y con la salvedad que en caso de no alcanzar al mínimo establecido en la ley del arancel se fijan a favor de los Dres. M. R. P., F. S. O. y C. C., en forma conjunta, y del Dr. W. C. D., en las sumas equivalentes a veinte (20) Jus y veinte (20) Jus, respectivamente; b) imponer las costas de Alzada en el orden causado; y c) regular los honorarios de las Dres. M. R. P. y C. C., en conjunto, y del Dr. W. M. C. D., por los trabajos cumplidos en esta instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 3%, respectivamente, del monto del juicio a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, y en caso de no alcanzar al mínimo establecido en la ley del arancel en la suma de ocho (8) Jus y ocho (8) Jus, respectivamente, con más el I.V.A. correspondiente.----------

---Así lo voto.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Lucero dijo:**----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 8, Ley V – Nº 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: --------

--- REVOCAR parcialmente la sentencia venida en apelación para establecer el monto de condena en la suma de pesos cuatro mil ($4.000.-) con más los intereses a computarse a la tasa y desde la fecha de la mora establecida en la anterior instancia, sin adecuar costas y honorarios, y con la salvedad que en caso de no alcanzar al mínimo establecido en la ley del arancel se fijan a favor de los Dres. M. R. P., F. S. O. y C. C., en forma conjunta, y del Dr. W. C. D., en las sumas equivalentes a veinte (20) Jus y veinte (20) Jus, respectivamente;----------

---------- IMPONER las costas de Alzada en el orden causado; y--

---------- REGULAR los honorarios de las Dres. M. R. P. y C. C., en conjunto, y del Dr. W. M. C. D., por los trabajos cumplidos en esta instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 4,2% y 3%, respectivamente, del monto del juicio a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, y en caso de no alcanzar al mínimo establecido en la ley del arancel en la suma de ocho (8) Jus y ocho (8) Jus, respectivamente, con más el I.V.A. correspondiente.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

---REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2014 – SDC - CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA