

//tencia No.96

MINISTRA REDACTORA:

DOCTORA ELENA MARTÍNEZ

Montevideo, veintiuno de mayo del dos mil veinte

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "**PENADÉS, ENRIQUE C/ LÓPEZ, NELSON Y OTRA. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. DAÑOS Y PERJUICIOS. CASACIÓN**" e individualizados con el IUE 467-152/2015, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación deducido contra la sentencia SEF 0005-000030/2019, de 13 de marzo de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.

**RESULTANDO:**

I) Por sentencia definitiva de primera instancia nro. 59/2018, de 25 de junio de 2018, dictada por la Sra. Juez Letrada de Primera Instancia de Ciudad de la Costa de 5° Turno, Doctora Jennifer Castillo, se falló:

*"Desestímase la demanda incoada, haciendo lugar a la excepción de contrato no cumplido opuesta.*

*Condénase al actor a pagar a los demandados las sumas de \$42.456, con reajustes e intereses desde el 15 de abril de 2015 y U\$S2.547,90 con sus respectivos intereses desde el 22 de diciembre de*

2014.

*Desestímase la reconven-  
ción en lo demás.*

*Sin especial condenación  
procesal...” (fs. 611/659).*

II) Por sentencia de segunda instancia SEF 0005-000030/2019, de 13 de marzo de 2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, integrado por los Ministros Doctores Tabaré Sosa, John Pérez y Álvaro França, redactada por el Dr. Sosa, se dispuso:

*“Revócase la sentencia apelada y en su lugar, se condena a la demandada a pagar al actor las sumas individualizadas en el fundamento de derecho IV y se desestima la reconvencción (...).”*

En el fundamento al cual se hace remisión se condena a los demandados al pago del saldo del precio inicialmente cotizado pendiente, trabajos no incluidos en la convención de fs. 13, difiriendo su estimación a la vía incidental prevista en el art. 378 del C.G.P. (fs. 746/753).

III) A fojas 772-800 vto. compareció la demandada, interpuso recurso de casación y, en síntesis, expresó los siguientes agravios:

1) Se infringió el art. 197 del C.G.P. porque se omitió mencionar los puntos

litigiosos, los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados.

La sentencia sostiene que la controversia consiste en determinar si el contrato era una obra por administración o llave en mano. Pero lo que se debate, en realidad, es si el negocio era por administración directa (postura del actor) o una obra por administración delegada (postura de los demandados).

En apariencia, la sentencia determina que se trató de una obra por administración delegada, pero no se aplicaron las consecuencias de tal conclusión.

La sentencia carece de fundamentación.

Se omitió analizar lo concerniente a los muros de contención, alero voladizo y pintura exterior. Tampoco se hace referencia a la reconvención, a la que solo dedica dos palabras: "se *desestima*".

No se fundamenta el rechazo de las pretensiones del actor, a pesar de la multiplicidad de prueba en tal sentido.

Se alude a las demoras en las entregas con una sola frase genérica: "...*pese a sus esfuerzos probatorios no logró probanzas específicas...*".

En este punto, se solicita que se declare la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación fáctica y jurídica (art. 197 del C.G.P.).

2) Se infringió lo dispuesto por el art. 198 del C.G.P.

La sentencia no se pronuncia sobre las supuestas modificaciones al proyecto constructivo, al cambio de fundación de la vivienda, a los muros de contención, al contrapiso, a los adicionales de obra; y, finalmente, los rubros reclamados en la reconvención.

3) Se violaron los arts. 11.2 y 133 del C.G.P. en cuanto a la legitimación pasiva de los demandados.

El actor atribuyó la responsabilidad al Arquitecto Guillermo Piedrafita, quien fue el autor de los planos constructivos, dirigió y administró la obra. Pero, la sentencia de segunda instancia omitió toda referencia a este agravio.

El cambio de fundación, construcción de muros de contención, el alero voladizo, la falta de memoria descriptiva y constructiva, son todos temas técnicos atribuibles al proyectista. No pueden ser imputados a los comitentes, porque para ello contrataron a un arquitecto proyectista, director de obra y administrador.

El TAC 2° omitió toda referencia a la falta de legitimación pasiva opuesta como defensa al contestar la demanda y en el recurso de apelación.

La recurrida omitió considerar el informe pericial y la declaración de testigos respecto a la falta de legitimación.

4) Se infringió lo dispuesto por los artículos 137 y 139 del C.G.P.

No se le impuso al constructor la carga de la prueba sobre las modificaciones (incumplimientos) al contrato de construcción.

Se aludió indirectamente a la distribución de la carga de la prueba en referencia a las demoras. Se señala que la demandada reconviniente, pese a sus esfuerzos probatorios, no logró probanzas específicas sobre la culpa del actor.

En la sentencia se expresa que está probada la cimentación de la vivienda en el sistema de platea, pero nada se dice respecto a los demás hechos invocados ni respecto de los adicionales.

El actor no probó ninguna de sus afirmaciones, en cambio, los comparecientes probaron cada uno de los hechos afirmados.

El reclamante se opuso a

la agregación de los planos de estructura que eran fundamentales para probar que la fundación y el alero voladizo fueron proyectados en hormigón armado.

5) También se violaron los artículos 140 y 141 del C.G.P.

La pericia reconoce que el tipo de fundación es de dados de hormigón ciclópeo y vigas de hormigón armado, como surge de los planos de estructura del Ingeniero Ham.

La pericia demuestra que nunca existió ese cambio de fundación.

El Arq. Piedrafita manifestó que desde siempre se pensó en un sistema de dados y vigas, por el tipo de proyecto.

Por consiguiente, no se comprende por qué la sentencia del TAC 2° sostiene que se modificó el tipo de cimentación. Esa argumentación infringe, asimismo, el art. 184 del C.G.P.

El Arq. Piedrafita manifestó que los muros de contención no fueron realizados.

No obstante, la pericia señala que los muros de contención son adicionales cuya responsabilidad corresponde al Arquitecto proyectista, no al constructor. Entonces, ¿por qué se los cotizó a los propietarios siendo que ellos no son responsables de ese pago?

Los muros no se hicieron, sino que se rellenó el terreno con tierra.

En cuanto al alero voladizo, de la pericia se desprende que el alero se proyectó en hormigón armado, a diferencia de lo sostenido por el actor.

El Arq. Piedrafita sostuvo que el alero siempre fue proyectado en hormigón armado, al igual que el Ing. Ham. El alero se derrumbó, lo cual demuestra la falta de idoneidad del actor.

La pericia señala que la construcción de este trabajo debió haber insumido 31 días y según el arquitecto llevó 6 meses.

En cuanto a los adicionales de obra, el actor no probó haber realizado el segundo contrapiso, por el que reclamó U\$S12.000, más 4 meses adicionales de trabajos justificando su atraso.

La pericia señaló que, al no disponer de los planos de instalación de la calefacción, que debió haber entregado el constructor y no lo hizo, no puede determinar si estaba prevista en el proyecto desde el momento de la cotización.

A fs. 219 se agregó un documento en el que consta que toda la instalación de la losa radiante fue realizada por la empresa Fernando Gioscia y el contrapiso por la empresa Indúo SRL.

También existió un error en la valoración de la prueba sobre el reclamo de otros adicionales.

En cuanto al gimnasio, el actor reclamó la suma de U\$S10.000, cuando se había acordado un precio de U\$S6.500 que incluía materiales y mano de obra; pero, al contestar la reconvencción, no contravirtió el citado pago, contrariando lo dispuesto por el art. 130.2 del C.G.P.

En cuanto a la pintura exterior, el actor reclama como adicional la suma de U\$S10.000. Este trabajo fue acordado con Darío Sandoval por la suma de \$80.000, los que se pagaron al actor.

Además, se pagó la suma de \$51.000 por la compra de pintura y aportes.

Al contestar la reconvencción, el actor guardó silencio cuando tenía la carga de contradecir.

Asimismo, Sandoval declaró que fue él quien hizo todo el trabajo de pintura (tanto interior como exterior) y que el documento de fs. 76 fue firmado para poder cobrar su trabajo.

En cuanto al badén de entrada, consiste en un pasaje de hormigón que se extiende desde la calle hacia el jardín de la casa. El constructor lo realizó en forma deficiente, sin permitir



el desagüe, generando estancamiento de agua e inundaciones en las fincas vecinas. Por esa razón, la Intendencia del barrio debió demolerlo y los propietarios debieron encargarse de uno nuevo, lo que surge de la declaración del testigo Alfonso Vivo.

El tanque de gas subterráneo fue realizado por Martín Prada. El actor solo preparó una losa de material para depositar el tanque con los agarres suministrados por la empresa RíoGas. Por este trabajo y el de la piscina se acordó con el actor la suma de U\$S3.000 que fueron pagados, cuestión no controvertida al contestar la reconvencción.

En cuanto a los nichos exteriores, se acordó con el actor la suma de U\$S7.000. Las instalaciones de agua y luz deben quedar protegidas para lo cual se construyen nichos. Tales obras constituyen un trabajo conexo, por lo que no se trata de adicionales.

El contrapiso de la piscina y tendido de tierra fueron realizados por Martín Prada. El actor solo preparó una losa de escaso material en el fondo del pozo y colocó el tanque de gas. Por este adicional y otros se había acordado la suma de U\$S3.000.

Los bigotes de la escalera constituyen un elemento fundamental para impedir el deslizamiento de las personas que las transitan y no

pueden calificarse de adicionales.

La pared, los muebles de yeso, los cambios en el baño y el vestidor de la planta alta, no fueron considerados adicionales por la pericia.

Estas tareas estaban incluidas en el presupuesto de mayo 2013 como revestimientos interiores. El constructor aceptó lo manifestado por el perito, por lo que su reclamo es improcedente.

6) Existió una errónea aplicación de los arts. 1.688, 1.735 y 1.853 del Código Civil, en cuanto al rechazo de la excepción de contrato no cumplido.

En el caso, se configuran los presupuestos para oponer esta defensa.

El TAC 2° indicó que la excepción de contrato no cumplido no es admisible "al no darse los requisitos" que menciona, aunque omite señalar cuál requisito se ha incumplido. Omite, asimismo, señalar los múltiples incumplimientos del constructor.

La mayoría de los incumplimientos se produjeron antes del pago de la obra y antes de resultar exigible el supuesto cambio de precio que reclama.

Quien incumplió fue el actor, por lo que la excepción es admisible.

La recurrida no analiza la fundada sentencia de primera instancia respecto a los incumplimientos del actor. El informe pericial demuestra que existió abandono debido a *"los elementos faltantes, los signos aparentes de problemas constructivos observados en la inspección ocular de la pericia, permiten afirmar que la obra no está terminada para poder labrar el acta de recepción"*.

La sentencia de primera instancia tuvo por probados los incumplimientos del constructor a sus obligaciones principales, con el agregado de que las obligaciones del constructor eran previas al pago del saldo del precio. Si bien el precio fue abonado en su totalidad, incluso en exceso, aún cuando existiese un saldo como lo señala el actor, éste resulta exigible contra la entrega de la obra, tal como surge del art. 1.853 del Código Civil.

En materia de contrato de construcción los plazos resultan esenciales para el comitente, por lo que, en principio, rige la mora por la naturaleza de la convención, con plazo esencial subjetivo u objetivo, regulado en el art. 1.341 del Código Civil.

El TAC 2° no indica ni fundamenta por qué no es admisible la excepción de contrato no cumplido, admitida en la sentencia de

primera instancia.

7) Infracción a los artículos 1.342, 1.345, 1.346, 1.848 y 1.853 del Código Civil.

En primera instancia se reconocieron los incumplimientos del constructor a sus obligaciones de resultado y se lo condenó al pago por trabajos no ejecutados.

En cambio, la recurrida solo expresó: "*se desestima la reconvención*", sin realizar ninguna fundamentación sobre los puntos litigiosos.

8) La recurrida infringió las reglas vinculadas con el daño emergente (arts. 1.345 y 1.346 del C.C.).

9) Infracción a los arts. 1.342, 1.345, 1.346, 1.848 y 1.853 del C.C., al no haber condenado al lucro cesante y, en subsidio, a la pérdida de chance generada por la imposibilidad de arrendar la vivienda de su propiedad.

10) Infracción al art. 1.319 del C.C. al no haber condenado al daño moral.

IV) Conferido traslado del recurso de casación, fue evacuado por la actora, quien abogó por su rechazo (fs. 804/818).

V) Los autos fueron recibidos

por la Suprema Corte de Justicia el 21 de julio de 2019 (fojas 825).

VII) Por auto 1335/2019, de 19 de julio de 2019, se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fojas 826 vto.).

Según surge de fojas 832, el Ministro Dr. Tabaré Sosa se inhibió de oficio y, concluidos los trámites de estilo, se integró la Corporación en legal forma la Dra. Marta Gómez Haedo (fojas 836).

VIII) Se acordó el dictado de sentencia para el día de la fecha.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por unanimidad, anulará la recurrida y confirmará la decisión de primera instancia, en virtud de los siguientes fundamentos.

II) Resultancias procesales útiles.

En la demanda se reclamaron las sumas debidas al constructor como consecuencia del contrato de construcción de una vivienda en el barrio La Tahona del departamento de Canelones.

Por su parte, los demandados comitentes reconvinieron alegando que el

contrato fue en la modalidad denominada "llave en mano" por un precio único y global y alegando una serie de incumplimientos del constructor que generaron diversos daños y perjuicios.

En primera instancia se desestimó la demanda y se hizo lugar a la excepción de contrato no cumplido opuesta por los codemandados.

La a-quo consideró que se trató de un contrato por "ajuste alzado" o "por un tanto" y no por administración como sostuvo el actor. En su ejecución existieron adicionales al proyecto originalmente convenido a fs. 13.

Sin perjuicio de ello, constató una serie de incumplimientos por parte del actor y, por ende, amparó la excepción de contrato no cumplido. Asimismo, hizo lugar a la reconvención únicamente en cuanto a los rubros y montos correspondientes a "tareas de terminaciones o vicios constructivos" e "instalaciones eléctricas" que abonaron los codemandados a terceros subcontratistas para terminar con las tareas no culminadas; o defectuosamente culminadas, por el actor.

En segunda instancia se revocó la recurrida y se hizo lugar a la demanda, en el entendido de que se trató de un contrato de "obra por administración", condenando a los demandados al pago de

los trabajos no incluidos en el contrato de fs. 13, suma que se ordenó liquidarán por la vía del art. 378 del C.G.P.

A esta solución arribó el *ad-quem* en virtud de que consideró que las demoras o dilaciones en la obra se debieron a causas no imputables al actor y que la excepción de contrato no cumplido no es de recibo.

III) Agravios relativos a la errónea aplicación de los arts. 197 (ausencia de motivación) y 198 del C.G.P. (vicio de incongruencia) (fs. 774-778 vto.).

Señaló la impugnante que la sentencia atacada infringe lo establecido en los arts. 197 y 198 del C.G.P.

En cuanto a la alegada falta de motivación, en primer lugar, manifestó que, si bien la Sala hizo referencia de manera sucinta a las pretensiones, omitió referir a los puntos litigiosos, esto es, incumplió con la fundamentación fáctica al no haber mencionado "*el o los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados*".

En segundo lugar, afirmó que la Sala tampoco cumplió con el deber de motivar jurídicamente la sentencia. En este sentido, omitió pronunciarse sobre: i) los muros de contención por

desnivel del terreno: ii) el alero voladizo; iii) la pintura exterior que fue pagada y; iv) la reconvención, a la que solo dedica dos palabras: "se desestima".

En lo que respecta al alegado vicio de incongruencia (infracción del art. 198 del C.G.P.) se agravia la recurrente por cuanto entiende que la Sala omitió considerar: i) la impugnación al planteo del actor sobre las supuestas modificaciones al proyecto constructivo; ii) el cambio del tipo de fundación de la vivienda; iii) los muros de contención; iv) el contrapiso; v) los adicionales de obra; vi) la ausencia de legitimación pasiva invocada y; vii) los rubros reclamados en la reconvención.

Afirmó que ello constituye un caso de incongruencia por restricción (*citra petita*), en tanto el Tribunal excluyó la consideración de hechos objeto de la pretensión y de la oposición.

No le asiste razón a la impugnante.

Si bien la recurrida no impresiona por su excelencia en la fundamentación, lo cierto es que se ajusta a lo preceptuado en el art. 197 del C.G.P.

En efecto, no caben dudas que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno hizo explícitas las razones que lo llevaron a revocar el



fallo de primer grado y a amparar parcialmente la pretensión principal (fs. 749-752).

Debe tenerse presente que, como ha expresado reiteradamente la Corporación, la falta de motivación debe ser siempre de tal entidad que el fallo resulte privado de toda razón suficiente. Y, en el caso, no se incurre en el vicio alegado toda vez que la omisión no fue obstáculo para la emisión de un fallo justo, ni se coartó el derecho de defensa, porque lo que debe predominar es el finalismo jurídico sobre el formalismo legal (cf. sentencias nos. 394/2019, 313/1997, 144/1996, 828/1995, 71/1991 y 47/1989).

Aún más, la recurrente no alega, de manera concreta, cómo esa pretendida ausencia de motivación le impidió el ejercicio de su derecho a la defensa, o le causó perjuicio que habilite su revisión en casación.

Asimismo, tampoco le asiste razón a la impugnante en cuanto afirma que la Sala incurrió en vicio de incongruencia (art. 198 del C.G.P.), pues, a su entender, no se pronunció sobre puntos litigiosos.

Al formular este sector de agravios, la impugnante no cumple con lo establecido en el art. 273 del C.G.P. En efecto, se limita a mencionar en forma genérica puntos sobre los cuales, a su

entender, la Sala habría omitido pronunciarse. Pero, no individualiza qué perjuicios le habría causado tal omisión y, mucho menos, qué incidencia tiene en la parte dispositiva de la sentencia atacada (art. 270 del C.G.P.). Aún más, ni siquiera relaciona los puntos aludidos con los respectivos recursos de apelación interpuestos por las partes, lo cual resultaba imprescindible conforme al principio "*tantum devolutum quantum appellatum*" (cf. KLETT, Selva "Proceso Ordinario" T.III, FCU, Iedc., octubre de 2014, pág. 159).

IV) Agravios relativos a la infracción de los arts. 11.2 y 133 del C.G.P.: falta de legitimación pasiva de los co-accionados (fs. 777 vto.-781).

Manifestó la recurrente que la sentencia hostilizada vulnera los arts. 11.2 y 133 del C.G.P., en cuanto atribuyó legitimación pasiva a los co-demandados. En efecto, si bien éstos fueron parte en el contrato de construcción (conjuntamente con el constructor -actor- y el arquitecto -Guillermo Piedrafita-) el demandante le atribuyó la responsabilidad al Arq. Piedrafita, quien fue el autor de los planos constructivos, dirigió y administró la obra. La sentencia de segunda instancia omitió toda referencia a este agravio lo que determina que incurrió en incongruencia por omisión (*citra petita*).

Afirmó que el punto resulta trascendental en tanto el actor imputó exclusiva responsabilidad al Arquitecto Piedrafita (proyectista, director y administrador) en todas las modificaciones de la obra y en la demora en su finalización.

El cambio de fundación, construcción de muros de contención, el alero voladizo, la falta de memoria descriptiva y constructiva, son todos temas técnicos que no se pueden atribuir a los comitentes, porque para ello contrataron a un arquitecto proyectista, director de obra y administrador.

Finalmente, indicó que el Tribunal omitió toda referencia a la falta de legitimación pasiva opuesta como defensa al contestar la demanda y en el recurso de apelación. Asimismo, no tuvo en cuenta el informe pericial y la declaración de testigos que dan cuenta de la falta de legitimación de los recurrentes.

Los agravios deben ser rechazados.

A criterio de los Ministros Eduardo Turell, Luis Tosi, Marta Gómez Haedo y la redactora, este sector de agravios resulta inadmisibles al amparo de lo establecido en el art. 268 del C.G.P.

Ello por cuanto, tanto la sentencia de primera instancia, como la hostilizada,

rechazaron la falta de legitimación invocada por la impugnante, por lo cual el punto no resulta revisable en casación (ver recurso de apelación interpuesto por vía adhesiva -fs. 706 vto. a 709- y recurso de casación -en especial fs. 779 vto.).

La Doctora Bernadette Minvielle, por su parte, estima que los agravios resultan admisibles por los fundamentos expuestos en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia nro. 837/2017 (en igual sentido véase Barreiro, María Virginia y Tejera, Mariela: "Admisibilidad de la casación ante la doble confirmatoria y sin discordia"; Landoni, Ángel; González, Santiago y Cabrera, Rafael: "Procedencia del recurso de casación y alcance en hipótesis de confirmatoria parcial de la sentencia apelada" ambos en AA.VV: "XIVas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados - IUDP, Colonia del Sacramento, 2009, págs. 187/196 y 151/168 respectivamente y Landoni, Ángel: "El recurso de casación", XVIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay - IUDP, Rivera, 2015, págs. 229/254).

Sin embargo, no ingresará al estudio de los agravios en virtud de la postura de la mayoría.

V) Agravios relativos a la errónea aplicación de los arts. 1.688, 1.735 y 1.853 del

C.C.: admisión de la excepción de contrato no cumplido  
(fs. 790-792 vto.).

Postuló la impugnante que, en el caso, se configuran todos los presupuestos necesarios para oponer esta defensa, por lo que la Sala incurrió en error de derecho, a saber:

i) el contrato de construcción es bilateral;

ii) Penadés no cumplió con su obligación recíproca, pues abandonó la obra después de varios meses de retraso y lo hizo, además, con múltiples vicios constructivos, incumpliendo sus obligaciones de resultado;

iii) la demandada no estaba obligada a cumplir antes que el accionante, quien debió cumplir primero con todas sus obligaciones y cobrar el saldo al momento de la entrega definitiva (art. 1.853 C.C.) y;

iv) la excepción se opuso acorde al principio de buena fe.

Añadió que, por otro lado, la Sala aludió a la excepción de contrato no cumplido, indicando que no es admisible "al no darse los requisitos", pero, ninguna referencia realizó en relación a cuál no se verificó en el caso. Omitió, asimismo, hacer mención a los múltiples incumplimientos

en que incurrió el constructor. La mayoría de ellos se produjeron antes del abandono de la obra y antes de resultar exigible el supuesto incremento de precio que reclama. Quien incumplió fue el actor, por lo que la excepción resulta admisible.

Indicó que la recurrida no analiza la fundada sentencia de primera instancia respecto a los incumplimientos del actor, los cuales fueron exhaustivamente estudiados por la Sra. Juez *a quo*.

En este sentido, la sentencia de primera instancia es contundente en probar los incumplimientos del constructor a sus obligaciones principales, con el agregado de que los compromisos del constructor eran previos al pago del saldo del precio.

Si bien el precio fue abonado en su totalidad, incluso en exceso, aun cuando existiese un saldo como lo señala el actor, éste no resulta exigible contra la entrega de la obra, tal como surge del art. 1.853 del C.C.

En materia de contrato de construcción, los plazos resultan esenciales para el comitente, por lo que, en principio, rige la mora por la naturaleza de la convención, con plazo esencial subjetivo u objetivo regulado en el art. 1.341 C.C.

Insistió en que en autos

emergen plenamente acreditados los incumplimientos del accionante y refirió a los medios probatorios que, según su entender, respaldan tal aseveración.

Corresponde acoger el agravio deducido, en mérito a los siguientes fundamentos.

A) La Sra. Juez *a quo* en los numerales VI a IX del capítulo "Considerando" de la sentencia entendió probados los siguientes incumplimientos por parte del actor:

a) **El tiempo que insumió la obra excedió lo pactado (fs. 645-648).**

Señaló al respecto: "*Los demandados alegaron una serie de incumplimientos del actor, que habilitaban a su entender y para el caso de entender que adeudaban alguna suma al contratista, su legítima resistencia a cumplir cualquier obligación que se encuentre pendiente, resultando los de mayor relevancia el referido al tiempo de duración de la obra, originariamente establecido en nueve meses y que se extendió a casi el doble y en cuanto a la construcción del alero que -sostienen- los vicios constructivos llevaron a que se desplomara al poco tiempo de retirarse el actor de la obra.*

*En cuanto al tiempo de duración se sostuvo en el informe que con un promedio de*

*seis operarios en obra, calculando veinte jornales por mes de obra, da un total de 15.6 meses, si se suman a la obra original todos los adicionales planteados.*

*'La obra en su mayor parte se desarrolló con pocos oficiales y pocos peones y con medios oficiales asumiendo tareas por debajo y por arriba de su categoría seguramente, o con pocos oficiales y sin peones. El resultado de los cálculos de trabajos adicionales muestra que ni con el agregado de tareas se aumentó el personal, por lo que la obra se extendió en el tiempo'.*

*'Se aclara que más cantidad de operarios y con categorías de mayor especialización, implica un mayor costo de mano de obra y de aportes sociales al BPS, a la vez que un plazo de obra más ajustado y mejor calidad de obra'*

*'El promedio de 7 obreros debió ser el número de personal en obra permanente, y pasar a contar por lo menos con 12 operarios en los meses donde todos los rubros de obra estuvieron abiertos. Y con una buena coordinación de obra con los subcontratos, el plazo pudo haber sido de 12 meses más los días de lluvia y de paros de la construcción" (fs. 557), obrando agregados en autos la respuesta al Oficio No. 131/2016 por el InUMet (fs. 427/428 y 446/449) y al Oficio No. 130/2016 (fs. 443/445) por el SUNCA, con el*



*listado de paros durante el período del 1 de julio de 2013 al 28 de noviembre de 2014, que ilustran al respecto.*

*Finalmente, señaló la Sra. Perito, en la audiencia que 'Entre los 9 meses presupuestados y los 17 meses que menciono la diferencia de valor es 404.310, que son los que corresponden con los adicionales. Se hizo más obra, aparentemente, que la presupuestada' (fs. 587).*

*Resulta ilustrativa la declaración de Francisco Penadés -hijo del actor- fs. 450/452, quien realiza tareas administrativas en la empresa de su padre y concurría a la obra una o dos veces por semana, en cuanto a que 'En los meses de setiembre a diciembre trabajaron en la obra pocos obreros, se que terminamos trabajando el equipo de pintura que eran dos, un capataz, un electricista, éramos pocos'.*

*Coincide en tal sentido, el Sr. Guillermo Piedrafita Mora, (fs. 404/417) arquitecto, contratado para realizar la obra encomendada por los demandados, conoce al actor por haber sido recomendado por un amigo. 'Creo que hubo atrasos en todas las etapas de la obra...' 'Penadés a mi juicio no hizo un control de la obra, es más varias veces fui a la obra y veía que el personal estaba metido en la casilla*

de la obra. Yo se lo comenté en varias ocasiones...’ ‘No había una figura del constructor arriba de la obra. El personal para mí tampoco estaba muy capacitado...’ ‘Los propietarios tenían que mudarse, por eso contratamos a Penadés, por el tiempo que él manejaba, pero después no se cumplió con el tiempo que dijo’.

En definitiva, considerando las declaraciones testimoniales recabadas y atendiendo a lo expresado en el informe pericial, la demora en la culminación de la obra tuvo como causal tanto el escaso número de operarios en obra como los adicionales realizados, destacándose que salvo un aumento importante de trabajadores, el plazo establecido en la cotización no era realizable”.

b) **Incumplimientos en la construcción del alero voladizo (fs. 648-650).**

En cuanto al punto, expresó la sentencia de primer grado: “El segundo incumplimiento de trascendencia que se le imputa al contratista, refiere a la construcción del alero voladizo.

En cuanto al material en el que debía realizarse, fue uno de los puntos centrales del debate, en tanto el supuesto cambio al respecto habría motivado -según el actor- la demora que le fuera imputada y causara el enojo de los propietarios.

Con respecto al techo en forma de alero sobre el escritorio y el espacio abierto hacia la piscina, se sostuvo en la pericia que 'El estudio de los planos, muestra que los primeros intercambios por las partes, indican la intención de construir techos con terminación de azotea en piedra partida o alternar en éstos con cubierta de Isopanel...

En el resto de los planos, sean de albañilería o de estructura, el alero aparece en hormigón armado. Si, aparecen modificaciones indicadas en los planos, pero no parecen variar la intención original del proyecto'.

'Se concluye que el alero se proyectó y se representó como hormigón armado' (destacado en el original).

'En el caso de haber existido un error de interpretación del constructor... se observa que el alero exterior liviana debería estar desglosado como rubro individual por su importancia y diferencia con los yesos en muros y cielorrasos interiores' (fs. 551).

Así lo declaró el Sr. Santiago José Ham Hill (fs. 368/372), ingeniero civil, a quien los demandados contrataron, mediante el Estudio Piedrafita, para realizar el diseño y estructura de su vivienda. 'Yo hice el plano por el cual se debe

*construir la estructura de la edificación'. 'Se derrumbó un pedazo de alero sobre parte de la construcción existente' 'Esto se debió a un mal armado de la estructura que fue solicitada para la obra, la estructura tiene determinadas piezas que se arma con hormigón y acero, lo que se detectó fue un faltante de hacer en unas piezas estructurales' 'Esto estaba expresamente puesto en el diseño nuestro, pero no fueron puestas, lo que llevó a que la estructura no soportara.*

*El encargado de colocar esas varillas es el constructor, los oficiales u operarios no colocaron lo que solicitaba en los planos' 'El alero de hormigón fue proyectado de hormigón visto (esa era una de las condiciones)'.*

*El Sr. Guillermo Piedrafitita Mora, (fs. 404/417) arquitecto contratado para realizar la obra encomendada por los demandados, señaló 'Con respecto al alero siempre fue de hormigón armado, la estructura siempre fue una. Igual que la galería, esto fue un pedido desde que nos sentamos el primer día con los propietarios. El hormigón debería de ser a la vista, se recalcó varias veces esto, pero resulta que el hormigón quedó tan feo que tuvimos que cambiar y poner un cielorraso porque era inarreglable (sic)' 'La estructura de hormigón colapsó, la parte del alero también colapsó y se fisuró, no aguantó el peso y hubo*

que demolerlo y volver a hacer. Eso lo hice yo por compromiso mío, le pedí al constructor si iba a participar en eso y me dijo que no'.

No obstante, en cuanto a las causas probables de la fisura de las vigas de apoyo del alero de hormigón armado y la caída del sector del frente sobre el escritorio, se señaló en el informe pericial '1. Puede existir un error en el cálculo estructural, caso fuera de la competencia de quien suscribe;'

'2. y/o pueden haber dado error/es en la construcción, caso en que la responsabilidad recaer tanto en el constructor como en el arquitecto de la obra. Uno por la construcción defectuosa y el otro por la falta de supervisión técnica correspondiente, antes, durante y después del llenado del hormigón armado' (fs. 552)".

c) **Incumplimientos del reglamento del barrio donde se realizó la construcción (fs. 650).**

Expresó la Juez a quo: "Existieron incumplimientos -además- respecto del reglamento del barrio donde se realizaba la obra, así lo expresó el Sr. Alfonso Vivo Chaneton (fs. 453/454), responsable del barrio privado donde se encuentra ubicada la casa de los demandados, '...las descargas de

los materiales había que hacerlo en el predio cerrado y no lo hacían, teníamos que hablar con el arquitecto y el constructor. El puente estaba mal hecho y trancaba el paso de agua, entonces se complicó y hubo que hacerlo de nuevo' '...hubieron bastantes problemas' 'A los propietarios se les envió una carta pidiendo que hablaran con el arquitecto y el constructor' 'Sanciones hubieron varias, igual que notificaciones'".

d) **Abandono de la obra con anterioridad a su finalización (fs. 650-653).**

En relación a este punto, afirmó la sentenciante de primer grado:

"Finalmente, el punto que cierra el debate en criterio de la suscrita, se encuentra en que el actor manifestó que la obra estaba finalizada a la fecha en que se retiró de la misma -así se los comunicó incluso en el email obrante a fs. 50vta., 'las observaciones que nos corresponden han sido terminadas... Se dan por realizadas la totalidad de las tareas y trabajos que conforman el contrato de administración de obra', de fecha 9 de diciembre de 2014.

Extremo rechazado por los demandados, quienes alegaron el abandono de la obra por parte del contratista, sin haber culminado la misma -según lo expresaron incluso en el email obrante a fs.

50-.

Ahora bien, al respecto, resulta relevante lo manifestado por la Sra. Perito actuante en autos en cuanto 'Los elementos faltantes, los signos aparentes de problemas constructivos observados en la inspección ocular de la pericia, permiten afirmar que la obra no está terminada para poder labrar el acta de recepción definitiva' (fs. 558).

'La vivienda con fisuras y signos de filtraciones de agua desde el exterior, falta de cableados de eléctrica y de terminaciones en algunos sectores, es habitable y no presenta ninguna característica que motive declararla como ruina, pero es necesaria la solución de los problemas constructivos por parte del arquitecto y el constructor, responsables de la ejecución técnica y constructiva de la obra, para que no se agraven y deterioren la edificación en un grado mayor' (fs. 558).

Véase que la inspección se realizó el 24 de abril de 2017 (acta a continuación de la fojas 275), fecha en que se concurrió con la Sra. Perito designada en autos a efectos de la elaboración del informe.

Incluso, el Sr. Francisco Penadés -hijo del actor- fs. 450/452, quien realiza tareas administrativas en la empresa de su padre y

concurría a la obra una o dos veces por semana, 'La última vez que fui a la obra habían trabajos pendientes, no recuerdo la fecha si era un viernes, teníamos unas tareas de quitar un obrador que había (nosotros guardábamos materiales y herramientas). Hicimos reiterados viajes para llevarnos las herramientas y dejamos los materiales que iban a ser utilizados en los próximos días, porque quedaban tareas pendientes' 'El lunes me llamaron que uno de los empleados nuestros había querido ingresar a trabajar y no lo dejaron. Yo fui a la obra y tampoco me permitieron entrar'.

Declaró en autos, asimismo, el Sr. Luis Alberto Rolón (fs. 420/421), quien trabajó en la obra, contratado por el arquitecto para hacer terminaciones en la casa de los demandados '...los jornales me los pagó el propietario. Me llevó unos 20 jornales, fui yo, mi yerno y un hermano' 'Tuve que hacer la limpieza general porque estaba todo muy desordenado, se contrató una volqueta, se hizo colocación de zócalos, sanitaria, terminación en los baños, se hizo un soporte para el tanque de agua' 'Estuvimos unos 20 días ahí dos personas permanente trabajando' 'Se reparó aberturas por filtraciones de agua, los zócalos no estaban colocados'; reconoció su firma estampada en el documento obrante a fs. 217, de fecha 22 de diciembre de 2014, habiendo cobrado U\$S2.547,90, por los trabajos cumplidos.



Tampoco se cumplió con la instalación eléctrica en forma, así lo señaló el Sr. Carlos Lungo (fs. 454/455 vta.) desarrollador del saneamiento del agua potable y la distribución eléctrica en el barrio donde se encuentra ubicada la propiedad de los demandados, '...yo me encargué de la instalación final de la obra' 'Iluminación exterior y la configuración de los tableros estaban en 220 y la tuvimos que pasar a 400. El instalador la había dejado como monofásica. Esto nos llevó 6 días con 2 operarios. Además hubo que firmar en UTE el certificado de responsabilidad. Yo lo llamé al instalador para que se hiciera responsable y él me dijo que no tenía firma. No sé el nombre del instalador. Yo les cobré a los demandados...' 'El diseño no sé quién lo realizó, cuando entre a la vivienda la ubicación de los tableros estaban mal diseñados y la eléctrica mal. La obra tenía riesgo eléctrico'; reconoció el documento de fs. 216, de fecha 15 de abril de 2015, habiendo cobrado \$42.456 por las tareas realizadas.

Tanto los trabajos realizados por Rolón como por Lungo, fueron contratados y presupuestados al actor, no obstante, no fueron cumplidos en forma y los demandados debieron abonarlos, nuevamente".

B) En segunda instancia,

la Sala Civil de 2° Turno entendió que las dilaciones en la ejecución no fueron imputables al constructor, esto es, que no existió incumplimiento en lo que respecta a la demora en la construcción de la obra.

Así, señaló a fs. 751: *"En cuanto a las demoras o dilaciones, surge probado que se debieron a causas no imputables al actor porque la demandada reconviniente pese a sus esfuerzos probatorios no logro probanzas específicas sobre culpa del actor ya que los problemas refieren a incumplimientos puntuales de subcontratistas o a causales con origen en el planeamiento general de la edificación así como ejecución técnica del arquitecto (sucesivos cambios o en su caso inmisión del dueño de la obra -ya que como dice FERNANDEZ COSTALES en El Contrato del Arquitecto en la Edificación, p. 349, con frecuencia el cliente o comitente suele intervenir activamente durante el planeamiento general o durante la ejecución de la obra-)"*.

Por su parte, en lo que refiere a los restantes incumplimientos relevados por la Sra. Juez a quo, consideró que no habilitan la interposición de la excepción de contrato no cumplido, pues se trataba de obligaciones accesorias en relación a la principal y que el incumplimiento inexacto no habilita a oponerla, pues no se ajusta al principio de buena fe, encubriendo un incumplimiento propio.

A fs. 752 afirmó: "Asimismo procede observar que la jurisprudencia ha establecido que la ENAC no procede respecto de obligaciones accesorias en relación a la principal y en el caso no impedían el cumplimiento de las obligaciones principales (véase LJU 15464) y el incumplimiento inexacto no habilita a oponerla porque no se ajusta a la buena fe y puede encubrir el propio incumplimiento (cf. LJU 133078) tal como sucede en la especie".

C) Como se adelantó, el recurso de casación impetrado en el punto resulta parcialmente atendible.

En lo que atañe a los agravios relativos a la alegada omisión en que habría incurrido el Tribunal en analizar los incumplimientos atribuidos al accionante, no le asiste razón.

En efecto, conforme surge del numeral anterior, la Sala, aunque de manera escueta, se pronunció expresamente acerca de cada uno de los incumplimientos relevados en primera instancia; a saber:

- *Dilación en la ejecución de la obra*: concluyó que no surge probada, pues de autos emerge acreditado que se debió a causas ajenas a la conducta del actor.

- *Restantes incumplimientos (en la construcción del alero voladizo, violación*

del reglamento del barrio donde se realizó la construcción y abandono de la obra con anterioridad a su finalización): si bien entendió, al menos implícitamente, que se encuentran acreditados, argumentó que las obligaciones desatendidas son "accesorias"; que no impiden el cumplimiento de las obligaciones principales y; que, al constituir un supuesto de incumplimiento inexacto, no habilitan a interponer la excepción de contrato no cumplido pretendida por la parte demandada.

Ahora bien, sí le asiste razón al impugnante en cuanto a que, a partir de la plataforma fáctica tenida por acreditada, la Sala incurrió en error de derecho al concluir que no se verifican algunos de los presupuestos exigidos por la doctrina y jurisprudencia vernáculas para admitir la procedencia de la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, si bien es compartible lo afirmado por el *ad quem* en cuanto a que el incumplimiento debe ser grave y debe recaer sobre una obligación principal del contrato bilateral (cf. sentencias nos. 1.476/2018 y 248/2009 de la Corporación; GAMARRA, Jorge "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", T. XVIII, FCU, 4ta Edc. Año 2006, págs. 112 y ss.; SÁNCHEZ FONTÁNS, José "El Contrato de Construcción" T. II. Montevideo, 1993, págs. 99-100), dichos presupuestos se encuentran presentes en el *subexámene* conforme

fundadamente lo concluyó la sentencia de primer grado.

Como señala Gamarra, la obligación principal que asume el contratista como contraprestación al pago del precio por el comitente, es la de la ejecución de la obra, sin perjuicio de otras que pueden estipularse contractualmente. En referencia a tal obligación, se ha expresado: "*Se trata de una obligación de hacer, cuyo objeto es indivisible, aunque la obra en sí misma considerada sea divisible; de donde, el incumplimiento parcial tiene los mismos efectos que el total*" (cf. GAMARRA, Jorge. "*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*", T.I., FCU, 2da. Reimpresión, año 1995, pág. 273 y ss.; ver también: SÁNCHEZ FONTÁNS, José Ob. Cit. Págs. 99 y ss. y SZAFIR, Dora "*El Contrato de Construcción*", FCU, reimpresión, agosto de 1993, págs. 15 y ss.).

En el caso, los incumplimientos relevados en relación al abandono de la obra con anterioridad a su finalización (en las condiciones señaladas por la *a quo*, que fueron confirmadas por la Sala) refieren a la obligación principal asumida por el constructor, esto es, la ejecución de la obra, y son de una magnitud tal que justifican la recepción de la defensa.

En cuanto al momento en que el constructor abandonó la construcción surge que:

- la obra no está terminada para poder labrar el acta de recepción definitiva;

- la vivienda, si bien era habitable y no presentaba ninguna característica que motivara declararla como ruina, tenía fisuras y signos de filtraciones de agua desde el exterior, que requerían pronta reparación para evitar consecuencias más graves;

- faltaba la colocación de cableados de electricidad y de terminaciones en algunos sectores;

- la iluminación exterior y la configuración de los tableros estaban en 220 y debieron pasarse a 400;

- estaba pendiente el retiro de un "obrador" y quedaron materiales que debieron ser retirados y;

- restaba la colocación de zócalos, sanitaria, terminación en los baños y un soporte para el tanque de agua.

Pues bien, los incumplimientos claramente refieren a la ejecución de la obra (obligación principal del contratista) y no pueden ser calificados como leves o insignificantes, de forma tal que obturen la posibilidad de plantear la excepción de contrato no cumplido. Se trata de inobservancias graves que, de forma cierta, imposibilitan la plena utilización

de la construcción.

Tampoco se concuerda con la Sala en que el incumplimiento "inexacto" o "defectuoso" (*exemptio non rite adimpleti contractus*), como el que habría acaecido en autos, "no habilita a oponerla porque no se ajusta a la buena fe".

Como enseña Gamarra: "En caso de incumplimiento parcial, inexacto o defectuoso, se habla de *exemptio non rite adimpleti contractus* pero la doctrina concuerda que no es una figura que se distinga y autonomicice de la excepción de contrato no cumplido, aunque se le otorgan particularidades especiales en el campo probatorio. En efecto, el presupuesto sigue siendo el mismo, ya que (como observa Barassi), no cumple el contrato el que cumple mal.

La característica de esta hipótesis; en el campo de la carga de la prueba, consiste en hacer gravitar sobre el excepcionante la justificación de que el incumplimiento fue inexacto o defectuoso. Cuando éste ya recibió la prestación, a que estaba obligada la contraparte, puede cuestionarse si hubo o no cumplimiento. Porque, de responder afirmativamente, la *exemptio non rite adimpleti contractus* no procede, al faltarle uno de los presupuestos...".

Concluye el maestro: "Es

*procedente la deducción de la exceptio, entonces, por resarcimiento del daño causado por incumplimiento (aunque el excepcionante hubiera admitido la contraprestación), en caso de que ésta fuera defectuosa, viciada o imperfecta, ya que, como se dijo, el cumplimiento inexacto no es sino incumplimiento..."* (GAMARRA, Jorge. Ob. Cit. págs. 117 y ss.).

Sobre el punto se ha expresado el TAC 1° en sentencia nro. 112/2007: *"Si bien en el caso no se ha establecido con exactitud la incidencia del incumplimiento de la actora en la obra realizada ni el costo de lo aún pendiente; de todas formas no puede considerarse que los incumplimientos acreditados no fueran tales o carecieran de entidad de acuerdo a lo que emana de autos. En la medida en que, en puridad, se plantea un caso de incumplimiento parcial, inexacto o defectuoso técnicamente la excepción opuesta por la demandada sería la 'exceptio non rite adimpleti contractus', que la doctrina concuerda que no es una figura que se distinga y autonomice de la excepción de contrato no cumplido, aunque se le otorgan particularidades especiales, ya que no cumple el contrato quien lo hace mal, el cumplimiento inexacto, no es sino incumplimiento (Conf. Jorge Gamarra obra citada págs.100/101).*

*Por todo lo cual al quedar*



*demostrado en autos que el cumplimiento fue inexacto o defectuoso por parte de la reclamante carga que correspondía a la demandada no resultan procedentes los agravios de la actora, confirmándose la sentencia recurrida por los fundamentos expuestos en el presente pronunciamiento” (Ver, en igual sentido, las sentencias nos. 122/2018 del TAC 3° y 69/2009 del TAC 5°).*

En definitiva, al verificarse todos los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia a los efectos de acoger la defensa interpuesta por la parte demandada, corresponde revocar la sentencia impugnada, confirmando el fallo de primer grado.

VI) Agravios relativos a la errónea aplicación de los arts. 1.319, 1.342, 1.345, 1.346, 1.848 y 1.853 del C.C. (fs. 790-800): desestimatoria de la pretensión deducida por vía reconvencional.

Le causa agravios a la impugnante que la Sala haya desestimado los daños y perjuicios reclamados al constructor.

En primer lugar, corresponde precisar que los únicos puntos revisables en casación son los que refieren a trabajos no ejecutados, obras mal hechas y terminaciones, así como instalaciones eléctricas no ejecutadas, tableros y luminarias. En

efecto, los restantes rubros fueron desestimados en ambas instancias, por lo que no son revisables en sede casatoria (art. 268 del C.G.P.), de acuerdo con lo expuesto en el punto V de esta sentencia.

Señalado lo anterior, dada la solución a la que se arribó en los numerales anteriores, corresponde recibir parcialmente los agravios articulados en el punto y, en su mérito, anular la impugnada y confirmar la sentencia de primer grado en cuanto condenó al pago por trabajos no ejecutados y por instalaciones eléctricas en las sumas de \$42.456 y U\$2.547,90.

VII) Agravios relativos a la errónea aplicación de los arts. 140 y 141 del C.G.P.: infracción de las reglas relativas a la valoración de la prueba (fs. 783-790) y agravios relativos a la infracción de los arts. 137 y 139 del C.G.P. (fs. 781-783).

Atento a la solución anulatoria anteriormente señalada, resulta innecesario emitir pronunciamiento sobre estos puntos.

IX) Atento a la conducta procesal de las partes, no hay mérito para la imposición de condena al pago de las costas y/o los costos en el grado (artículo 279 del C.G.P.).

Por lo expuesto, la

Suprema Corte de Justicia, debidamente integrada y por unanimidad,

**FALLA:**

**ANÚLASE LA RECURRIDA Y, EN SU MÉRITO, CONFÍRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL.**

**HONORARIOS FICTOS 20 BPC.**

**PUBLÍQUESE, Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ  
PRESIDENTE DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ  
MINISTRA DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. EDUARDO TURELL  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. LUIS TOSI BOERI  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. MARTA GÓMEZ HAEDO**  
**MINISTRA**

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**