NEUQUEN, 2 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"AMBROGETTI JORGE ANDRES C/ GOMEZ SOTO CARLOS DIEGO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"**, (Expte. **EXP** Nº **464314/2012**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y **Patricia CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la **Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 214/218, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) El recurrente se agravia, señalando que la a quo ha tenido por probada la existencia de un contrato de locación de obra con la pericia efectuada por una maestro mayor de obra, cuando del informe pericial y sus explicaciones de ningún modo puede inferirse que la ampliación o mejoras sobre la vivienda del demandado hayan sido efectuadas antes o después de octubre de 2011, con lo cual, pese a existir identidad entre la obra intelectual del actor y la construcción realizada por el demandado, no puede decirse que exista aprovechamiento de los planos en los términos del fallo que indica la a quo.

Reitera que no existe certeza respecto a que los trabajos efectuados por el demandado hayan sido iniciados o realizados por el actor.

Cuestiona la conclusión de la jueza de grado respecto a que el demandado es deudor del actor como consecuencia que el primero no probó que los trabajos hayan sido realizados por otra persona.

Insiste en que el demandado nunca solicitó los servicios del actor.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 232/233 vta.

Dice que el recurrente no ha cuestionado, y por lo tanto se encuentra firme, que el actor realizó un anteproyecto de obra, que el demandado amplió su vivienda en el año 2001, que las medidas de la ampliación coinciden con las del anteproyecto de obra adjuntado por el actor, que resulta técnicamente imposible tomar las medidas y realizar el anteproyecto sin ingresar a la vivienda del demandado.

Sigue diciendo que frente a estos extremos resulta irrelevante cuestionar si la obra se realizó antes o después de octubre de 2011, o alegar que no se sabe con certeza cuando comenzó la obra, o negar que el demandado haya solicitado los servicios del actor.

Entiende que la realización de la ampliación en los términos plasmados en el anteproyecto importa el consentimiento del dueño de la obra a la tarea profesional.

Agrega que existen otros elementos de prueba que avalan esta conclusión.

Cita el intercambio epistolar, señalando que con fecha 23 de noviembre de 2011 el actor exigió el pago de $ 4.000,00 en concepto de honorarios profesionales por la ejecución de las tareas de medición y elaboración de anteproyecto para la ampliación de la vivienda ubicada en ... de la ciudad de Neuquén; y que el demandado, al responder, no manifestó que el actor no hubiera realizado la tarea, sino que sólo negó adeudar suma alguna en concepto de honorarios profesionales.

Manifiesta que el demandado reconoció expresamente que en el año 2011 decidió ampliar su vivienda, e indica que realizó tareas de medición y ampliación, denunciando que fueron efectuadas por las personas que indica, omitiendo producir la prueba testimonial pertinente.

Destaca aspectos del informe pericial.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, el recurrente controvierte la conclusión de la a quo en orden a la existencia de la relación contractual –locación de obra- entre las partes.

La jurisprudencia tiene dicho que en la locación de servicios u obras, quién pretende cobrar el precio, debe demostrar la autoría de ellas, vale decir, la prestación de los primeros o confección o realización de las segundas, con toda clase de pruebas para que opere a su favor el principio del art. 1.627 del Código Civil, que se aplica tanto a unos como a otros. Se diría que la ley presume el contrato, presunción juris tantum, que puede ser destruida por la prueba en contrario de quién lo niega (cfr. Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, “Monsalvo c/ Tejera”, 12/6/1990, LL AR/JUR/1987/1990).

Por su parte la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que el Código Civil no exige formalidad especial alguna para acreditar la existencia de la encomienda profesional, pues en tales contratos rige el principio de libertad consagrado por el art. 974 del Código Civil, de modo que puede ser celebrado por escrito, verbalmente, o incluso en forma tácita; y en cuanto a las limitaciones establecidas en materia probatoria por el art. 1.193 del Código Civil, las mismas quedan superadas si hubo comienzo de ejecución o cumplimiento de alguna prestación por quién invoca la existencia del contrato (Sala A, “Peralta Urquiza c/ Conindar

San Luis S.A.”, 25/10/1996, LL 1999-B, pág. 241). Agregan los magistrados votantes en el fallo citado que *“Aún cuando las gestiones del arquitecto que reclama el pago de sus honorarios hayan quedado en tratativas o no haya sido aceptado su anteproyecto, igualmente existe derecho a la retribución de los honorarios devengados”*.

En estas actuaciones, la parte actora reclama el pago de sus honorarios por la confección del anteproyecto de ampliación de la vivienda de la parte demandada obrante a fs. 190/197.

El demandado niega la encomienda profesional, aunque reconoce, al contestar la demanda, que a principios del año 2011 decidió ampliar la vivienda sita en calle ... de la ciudad de Neuquén, que para ello viajaron personas desde la provincia de La Pampa, quienes trabajaron durante los meses de mayo y agosto de 2011, continuando con los trabajos, a partir del mes de agosto de 2011, una tercera persona. Sostiene que estas tres personas fueron las que realizaron la medición y posterior construcción de la obra, y que conoce al actor porque éste trabajaba en una obra vecina.

El anteproyecto de fs. 190/197 no tiene constancia de recepción por parte del demandado.

La Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Neuquén informa a fs. 88, que la vivienda en cuestión no registra planos presentados en esa dirección.

El informe pericial técnico de fs. 167/168, y en especial la respuesta al pedido de explicaciones de las partes obrante a fs. 178/179, da cuenta que las características constructivas de la vivienda y los materiales utilizados hacen fácilmente diferenciable la etapa construida y habitada, más la ampliación realizada posteriormente; que el anteproyecto presentado por el actor se ajusta a la vivienda tal como

estaba antes de las ampliaciones, y que la construcción de la ampliación es correspondiente con el anteproyecto presentado por el actor.

Si bien la prueba aportada a la causa es escasa, extremo que también ha destacado la a quo, entiendo que la conclusión a la que se arriba en la sentencia de grado es correcta.

En efecto, si el demandado ha admitido que tuvo la intención de ampliar su vivienda, obra que luego fue concretada, en el año 2011, y estas ampliaciones se corresponden con el anteproyecto presentado por el actor, cabe presumir que existió una encomienda profesional por parte del demandado para la confección del anteproyecto y una posterior utilización de la obra intelectual del demandante, más allá que éste no haya avanzado con el proyecto ni lo haya dirigido.

Si bien el demandado ha alegado que las mediciones y construcción de la obra las llevaron adelante otras personas, no ha probado este extremo, como tampoco ha señalado en base a que proyecto o anteproyecto se realizó la ampliación de su vivienda, ni que las personas denunciadas en la contestación de la demanda tuvieran la habilitación profesional para ello, conforme la tiene el accionante.

Consecuentemente se mantiene en pie la presunción de que la ampliación de la vivienda responde al anteproyecto del actor, encargado por el demandado.

Cabe recordar que la prueba de presunciones se encuentra aceptada por doctrina y jurisprudencia y resulta válida para acreditar el vínculo contractual habido entre las partes, en atención a la regla de la libertad probatoria en esta materia.

Jorge L. Kielmanovich sostiene que el concepto de prueba judicial incluye tanto la fuente (las personas y las

cosas), el medio a través del cual se la introduce o incorpora para la litis (la percepción del juez, el testimonio de terceros y de las partes, etc.), como el argumento o las razones por las cuales el juez saca la conclusión. Agrega el autor que vengo citando que la presunción judicial, simple u hominis es, en este orden de ideas, el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados, que no constituyen la representación de los que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten, en todo caso, su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza (cfr. aut. cit., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 659/660).

Jurisprudencialmente se ha dicho que cuando por las circunstancias del caso o por la índole de los hechos, la prueba directa es imposible o extremadamente difícil, no se puede hacer incidir las consecuencias que de allí derivan sobre la parte agravada con la carga de la prueba, de modo que en estos casos adquiere pleno valor la de presunciones, medio que ha sido expresamente admitido por la ley (cfr. Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Federal, Sala I, “Llauró Hnos. Propiedades S.A. c/ Llauró”, 29/4/1983, LL 1983-D, pág. 168).

De lo dicho se sigue que el análisis que ha efectuado la a quo del material probatorio resulta ajustado a derecho y razonable.

III.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada en las sumas de $ 4.715,00 para el

Dr. ... y $ 3.300,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 214/218, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada en la suma de $4.715,00 para el Dr. ... y $3.300,00 para el Dr. ..., de conformidad por lo prescripto por en el art. 15 de la ley 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria