------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"C. C. R. c/ Y. O. J. s/ Incumplimiento de Contrato – Daños y Perjuicios"*** (Expte. N°: 122 – Año: 2018 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

----Practicado a fs. 320 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FLASS - FRÜCHTENICHT – PETRIS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 292/299? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

---A fs.34/39 el Sr. C. R. C. con el patrocinio letrado de los Drs. J. J. B. y S. S. A., demandó al Sr. O. J. Y. por cumplimiento contractual e indemnización de daños. Refiere que celebró un contrato de locación de obra; que la obra fue terminada, pero que el demandado todavía le adeuda un saldo de la obligación principal, un incremento por modificaciones al proyecto, la cláusula penal y una indemnización de daño moral.----------

-----A fs. 84/88 contestó el demandado mediante su apoderado el Dr. D. A., se opuso al progreso de la acción y reconvino por daños derivados del incumplimiento.----------

-----A fs. 292/299 se dictó sentencia n°34/2008 del 11 de junio de 2018 por la cual la Sra. Juez de la anterior instancia: 1) declaró que el actor realizó el 92,84% de la obra y, por lo tanto, correspondía pagarle $106.766; 2) entendió que según la cláusula sexta del contrato, el pago debía hacerse en $45.000 en efectivo, más la entrega de un automóvil valuado en $70.000, en consecuencia los pagos en dinero, probados mediante recibos se imputarán a los $45.000 adeudados; 3) dispuso que el saldo de lo pagado en efectivo, por sobre los $45.000, se imputarán a otros trabajos realizados; 4) ordenó

que, al no haberse entregado el automóvil descripto, el demandado deberá sustituir ese bien por el equivalente en dinero, pero solo hasta cubrir el saldo de deuda equivalente a los avances realmente realizados en la obra; 5) impuso al demandado las costas de la demanda y de la reconvención.----------A fs. 303 apeló el demandado y a fs. 311/313 expresó agravios. En su primer agravio se queja de que se hubiera tenido por cierto un 92,84% de avance de obra. En su segundo agravio se queja de que se hubiera imputado el saldo de lo pagado en efectivo a otras obras realizadas. En tercer lugar se queja respecto a la imposición de costas y pide que se distribuyan en relación al porcentaje por el que procedió la demanda, con expresa imposición al actor de las derivadas de la pericia caligráfica.----------Dicho lo precedente voy a analizar los agravios en el orden expresado.----------**1) El porcentaje de obra:**----------El actor sostuvo que el avance de obra era de un 99,92%, mientras que el demandado sostuvo que solo llegó a un 89,97%. Cuando se hizo la pericia, el experto dictaminó que el avance de obra fue de 92,84%.----------El demandado impugna la pericia diciendo que la constatación ocular se hizo cuando la obra estaba totalmente terminada y por eso carece de fuerza para generar convicción. Explica que el experto tuvo en cuenta las fotografías aportadas por ambas partes, pero que se trata de elementos parcializados y que no permiten llegar a una certeza ni siquiera aproximada. Sostiene que se debió tener en cuenta el dictamen del Arquitecto M., pues fue contemporáneo a la resolución del contrato.----------Este Tribunal ha dicho en numerosas oportunidades que el Juez es libre a la hora de analizar la prueba de elegir la que más convicción le produzca, con el solo límite de no incurrir en arbitrariedad o ilegalidad. Es por ello que quien impugna la apreciación de la prueba, tiene la carga de demostrar tal arbitrariedad y no puede limitarse a ofrecer una versión distinta, aunque sea igualmente plausible.----------Es cierto que el experto realizó su inspección ocular cuando la obra estaba terminada, pero no es menos cierto que no dictaminó un avance del 100%, sino solo de 92,84, porcentaje más próximo a lo dicho por el demandado que a lo sostenido por el actor.----------

-----No encuentro nada de ilógico ni de irracional en determinar el avance que tenía una obra, en cierta época determinada, sirviéndose de fotografías aportadas por las partes. Si esto fuera imposible, como sostiene el recurrente, él debió oponerse a la pericia cuando fue ofrecida. Por el contrario, el también ofreció pericial arquitectónica y propuso que se realice en base a *"la totalidad de la documentación adjuntada en autos e inspección ocular a la obra construida"* (fs.184). Pretender impugnar la pericia argumentando que se hizo en base a una inspección ocular y a la documental obrante en autos cuando es lo que él mismo pidió, resulta, en el mejor de los casos, un alzarse contra sus propios actos incurriendo en una conducta reñida con la buena fe.----------

-------Propongo al Pleno se rechace el agravio bajo análisis. Así lo voto.------

------2) La imputación de pagos:----------

-----Se queja el recurrente de la forma en que se realizó la imputación de pagos. Sostiene que, aun cuando él hubiera dicho que entregaría un automotor al finalizar la obra, tal como se había convenido, lo pagado en exceso a los $45.000, no debió imputarse a "otras obras" cuya realización no resultó probada, sino a la misma obra cuyo cobro se persigue.----------

-----La imputación del pago, independientemente de si la hace el deudor, el demandado o la ley misma, se efectúa al momento del pago y se rige por las obligaciones vigentes a ese tiempo Uno de los requisitos para que rijan las normas referidas a la imputación de pago es que, entre deudor y acreedor, haya distintas obligaciones y que ambas obligaciones tengan prestaciones de la misma naturaleza.----------

-----Al realizarse el pago, el deudor debía dos prestaciones de distinta naturaleza: una en dinero y otra en especie. Si pagó más de lo debido en dinero, no puede pretender que el exceso haya sido imputado a parte de la obligación en especie.----------

-----Por el principio de identidad, el acreedor no puede ser constreñido por el deudor a recibir una cosa distinta de la debida. Puede hacerlo voluntariamente, no cabe duda de ello. En este último caso se configuraría una dación en pago o una novación por cambio de objeto, pero tales medios excepcionales de extinguir obligaciones no deben ser presumidos, sino que

requieren la prueba de quien los invoca. Ninguna prueba encuentro en esta causa de que se hubiera pactado una dación en pago o una novación por cambio de objeto.----------

------Es irrelevante, en este juicio, determinar si el actor realizó otras obras o no a favor del demandado. Si la respuesta es afirmativa, el demandado podrá oponer el pago cuando el acreedor pretenda cobrárselas; si la respuesta es negativa podrá pedir que se le devuelva lo pagado en exceso (repetición de pago). Lo que no puede es pretender imputar un pago en dinero a una deuda que, en su momento, era en especie, aun cuando tal deuda en especie se hubiera convertido, tiempo después (al dictarse sentencia), en una deuda de dinero, por imposibilidad de ser saldada en la forma pactada originariamente. Reitero, la imputación ha de ser contemporánea con el pago; al momento del pago el deudor tenía obligaciones de distinta naturaleza y no podía pretender que se impute pago en dinero a lo que era una obligación en especie. Todo ello sin perjuicio del derecho de repetición si lo tuviere.----------

-----Por lo expuesto propongo al Pleno se rechace el agravio bajo análisis así lo voto.----------

-------3) La distribución de costas:----------

-------Se queja el actor respecto a las costas de la anterior instancia. Sostiene que habiendo procedido solo una parte de la demanda, las costas debieron imponerse en forma proporcional a lo ganado, con la salvedad de que las de la pericia caligráfica debieron imponerse a la actora.----------

------El actor pretendió una indemnización de daños por una suma muy superior a aquella por la cual procedió la demanda. Además se determinó que, por su parte, también había habido un incumplimiento contractual, pues no llegó a finalizar la obra, tal como se había obligado. Por otro lado, negó la autenticidad de su firma y después se demostró que le pertenecía.----------

------El demandado, por su parte, negó la deuda y reconvino. Su reconvención no resultó procedente y fue condenado a pagar una suma de dinero.----------

-------Encuentro que en la sentencia de la anterior instancia no surge con claridad un vencedor ni un vencido, en consecuencia, no se puede aplicar la

teoría objetiva de la derrota.----------
------No obstante ello, tampoco considero que se deban distribuir las costas en un 60% a cargo de la actora y en un 40% a cargo de la demandada, como pretende esta última, pues ello soslayaría el hecho de que la reconvención también fue rechazada.----------
------Tampoco encuentro adecuado discriminar las pruebas imponiendo a cada parte las costas de aquellas que no beneficiaron su pretensión.----------
------Lo que no encuentro adecuado es hacérselas cargar todas al demandado como dispuso la sentencia de grado.----------
-----Por lo expuesto voy a proponer al Pleno que se modifique la imposición de costas de la anterior instancia y se distribuyan en forma paritaria entre ambas partes por su orden y las comunes por mitades. Así lo propongo al Pleno y lo voto.----------
-----Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención a que la pretensión recursiva solo procedió en parte, propongo al Pleno que las costas sean distribuidas por su orden. Así lo voto.----------
------A la MISMA CUESTION, el Dr. FRÚCHTENICHT, dijo:---------
------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender el recurso de apelación intentado por el demandado y por el Dr. D. G. A. por su propio derecho a fs. 303, con agravios expresados a fs. 311/313 -y respondidos por el actor apelado a fs. 315/317 sosteniendo el decisorio que se ataca - y enderezados ambos contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 292/299, la que en lo sustancial decidió hacer lugar parcialmente a la demanda por incumplimiento de contrato promovida por C. R. C. contra O. J. Y. y en su consecuencia condenó a este último a abonar al primero la suma que indica, en el plazo, con los intereses y bajo el apercibimiento que fija; rechazó la reconvención deducida por Yagüe contra el actor; impuso las costas de este proceso al demandado vencido y reguló los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------
------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 319 y practicado a fs. 320 el sorteo que dispone el art. 271, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274, ambos del rito provincial, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Constitución

provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada.----------

----No reiteraré aquí la glosa de antecedentes de este legajo que en su voto realiza precisa y detalladamente el vocal que me precedió con su dictamen. Me remito a ellos y los hago propios en tanto se ajustan a las constancias documentales que he examinado y que se encuentran anejadas a este legajo, y todo en ello en homenaje a la brevedad procesal.----------

------Para resolver como lo hizo, la sentenciante concluyó que el actor ejecutó el 92,84 % de la obra convenida, teniendo en cuenta para ello el resultado de la pericial rendida a fs. 176/177 y explicaciones brindadas a fs. 265; que habiéndose convenido el pago mediante la suma de $ 45.000.- con más la entrega de un automóvil valuado en $ 70.000.-, siendo que el accionado nunca entregó el vehículo, entendió que el actor tenía derecho a percibir $ 106.766.-, monto al que deberá restarse los $ 45.000.- efectivamente percibidos; también que los pagos realizados por encima de aquéllos $ 45.000.- deben ser imputados a trabajos adicionales surgidos durante el transcurso de la obra contratada.----------

------2.1. En ocasión de deducir sus quejas el demandado apelante (v. memorial de fs. 311/313), en primer término (v. fs. 311 y vta.) se agravia por el porcentaje de obra convenida establecido por la judicante al estimar ejecutada aquélla en el 92,84 % apoyando su decisión exclusivamente en lo informado por el experto. En apoyo de su impugnación refiere que al tiempo de realización de la pericia no podría determinarse el porcentaje de ejecución de obra; que tampoco puede establecerse aquél mediante fotografías que demuestran un estado parcializado de la obra. Afirma que el dictamen pericial no puede oponerse a la evaluación realizada por el Ing. M., quien evaluó el avance de obra en el lugar al tiempo de realización de la obra.----------

----Iniciando la ponderación de la queja así deducida, debo advertir que entiendo que la existencia de dictamen pericial no supone por sí solo la necesaria aceptación de sus conclusiones por parte del órgano jurisdiccional. Sostener lo contrario implicaría admitir que tal probanza proyecta efectos vinculantes con rebasamiento evidente de lo que debe

reconocerse como función del perito en el proceso. Sin perjuicio de ello, También que los peritos designados son auxiliares de la justicia y el dictamen que producen no es sólo el informe de un perito sino el asesoramiento técnico de personas especializadas cuya imparcialidad y corrección están aseguradas. En su función y dado que el dictamen reúne los recaudos necesarios de una correcta peritación; enuncia claramente los hechos; está fundado; determina con certeza el estado de avance de la obra al tiempo del incumplimiento; valora las constancias obrantes en autos y funda la opinión técnica a que llega con seriedad y objetividad científica, conforme lo dispuesto en el art. 481 del rito provincial, resulta legítimo asumir el porcentaje informado.----------

------Sucede que para apartarse el juzgador de las conclusiones alegadas por los expertos, debe tener razones fundadas. Esto resulta así, pues si bien en las normas procesales no se otorga al dictamen el carácter de prueba legal y se permite al magistrado formar su propia convicción al respecto, es evidente que esto -en tanto y cuanto comporta la necesidad de una apreciación crítica del campo de saber de aquel experto - aparece naturalmente ajeno al hombre de derecho y lo obliga a apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado juzgamiento que el perito haya hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado (cfr. CNFedCAdm; Sala IV; sent. 12.10.1995 in re "*Compañía Gillette de Argentina s/ Recurso de apelación*" ED 169/789 sum. 574). Frente a tal conclusión, la ponderación realizada por la sentenciante resulta razonable y la ausencia de elementos de convicción que permitan apartarse de aquella pericia inhabilitan acceder al agravio, tal como ha sido propuesto. **Así lo voto**.----------

-------2.2. Así, al deducir lo que identifica como segundo agravio (v. fs. 311vta/312vta.) se alza contra el monto condenado en sentencia y la forma en que la judicante arriba a él por entender el quejoso que a fin de imputar las sumas abonadas por sobre los $ 45.000.- no deben computarse los trabajos adicionales que la sentenciante tiene como efectivamente realizados. Concluye afirmando que la suma adeudada asciende a $ 33.244.-

y pide así se reduzca.----------
------Advierto que los recibos agregados por el demandado a fs. 75/83 de este legajo fueron extendidos todos al amparo de la legislación sustantiva provista por el Código Civil velezano.----------
------En su función, resultan de aplicación al supuesto en análisis lo dispuesto por los arts. 773/778 de aquel plexo normativo. Así, estimo oportuno transcribir aquí: "*Cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, a menos que haya mediado dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedo*r."----------
------En su virtud, una vez realizada la imputación, no podrá ser modificada unilateralmente ni por quien la realiza ni por el otro sujeto de la obligación. Así, a imputación hecha por el acreedor y aceptada por el deudor es definitiva y no puede ser modificada en adelante, sino por acuerdo de partes. También, la falta de aclaración por el deudor de que el pago que realiza es imputable al negocio celebrado impide luego imputarlo a una deuda distinta a la elegida por el acreedor, máxime cuando no se ha acreditado la ocurrencia de dolo, violencia o sorpresa.----------
------En función de lo dicho, no habiéndose acreditado los extremos de dolo, violencia o sorpresa previstos en el precitado art. 775 Código Civil; no existiendo acuerdo de partes posterior y atendiendo la realización de trabajos adicionales (v. testimonios de C. M. de fs. 156), estimo que el agravio no debe prosperar y así lo propondré al Acuerdo. **Así lo voto**.- -----
-----2.3. Al deducir su tercer agravio (v. fs. 313), el apelante se queja por la habérsele impuesto la totalidad de las costas. En apoyo de su oposición refiere el monto por el que progresó la acción y el desconocimiento de recibos realizado por el actor, luego imputados a su puño y letra conforme pericial caligráfica producida.----------
-----Adelanto que el agravio debe a mi juicio prosperar. En efecto, de la sentencia hoy en crisis surge palmaria la existencia de incumplimientos recíprocos que derivaron en la promoción de este proceso, pudiendo afirmarse que para la resolución de este conflicto ambas partes eligieron

arribar a este trámite que mediante una decisión de mérito restituya la paz entre ambas partes. Por ello, recurriendo a la facultad otorgada por el 2do. párrafo del art. 72 CPCC, entiendo prudente hacer lugar a la queja modificando parcialmente la sentencia apelada e imponer las costas de la demanda y de la reconvención por su orden y las comunes por mitades. **Así lo voto**.----------

------3.- En orden a las costas de esta instancia y atendiendo al resultado al que arribo, estimo deben imponerse también por su orden, por los mismo motivos explicados al pto. 2.3 del presente voto. **Así lo voto también**.-----

-------A la SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme lo expuesto propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de grado **MODIFICÁNDOLA** respecto a la imposición de costas que deberán ser afrontadas por su orden y las comunes por mitades. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia en el orden causado (art. 72 del CPCC). **3) REGULAR** los honorarios del Dr. D. A. en 10 Jus y a la Dra. S. G. S. A. en 8 Jus, ambas más el IVA pertinente y por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel). ----------

------A IDENTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:---------

------En consonancia con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado, **modificándola** en cuanto a la imposición de costas, las que habrán de ser impuestas por su orden y las comunes por mitades; **II.- IMPONER** las costas de la presente instancia en el orden causado (art. 72 del CPCC); y **III.- REGULAR** los emolumentos profesionales del Dr. D. A. en 10 Jus y de la Dra. S. G. S. A. en 8 Jus, ambas más el IVA correspondiente y por la tarea efectuada en esta Alzada (arts. 5, 8, 13 y ccdts. de la Ley del Arancel).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

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

-----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de grado **MODIFICÁNDOLA** respecto a la imposición de costas que deberán ser afrontadas por su orden y las comunes por mitades.----------

------II.- IMPONER las costas de la presente instancia en el orden causado (art. 72 del CPCC). ----------

------III.- REGULAR los honorarios del Dr. D. A. en 10 Jus y a la Dra. S. G. S. A. en 8 Jus, ambas más el IVA pertinente y por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------IV.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

-----La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2018. CONSTE.