

De: Juzgado Ldo.Civil 2° T° <lmaich@poderjudicial.gub.uy>
Asunto: B.H.U Cedulón Nro 356/2017 IUE 2-57650/2005
Fecha: Mar, 13 de Junio de 2017, 5:42 pm
Para: ANV3

C. N° 356/2017

Juzgado Ldo.Civil 2° T°
DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1309

CEDULÓN

B.H.U

Montevideo, 13 de junio de 2017

En autos caratulados:

B.H.U C/ GRUPO BARBONI - COBRO DE PESOS-

Ficha 2-57650/2005

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Sentencia : 27/2017, Fecha :09/06/17

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "Banco Hipotecario del Uruguay c/ Grupo Barboni y otros. Daños y Perjuicios, Cobro de Pesos." I.U.E: 2-57650/2005.

RESULTANDO:

l)Con fecha 24/11/2005 compareció el representante del Banco Hipotecario del Uruguay, según testimonio de poder para pleitos de fs. 2 a 4, promoviendo demanda por cobro de pesos y daños y perjuicios, fundándose en los siguientes hechos:

1)Los demandados mantienen relaciones contractuales con su mandante como consecuencia de los contratos de arrendamiento de obra suscritos para la construcción de los siguientes conjuntos habitacionales: A)CHA-105 contrato de arrendamiento de obra No 617 del 6/8/2001 para la construcción de 74 viviendas en el predio padrón No 43.739 fracción B paraje "Los plátanos" Pinar Norte Ciudad de la Costa de Canelones. B)CHA-106 contrato de arrendamiento de obra No 619 del 16/8/2001 para la construcción de 76 viviendas en el predio padrón No 43.739 paraje "Los Alamos" sito en la 19ª sección judicial de Canelones "Lomas de Solymar" Km 27.500 Gianattasio. C)CHA- 107 contrato de arrendamiento de obra No 620 para la construcción de 68 viviendas en el predio padrón 43.739 ubicado en la Avda. Gianattasio Km. 27.500 "El Pinar Norte" "Los Ceibos" de la 19ª sección judicial de Canelones. D)CHA-108 contrato de arrendamiento No 621 para la construcción de 76 viviendas en el predio padrón 43.739 de la 19 a. sección judicial

de Canelones. E)CHB-47 contrato de arrendamiento No 628 para la construcción de la "Torre Molino" en el predio padrón 2.817 ubicado en la ciudad de San Carlos. F)CH C32 según contrato de arrendamiento del 14/5/2002, para la construcción de 28 viviendas en la etapa 1 y 20 viviendas en la etapa II en el predio padrón No 11.336 del departamento de Rocha. H)CH 277 por cesión de contrato de la empresa Nelón S.A. del 12/9/2002, del contrato de arrendamiento del 17/4/2002 para la construcción de 188 viviendas en el departamento de Montevideo.

2)El régimen jurídico de dichos contratos es el que emerge de los términos de sus cláusulas, de los Pliegos de Condiciones de Licitación respectivos y el del C. Civil.

3)Los accionados, quienes contrataron con el B.H.U., son un conjunto económico cuyo régimen respecto de terceros es la solidaridad de las obligaciones.

4)El B.H.U., de acuerdo con la normativa del contrato, hizo adelantos a cuenta del precio, con el único objeto de acopiar materiales necesarios para llevar a cabo las obras de construcción de los CH A 105, A 106, A 107, A 108 y B 47. El empleador debe destinar estas sumas de dinero en adquirir los bienes y materiales de construcción útiles y necesarios de acuerdo a la memoria de la obra para la construcción de la misma.

5)Se constató por parte del B.H.U. la falta de materiales. Por Resolución de la Gerencia de Arquitectura del 3/11/2003 se resolvió citar al demandado a efectos de que indicara los locales destinados al almacenamiento de los materiales acopiados en el mes de agosto de 2001.

El 6/11/2003 se recibió fax donde Fernando Barboni comunica que lo solicitado en el Acta de Notificación del 3 de noviembre se habría contestado por expediente No 777.144. De dicho libelo surge únicamente que los materiales que aún no se han incorporado a las obras, se encuentran en los locales de sus proveedores.

Esta respuesta motivó una nueva resolución de la Gerencia de Arquitectura que mandó intimar se determine el lugar donde se encuentran, proveedores, facturas de compra y recibo del material acopiado que no se ha agregado a las obras, con plazo de 5 días hábiles. Se cursó telegrama colacionado y hasta la fecha no ha habido respuesta por parte del demandado ni consta la existencia de materiales en obra ni en depósito conocido por el B.H.U.

6)Los montos que el contratista percibe por anticipos para acopios de materiales y bienes para luego ser incorporados a las obras, deben ser empleados exclusivamente en la adquisición de dichos bienes, con independencia del momento en que los mismos se incorporen efectivamente a la construcción. Es recién cuando se incorporan a la obra, que se deben descontar dichos montos de los certificados de avance de obras respectivos a percibir por el contratista. Hasta que se incorporen a la obra (se desacopian) el contratista se constituye en depositario de dichos bienes y debe responder por los mismos, en su existencia y conservación.

Las empresas adjudicatarias de las obras correspondientes a los CH A 105, CH A 106, CH A 107, CH A 108 y CH B 47 no han indicado hasta la fecha donde se encuentran depositados los materiales acopiados. Han vencido los plazos en que debían devolver al B.H.U. los anticipos que les realizara para acopio de materiales. El volumen del anticipo para acopio de materiales fue por un valor equivalente a U\$S 3.000.000 y que a cuatro años y medio de haberseles entregado esos adelantos solo se ha desacopiado la tercera parte de los mismos. A ello se deberá agregar que los materiales presuntamente adquiridos no se ubican satisfactoriamente de acuerdo con lo que se estipula en el contrato.

El demandado incurrió en incumplimiento grave.

7) Debido a ello, el B.H.U. dispuso por Resolución del Directorio del 29/10/2003 la suspensión de las obras del demandado (CH 277, CH B 47, CH C 31, CH C 32, CH A 105, CH A 106, CH A 107, y CH A 108), al amparo de la normativa de los Pliegos aplicables que facultan al B.H.U. a tal efecto. De dicha resolución se notificó a la contraria el 3/11/2003. Al día siguiente al de la suspensión de las obras, aun sin notificar la resolución, el demandado presentó en el B.H.U. breves notas con las que se formaron expedientes administrativos en donde comunica la presunta suspensión de las obras dispuesta también presuntamente por su parte (la indemnización a abonar en esos casos es mayor a cuando la suspensión la dispone el Banco).

Cinco días después, la Gerencia de Arquitectura del B.H.U. munida de notario público, pudo constatar en inspecciones simultáneas llevadas a cabo el 6/11/2003, que no se habían suspendido las obras sino que éstas continuaban ejecutándose normalmente. El demandado no suspendió las obras contrariamente a lo manifestado en las notas anunciando tal extremo.

8) Ante la situación de incumplimiento comprobada, el Banco por Resolución de Directorio del 9/12/2003 dispuso la aplicación de la cláusula de compensación incluida en los contratos de arrendamiento B 47, A 105, A 106, A 107 y A 108, a los efectos de los pagos por cualquier concepto a realizar a las empresas adjudicatarias de las obras.

9) De conformidad con la cláusula de compensación que se incluye en todos los contratos suscritos, el B.H.U. queda autorizado a compensar automáticamente sin previa comunicación, las cantidades líquidas y exigibles que los deudores les adeuden, imputando al pago de las mismas las sumas que por cualquier concepto actualmente o en el futuro tengan a percibir de dicha Institución, aun cuando éstas no sean líquidas y exigibles.

La compensación se ha producido ipso jure o por el solo imperio de la ley (aun sin noticia de los deudores), respecto a cualquier pago que el B.H.U. pudiera adeudarle al contratista por certificados de obras o cualquier otro. La contraria entiende que se le deben certificados de avance de obra pero una vez producida la compensación, el grupo demandado aun adeuda al B.H.U. el monto que resulta del informe de cuenta corriente del contratista que se acompaña como documentos No 23 y No 24.

10) Todas las obras registran atrasos en su ejecución, lo que no solo genera la aplicación de multas sino que agrava el incumplimiento del contrato.

11) A partir de la suspensión de las obras (no por la contraria sino por efecto del acto administrativo del B.H.U. en razón del incumplimiento imputable del demandado) y de la aplicación de la cláusula de la compensación, se llevaron a cabo negociaciones con el grupo demandado, que no tuvieron resultado.

12) Ante las diversas causales de incumplimiento imputables al grupo contratista, el Banco dispuso la rescisión administrativa de los contratos (Resolución del Directorio No 0410/05 del 16/4/2005).

Como consecuencia de la rescisión administrativa dispuesta por causa imputable al contratista, se establece en los pliegos, el deber de entregar las obras en el estado en que se encuentran, bajo inventario. El Banco ha tomado posesión de las obras y para poder proceder a su venta y con ello recibir el retorno de la inversión, será necesario proceder a contratar la terminación de las mismas.

13) Los plazos estipulados en el contrato son improrrogables, salvo por efecto de las hipótesis taxativamente enumeradas, no produciéndose ninguna de ellas en el caso de autos.

14) Los atrasos en el cumplimiento de plazos parciales (num. 4 Art. 68 Pliego 1994 y Art. 50 num. 4 Pliego 1986) y los atrasos en el cumplimiento del plazo total (num. 5 Art. 68 Pliego 1994 y Art. 50 num. 5 Pliego 1986), son objeto de imposición de multas.

Se dispuso por parte del B.H.U. la aplicación de multas previstas en el Pliego, derivadas directamente de la situación de incumplimiento. Además de la imposición de multas se dispuso la aplicación de la cláusula de compensación convencional inserta en todos los contratos de obras de autos.

Se han compensado certificados de obras hechas presentados por el demandado, con las multas impuestas y el adelanto financiero no utilizado a los fines previstos en el contrato, resultando de tal cálculo un remanente de dinero a favor del B.H.U.

Los servicios contables han determinado la liquidación, de la que emerge un crédito a favor del B.H.U. y en contra del grupo contratista de \$ 78.142.642, que se demandan en esta instancia de cobro de pesos; estimación que es sin perjuicio de lo establecido en el art. 378 del C.G.P.

15) Acumulativamente a la demanda de cobro de pesos se demanda por daños y perjuicios derivados en forma causal y directa de la situación en causa, por los siguientes rubros:

Daño Emergente: Teniendo en cuenta que deberá realizarse un nuevo llamado a licitación pública con los costos y demoras que ello apareja la culminación de los complejos habitacionales, la situación genera a su mandante perjuicios consistentes en costos de gastos de mantenimiento, conservación y vigilancia de las obras; efectuar a su cargo todos los pagos por tributos nacionales y departamentales que recaen respecto a los inmuebles por no poder haberlos enajenado y los costos de terminación de las obras. Este rubro también se deberá liquidar por el procedimiento del art. 378 del C.G.P.

Este daño se estima provisoriamente en UR 631.482. Sin perjuicio de ello, se pone de manifiesto el daño consistente en la vigilancia de las construcciones por parte de dos oficiales de policía en cada obra por "servicio 222", lo que da una suma diaria de \$ 16.896 que se solicitará a partir de la fecha de entrega de las obras hasta su efectiva terminación y venta.

Lucro Cesante: Por este concepto se reclaman las pérdidas ocasionadas al B.H.U. como propietario por la no entrega de las obras en tiempo y forma y como consecuencia la imposibilidad de su venta y comienzo del proceso de amortización y recuperación del capital invertido en las mismas y los intereses aplicables; rubro que se liquidará por la vía del art. 378 del C.G.P.

Daño a la imagen: Su mandante ha sido objeto de un importante daño a su imagen como empresa pública dedicada a la construcción y venta de viviendas. Se estima que puede establecerse en un porcentaje de los daños materiales mencionados, que estima en el 30% de dicha suma.

Solicita que en definitiva se condene a pagar las sumas indicadas por concepto del crédito alegado, multas pactadas en el Pliego, los daños y perjuicios peticionados, monto al que se deberá agregar los ilíquidos y reajustes de conformidad con el D. Ley No 14.500 (fs. 426 a 457 vto.).

II) El 16/2/2006 se presentó el Sr. José Fernando Barboni, por sí y en representación de las otras empresas demandadas, contestando la demanda y deduciendo reconvencción, fundándose en síntesis:

1) Luego de dos años de ejecución de obras, 2001-2003, sin haber recibido ninguna observación, habiendo acumulado hasta seis meses de atrasos en los pagos, cuando suspendieron las mismas por falta de pago y exigieron la indemnización y extensión de los plazos del cronograma, de acuerdo a lo establecido en los Pliegos, el Banco, a partir de entonces, adopta una actitud conflictiva hacia las empresas y dicta toda una cantidad de resoluciones en su contra, a partir del 30/10/2003.

2) No existe el pretendido "Grupo Barboni". Por cada obra ha sido suscrito un contrato formal por una o varias empresas determinadas, a las cuales representa, pero las mismas no integran un grupo económico, conforme a derecho. Es sorprendente también que los representantes del Banco, excediendo su mandato, pretendan demandarlo como persona física, por responsabilidad extracontractual como administrador de las empresas demandadas, cuando le consta que ello excede de la acción que se le ha encomendado, lo que merece la condena en costas y costos (art. 688 C. Civil) y les ha hecho incurrir en la responsabilidad prevista en los arts. 60 y 61 del C.G.P., correspondiendo sancionar con las costas y costos, a cargo del apoderado solidariamente con su representado, más los daños y perjuicios.

3) El propio B.H.U. fue quien dispuso el enlentecimiento de las obras, de modo que las empresas no pudieron cumplir los cronogramas contractuales ni desacopiar como estaba previsto.

4) Durante años en que se ejecutaron las obras, el B.H.U. nunca observó que no se hubieran cumplido los plazos y aprobó los certificados de obra realizados, sin aplicar multa alguna.

5) En agosto de 2001 el B.H.U. les ofreció un anticipo para acopio, posterior a la firma de los contratos de obra, de acuerdo a los pliegos de condiciones respectivos. En la solicitud de anticipo que enviaron y que el Banco aprobó, no fueron indicados los depósitos para el acopio de los materiales. Aproximadamente 2 años y 3 meses después de iniciadas las obras, el Banco les solicitó por primera vez y luego que ellos las suspendieron por atrasos en los pagos, que indiquen donde se encuentran depositados los materiales acopiados y exhibieran la documentación de compra correspondiente, en el marco de una normativa fuera del régimen legal aplicable. Ante ello, comunicaron que mantuvieron en todo momento los acopios de materiales necesarios para mantener los cronogramas de obra, según establecen los pliegos; que su solicitud de anticipos que aprobó el Banco, no especifica los depósitos para almacenar los acopios, que los anticipos cuentan con las garantías necesarias exigidas por los pliegos y que los mismos son una parte de precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar. El B.H.U. dispone la aplicación de sanciones y cláusula de compensación, con las cuales discrepan, al no asistirle derecho de acuerdo a los contratos de obra.

6) Las resoluciones del B.H.U. referentes a los anticipos, no se ajustan a derecho al no estar amparadas en las disposiciones de los pliegos de condiciones de 1986 y 1994. Por tanto no existe incumplimiento de su parte, ni son aplicables las sanciones ni la cláusula de compensación dispuestas por la resolución del 9/12/2003. Dicha Resolución pretende distraer la atención del grave incumplimiento del Banco de atrasos en los pagos.

7) La Resolución No 410/2005 del B.H.U. que dispuso la rescisión de los contratos y la entrega de las obras no reunió la unanimidad de los miembros del Directorio para rescindir los contratos, por lo que debe ser anulada.

8) No se ha dado vista previa antes de la Resolución, causándoles indefensión (art. 76 Decreto No 500/91). Tampoco se les ha dado vista de los informes que se citan en la Resolución, pese a haberlo solicitado expresamente en el pet.2) del recurso de

revocación, impidiendo ampliar la fundamentación de dicho recurso, cercenando un derecho establecido por la reglamentación a ejercer en la vía administrativa.

9) Rescindir los contratos por temas sometidos al arbitraje configura la violación de la cláusula compromisoria. La Resolución impugnada carece de motivos válidos o no son causales de rescisión imputables al contratista.

La suspensión dispuesta por el Banco se realizó en contravención con lo dispuesto en el art. 67 del Pliego ("El Banco podrá disponer en cualquier momento mediante orden escrita librada como mínimo con 15 días hábiles de anticipación, que se suspendan los trabajos. Al recibo de dicha orden, el Contratista deberá suspender la ejecución de la Obra o la parte que se establezca y durante el lapso de suspensión cuidará y protegerá los trabajos realizados como sea necesario a juicio de la Dirección de la Obra.")

La Resolución omite decir que luego de haber resuelto el Directorio del Banco, de común acuerdo con las empresas, someter dichos temas a la decisión arbitral, dejó sin efecto unilateralmente dicha resolución, no obstante haber aceptado por nuestra parte en forma irrevocable los temas controvertidos.

Si bien el Banco tiene la potestad de rescisión por estar establecido en los Pliegos, deben existir justas causas para la rescisión y en este caso se está haciendo un uso arbitrario e infundado de dicha facultad, incurriendo en abuso de derecho.

No es verdad que existiera incumplimiento con el régimen de acopio de materiales objeto de adelantos financieros y con el cronograma previsto para las obras de la construcción. Quien ha incumplido es el B.H.U. no pagando los certificados de obra realizada, estableciendo cupos que enlentecieron las obras y suspendiéndolas luego durante más de un año, con los graves daños y perjuicios causados por mantener inactivos los equipos, no poder desacopiar el material acopiado, tener que despedir al personal, entre otros, además del lucro cesante por no poder terminar las obras.

La resolución por la cual se rescinden todos los contratos con las empresas que represento constituye la culminación de una maniobra urdida por la entonces Presidente y el Vicepresidente del Banco, Cra. Graciela Pérez Montero y Cr. Gerardo Saxlund, como surge del fundamento de voto discrepante con lo dispuesto en la resolución No 0412/04 que aceptaba el arbitraje sobre todos los temas controvertidos. Toda la andanada de resoluciones del Directorio del Banco en contra de nuestras empresas, son posteriores a la fecha de suspensión de las obras notificadas por las empresas el 30/10/2003. Resulta elocuente como el Banco a partir de entonces tuvo una actitud conflictiva hacia las empresas, reviendo pagos realizados, sin fundamento legal alguno, como es de la pesificación de un adicional en dólares, etc., pretendiendo así fabricar una situación de incumplimiento por parte de las empresas que le permitan generar créditos a su favor. Es prueba contundente de la desviación de poder que inficciona la resolución impugnada.

Los atrasos en los pagos de los certificados de obra desde julio/2002 originó importantes perjuicios financieros a las empresas, que pese a todo continuaron la ejecución de las obras con financiamiento propio hasta el límite de su capacidad, hasta fines de octubre/2003. Esta situación motivó la decisión, por parte de las empresas, de suspender las obras según notas cursadas al B.H.U. con fecha 30/10/2003, al amparo del art. 4º de la modificación del Pliego de 1986 y del art. 83 del Pliego de 1994. Lo adeudado por certificados de obra emitidos entre junio de 2002 y abril de 2004, para el conjunto de las obras, suma un total de \$ 182 millones. A la fecha se encuentran pendientes certificados de obra realizadas por \$ 149 millones, más el saldo generado por atrasos en los pagos.

Hasta este momento el B.H.U. no había efectuado observaciones de incumplimiento sobre atrasos en los cronogramas de obra ni sobre la falta de materiales suficientes para asegurar el ritmo de las obras y cumplir con los cronogramas. Si hasta ese momento las empresas no registraban incumplimiento, luego de suspendidas las obras no existe posibilidad material que incurran en ningún incumplimiento.

10)El Directorio del B.H.U. adoptó medidas en represalia por no haber adherido al convenio celebrado con la cámara de la construcción.

La suspensión de las obras por parte del Banco para no pagar lo que contractualmente estaba obligado y obligar a suscribir el Convenio mencionado, constituye una violación dolosa del contrato. Se entretuvo a las empresas con negociaciones que nunca culminaron y acuerdos que se dejaron sin efecto, con el objeto que no iniciaran acciones judiciales o contencioso-administrativas.

11)La Presidente del Banco dispuso que no se le pagara el cupo mientras duren las negociaciones, lo que representó una verdadera extorsión y configuró un gravísimo daño financiero y moral a estas empresas dedicadas exclusivamente a construir para el B.H.U., por cuanto significaron el no pago de las obligaciones corrientes a los proveedores, a los empleados y obreros, al B.P.S., a la D.G.I., etc. Prácticamente significó la muerte financiera de las empresas que se vieron impedidas de efectuar los pagos corrientes.

Las empresas que representa son las únicas a las que no se le efectuaron pagos, se suspendieron las obras durante un año y medio y se les rescindieron los contratos.

12)El Directorio del Banco no hizo lugar a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, ni al pedido de vista de los informes en que afirma basa su resolución, causándoles indefensión y daños y perjuicios.

13)No existen atrasos en los cronogramas de ninguna de las obras, no existió incumplimiento de su parte y por ende no pueden existir multas.

14)Controvierte los montos reclamados.

15)RECONVENCION:

En la especie, ha existido un conjunto de incumplimientos en las obligaciones de pago respecto a certificados de obra aprobados, que dieron lugar a la decisión de las empresas que representa de suspender las obras de acuerdo a lo establecido en el art. 83 del Pliego.

Al B.H.U. le corresponde: 1)Abonar las indemnizaciones por atrasos en los pagos, que el propio Pliego establece taxativamente en el art. 83. 2)Debe abonar las sumas de dinero no pagadas correspondientes a certificados de obra realizada. 3)El B.H.U. está obligado a reparar un conjunto de daños que han sufrido las diferentes empresas contratistas con motivo del enlentecimiento de las obras dispuestas por el B.H.U., la suspensión de obra dispuesta por sus representadas y por el propio B.H.U. después y finalmente, la rescisión por decisión unilateral del B.H.U., incluido el daño emergente y el lucro cesante. 4)Le corresponde la devolución de las garantías y reintegro de dinero retenido a las empresas contratistas con motivo de no continuarse la ejecución de las obras, más la indemnización por su no devolución.5)La indemnización por la falta de terminación de la obra de los CH A-105 – A-108, el pago de la multa por resistirse al arbitraje sobre el relleno y muro perimetral, el pago de honorarios del CH 284 y el daño moral.

Se solicita que se rescindan los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y se le condene al pago de los siguientes rubros: A) Obra realizada y no cobrada: \$

149.718.075. B) Indemnización por atraso en los pagos: \$ 1.061.074.454. C) Indemnización por atraso en los pagos (art. 51 y 69): \$ 36.500.344. D) Indemnización por rescisión de contrato (art. 51 y 69): \$3.457.996. E) Lucro cesante por rescisión de contrato: \$ 151.469.118. F) Lucro cesante por arrendamientos: \$ 641.625.600. G) Indemnización por entretencimiento de las obras -1) Pérdida por no utilización de equipo: \$ 206.878.240; 2) Pérdida por personal permanente en obra: \$ 2.915.572; 3) Pérdida por gastos indirectos; \$ 7.897.230; 4) Pérdida derivada del costo de pólizas del B.S.E.: \$ 7.203.625-. H) Pérdida por pagos del despido del personal: \$ 7.017.093. I) Pago de honorarios del CH 284: \$ 4.597.397. J) Multa por resistirse al arbitraje: \$ 17.881.307. K) Indemnización por pérdida de chance de realizar otros contratos: \$ 24.637.051. L) Indemnización por no devolución de pólizas en garantía (UR 407.216): \$ 161.118.870. M) Indemnización por deudas tributarias y embargos -1) D.G.I. y embargos: \$ 80.958.952. 2) B.P.S.: \$ 786.852-. N) Devolución de sumas retenidas por mayores costos y otros: \$ 14.000.000. O) Daños y perjuicios por falta de terminación del saneamiento: \$ 27.160.776. Sub-total: \$ 2.605.898.552. P) Daño Moral (20%): \$ 521.179.710. Total: \$ 3.127.078.262.

Solicita que se rechace la demanda y se haga lugar a lo solicitado en la reconvencción, o sea a la rescisión de los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y se lo condene al pago de \$ 3.127.078.262, más la actualización hasta el día de pago efectivo de la indemnización por atrasos en los pagos según pliego, más la actualización de los demás rubros según del D. Ley No 14.500 y los intereses del 6 % anual desde la fecha de la demanda, condenándose en costas y costos al B.H.U. (fs. 4.866 a 4.941-P. 17).

III) El 21/4/2006 se presentaron los representantes del B.H.U. evacuando el traslado de la reconvencción deducida en los términos de su escrito de fs. 6.670 a 6.746 vto. (P. 23), solicitando que se rechace la misma, con costas y costos y se acoja la demanda.

IV) A la audiencia preliminar comparecieron las partes, se tentó la conciliación y se fijó el objeto del proceso y de la prueba (acta de fs. 6.765 a 6.769). Diligenciadas las probanzas ofrecidas y ordenadas en autos, por providencia No 675/2015 del 27/4/2015 se suspendieron los procedimientos hasta la decisión por ejecutoria del proceso anulatorio (fs. 11.439 y vto.-P. 38). Reanudados los mismos, se recibieron por escrito los alegatos en la oficina (fs. 11.489 y sgtes. -P.39) y se remitió el expediente a la suscrita, de conformidad a lo dispuesto en el art. 209 del C.G.P., habiéndose recibido los autos el día 11 de mayo de 2017 (fs. 11.684 vto.-P. 39).

CONSIDERANDO:

I) En primer lugar, corresponde poner de manifiesto que se procede al dictado de la presente sentencia definitiva en virtud de lo dispuesto en el art. 209 inc. 1) del Código General del Proceso.

II) El objeto del proceso quedó determinado en la audiencia preliminar, por el anterior titular del Juzgado, en la procedencia de la demanda promovida por cobro de pesos emergente del crédito alegado, multas, daños y perjuicios; y de la reconvencción de rescisión de contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y a la condena a los demás rubros reclamados (fs. 4.916), con más los daños y perjuicios del art. 61 del

C.G.P., excepción de contrato no cumplido, litispendencia y cláusula de compensación. El objeto de la prueba versará sobre las afirmaciones contenidas en el escrito de demanda, contestación, reconvenición y contestación a ésta (acta de fs.6.765 a 6.769-P.23).

III) Se ingresará a examinar si los demandados constituyen o no un conjunto económico o un grupo de interés económico, como sostiene la actora en la demanda.

En la especie se demanda al “Grupo Barboni” empresas Amiga S.A., Consorcio Barboni, Consorcio El Pinar, Fernando Barboni S.A., en virtud de los contratos de arrendamiento de obra suscritos por éstas con el B.H.U. para la construcción de varios conjuntos habitacionales.

Asimismo, en forma acumulativa se demanda por responsabilidad extracontractual al Sr. Fernando Barboni persona física, en su carácter de sujeto administrador del conjunto de sociedades y consorcios y en el entendido de haber cometido hechos ilícitos en sentido amplio.

Se demanda al Grupo Barboni y a cada una de las empresas, entendiendo que todas ellas constituyen un conjunto económico o un grupo de interés económico denominado “Grupo Barboni” y que, por tanto, deben responder en forma solidaria.

La parte demandada manifiesta que no existe el pretendido “Grupo Barboni”, que por cada obra ha sido suscrito un contrato formal por una o varias empresas determinadas a las cuales representa el Sr. Fernando Barboni, pero las mismas no integran un “grupo económico” conforme a derecho.

La noción de “conjunto económico” ha surgido ya hace tiempo en el derecho laboral (a efectos de poder ser consideradas las empresas integrantes del conjunto, a los fines laborales y de la seguridad social como una sola unidad) y en el derecho tributario (a efectos de evitar la evasión impositiva).

Al respecto el Dr. Plá Rodríguez sostenía que cuando se dan las notas típicas (organización única, jerarquía y control) se está frente a un conjunto económico que debe ser considerado como un único empleador (“Los principios del derecho del trabajo”, pág. 135).

A fs. 6.466 a 6.477 (P. 22) el B.H.U. incorporó una consulta realizada por el estudio jurídico del Dr. Prof. Jorge Gamarra, suscrita por los Dres. Jaime Berdaguer y Jorge Luis Gamarra.

En ésta citan algunas sentencias laborales e indican que los elementos vinculantes que mencionan a efectos de considerar que varias sociedades constituyen un mismo grupo económico, presentan una profunda analogía con el caso objeto de autos: los titulares de las sociedades son prácticamente los mismos, todas tienen el mismo domicilio, el mismo teléfono, el Sr. Barboni es director y representante de todas ellas, todas actúan en el ramo de la construcción, todas celebran en el mismo período contratos de obra (de 4 conjuntos habitacionales contiguos ubicados en el mismo padrón en el caso del emprendimiento de El Pinar) con la misma Institución (el B.H.U.), a efectos de llevar adelante los cuatro complejos habitacionales con el B.H.U., etc.

Indican también que el art. 86 de la “Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero” del Banco Central establece, a los efectos de la actividad bancaria, la categoría de “Conjunto Económico” al que define como aquel que se produce cuando “dos o más personas físicas o jurídicas están interconectadas de tal forma que existe control de una sobre otras o están bajo control común de una persona física o jurídica directa o indirectamente, o que

pertenecen a una única esfera patrimonial independientemente de la forma jurídica que adopten.” Y que la analogía entre dicha definición y la situación del “Grupo Barboni” resulta evidente.

Expresan que la recepción del fenómeno de la concentración empresarial ha tenido últimamente un enorme desarrollo en el derecho civil comparado y que la figura de la “sociedad de hecho”, así como la del “grupo de interés económico” constituyen importantes instrumentos para que el derecho se aproxime y se aplique a la realidad, puesto que si una empresa es económicamente una sola no es razonable suponer que el ordenamiento de su país lo habilita para que el empresario no asuma su responsabilidad, recurriendo , por ejemplo, a la constitución de varias sociedades formalmente distintas.

La Ley de Sociedades Comerciales consagra con gran amplitud los llamados “Grupos de Interés Económico” (Gie) en su art. 489.

El mismo dispone: “Dos o más personas físicas o jurídicas podrán constituir un grupo de interés económico con la finalidad de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros o mejorar o acrecer los resultados de esa actividad. Por sí mismo, no dará lugar a la obtención ni distribución de ganancias entre sus asociados y podrá constituirse sin capital. Será persona jurídica.”

En la consulta adjunta, entienden que al igual que existen las sociedades irregulares y las sociedades de hecho, también existen Gies irregulares y Gies de hecho, cuestión que está expresamente contemplada en la ley uruguaya.

El art. 491 dispone expresamente que el contrato se inscribirá “a los efectos de su regularidad” y el art. 500 expresa que “salvo disposición en el contrato o en este Capítulo, se aplicará lo dispuesto para las sociedades en general y para las colectivas en particular”.

Dicha remisión a las normas de las “sociedades en general” y de las “colectivas en particular” torna directamente aplicables las disposiciones de las sociedades irregulares y de hecho reguladas en los arts. 36-43 de la LSC.

En consecuencia, si el grupo existe sin haberse otorgado por escrito el contrato será “un grupo de hecho”(art. 42 lit. A), o sea, un grupo que actuará como tal pero sin haber firmado el contrato constitutivo. Y, si existiendo contrato escrito, éste no estuviera inscripto, será un “grupo irregular” (art. 42 Lit.B).

En ambos casos (tanto el grupo de hecho como el irregular) el grupo sería persona jurídica desde el contrato social (art. 2, 489 y 500 LSC) y en ambos casos, de acuerdo con el art. 39 de dicha ley, sus miembros “serán responsables solidariamente por las obligaciones sociales sin poder invocar el beneficio de excusión”, siendo también responsables solidarios “los administradores por las operaciones en que hayan intervenido.”

A su vez, el art. 39 dispone que los terceros “podrán accionar indistinta o conjuntamente, contra la sociedad, los socios y los administradores.”

De las presentes actuaciones resulta que el 6/8/2001 se celebró un contrato de arrendamiento de obra entre el B.H.U. y la Empresa Amiga S.A. representada por José Fernando Barboni en su calidad de Presidente del Directorio, para la construcción del Complejo Habitacional CH A-105, en la ciudad de la Costa (antes Pinar Norte, “Los Plátanos”) padrón No 43.739. Quien se obligó a ejecutar las obras en el plazo y condiciones pactadas fue la empresa Amiga S.A. (fs. 6 a 9).

El 17/8/2001 el B.H.U. celebró contrato de arrendamiento de obra con la empresa Constructora “Fernando Barboni S.A.” (representada por Fernando Barboni en su

calidad de Administrador), para la construcción del Complejo Habitacional CH A-106 en parte del padrón actual No 43.739, Médanos de Solymar de la Ciudad de la Costa (fs. 10 a 16).

El 17/8/2001 el B.H.U. celebró contrato de arrendamiento de obra con la empresa constructora "Consortio Construcciones F. Barboni" (representada por Fernando Barboni Abreu en su calidad de Administrador) para la construcción del Complejo Habitacional CH A-107 en parte del padrón No 43.379 ubicado en el Pinar Norte, "Los Ceibos" -fs. 17 a 19 vto.

El mismo 17/8/2001 la parte actora celebró contrato de arrendamiento de obra con la empresa constructora "Consortio El Pinar" (representada por Fernando Barboni en su calidad de administrador) para la construcción del Complejo Habitacional CH A-108 en parte del padrón No 43.739, Médanos de Solymar de la ciudad de la Costa (fs. 20 a 22).

El 17/12/2001 el B.H.U. celebró un contrato de arrendamiento de obra con la empresa "Amiga S.A." para la construcción del Complejo Habitacional CH B- 47, "Torre Molino", en el predio padrón No 2.817 ubicado en la ciudad de San Carlos, 2ª sección judicial del departamento de Maldonado (fs. 23 a 25).

El 14/5/2002 el B.H.U. celebró contrato de arrendamiento de obra con la empresa constructora "Amiga S.A." (representada por José Fernando Barboni en su carácter de Presidente del Directorio) que tendrá como objeto la construcción del Complejo Habitacional CH C-31, padrón No 11.336 de la ciudad de Rocha (fs. 29 a 34).

El 14/5/2002 el B.H.U. celebró con la empresa "Construcciones F. Barboni S.A." (representada por Fernando Barboni en calidad de único titular de ésta) un contrato de arrendamiento de obra que tendrá como objeto la construcción del Complejo Habitacional CH C-32 en el predio padrón No 11.336 del departamento de Rocha (fs. 36 a 42).

El 12/9/2002 la empresa Nélori S.A. cedió libre de obligaciones y gravámenes, a Fernando Barboni S.A. (representada por el Sr. Fernando Barboni en su calidad de administrador), quien en tales conceptos adquirió, los derechos y obligaciones emergentes del documento suscrito el 17/4/2002 entre el B.H.U. y Nélori S.A., para la construcción de 188 viviendas en el padrón No 418.968 del departamento de Montevideo (fs. 43 a 47 y contrato de arrendamiento de obra del 17/4/2002 de fs. 49 a 50 vto.).

En el mes de agosto de 2001 el B.H.U. celebró cuatro contratos de arrendamientos de obra para la construcción de cuatro complejos habitacionales en el padrón No 43.379 de la 19ª sección judicial del departamento de Canelones, con cuatro empresas representadas todas por Fernando Barboni, ya sea en su calidad de Presidente, de Administrador o de único titular integrante del Directorio.

Los restantes contratos se celebraron con empresas (Amiga S.A., Construcciones F. Barboni S.A., Fernando Barboni S.A.) representadas también por Fernando Barboni.

Las características de la contratación que culminó con la firma de los contratos de obra correspondientes a los Conjuntos Habitacionales CH A 105, 106, 107 y 108, edificaciones contiguas, llevan a la conclusión de que se trata, de un solo emprendimiento, aun cuando fueron contratados por distintas personas jurídicas (aunque integrantes del llamado Grupo Barboni).

Así lo entendió el Sr. Perito Arquitecto Vidart en su informe, quien fue claro en cuanto a que respecto a los Conjuntos Habitacionales A- 105 a 108, se trató de un solo emprendimiento y así fue tratado.

Debe considerarse también el informe primario del Jurado (el que no es vinculante para el B.H.U.) de considerar inviables las propuestas relativas a los CH A 105 a 108 entre otras causas por exceder el cupo de viviendas establecidos por empresa (fs. 10.594), lo que habría llevado a utilizar diferentes empresas a efectos de poder subsanar esta observación.

Las empresas cuyo representante es el Sr. Barboni presentaron un presupuesto global para los cuatro conjuntos habitacionales (fs. 10.619).

Los contratos de compraventa celebrados por el B.H.U. respecto de los inmuebles de La Ciudad de la Costa (CH A 105 a 108) y de Rocha (terrenos correspondientes a los CH C 31 y C 32 (éstos últimos adquiridos el 14/11/199 y vendidos el 14/12/1999), la Institución se los compró al Sr. Fernando Barboni, persona física, quien los vendió a precios muy superiores a los que él pagó (fs. 6.448 y sgtes.-P. 22).

En los Conjuntos Habitacionales CHA 105 a 108, surge de los respectivos contratos que las personas jurídicas y física son: Amiga S.A. por 74 viviendas en el CHA 105, Barboni Construcciones por 74 viviendas en el CH A 106; Consorcio Construcciones Barboni por 68 viviendas en el CH A 107 y Consorcio El Pinar por 74 viviendas en el CH A 108.

El Consorcio Construcciones Barboni fue constituido el 29/1/1996 entre Fernando Barboni, Empresa Unipersonal y Amiga S.A., siendo el Sr. Barboni el representante de dicho Consorcio y tiene a su cargo la administración (fs. 6.649-P.23).

El llamado "Consorcio El Pinar" fue constituido el 10/10/1996 entre Fernando Barboni S.A. y Amiga S.A., siendo el representante también el Sr. Fernando Barboni (certificado notarial expedido por el mismo escribano-fs. 6.650).

A fs. 6.651 obra testimonio de certificado notarial que certifica que el Sr. José Fernando Barboni Abreu es titular de una Empresa Unipersonal, la cual fue constituida el 8/1/1981 y gira en el ramo de construcción.

Los contratos de arrendamiento de obra relativos a los CHC 31 y 32 del departamento de Rocha (que también fueron vendidos al B.H.U. por Fernando Barboni -persona física- un mes después que los compró y a precios sobrevaluados), se celebraron el mismo día -14/5/2002- entre el B.H.U. y "Amiga S.A." y "Construcciones Barboni S.A.", respectivamente (fs. 29 a 31 y 36 a 42).

El art. 501 inc. 3º de la Ley No 16.060 establece que los Consorcios no tienen personería jurídica, constituyendo meramente una unión temporal entre dos o más personas físicas o jurídicas para la realización de una obra o para la prestación de un servicio.

Es evidente que se suscribieron los contratos (de los CH A 105 a 108) con las diferentes personas jurídicas referidas, entre otras razones, a efectos de salvar la observación realizada por el Jurado en cuanto a que se excedía del límite de 75 viviendas por cada empresa.

Tratándose de un único emprendimiento (el emprendimiento de El Pinar), así fue considerado por ambas partes, se adjudicó un total de 216 viviendas.

Esta decisora comparte lo sostenido en la consulta incorporada a fs. 6.466 (P. 22) en cuanto a que el grupo liderado por el Sr. Fernando Barboni, sin perjuicio de que cada una de las entidades que lo integran son formalmente distintas, constituyen en su conjunto un "Grupo de Interés Económico" (Gie) de hecho.

El "Grupo Barboni" no puede ser considerado una Gie irregular ya que no otorgó formalmente el contrato ni por ende lo inscribió (a los efectos de su regularidad-art. 491 de la Ley No 16.060), pero el grupo existió, ha realizado tareas de dirección, de coordinación (de sus miembros) en las actividades de la construcción de los cuatro conjuntos habitacionales ubicados en el mismo padrón y que ha actuado como tal (los CH A 105 a CHA 108).

El art. 41 de la L.S.C. dispone que la existencia de la sociedad podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido legalmente.

Se comparten asimismo los elementos de prueba subjetivos, objetivos, administrativos y procesales citados en dicha consulta.

A juicio de esta decisor, valorando las probanzas allegadas a la causa, individualmente y en su conjunto, racionalmente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 140 C.G.P.), se impone concluir que sí estamos ante un grupo de interés económico integrado por diferentes empresas que tienen el mismo giro (construcción), se encuentran representadas por la misma persona (Fernando Barboni), tienen el mismo domicilio, se presentaron siempre en forma conjunta haciendo sus defensas ante el Banco e incluso se las ha llamado por el propio demandado "grupo de empresas que representa" (fs. 312), "nuestras empresas" (fs. 314 vto.), así también lo hicieron en el presente juicio y así fueron tratadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en las acciones de nulidad promovidas por el Sr. Barboni.

La propia demandada al reconvenir, lo hace en forma conjunta, por todas las empresas y no en forma separada respecto de cada una de ellas. En el pet. 3) solicita que se haga lugar a lo peticionado en la reconvenición, o sea, a la rescisión de los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y al pago de \$ 3.127.078.262, de lo que surge también la idea de empresa única porque si fueran realmente empresas independientes, lo normal hubiera sido que se hubiera exigido un monto por cada una de ellas.

Asimismo, en un escrito presentado por Barboni ante el Banco, en oportunidad de preparar una transacción respecto a la continuación de las obras del CH B 47, separando dicha controversia del resto (si bien la misma no se llevó a cabo), reconoció la solidaridad de obligaciones de las empresas del grupo respecto de las obras de dicho complejo (fs. 6.605-P.22).

En todos los contratos celebrados por las empresas demandadas, en representación de éstas actuó el Sr. Fernando Barboni Abreu, ya sea en su calidad de presidente, de administrador o de único integrante del Directorio.

Se repite, que se celebraron contratos con diferentes empresas entre otras razones, para salvar lo establecido en los Pliegos en cuanto al límite de viviendas a adjudicar por empresas (algunas por licitación y otras por cesión).

Debe tenerse presente también que las empresas utilizaron buena parte del cupo global (35%) en la obra B 47.

Las disposiciones del B.H.U. permitían que para las empresas que tuvieran más de una obra en construcción, se podían sumar los cupos y utilizarse globalmente, según su conveniencia. Y así lo hicieron las empresas, quienes utilizaron buena parte del cupo global en la obra B 47.

La totalidad de los testigos (ya sea los ofrecidos por la parte actora (dependientes de ésta) y por la demandada (quienes colaboraron profesionalmente con ella), al referirse a las distintas empresas lo hacen como el "Grupo Barboni".

Las empresas demandadas constituyen un grupo de interés económico de hecho, que celebraron diferentes contratos de arrendamiento de obras con el B.H.U. y en un caso, cesión de contrato de obra, que permite demandar a todas las empresas en forma conjunta.

Incluso respecto de la empresa unipersonal Fernando Barboni, quien actúa en el Consorcio Construcciones F. Barboni.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia No 764 de fecha 15/10/2015 (fs. 11.444 a 11.468 vto.-P. 38) y la No 564 del 6/10/2016 (fs. 11.469 a 11.481) refiere a la demandada como "Grupo Barboni".

Por tanto, el Grupo en sí (sujeto de derecho), como cada uno de sus miembros y sus administradores, responderán solidariamente por las obligaciones contraídas con el B.H.U.

En la ya citada consulta se expresa: "... no es razonable abrigar dudas acerca de que el grupo existió, y existe de hecho, y por lo tanto le son aplicables a todos sus miembros y a su administrador, las responsabilidades directas y solidarias que corresponden a las sociedades y a los grupos de hecho."(fs. 6.472 vto.-P. 22).

Y más adelante se establece: "En definitiva, en nuestra opinión, existe una Gie de hecho, con un único administrador, el cual, sin perjuicio de organizar y dirigir la actividad directa de las entidades que lo componen constituye, a la vez, un sujeto distinto (un Gie de hecho) que ha actuado directamente como tal en la construcción de las obras, con la consiguiente asunción, (por el propio grupo y por cada uno de sus miembros) de las responsabilidades solidarias antes comentadas." "... Finalmente, lo más importante a retener es que, ya sea que se sustente respecto del objeto y causa del Gie la concepción que hemos denominada amplia (que nosotros compartimos) o que se haga lo propio respecto de la que hemos llamado restrictiva, en ambos casos, los miembros que integran el grupo al que, para facilitar la exposición, hemos denominado "Empresa" o "Grupo Barboni" (cuya existencia hemos demostrado y hemos caracterizado ampliamente en los Nros. 7,8 y 9) deben en todos los casos responder en forma solidaria por todas las obligaciones contraídas con el B.H.U. en el referido proyecto común."(fs. 6.475 vto. y 6.476 vto.).

Esto, sin perjuicio de considerarse que podría hacerse lugar a la prescindencia o inoponibilidad de la personería jurídica o disregard opuesta por la parte actora al contestar la reconvención deducida (en virtud de que la parte demandada desconoció el agrupamiento de las empresas intervinientes en los contratos); instituto que se haya regulado en los arts. 189 a 191 de la Ley No 16.060.

En el caso de los Complejos Habitacionales CH A 105 a 108 la persona jurídica habría sido utilizada con fraude a la ley o en perjuicio de terceros, que se produciría por la violación de las cláusulas pactadas en los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública. Las distintas personas jurídicas intervinientes en estos contratos lo hicieron para eludir la prohibición de otorgar más de un número determinado -75 - de viviendas por cada empresa, extremo advertido tempranamente por el Jurado aunque luego desconocido.

IV) Sentencias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo relativas al caso en estudio:

Con fecha 8/5/2012 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó la sentencia definitiva No 165 por la cual acogió la demanda de nulidad y en su mérito, anuló el acto administrativo impugnado –Resolución 410/05 del 26/IV/2005 dictada por el B.H.U. que dispuso la rescisión de los contratos administrativos de arrendamiento de obra suscritos por las empresas actoras y la intimación de entrega de las obras,

por razones ajenas al mérito (fs. 10.802 a 10.809 vto.-P.37); o sea sin entrar al examen de la cuestión de fondo.

Por Resolución No 284/2012 del 29/8/2012 el B.H.U. resolvió en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Sentencia No 165 del 8/5/2012, conferir vista a las empresas del Grupo Barboni por el plazo de diez días hábiles, de las actuaciones sustanciadas con anterioridad al dictado de la Resolución de Directorio No 410/05 de 26/4/2005 (fs. 10.852 a 10.853-P.37); o sea recomponer las actuaciones administrativas.

Por Resolución de Directorio del B.H.U. No 330/2012 del 20/9/2012 se resuelve declarar la rescisión administrativa de los contratos efectivizada con fecha 26 de abril de 2005 por causa imputable al incumplimiento del contratista y la entrega administrativa de las obras y continuar las actuaciones judiciales (fs. 10.863 a 10.878-P. 37).

Dicha Resolución fue impugnada por la parte demandada; por Resolución No 67/2013 del 7/3/2013 se desestimó el recurso de revocación interpuesto (fs. 10.896 a 10.897-P. 37) y se interpuso nueva acción de nulidad ante el T.C.A. (fs. 11.321 a 11.251-P.38).

A efectos de esperar el pronunciamiento del T.C.A. al respecto, se suspendieron los procedimientos (fs. 11.439 vto.- P. 38).

Por sentencia definitiva No 764 del 15/10/2015 el T.C.A. desestimó la nueva demanda de nulidad incoada y confirmó el acto administrativo impugnado (fs. 11.444 a 11.468 vto.-P. 38) y por sentencia No 564 del 6/10/2016 se desestimó el recurso de revisión interpuesto (fs. 11.469 a 11.481).

En dicha sentencia, respecto a la alegada incorrecta interpretación por parte del B.H.U. esgrimida por los demandados, de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 165/2012, el T.C.A. sostuvo que la demanda de nulidad incoada en la Ficha N° 2/06, que culminara con el dictado de la Sentencia N° 165/2012, fue dirigida contra la Resolución N° 0410/05 en cuanto ésta dispuso la rescisión de los contratos y la entrega de las obras, no identificando como objeto de su impugnación la porción de la resolución que encomendaba a los servicios jurídicos del B.H.U. la promoción de acciones judiciales, “lo que tiene por consecuencia que la sentencia que acogió dicha pretensión solo anuló aquel contenido del acto administrativo que fuera objeto de concreta impugnación, esto es, los numerales 1° y 2° de la Resolución N° 0410/05, no así su numeral 3°.”

“... Ello tiene por consecuencia que el numeral 2° de la volición aquí atacada, por el cual se dispone “*Continuar con las acciones judiciales*”, resulte plenamente legítimo, en tanto se encuentra firme el numeral 3° de aquel acto del año 2005 que había ordenado a los servicios jurídicos del BHU la promoción de tales acciones.”

Respecto a la fecha en la cual operó la rescisión de los contratos celebrados entre las accionantes y el B.H.U., el T.C.A. sostiene:

“A juicio de la Corporación, es correcto el proceder de la Administración al declarar, en el numeral 1° del acto impugnado, la rescisión administrativa de los contratos “*efectivizada con fecha 26 de abril de 2005*”.

“Como bien señala el organismo demandado, es evidente la voluntad de la actora de considerar rescindidos los contratos, puesto que así lo solicitó al contestar y reconvenir en el juicio civil (IUE 2-57650/2005), en el cual petitionó la declaración judicial de la rescisión y la condena en daños y perjuicios por los incumplimientos que atribuye al BHU, por considerar imposible ya su cumplimiento.”

“En relación a la extinción de los contratos, con claridad expresa CAJARVILLE: *“En virtud de la actual redacción del art. 312 de la Constitución, dispuesta por la reforma de 1996, el co-contratante lesionado en su derecho o interés tendrá la opción entre pedir la anulación del acto administrativo ilegítimo que dispuso la extinción del contrato, previo agotamiento de la vía administrativa, procurando así mantener el contrato; o admitir su extinción operada por un acto ilegítimo pero eficaz y ejecutorio -como lo son los actos administrativos aunque ilegítimos- y reclamar la reparación de los daños y perjuicios causados por ese acto.”*

“El co-contratante puede también optar por promover una acción de cumplimiento del contrato, si él ha cumplido por su parte. En esa acción, el juez puede desaplicar el acto administrativo ilegítimo de extinción, descartarlo, y hacer cumplir el contrato si ello es posible (...)

*Esa facultad del juez de desaplicar o descartar la aplicación del acto administrativo ilegítimo de extinción del contrato abre otra posibilidad procesal: el co-contratante podría promover una acción de resolución del contrato y reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de la Administración, y el juez, desaplicando aquel acto ilegítimo y atendiendo al incumplimiento de hecho del contrato por la Administración, podrá hacer lugar a la demanda” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, FCU, 3ª edición, pp. 468-469).”*

“En la especie, es claro que la actora no consideró en vía civil que los contratos continuaban vigentes, sino que entendió que éstos debían declararse rescindidos - por causa que le imputa al BHU-. En tanto su pretensión era de una sentencia declarativa en relación a la rescisión, ésta debía ubicarse temporalmente a la fecha de los incumplimientos.

La voluntad de ambas partes, la de la Administración manifestada por Resolución N° 0410/05, y la de la actora en la reconvencción judicial citada, era la de considerar operadas las causales de rescisión de los contratos. Por lo que puede convocarse en el caso la aplicación del principio conforme al cual *“a nadie es lícito venir contra sus propios actos”*, el cual deriva forzosamente del principio general de derecho de la buena fe y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, resultando aplicable cuando se trata de interpretar el contrato (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, ob. cit. p. 361).

A la luz del referido principio (que fuera aplicado por el Tribunal en varios pronunciamientos, como por ejemplo en las Sentencias N° 22/1999 y 746/2007), y

tomando en consideración la conducta desplegada por la actora, cabe concluir que fue voluntad de ambas partes la rescisión del contrato ya en el año 2005. Y en cuanto a la fecha concreta en que ésta se produjo, no hay razón para ubicarla temporalmente en otra distinta a la expresada por la Administración (26 de abril de 2005), en tanto la actora tampoco invocó una fecha distinta.”

También sostuvo que el hecho de que aún no se haya dictado sentencia en vía judicial declarando la resolución de los contratos en mérito al incumplimiento de alguna de las partes no es óbice para considerar que la resolución o rescisión de aquellos se produjo en una fecha anterior.

“Ello por cuanto, en lo que refiere a la fecha desde la cual opera la rescisión contractual (sea dispuesta por un juez o declarada unilateralmente por la Administración), estima el Colegiado que ella puede entenderse configurada en el momento en que se produce el incumplimiento que da mérito a la extinción del contrato.”

“En otras palabras, la sentencia judicial o el acto administrativo de rescisión no resultan necesariamente constitutivos, sino que pueden ser meramente declarativos, en cuanto a limitarse a verificar que -previamente- se ha extinguido el contrato por haberse producido el incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes.”

“En esta línea, ha señalado DE CORES que el juez, cuando dicta una sentencia frente a una pretensión de resolución ex art. 1431 del Código Civil, invariablemente falla “*declarando resuelto el contrato por incumplimiento*”, por lo cual, el magistrado no crea, modifica ni extingue nada, sino que se limita a calificar si el incumplimiento dio mérito a la resolución, y en tal caso así lo declara (Cfme. DE CORES, Carlos: “Treinta años de jurisprudencia en materia de incumplimiento contractual: problemas resueltos y cuestiones aún abiertas”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXX*, FCU, 2000, p. 548).

En definitiva, en el presente caso, el contrato debe entenderse resuelto por incumplimiento desde la fecha en que se produjo la inejecución que diera cima a la rescisión contractual.”

Respecto a la potestad rescisoria de la Administración y a los motivos fundantes del acto de rescisión impugnado, expresó que la jurisprudencia pacífica del Tribunal admite de regla la potestad de la Administración de extinguir unilateralmente el contrato por incumplimiento del contratista.

“En la especie, la rescisión unilateral dispuesta por el BHU en mérito a los incumplimientos de las co-contratantes resulta legitimada en virtud de la potestad rescisoria prevista en los pliegos.

“En tal sentido, conforme lo dispone el artículo 69 del Pliego del año 1986 y el art. 86 del Pliego del año 1994, numerales 2°, 3°, 5° y 13°, la Administración podrá

disponer la rescisión unilateral cuando el contratista “(...) *contravenga las disposiciones contractuales, legales o reglamentarias instituidas por las autoridades competentes, o desconozca las órdenes o instrucciones del Banco Hipotecario del Uruguay o de la dirección de obra*”; “*lesione los derechos contractuales del BHU, por la comisión de actos y omisiones culpables, fraudulentos o dolosos o resulte responsable por grave negligencia en la realización de las obras*”; o “*cuando se produzcan atrasos que excedan en más de 20 días calendario a los plazos parciales establecidos en el plan definitivo de avance de obras, y que signifiquen en precio del contrato un monto de obra superior al promedial correspondiente a 20 días calendario*”. Se señala asimismo en los pliegos que “*en todos los casos el contratista será responsable por daños y perjuicios que ocasionare, los cuales se harán efectivos sobre los importes de las obras aún no pagas que haya construido y que sean de recibo y las garantías constituidas, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que se deriven del hecho*” (vide: fs. 404 y 629 de la Fa. 2/06).

“Son dichos incumplimientos, relativos al acopio de materiales y al atraso en las obras, los que en definitiva dieron mérito a la aplicación de las cláusulas de rescisión unilateral -que fueran previamente transcritas-.”

En definitiva, atento a lo resuelto por el T.C.A. al respecto, lo que hace cosa juzgada, el acto administrativo por el cual el B.H.U. rescindió los contratos de arrendamiento de obra celebrados con el Grupo Barboni (Resolución No 330/2012 del 20/9/2012) es lícito, no fue dictado con abuso o desviación de poder.

“En general admítase que la administración puede decidir unilateralmente la rescisión del contrato, sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto. Esta solución se justifica por el interés público de que la ejecución de los servicios no se paralice, lo cual ocurriría fatalmente si la administración tuviera que aguardar el pronunciamiento de la justicia. Pero el acto declarando la rescisión está sujeto a los recursos administrativos y contenciosos, que permiten controlar la regularidad de la resolución dictada.” (E. Sayagués Laso, “Tratado de Derecho Administrativo, T. I, pág. 578).

La legitimidad del acto administrativo –Resolución No 330/12 del B.H.U. fue resuelta por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con carácter de cosa juzgada y por tanto, no puede volver a ser revisada ante la justicia civil ordinaria.

Claramente ha señalado el T.C.A., que los límites de su jurisdicción, se circunscriben a examinar la legitimidad del acto.

Se tendrán entonces por legítimamente resueltos administrativamente, por resolución unilateral de la Administración, los contratos de arrendamiento de obras celebrados entre las partes, a partir del 26/4/2005.

Al respecto, existe cosa juzgada con relación a la legitimidad del acto rescisorio de la Administración dispuesto por la Resolución del B.H.U. No 330/12 del 20/9/2012.

V) Se pasará a examinar si la Administración ha incurrido también en incumplimiento, circunstancia ésta sobre la cual el T.C.A. no se pronunció y ha quedado reservada a la jurisdicción ordinaria de este Tribunal.

Se ingresará a examinar las probanzas allegadas a la causa a efectos de determinar si existió incumplimiento de la Administración (punto que no fue objeto de examen por el T.C.A.) y en definitiva, la imputación del incumplimiento.

El T.C.A. se limita a analizar si el acto administrativo impugnado es o no arreglado a derecho y por tanto si es legítimo o no.

Al respecto ha expresado el T.C.A. en la sentencia precedentemente analizada (fs. 11.444 y sgtes-P. 38): "...entiende la Corporación que no corresponde elucidar si existió o no incumplimiento de la Administración, pues tal materia resulta ajena a la jurisdicción del Tribunal, y en todo caso deberá ser resuelta por el Juzgado Letrado en lo Civil que está entendiendo en la acción de resolución de contrato y daños y perjuicios, ámbito en el que deberá dirimirse la cuestión relativa a la imputabilidad del incumplimiento."

"...el litigio sobre la imputación del incumplimiento está pendiente de decisión en el Poder Judicial."

"...la parte actora incurre en contradicciones, puesto que emerge sin hesitaciones del juicio tramitado en Sede Civil (Juzgado Letrado en lo Civil de 2º Turno, IUE2-47650/2005) la voluntad de ambas partes en la rescisión de los contratos. La distinción está –como con acierto apuntara la demandada- en la imputabilidad del incumplimiento, órbita jurisdiccional relegada exclusivamente a la competencia civil y no al Tribunal de lo Contencioso Administrativo."

Claramente entonces la imputación del incumplimiento no fue objeto de pronunciamiento por el T.C.A., correspondiendo a esta decisora, en virtud de lo dispuesto en el art. 209 del C.G.P., proceder a examinar las probanzas incorporadas, para determinar si la Administración incumplió los contratos celebrados y en definitiva, resolver la imputación del incumplimiento. De lo contrario, el alegado incumplimiento de la Administración no sería juzgado ni en sede del T.C.A. ni por la justicia ordinaria.

A fs. 6 a 50 se adjuntaron testimonios de los contratos y de la cesión de contrato celebrados y a fs. 51 a 194 Pliego General de Condiciones Administrativas y Legales de agosto de 1994, julio de 1986, Modificaciones a los Pliegos de Condiciones Administrativas y Legales Para Concurso Licitación Por Anteproyecto Precio y Terreno de noviembre de 1986, Pliego General de Condiciones Administrativas y Legales de julio de 1999 Plan Fénix; Pliego de Condiciones Generales para la Construcción de Obras Públicas del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

También se incorporó informe de los servicios del B.H.U. cuantificando el costo del conflicto por el adicional alegado por los demandados y controvertido por el Banco, certificados de avance de pago por avance de obras, fotocopias de expediente

administrativo 777.024, 777.144, telegrama colacionado de intimación y constancia de recibo, Orden de Servicio 8003 referida a acopio de materiales, expediente 779.193, 777.230, Informe de Gerencia de Arquitectura de fecha 20/2/2004, Informe de División Asistencia Técnica sobre costos estimativos e informe relativo a atrasos en cronogramas de obras y plazos parciales; Resolución del Directorio del B.H.U. que rescinde los contratos de arrendamiento de obra, cronograma de obra presentado al Banco por los demandados y copia de certificados de obra hecha, cobrados por los demandados, del cual surge el avance parcial de las obras (fs. 220 a 417).

A fs. 350 a 353 se incorporó testimonio de las actas de constatación realizadas el 6/11/2003 en los Conjuntos Habitacionales A 105 , A 106, A 107 y A 108 en construcción, ubicados en la Avenida Gianattasio km. 27.500, paraje El Pinar, Departamento de Canelones, en las cuales la escribana Zully Roquero de Marroche asistida por el Arquitecto Carlos Maynard, constató que en ellas hay personal trabajando, pese a que el demandado notificó al Banco que suspendió las obras con fecha 30/10/2003.

A fs. 333 a 334 obra un informe de Gerencia de Arquitectura de fecha 20/11/2003 en el que se consigna que el Directorio del B.H.U. resolvió en sesión del 29/10/03 paralizar la totalidad de las obras que construyen las empresas constructoras cuyo representante es el Sr. Barboni (CH A 105, A 106, A 107, A 108, 277, B 47, C 31 y C 32). Posteriormente, aunque previo a la notificación oficial del Sr. Barboni de la decisión referida, el 30/10/2003, éste se presenta en los exp. 776893, 776895, 776896, 776897 y 776898, en los que comunica la paralización de las obras de que se trata, por atrasos en los pagos. El 3/11/03 se realiza una reunión en el despacho del Gerente General, con el Sr. Barboni, en la que se le notifica notarialmente de la decisión del Directorio del 29/10/2003. El 6/11/03 se realizaron inspecciones en la totalidad de las obras, en las que se constata que se están realizando diferentes tareas que se describen. Se informa que si las obras se detienen por decisión del B.H.U., el Pliego de Condiciones establece que el contratista tendría un plazo de 15 días hábiles para la paralización total de las obras (lo que es explicable ya que sería una decisión inesperada y debería terminarse con los trabajos que estaban en ejecución, hasta llegar a un punto en que se les pueda dejar interrumpidos, sin causar mayores perjuicios a la obra). Si las obras las detiene el contratista por su propia decisión, los Pliegos no prevén ningún tiempo extra para concluir con los trabajos que se venían realizando, ya que siendo una decisión de la empresa, se supone que ésta debería paralizar las obras a partir de que llegó el momento referido. Por lo dicho se desprende que es muy probable que no hubiera estado prevista la paralización de las obras por parte del contratista, sino que esta decisión hubiera surgido a partir de un conocimiento, por vía indirecta, de la Resolución del Directorio de fecha 29/11/03.

En las inspecciones realizadas se pudo constatar que los trabajos que se estaban realizando no solo abarcaban tareas de terminación de lo que no se podía dejar sin concluir, sino también otras (como pinturas interiores a las viviendas, revestimientos en zonas de cocinas y baños, o armado del ascensor), las que determinan claramente un avance de obra.

El 24/11 vence el plazo de 15 días hábiles para paralizar totalmente las obras a partir de la notificación al Sr. Barboni. Asimismo se aclara que en el CHB 47 y CH 277 existen locales comerciales que no reciben financiación del B.H.U., siendo de cargo del contratista, y que por tanto pueden continuar sus obras independientemente de la decisión de paralización del B.H.U.

A fs. 403 a 407 se adjuntó testimonio de la Resolución del B.H.U. No 0410/05 del 26/4/2005 por la cual se resolvió, por unanimidad, disponer la rescisión administrativa de los contratos de arrendamientos de obra de los CH A 105, A 106,

A 107 y A 108; CH B 47, C 31 y C 32; y CH 277, por causa imputable al incumplimiento del grupo contratista.

Dicha resolución fue anulada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por razones formales (por no haberse conferido vista previa a las empresas), no habiéndose ingresado al estudio de los aspectos de fondo, por sentencia No 165 del 8 de mayo de 2012 (fs. 10.802 y sgtes.-P. 37).

Posteriormente se dispuso por parte del B.H.U. la recomposición de las actuaciones. Se dictó la Resolución del Directorio No 0284/12 por la cual se confirió vista a las actoras; la que fue evacuada por éstas con fecha 10/9/2012.

A fs. 10.863 y sgtes. (P. 37) se adjuntó testimonio de la Resolución del B.H.U. No 330/2012 del 20/9/2012, por la cual se declaró la rescisión administrativa de los contratos efectivizada con fecha 26 de abril de 2005 por causa imputable al incumplimiento del contratista y la entrega administrativa de las obras.

Contra dicha resolución los demandados interpusieron los correspondientes recursos administrativos y la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el 15/10/2015 recayó la sentencia No 764 por la cual se desestimó la demanda de nulidad y, en su mérito, se confirmó el acto impugnado (fs. 11.444 a 11.468-P. 38).

La promotora de la acción de nulidad interpuso recurso de revisión contra la misma y el 6/10/2015 recayó la sentencia No 564 por la cual se desestimó el recurso de revisión interpuesto (fs. 11.469 a 11.481-P.38).

Se han agregado copias de diferentes expedientes administrativos tramitados ante el B.H.U. y numerosa documentación (fs. 462 a 4.865).

Asimismo, el B.H.U. al contestar la reconvencción agregó copias autenticadas de escrituras de compraventa de los terrenos de la Ciudad de la Costa y del departamento de Rocha, de Resoluciones del Directorio, de Gerencia General, de Gerencia de Arquitectura y de diferentes expedientes administrativos tramitados en el Banco (fs. 4.952 a 6.669-P.17 a 23).

Respecto a dicha documentación, debe tenerse presente que los demandados recurrieron la providencia No 1361/2006 del 10/5/2006-fs. 6.747-P. 23) interponiendo recurso de reposición, pretendiendo que se desglosaran y devolvieran a la contraria los documentos que entendía debió agregar con la demanda, recurso que fue denegado en la audiencia preliminar (acta de fs. 6.765 a 6.769-P. 23).

Obran en la Caja de Seguridad del Juzgado una serie de documentos, algunos de ellos a los que hace referencia el demandado en su escrito de fs. 11.417 y vto.-P.38, los que se tienen a la vista.

Han depuesto gran cantidad de testigos, habiéndose efectuado careos entre algunos de ellos (fs. 8.207 a 8.284, 8.395 a 8.403-P. 28, 8.421 a 8.430, 8.440 a 8.455, 8.466 a 8.475-P. 29, 8.761 a 8.74, 8.786 a 8.793-P.30).

En autos se practicaron sendas pericias por los Sres. Peritos Arquitecto Ricardo Vidart y Cr. Júpiter Pérez.

En la audiencia preliminar se designaron peritos a efectos de que llevaran a cabo las pericias solicitadas por ambas partes, al Cr. Navajas y al Arquitecto Ricardo Vidart (fs. 6.765 a 6.769-P. 23). Luego, por el fallecimiento del Cr. Navajas, se designó al Cr. Júpiter Pérez.

En la audiencia llevada a cabo el 9/12/2009, las partes manifestaron estar de acuerdo en que la pericia se realice conforme a lo dispuesto en la audiencia preliminar y la resolución No 1348 del 26/5/2008 dictada por el anterior titular del juzgado (fs. 9.114 a 9.121), debiendo tener en cuenta lo acordado por las partes en el escrito de fs. 9.359 (P. 32) y la documentación a él adjunta y de conformidad con lo acordado con el anterior titular del Juzgado (fs. 9.551) se realizó una síntesis presentada en escrito del 26/4/2010.

En su dictamen (fs. 10.570 y sgtes.-P. 36), el Arquitecto Vidart informa que todos los conjuntos habitacionales involucrados en obrados están sin terminar, siendo su avance diferente en cada caso. Para que las obras puedan ponerse a la venta el único camino cierto es un llamado abierto a licitación. Teniendo en cuenta únicamente las obras necesarias para que los conjuntos queden en condiciones de ser vendidos, los porcentajes de mayores costos de terminación de las obras por otra empresa, se encuentran alrededor del 2% por encima del costo inicial. El porcentaje de incremento de las leyes sociales resulta prácticamente el mismo, aunque levemente inferior. Existen otros valores que presumiblemente son más importantes como los costos de las respectivas licitaciones, el pago de los impuestos incluidos los honorarios profesionales y los costos financieros vinculados al tiempo transcurrido y el costo de vigilancia.

Señala que los costos finales de las viviendas resultan ser un 51 % superiores al valor estadístico promedio de construcciones de categoría equiparable, considerando valores actualizados a marzo de 2011 a los que habría que agregar los costos que no están estrictamente relacionados con la construcción como costos de licitación, de tramitación, pago de impuestos, costos financieros, etc.

Indica que no se han cumplido las condiciones establecidas en las bases para considerar al relleno y al consiguiente muro de contención como adicionales.

El relleno se efectuó sin que hubiera habido una Orden de Servicio que lo autorizase.

En ningún caso puede pensarse en cobrar un trabajo que no haya sido cotizado previamente y haya sido explícitamente autorizado mediante un documento, que en este caso es la Orden de Servicio.

El valor del relleno fue presentado por las empresas en setiembre de 2002, una vez que este estaba realizado.

Entiende que no puede considerarse un adicional, en primer lugar debido a los procedimientos que es necesario completar para que determinadas erogaciones puedan ser consideradas adicionales y que no se cumplieron. En segundo lugar, con respecto a la propuesta presentada en el Permiso de Construcción: los niveles no cumplían con las exigencias de los pliegos, no se había presentado un estudio que demostrara la viabilidad del proyecto en lo referente a la evacuación de las aguas pluviales, dentro o fuera del predio. Con respecto al Proyecto Ejecutivo: los niveles de este proyecto, que se corresponden con los actuales y que resultan de haber efectuado el relleno, tampoco tienen resuelto el tema de evacuación de las aguas pluviales. En tercer lugar porque no se cumple con la normativa referente a que los niveles del pavimento de las viviendas deberán tener una cota de 30 cm. por encima del de la calle frentista; porque no se cumple lo acordado para la firma de los contratos referente a que el nivel de las viviendas deberá estar 10 cm. por encima de la Avda. Giannattasio.

Manifiesta que está previsto en los pliegos que el saneamiento externo se presente en la propuesta con sus costos. El Saneamiento Externo puede ser considerado un adicional desde el punto de vista de la interpretación de los pliegos y documentos que rigen el llamado 2/96. Se entiende que al monto de las obras realizadas

correspondería que se descontara el valor que, en la propuesta original, fuera asignado al proyecto de saneamiento entonces vigente y que ya no regiría. Corresponde tener presente que la última propuesta presentada, presupuestada y aprobada refiere al saneamiento que cubre las necesidades de 600 viviendas. Este número es prácticamente el doble de las unidades involucradas en los conjuntos habitacionales CH- A 105 a CH- A 108. Por ende, el costo que se maneja es muy superior al estrictamente necesario para la solución técnica de los cuatro conjuntos considerados en las propuestas licitadas. El volumen que fue necesario aportar para llegar a los niveles actuales ronda entre 65.434 m³ y 68.030 m³, valores hallados por distintos técnicos, pero que son sensiblemente equivalentes.

Los metrajes de los elementos integrantes del muro de contención y del cerco perimetral suministrados por la parte demandada reconviniente resultan levemente inferiores a los calculados por el perito. Con respecto al tiempo de ejecución, la tarea de levantar el muro de contención pudo haberse realizado en forma simultánea a la del relleno, dejando para el final la zona de contacto entre ambos. Este tiempo pudo haber tenido para ambas tareas, un valor mínimo de entre 90 y 120 días calendario.

De acuerdo a los plazos establecidos en los contratos de arrendamiento de obra, a la fecha de suspensión de las obras, las empresas contratistas no habían cumplido con los cronogramas de obra.

Las obras de El Pinar (A-105, A-106, A-107 y A-108) tenían un sensible atraso; para las obras de Rocha (CH C-31 y CH C-32) el atraso es muy poco, para la obra de Montevideo (CH-277) el atraso es aproximadamente del 50 % y para la obra de Maldonado (B-47) existe un adelanto un poco por debajo del doble.

Las empresas representadas por el Sr. Fernando Barboni incorporaron efectivamente los materiales que fueron desacopiados.

Es obligación de las empresas constructoras disponer de materiales en obra (acopios) para el fluido avance de los trabajos. EL B.H.U. puede disponer de adelantos de dinero para dichos acopios si lo entiende conveniente, sin que ello sea un requisito obligatorio para la buena marcha de las obras, ya que la obligación de que haya acopios en obra es del adjudicatario. Fue decisión del B.H.U. dar los adelantos que se hicieron y con la anticipación con que se dieron. La lista de los materiales para los cuales se dieron los adelantos había sido aprobada por el B.H.U. Se entiende que no se corrían riesgos en cuanto a deterioros o de cualquier otro tipo, ya que existía un seguro de caución, que cubría eventuales daños. La fecha en que incorporaron a la obra los materiales desacopiados figuran en cada certificado en que se realizaron los desacopios, los que fueron constatados y aprobados por técnicos del B.H.U.

Los apartamentos de las bases del llamado para la construcción de los CH A-105 a 108 que fueron señalados por el Jurado y que comparte el Perito, radican en: El precio de los terrenos se encuentra por encima de la tasación hecha por el B.H.U.; el costo de los terrenos tiene una incidencia superior al máximo del 13 % planteado en los pliegos para viviendas unifamiliares; se supera el número de viviendas que pueden ser asignadas a una misma empresa, en el entendido de que se trata de un único emprendimiento; el predio no cumple con las condiciones en que deben encontrarse los predios que se ofrecen a la venta en materia de infraestructura, siendo que las obras para lograr la adecuación, fueron consideradas por las empresas como adicionales; no estaba resuelta a nivel de los organismos pertinentes la situación catastral del predio; apreciaciones estrictamente arquitectónicas negativas realizadas por el Jurado.

El 15/10/2010 se concurrió al local sito en parada 43 de la Ruta 93 a efectos de comprobar la existencia y cantidad de aluminio acopiado en dicho depósito, constándose la existencia de piezas de perfilera de aluminio empaquetadas. Existe una coincidencia razonable entre lo que figura en facturas que se adjuntan y lo relevado. En algunos casos la coincidencia es total o con diferencia ínfima y en otros un poco mayor, pero en algunos casos en más y en otros en menos. Las piezas relevadas se encontraban en buen estado de conservación.

Señala el Arquitecto Vidart que las inversiones mensuales certificadas en obra según el acuerdo de partes presentado en el expediente judicial para los diferentes contratos en su totalidad, fue un 0.28 % superior a los cupos de inversión establecidos por el B.H.U., en el período que va desde junio de 2003 hasta noviembre de 2003. Considerando la totalidad de las ocho obras, la diferencia fue de \$ 91.269, correspondientes a un 0.28 %, ambos valores por encima del cupo. La distribución por conjunto fue altamente despareja, tal como surge de los cuadros que se presentan, con valores que oscilan desde un mínimo de 22,58 % hasta un máximo de 290,06 %.

A su juicio, respecto al proyecto presentado ante la I.M.C. y al Proyecto Ejecutivo, el emprendimiento relativo a los conjuntos "A" 105, 106, 107 y 108 responde a un único emprendimiento, analizándolo desde el punto de vista de la Arquitectura.

Los plazos establecidos en la oferta original de cada conjunto, formulados en la licitación por parte del Contratista, eran de 24 meses, acordes con la normativa vigente. Por tanto los plazos resultantes de la transacción sobre el Proyecto Ejecutivo del año 2001, fueron mayores para los CH -A 105, CH -A 107 y CH - A 108, resultando igual el plazo para el CH -A 106.

Asimismo manifestó que de aceptarse que el relleno y el consiguiente muro de contención sean considerados adicionales, los plazos de todos los conjuntos deberían haberse ampliado de acuerdo al análisis realizado oportunamente y en los plazos indicados, dado que esas tareas eran necesariamente previas a cualquier otra (fs. 10.570 a 10.690-P. 36).

Su dictamen fue examinado en audiencia, en la que reiteró que en el caso de los CH A-105 a A-108 se reclamó el relleno del terreno y a su juicio no puede ser considerado adicional, no hubo Orden de Servicio aceptando los adicionales, se empezó a hacer los adicionales sin la aceptación, el CH A-105 a 108 se trata de un único emprendimiento, no respecto de los demás como los de Rocha y Maldonado (fs. 11.342 a 11.345 vto.-P. 38).

A fs. 11.373 a 11.374 (P. 38) el Sr. Perito contestó las preguntas que se le realizaron en la audiencia referida y respecto de otras, se le dio plazo para hacerlo. En la misma manifestó que se ratifica en todos su términos de lo oportunamente informado, que el detalle de los materiales para los cuales se hicieron adelantos figura a fs. 235 a 261, el monto total de los adelantos para todas las obras en que se los realizó (CH A-105 a 108 y CHB-47) fue de aproximadamente U\$S 3.000.000. Cuando se suspenden las obras, se habían incorporado a las mismas, materiales por un valor aproximado al millón de dólares (desacopios), restando un saldo de dos millones de dólares a desacopiar en el transcurso de los trabajos. Salvo para el caso del depósito de materiales para confección de aberturas de aluminio, no figuran en el expediente detalles de lugar de depósito del resto de los materiales acopiados. De acuerdo a las facturas manejadas el valor de esos materiales ascendía a unos treinta y seis mil dólares. En las diferentes obras que inspeccionó no se detectó la existencia de materiales acopiados, no habiendo tenido acceso a otros depósitos ni a locales de proveedores ni se han manejado facturas correspondientes a estos materiales. Respecto de los cronogramas de los CH A-105 a A-108 desde la firma del contrato a junio de 2003, teniendo en cuenta que el

relleno del terreno y el muro perimetral no eran adicionales sino requerimientos, efectivamente había atrasos respecto a los calendarios acordados.

Obra también un exhaustivo dictamen realizado por el Cr. Júpiter Pérez (fs. 10.321 a 10.443 y sus correspondientes Anexos -P. 35), que también fue examinado en audiencia.

Dicho Perito informa que las empresas firmaron 8 contratos de arrendamiento de obra con el B.H.U. para la construcción de otros tantos conjuntos habitacionales: A-106 <24 meses>, A -108 <30 meses>, A-105, A-107, B -47, C-31, C-32 y CH-237 , <36 meses>.

Indica que en el año 2002 atento a la crisis financiera, ante el déficit de disponibilidades, a partir de setiembre/2002, el B.H.U. utilizó la modalidad de pagos a cuenta de certificados de avance de obra. Los pagos (parciales o cancelatorios) se efectuaron con atrasos (con posterioridad a 20 días hábiles de la fecha de presentación de la liquidación del certificado correspondiente –art. 3º PM/86 y art. 80 PGAL/94).

En el año 2002 la situación económica financiera del B.H.U. estaba comprometida y deficitaria en cuanto a disponibilidades. Para funcionar necesitó la asistencia del Gobierno vía B.C.U. y legislación específica.

Ante la situación deficitaria producto de la crisis, a partir de setiembre/2002 y para todos los contratistas, el B.H.U. dictó resoluciones sugiriendo reducción de los montos de inversiones.

En julio/2003 el B.H.U. celebró un convenio con los contratistas, al que no adhirieron las empresas. Se estableció un régimen de cupos a ser invertidos por obra, régimen que fue aplicado a las empresas.

Las obras que ejecutaban las empresas fueron suspendidas en noviembre/2003. En ese mes hubo avances en todas las obras. A la fecha de la suspensión todas las obras tenían certificados liquidados impagos.

A noviembre/2003, con la excepción de la obra B-47 y sin considerar las incidencias por adicionales (Relleno y Muro A-105 a A-108) y la imposición de cupos (junio de 2003); el avance real de las obras estaba por debajo de lo comprometido contractualmente.

Los atrasos en la obra de mayor significación se aprecian en los conjuntos A-105 a A-108 y CH-277.

El complejo B-47, desde el inicio de las obras mantuvo un avance superior al proyectado.

Informa que hasta agosto/2002, previo a las sugerencias de aminoramiento del ritmo de inversión, no se registraron atrasos en los pagos; las inversiones reales en las obras A-105 a A-108 y CH-277 eran inferiores a lo comprometido contractualmente. La obra B-47 mantenía un avance real por encima del proyectado. Las obras C-31 y C-32, iniciadas en agosto/2002 cumplían con el cronograma contractual.

Indica que tomando todas las obras, el avance real estaba por debajo del comprometido, la inversión real estaba por debajo del cronograma.

En el período setiembre 2002 –mayo 2003 (sugerencias de enlentecimiento) las empresas invirtieron montos superiores a los indicados; en el mismo período se consideraron atrasos.

Concluye que el enlentecimiento sugerido no fue la causa de los atrasos.

En el período junio-noviembre 2003, las inversiones realizadas por las empresas, en conjunto, estuvieron por debajo de los cupos de inversión establecidos por el B.H.U. Las empresas utilizaron buena parte del cupo global (35%) en la obra B-47. La disposición del Banco permitía este criterio (para las empresas que tuvieran más de una obra en construcción, éstas podrían sumar los cupos y utilizarlos globalmente, según su conveniencia).

En el otro extremo están las demás obras, en especial el conjunto A- 105 a A-108 en el que se invirtió, en promedio, un 21 % del cupo asignado, incrementándose el atraso.

Aun en situación de atrasos en los pagos, las obras se siguieron realizando hasta noviembre/2003, momento en el que se produce la suspensión de las mismas.

Entiende que no corresponde considerar la “Extensión del Plazo” por atrasos en los pagos ni por el enlentecimiento sugerido o impuesto. En primer lugar porque las obras durante todo el período, hasta noviembre de 2003 inclusive, se siguieron ejecutando aún en situaciones de atrasos en los pagos (no se verificó situaciones de suspensión de las obras, condición necesaria establecida en los contratos para que se genere una extensión del plazo). En segundo lugar, ante una situación de fuerza mayor (crisis financiera del B.H.U.) y/o decisiones del Ente (aminoramiento y cupos), no se verificaron los extremos previstos en los Pliegos en cuanto a solicitar por escrito la reprogramación del cronograma contractual de avances.

El Relleno y Muro Perimetral de todo el conjunto arquitectónico A-105 a A-108, es una obra sobre la cual existen controversias y admisibilidad.

No hubo modificación de los plazos del conjunto A-105 a A-108 por las obras de Saneamiento Externo.

Señala que todos los certificados de Pagos aprobados fueron debidamente documentados (facturados) por las Empresas y liquidados sus impuestos con la intervención de la D.G.I.

Las empresas consideraron todos los pagos efectuados por el B.H.U.

Cuando existieron recibos de cobro, detallaron el concepto por el cual emitían los mismos. Luego, en la reconvencción, los imputó a otros conceptos resultantes de su liquidación y mecánica de cálculo.

El relleno y Muro Perimetral del conjunto arquitectónico A-105 a A-108, no fue liquidado ni aprobado por el B.H.U.

Indica que las liquidaciones efectuadas por las Empresas no son consistentes con las normas establecidas en los Pliegos. Parten de una interpretación errónea de dichas normas y en especial las referidas a “atrasos en los pagos”, “la extensión del plazo” y “los costos asociados de Capataz y Sereno”. Por tanto son resultados erróneos. Las liquidaciones de las obras A-105 a A-108, incluyen los importes del Relleno y Muro, liquidaciones que no fueron aprobadas y que su admisión está en discusión. Asimismo, incluyen cálculos de impuestos que no corresponden conforme a la normativa fiscal aplicable.

Las empresas anuncian y reclaman sobre la base de que el B.H.U. pagó con atraso los Certificados de Obra Liquidados, o no los pagó o no aprobó solicitudes de pago no aprobadas ni liquidadas por el Banco “Relleno y Muro Perimetral Obras A- 105 a A 108.

La indemnización por atrasos en los pagos está estipulada en los siguientes artículos de los Pliegos Generales de Condiciones Administrativas y Legales, aplicables a cada empresa contratada, según el caso: a) art. 65 del Pliego de Condiciones de Octubre de 1986 y los arts. 3° y 4° de su Modificación de noviembre de 1986 (Pliego 1986). b) art. 83° del Pliego de Condiciones de Agosto de 1994 (en adelante Pliego 1994).

Si el B.H.U. paga con atraso (paga después del plazo de 20 días hábiles desde la presentación de la Solicitud de Pago), corresponde el reajuste de los montos impagos e intereses sobre la deuda reajustada para los contratos regidos por el PCAL/86 y el M/P 86, y solo intereses para los regidos por el PGAL/94.

Si se cumplen 50 días hábiles desde la presentación de uno o más certificados sin que el B.H.U. los haya cancelado, el contratista puede suspender las obras y en este estado tiene derecho a que se le extienda el plazo para la culminación de las obras, a una indemnización (por suspensión), se le pague el reajuste de la deuda e intereses, y a que se le pague el costo en que incurre por el rubro "Capataz y Sereno" por el período de suspensión.

Si el contratista no suspende las obras no corresponde la extensión del plazo ni la indemnización.

Si se verifica disminución del ritmo de obra, por causas ajenas al contratista (fuerza mayor, caso fortuito o actos propios del B.H.U.), el B.H.U. le podrá acordar una prórroga prudencial previo informe de la Dirección de Obra.

La extensión del plazo, suspendidas las obras, se debe calcular conforme la fórmula del art. 4 (PCAL/86) o 83° (PGAL/94) y se acota en su guarismo por los montos impagos a la fecha de la suspensión de la obra.

Entiende que la resolución del B.H.U. de aplicar los saldos de anticipos (anticipos no aplicados) debidamente actualizados, para compensar las deudas con las Empresas es razonable y consistente con: su calidad de activos; la propiedad de los mismos; el tratamiento contable aplicado a los anticipos que se incorporan a las obras, los contratos firmados por las partes; la situación y estado de deudas recíprocas existentes entre las partes a la fecha de las resoluciones del B.H.U.

El documento de fs. 55 presentado por las Empresas no refleja la posición neta B.H.U.-Empresas al 9/5/2005; fue desarrollado sobre la base de una interpretación errónea de los Pliegos (cálculo de indemnizaciones, extensión de plazo y costo de capataz y sereno); parte de datos incompletos e inexactos, calcula intereses que no corresponderían conforme las normas y arriba a resultados incorrectos. Las liquidaciones incluyen liquidaciones no aprobadas y que su admisión está en discusión (Relleno y Muro Conjunto A-105 a A-108).

También señala que la liquidación efectuada por el B.H.U. (Doc. 25), base de su demanda pecuniaria contra las Empresas, es errónea en sus cálculos, no consistente con los contratos y demás documentos firmados por las partes; tiene errores significativos en los datos bases (pagos y certificados), no considera los reajustes e intereses a favor de las Empresas por atraso en los pagos, aplica erróneamente multas y calcula los intereses no previstos. Concluye que no refleja exactamente la situación económica financiera B.H.U.-Empresas. Entiende que la liquidación de la relación económica financiera debe realizarse considerando los contratos en forma individual, con cuentas corrientes por obra y no por empresa o grupo de empresas. Sin perjuicio, una vez liquidadas la totalidad de las obras, es razonable expresar la posición final neta B.H.U.-Empresas.

Del análisis de los documentos incorporados en autos llega a la certeza razonable para considerar que las Empresas, los consorcios creados por ellas y la persona

física José Fernando Barboni constituyen una única empresa encabezada, dirigida, administrada y representada por el Sr. José Fernando Barboni .

Su dictamen también fue examinado en audiencia (acta de fs. 11.346 a 11.349-P. 38).

En la audiencia convocada a efectos de examinar la ampliación de los dictámenes periciales (acta de fs. 11.436 a 11.437-P. 38), ambos peritos se ratificaron de los dictámenes presentados.

El Arq. Vidart reiteró que respecto de los materiales inspeccionó todas las obras, se le pidió a las empresas que indicaran el lugar de depósito de los mismos, le indicaron uno que estaba en Maldonado que también inspeccionó y relevó, que el material que encontró era de un valor de U\$S 36.000 aproximadamente, no se le manifestó por parte de las empresas que hubiera materiales en otro lugar. O sea que de acuerdo a su informe U\$S 1.964.000 no se habrían desacopiado.

Se ratificó de que el relleno no puede considerarse como adicional.

Respecto a los cronogramas de las obras había atrasos en relación a los calendarios de las obras CHA 105 a 108, en la de Maldonado (CHB 47) no hubo atraso, la CH 277 de Montevideo tenía un atraso en el cronograma de obra.

Preguntado el Cr. Jupiter Pérez si recuerda cuando comenzaron a registrarse atrasos en los pagos del Banco, contestó que en agosto de 2002, o sea que se verifican en setiembre de 2002. A esa fecha (agosto/2002) ya había atrasos en algunos complejos habitacionales respecto del cronograma de obra: en el complejo de El Pinar (CH A 105 a 108), estaban atrasados (el atraso era notorio, evidente), la CH 277 tenía atrasos importantes. La obra de Maldonado B 47 estaba por encima de lo comprometido, un avance real muy por encima del cronograma. Las obras C 31 y C 32 de Rocha comenzaron su ejecución en esa fecha, a agosto/2002 tendrían un avance por encima del cronograma en un 2 % (cuando se suspenden las obras en octubre-noviembre 2003 estaban por debajo del cronograma insignificativamente, manifestando el Arq. Vidart que es algo normal).

Analizadas las probanzas allegadas a la causa, individualmente y en su conjunto, racionalmente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esta decisora llega a la conclusión de que corresponde amparar parcialmente la demanda.

En efecto, ha quedado acreditado que los demandados incurrieron en incumplimiento: incumplieron el cronograma de obras y los acopios, el régimen de acopios y anticipos para congelar precios.

La parte demandada alega que el B.H.U. incumple los contratos a partir de agosto/setiembre de 2002, periodo en donde por razones de público conocimiento – la crisis financiera del sistema bancario y en especial del B.H.U. -, se constata efectivamente que comienza a retrasarse en el pago de los certificados de obra.

Pero a esa fecha el B.H.U. ya había pago “a cuenta del precio”, una suma de dinero (adelanto financiero para acopio de materiales) por un monto varias veces mayor que el que se venía solicitando y algunos pagos que se reclamaban por las empresas en esas fechas lo eran por conceptos no aprobados y por ende no certificados al no corresponder considerar adicional el relleno y el muro perimetral.

Al respecto fue categórico el Perito Arquitecto Vidart.

Antes de agosto/2002 las empresas habían incumplido, en la ejecución de las obras y en el adelanto financiero a cuenta del precio contratado para acopiar materiales.

Con respecto al plazo contractual: De acuerdo al contrato, el art. 8 del PCGC 1994 y art. 4 del pliego de 1986 los plazos son contados a partir de la fecha del Acta de Iniciación de las obras.

Las obras del A 105 a 108 comenzaron todas el 20.9.2001. Y los plazos fueron: A 105- 36 meses, A 106- 24 meses, A107 y A 108- 30 meses.

Las obras del C 31 y C 32 no corresponde tenerlas en cuenta aquí porque comenzaron su ejecución en agosto de 2002.

La obra B 47 es la única que no registra atraso, curiosamente las empresas tenían un interés particular en esas obras.

La obra C 277 registraba un atraso importante.

Las obras CH A 105, A 106, A 107 y A 108:

Surge de las actuaciones administrativas que las empresas son intimadas a cumplir el cronograma contractual en razón de los incumplimientos que se constatan ya meses antes de agosto- setiembre de 2002. Se afirma que los plazos están vencidos (informe de la Gerencia de Arquitectura de 13 de junio de 2002 y notificación del informe y requerimiento de cumplimiento del cronograma de fecha 13 del mismo mes y año) (P.1-fs. 211, P. 5-1.492,P. 19-fs. 5.561 y vto., 5562 y vto., 5563. 5565 y vto., 5.566 y 5.567.).

El 12 de agosto de 2002, el B.H.U. detecta que habiendo transcurrido casi un año del inicio de los trabajos (acta de inicio agosto de 2001) no se han comenzado aún con las cimentaciones de las viviendas, cuando las entregas estaban pactadas a 24, 30 y 36 meses del plazo contractual. En definitiva, se afirma, que hasta esa fecha las empresas demuestran muy poca preocupación con el cumplimiento de los plazos determinados por el cronograma de obras por ellas presentados, "*habiendo permanecido meses enteros sin actividad*", (fojas 211- Pieza 1).

Curiosamente, y después de atrasarse durante meses enteros, en oportunidad de notificarles el B.H.U. estos requerimientos las empresas, recién refieren "al tema del relleno" (Pieza 19 -fojas 5.565 vuelto).

Consta en el dictamen del Perito Cr. Pérez un pormenorizado análisis de los informes del B.H.U. y las ponencias de las empresas (Nrales. 101 a 108 pag. 10.367 a 10.370 -P.35).

Son ilustrativos al respecto los documentos de la Pieza 1 -fojas 211, pieza 5- fojas 1.492 y en la pieza 19- fojas 5.561, 5.561 vuelto, 5.562, 5.562 vuelto, 5.563, 5.565, 5.565 vuelto, 5.566 y 5.567.

Existe informe del Arq. Supervisor de Obras Raúl Pérez Benech del 12/8/2002 (pieza 19- fojas 5.565, 5.566 y 5.567), quien observa que a casi un año de firmado el contrato, no hay obras realizadas. Se intima y notifica de esta situación a las empresas quien el día 26 de agosto de 2002, indicando éstas "*plazos y cronograma nuevo por tema de relleno como así su costo.*" Es decir, cronológicamente solicitan un adicional de relleno del terreno como método de justificación por el plazo ya incumplido.

En su informe el Perito expone que lo único que se certifica originalmente es por concepto de honorarios de proyecto, el adelanto financiero, pero no la ejecución de las obras. Recién después de varios meses y recién después que el B.H.U. intima el cumplimiento en la ejecución de las obras, las empresas presentan las solicitudes de considerar adicionales el relleno y el muro, y de que se les apruebe la certificación por el mismo concepto, pero por obras que no se habían hecho, tal

como surge de los informes del inspector de obra (Perez Benech) en base a lo cual antes se le había intimado el cumplimiento.

Ni el relleno ni el muro perimetral son adicionales.

De la pericia practicada por el Arquitecto Vidart surge con total claridad que ni el relleno, ni el muro perimetral constituyen trabajos adicionales, (P. 36- páginas 10.596 a 10.601, 10.607 a 10.609 y muy especialmente 10.614 a 10.616 donde se concluye que no son adicionales).

Estas conclusiones fueron ratificadas por el Perito Arquitecto en audiencia del 28/04/2014 (fs. 11.342 a 11.345-P. 38). Las respuestas del arquitecto Vidart en la referida audiencia son contundentes y por demás ilustrativas sobre el relleno y el muro perimetral.

También las de la audiencia realizada el 26/2/2015 (fs. 11.436 a 11.437-P. 38).

Y sobre el plazo para la ejecución de esas obras, también es claro al afirmar que el plazo debe situarse entre 90 y 120 días calendario (página 10.639).

En la referida audiencia del 28/4/2014 aclara que técnicamente nada justifica el atraso ya que son tareas que se pueden hacer simultáneamente.

El saneamiento externo no modificó los plazos de obra (para 600 viviendas cuando las del B.H.U. eran solo 300).

En el informe (Capítulo V.1.10.- Las obras de Saneamiento en el complejo A-105 a A-108 – Nrales. 121 a 124-fs. 10.374 a 10.375-P.35), a partir del análisis de la documentación del expediente, el Cr. Perito Júpiter Pérez consideró que el Saneamiento Externo fue una modificación adicional de la obra del conjunto arquitectónico A-105 a A-108, y que no se negoció ni estableció alteración de los plazos contractuales por su realización. Los plazos ya habían sido modificados respecto a la oferta original de las empresas. El acuerdo arribado por las partes y que consta en autos no consideró la alteración de los plazos contractuales durante la realización y para la terminación de la obra de Saneamiento Externo.

Por otra parte, el perito arquitecto Vidart en la audiencia del 28/04/2014 expuso un análisis coincidente (fs. 11.342 a 11.345 vto.-P.38).

Esta sentenciante estima que, de las actuaciones arriba mencionadas, surge que el B.H.U. exigió a las empresas a cumplir con el contrato, ya antes de agosto-setiembre de 2002.

Las empresas incumplen el plazo contractual para la ejecución de las obras, ya muchos meses antes a la fecha de análisis de agosto – setiembre 2002, cuyo cumplimiento le fue requerido e intimado por el B.H.U. y es allí que como forma de justificar el incumplimiento, éstas solicitan se les reconozcan como adicionales, el relleno y el muro perimetral y la modificación en el plazo de obra, que como surge del análisis, no corresponde.

El testigo Ernesto Franco Mustagh, a cargo de la gerencia de control arquitectónico desde el 28/12/2004, declaró que no es correcto que las empresas hayan suspendido las obras porque se constató que se siguió trabajando allí, le consta la existencia de atrasos en los Complejos A 105 a 108 y que ubica en el tiempo al año y medio de haber dado comienzo de las obras y que fue superior al 25 % de lo convenido. La única obra que no registró atrasos fue la B 47- San Carlos pero tuvo también adelanto financiero para acopio de materiales, que luego no se pudieron ubicar (fs. 8.207 a 8.217).

Luis Alberto Maltempo, arquitecto del B.H.U., señaló que le consta que hubo pagos al Grupo Barboni cuando era evidente que se encontraba atrasado en el cronograma de diversas obras. Hubo pagos por concepto de acopios, pero los materiales (cuando se le pidieron a las empresas el lugar donde estaban) no fueron encontrados. El monto del rubro por acopio otorgado a las empresas del Grupo Barboni ascendió a un 60 al 70% del total destinado a obra pública del B.H.U. (fs. 8.218 a 8.223).

Jorge Risso González, arquitecto del B.H.U., manifestó que cronológicamente primero se produjo el incumplimiento del grupo por el atraso y luego el incumplimiento del B.H.U. por el atraso en los pagos (fs. 8.226).

Asimismo prestaron declaración la Presidente del B.H.U. en aquél entonces, la Cra. Pérez Montero, el Vicepresidente Cr. Saxlund, integrantes del Jurado, diversos profesionales que colaboraron con Barboni en la construcción de los Complejos Habitacionales, así como diversos funcionarios del Banco, el Presidente de la Cámara de la Construcción, a cuyas declaraciones se remite, a efectos de no dilatar excesivamente este pronunciamiento.

Debe tenerse presente también que el B.H.U. constató que las empresas estaban actuando en los terrenos linderos que eran de su propiedad y donde, inclusive, habían colocado los carteles del B.H.U. y la identificación del B.P.S. que correspondía a la obra del B.H.U., lo que ameritó que éste, conforme lo planteó en su demanda, le intimara la corrección de esa irregularidad.

Con respecto al incumplimiento en el régimen de acopio, incumplimiento al régimen de adelanto financiero realizado por el B.H.U. para acopios de materiales: El Banco invocó en su demanda, el incumplimiento en el régimen de acopios y anticipos para congelar precios (art. 81 citado, fojas 84 vuelto de la pieza 1). La normativa aplicable (pliegos) indica expresamente que el contratista (literal e) indicará "*los locales que destinará para almacenamiento de los acopios en forma de asegurar su perfecta conservación*". Asimismo se previene en el pliego, que "*Queda bien entendido que el importe del anticipo es una parte del precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar por el contratista*". (Pliegos agregados por el B.H.U. con la demanda, ubicados en la Pieza 1 fojas 51 a 194, Documentos 10 a 14).

Surge de los contratos de obra suscritos entre el B.H.U. y las empresas (fojas 6 a 50, pieza número 1, Documentos 1 a 9), que se pactó la mora automática. Por lo que el incumplimiento se origina desde el momento en que las empresas no adquieren materiales con el adelanto financiero para acopio que les otorgó el B.H.U. (29/8/2001).

El Perito Cr. Júpiter Pérez entiende que el anticipo dado por el B.H.U. es un activo de la institución (Informe Nrales. 44/47-fs. 10.344 a 10.347-P.35).

Con fecha 3 de noviembre de 2003, el Banco Hipotecario cita a las empresas para que indiquen los locales destinados al almacenamiento de los materiales que supuestamente habían sido comprados en el mes de agosto de 2001, de acuerdo al detalle de los certificados de obra abonados y las facturas emitidas por las empresas. (Informe Nral. 171 página 10.396)

En expediente administrativo 777.024 (Pieza 3 fs. 714 y siguientes) el Arq. Luis Maltempo del B.H.U. da cuenta de los acopios efectuados al Grupo Barboni (31.10.2003) y sus montos.

Posteriormente, el día 3.11.2003 se resuelve que el Grupo debe indicar los locales destinados al almacenamiento de los materiales acopiados.

Según informe del Arq. Mario Glisenti, la contestación efectuada por Barboni el día 6.11.2003 no es de recibo, en tanto no se pronuncia sobre el lugar de depósito y/o proveedor, así como facturas de compra y recibos.

El Grupo Barboni contesta en expediente 777.144 (Pieza 2, fs. 311 y siguientes del expediente judicial) que: *“Los materiales que aún no se han incorporado a las obras se encuentran en los locales de nuestros proveedores.”* Ante esta contestación, el B.H.U. intimó a Barboni a que indicara cuál era dicho lugar, (conforme lo establecido en el literal e) del artículo 81 del pliego, página 25 del informe). A pesar de esta intimación, nada se contesta por parte de la empresa contratista.

Contractualmente, el contratista tenía la obligación de comprar con el anticipo obtenido los materiales que informó y que concomitantemente facturó al B.H.U. y que de acuerdo al informe del Cr. Pérez le transfirió la propiedad de los mismos constituyendo un activo del banco y que, económicamente, éste puede disponer del mismo.

Al resultar del adelanto financiero el cumplimiento por parte del B.H.U. de la obligación de pago (*“... el importe del anticipo es una parte del precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar por el contratista”*), es una cantidad de dinero ya percibida por el contratista y que genera un crédito a favor del B.H.U.

En atención al incumplimiento constatado del contratista en cuanto a su obligación de acopiar, el Directorio del B.H.U. resolvió en Acta 13.890 (agregada en la pieza 3 a fs. 724):

- 1.- Aplicar las sanciones previstas en los arts. 50 num. 2 del Pliego de julio de 1986 y 68 num. 2) del Pliego de 1994 a las empresas constructoras de los Conjuntos Habitacionales A 105, 106, 107, 108 y B- 47.
- 2.- Disponer que se aplique la cláusula de compensación incluida en los contratos de arrendamiento de las obras de los complejos referidos.

El dinero entregado para acopio de materiales, conforme lo informa el perito arquitecto, fue del orden de USD 3.000.000 (tres millones de dólares), cifra que coincide con la manifestada por el perito Contador en pesos uruguayos (fs. 10.396-P.35).

En la ampliación presentada por el Arq. Vidart (escrito del 22 mayo de 2014) que consta en el expediente, respecto a los materiales para los que se le había otorgado a las empresas el adelanto financiero, contesta: *“El detalle de los materiales para los cuales se realizaron adelantos figura a fs. 235 a 261 del Expediente Judicial. El monto total de los adelantos para todas las obras en que se los realizó (CH A 106, 106, 107, y 108 y CH B 47) fue de aproximadamente unos U\$S.3000.000 (tres millones de dólares). Cuando se suspenden las obras, se habían incorporado a las mismas, materiales por un valor aproximado a U\$S1.000.000 (un millón de dólares) (desacopios) restando un saldo de unos dos millones de dólares a desacopiar en el transcurso de los trabajos. Salvo para el caso del depósito de materiales para confección de aberturas de aluminio, no figuran en el expediente detalles de lugar de depósito del resto de los materiales acopiados. Todo lo referente al depósito de aluminio se ha informado en las páginas 93 a 95 del dictamen pericial. De acuerdo a las facturas manejadas, el valor de esos materiales ascendía a unos U\$S 36.000 (dólares treinta y seis mil). En las diferentes obras no se detectó la existencia de materiales acopiados.”*

También en la audiencia del 26/2/2015 reiteró dichas afirmaciones.

De lo expresado por Vidart se concluye que las empresas incumplieron con el régimen de acopio de materiales. El B.H.U. entregó U\$S3.000.000, de los cuales

sólo se aplicaron (desacopio) U\$S 1.000.000, restando casi U\$S2.000.000 en poder del contratista, dinero cuyo destino, que debió ser únicamente para el acopio de materiales, las empresas no justificaron – salvo aluminios por valor U\$S 36.000 –.

En resumen, el incumplimiento se mantuvo en el tiempo desde el 29 de agosto de 2001, fecha en la que se empiezan a abonar los certificados con anticipos para el acopio de materiales.

Si sumamos al incumplimiento, la trascendencia económica del monto del adelanto, se puede afirmar que las empresas incurrieron en incumplimiento grave.

Asimismo, que actuaron con comodidad financiera que también se verifica, primero, en el precio en que compra y casi simultáneamente después (en el caso del padrón de Rocha) vende al Banco el terreno, y en segundo lugar que el Saneamiento Externo no sólo se aprueba para las 300 viviendas del B.H.U., sino para 600 viviendas (un 100 % más), en terreno contiguo propiedad de las mismas empresas y empresario.

Cabe concluir entonces que las empresas ya habían incumplido antes de la fecha analizada (julio, agosto- setiembre 2002), señalada por éstas como de incumplimiento del B.H.U. y debe tenerse presente que el Banco ya había adelantado a cuenta del precio, una cantidad varias veces mayor. Los pagos que se requieren son por conceptos que no correspondían (relleno y muro perimetral que no serían adicionales conforme la pericia arquitectónica).

Sin perjuicio de entender o no que el retardo en los pagos posterior a setiembre de 2002 estaría justificado por una razón de fuerza mayor y de notoriedad pública, como lo fue la crisis bancaria y en especial la insolvencia del B.H.U., debe tenerse presente que el B.H.U. opuso la excepción de contrato no cumplido a la reconvencción deducida por las Empresas.

La compensación automática está inserta en todos los contratos suscritos por el B.H.U. con los demandados, en los cuales se dispone: “el BHU queda autorizado a compensar automáticamente sin previa comunicación, las cantidades liquidas y exigibles que los deudores le adeuden, imputando al pago de las mismas las sumas que por cualquier concepto actualmente o en el futuro tengan a percibir de dicha institución, aún cuando éstas no sean líquidas y exigibles.”

Apreciados los dictámenes periciales, racionalmente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esta sentenciante considera que no existe mérito para apartarse de los mismos (art. 184 C.G.P.).

Si bien la demandada impugnó el dictamen, en ningún momento solicitó la realización de una nueva pericia.

Se comparte en tal sentido lo sostenido por el T.C.A. en la sentencia No 764 del 15/10/2015: “...Sin embargo, a juicio de la Sede, está claramente probado en obrados que las empresas no cumplieron con la obligación a su cargo de indicar los locales destinados al almacenamiento de los materiales acopiados en el mes de agosto de 2001.

En efecto, emerge de los antecedentes previamente reseñados que la actora no respondió satisfactoriamente a las intimaciones que le fueran realizadas a efectos de brindar información respecto de dónde estaban acopiados los materiales, además de indicar quiénes eran los proveedores y de presentar las facturas y recibos.

Tal como señala en su voto la Ministra Dra. SASSÓN: *“Con ese obrar (se) incumplió lo establecido en el art. 63 núm. 2° del Pliego de Condiciones Administrativas y Legales particular para Concursos, Licitaciones y Anteproyectos, de julio de 1986, y en el art. 81 núm. 2° del Pliego General de Condiciones Administrativas y Legales, de agosto de 1994 (fs. 624 Fa. 2/06), respecto a que los anticipos para acopios conforman una parte del precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar por el contratista.*

Y los accionantes no pueden oponerse a la compensación de esas sumas desde que en la Cláusula 16ª de los contratos se establece que el BHU “queda autorizado a compensar automáticamente, sin previa comunicación, las cantidades líquidas y exigibles que los deudores le adeuden, imputando al pago de las mismas las sumas que por cualquier concepto actualmente o en el futuro tengan a percibir de dicha institución, aun cuando éstas no sean líquidas y/o exigibles” (fs. 60 y ss. Fa. 2/06). (...)

En resumidas cuentas, lo que sí se probó es que en el año 2001 (apenas comenzadas las obras) el BHU anticipó un significativo porcentaje del precio de la obra para los acopios, dinero que la empresa contratista recibió y no devolvió, y tampoco acreditó dónde se encontraban aquellos materiales que no habían sido utilizados para las obras.

La conducta del contratista al no cumplir con una obligación asumida configura incumplimiento culpable, lo que constituye causa suficiente para que el BHU rescinda en forma unilateral los contratos celebrados conforme a lo estatuido por el art. 68 del Pliego de 1986 (fs. 404 Fa. 2/06) y por el art. 86 del Pliego de 1994 (fs. 629 Fa. 2/06)”.

En tal sentido, de acuerdo a lo previsto en los referidos pliegos, los montos que el contratista percibe para acopio de materiales solo deben ser empleados para la adquisición de tales bienes, y se descuentan del precio de la obra cuando se incorporan a la misma (“desacopio”); hasta que se produce tal incorporación, el contratista es depositario de los materiales, por lo que debe cumplir con las obligaciones de tal.

En particular, el ya referido art. 81, núm. 2°, del Pliego del año 1994, al prever la potestad del B.H.U. de efectuar anticipos para acopios de materiales, establece los requisitos de la solicitud de anticipo que el contratista debe indicar, tales como: lista de materiales a acopiar, monto y cantidades físicas de los mismos, porcentaje de incidencia de cada material en los rubros para cuya ejecución se solicita el acopio, porcentaje de material a acopiar, indicación de los locales que destinará para el almacenamiento de los acopios en forma de asegurar su perfecta conservación.

En el caso, el BHU efectuó adelantos a cuenta del precio, con el objeto de que se acopiaran los materiales necesarios para las obras. Tiempo más tarde, la Gerencia

de Arquitectura solicitó al Grupo Barboni que indicara los locales donde se encontraban los materiales, ante lo cual éste respondió que se encontraban “*en los locales de los proveedores*”. Ante tal respuesta, que bien puede calificarse de evasiva, se intimó a la contratista la indicación de los proveedores y la exhibición de las facturas, intimación que no fue contestada.

En función de la falta de respuesta a las intimaciones, que suponían un incumplimiento contractual pasible de multas, el B.H.U. por Resolución de fecha 9 de diciembre de 2003 dispuso la aplicación de la cláusula de compensación incluida en los contratos, para compensar los certificados de obras, presentados por el Grupo Barboni, con las multas impuestas a éste y el adelanto financiero no utilizado a esos fines. Tratándose de una compensación convencional, la misma se verifica de acuerdo a lo pactado, independientemente de que se cumplan o no todos los requisitos previstos para que opere la compensación legal.

En suma, resulta acreditado en obrados el incumplimiento de las actoras en relación al régimen de acopio de materiales, en el cual se fundara la Administración para disponer la rescisión de los contratos.”

“... Sobre el punto, estima el Tribunal que efectivamente se produjo un atraso en relación a los cronogramas de obras. De ello se dio cuenta por parte de la División de Asistencia Técnica en informe producido en el año 2003, en el que se comunicaba al Directorio que las obras correspondientes a los Complejos Habitacionales A 105, A 106, A 107, A 108 y B 47 registraban atrasos en los cronogramas de obras respectivos.

El atraso emerge, asimismo, de la pericia contable producida en el juicio civil, en la que se señalara que, tomando en cuenta todas las obras, se observaba que la inversión real acumulada a agosto de 2002 era el 69% de lo proyectado, es decir, un 31% por debajo de lo que indicaban los cronogramas de obras (fs. 262 y ss. cit.)...

Cabe concluir entonces que los incumplimientos de las empresas co-contratantes, en los cuales se fundó la rescisión de los contratos dispuesta unilateralmente por la Administración, se encuentran acreditados en obrados.” (fs. 11.461 a 11.462 vto.-P. 38).

Se comparte también lo sostenido por el T.C.A. en su Sentencia No 564 del 6/10/2016 en cuanto a que: “...las aclaraciones y ampliaciones de los peritos en nada modifican lo que éstos informaron en sus respectivos dictámenes...” (fs. 11.478-P. 38).

Se impone entonces amparar parcialmente la demanda y desestimar la reconvencción deducida, punto éste último que volverá a ser tratado en el Considerando VII).

VI) Determinada la imputabilidad del incumplimiento, se pasará a examinar el reclamo de la parte actora por concepto de cobro de pesos y los daños y perjuicios

impetrados en la demanda.

De acuerdo al art. 1341 del C. Civil los daños solo se deben cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación.

El art. 1342 del referido Código dispone: “El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución, aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable.”

“Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por la ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro de que se le ha privado, con las modificaciones de los artículos siguientes.” (art. 1345 C. Civil).

Se hará lugar parcialmente al cobro de pesos solicitado por el B.H.U. con respecto al crédito reclamado (nal. 69 de la demanda-fs. 450 vto. a 451-P. 2), cuya liquidación se difiere a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P. (conforme ha sido solicitado por la propia actora), sobre las bases establecidas por los Sres. Peritos en sus dictámenes y ampliaciones respectivas.

Debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el crédito que tiene el Banco por el adelanto financiero respecto del cual no se hizo el acopio de materiales, las multas por el incumplimiento cuando correspondan y aplicarse la cláusula de compensación inserta en todos los contratos de obra celebrados (por las cuales se produce la compensación de las sumas objeto de adelanto financiero con los certificados por avance de obras requerido por el contratista); liquidar la relación económica financiera BHU-Empresas por obra.

Corresponde tener presente que el relleno y el muro perimetral en las obras de los CH A- 105 a A- 108 no son considerados adicionales por lo que no corresponde prórroga del plazo para su realización.

Asimismo, se hará lugar al reclamo por concepto de daño emergente (gastos de mantenimiento, conservación y vigilancia de las obras, pagos por tributos nacionales y departamentales que recaen respecto a los inmuebles por no poder haberlos enajenado y mayores costos de terminación de las obras), cuya liquidación se difiere también al procedimiento previsto en el art. 378.1 del C.G.P., conforme ha sido peticionado por el propio demandante, sobre las bases expuestas por el Sr. Perito Arquitecto en su informe (fs. 10.575 a 10.587-P. 36).

A dichas sumas deberán adicionarse los reajustes previstos por el D. Ley No 14.500 e intereses legales desde la fecha de la demanda.

Por concepto de lucro cesante se reclama las pérdidas ocasionadas al B.H.U. como propietario por la no entrega de las obras en tiempo y forma y como consecuencia la imposibilidad de su venta y comienzo del proceso de amortización y recuperación del capital invertido en las mismas y los intereses aplicables.

El lucro cesante ha sido definido como la pérdida de ganancias no ingresadas todavía al patrimonio del damnificado, pero que hubieran sido adquiridas de no mediar el hecho ilícito (Cf. Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T.XXIV, pág. 101).

La aplicación de las reglas de normalidad y regularidad conduce a suponer que la situación presente (destruida por el hecho ilícito) habría continuado desarrollándose en la misma forma en el futuro.

No se hará lugar a este rubro por considerar esta decisora que no se ha acreditado debidamente.

Tampoco se amparará la pretensión indemnizatoria por concepto de daño moral.

En casos como el de autos, en que reclama daño moral una persona jurídica, éste no opera "in re ipsa" sino que debe ser acreditado, lo cual no ha sucedido en el sub-causa.

VII) RECONVENCION:

Las empresas demandadas al contestar la demanda reconviene, solicitando se declaren rescindidos los contratos por incumplimiento doloso del B.H.U. y se le condene al pago de los rubros impetrados (fs. 4.916 y sgtes.-P. 17).

La reconvención se funda entonces en el alegado incumplimiento contractual por parte del B.H.U., al que califica de doloso.

Sostiene la parte demandada que en la especie, ha existido un conjunto de incumplimientos en las obligaciones de pago respecto a certificados de obra aprobados que dieron lugar a la decisión de las empresas que representa de suspender las obras de acuerdo a lo establecido en el art. 83 del Pliego.

Entienden que al B.H.U. le corresponde: 1) Abonar las indemnizaciones por atrasos en los pagos, que el propio Pliego establece taxativamente en el art. 83. 2) Debe abonar las sumas de dinero no pagadas correspondientes a certificados de obra realizada. 3) El B.H.U. está obligado a reparar un conjunto de daños que han sufrido las diferentes empresas contratistas con motivo del enlentecimiento de las obras dispuestas por el B.H.U., la suspensión de obra dispuesta por sus representadas y por el propio B.H.U. después y finalmente, la rescisión por decisión unilateral del B.H.U., incluido el daño emergente y el lucro cesante. 4) Le corresponde la devolución de las garantías y reintegro de dinero retenido a las empresas contratistas con motivo de no continuarse la ejecución de las obras, más la indemnización por su no devolución. 5) La indemnización por la falta de terminación de la obra de los CH A-105 – A-108, el pago de la multa por resistirse al arbitraje sobre el relleno y muro perimetral, el pago de honorarios del CH 284 y el daño moral.

El B.H.U. interpone la litispendencia como defensa de fondo al contestar la reconvencción deducida por los demandados.

La parte actora funda la misma en que la contraria se presentó ante el T.C.A. con anterioridad, solicitando la anulación del acto administrativo que dispuso la rescisión de los contratos, por lo que entiende que no puede posteriormente deducir reconvencción en vía judicial impetrando una nueva declaración de rescisión por incumplimiento de contrato.

La litispendencia ha sido definida como “Situación procesal que surge cuando se siguen dos o más procesos idénticos en sus sujetos, objeto y causa.” (Couture “Vocabulario Jurídico”, pág. 406).

Conforme ha sostenido el Dr. Véscovi “El presupuesto para que proceda esta excepción es la existencia de un juicio idéntico al iniciado contra el demandado que esgrime otra defensa que esté pendiente en el momento y que sea anterior.” (Véscovi y colaboradores, “Código General del Proceso”, t. 3, pág. 365 y sgtes).

Tradicionalmente se ha sostenido que debe darse la regla de la triple identidad: sujeto, objeto y causa.

Con respecto a los límites subjetivos alcanza a quienes han sido partes en el juicio.

Cuando se habla de objeto se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. Y la llamada “causa petendi” es la razón de la pretensión o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

Además la otra causa debe estar pendiente, o sea que ya se haya iniciado y no haya concluido.

“En general se admite que, para que haya otra causa pendiente, basta que esté presentada la demanda, sin que sea necesario que esté trabada la litis a través de la notificación y emplazamiento.” (Véscovi, ob. cit. pág. 68).

Se exige también que el otro juicio donde se persigue idéntica pretensión sea anterior a aquél en el cual se opone la excepción o defensa.

El principio de prevención determina que el proceso debe seguirse en el juicio que se inició con anterioridad y ante el Juez que conoce del mismo.

A criterio de esta decisora, en el caso sometido a estudio no nos encontramos ante una litispendencia.

Los demandados se presentaron ante el T.C.A. solicitando que se declare la nulidad del acto administrativo dispuesto por el B.H.U. (Resolución No 410/2005) por el cual rescindió los contratos de arrendamiento de obra celebrados con los demandados por incumplimiento de éstos, fundándose en que se violaron las garantías del debido proceso porque no se les confirió vista previa de los informes en que se basa la misma y por entender que ellos no incumplieron.

En el presente juicio deduce reconvenición solicitando se declare la rescisión de los contratos celebrados por incumplimiento del B.H.U. y se le indemnice los daños y perjuicios que se le ocasionaron por dicho incumplimiento.

El objeto de ambos juicios es diferente y prueba de ello es que el T.C.A. no abordó el examen del alegado incumplimiento que sería imputable a la Administración. De lo contrario, dicho punto no sería examinado ni por el T.C.A. ni por la justicia ordinaria.

No se da la triple identidad requerida.

Se desestimaré entonces la litispendencia opuesta como defensa de fondo por el B.H.U. al contestar la reconvenición.

Sin perjuicio de ello, por los fundamentos expuestos en el Considerando V), la suscrita llega a la convicción de que quien ha incumplido primero fue la parte demandada: en la ejecución de las obras y en el adelanto financiero a cuenta del precio contratado, con destino a acopiar materiales.

En efecto, se reitera que según los propios demandados, el Banco habría empezado a atrasarse en los pagos en agosto/setiembre de 2002 pero a esa fecha ya se había dado el incumplimiento de las empresas.

Como ha sostenido el T.C.A., “lo que sí se probó es que en el año 2001 (apenas comenzadas las obras), el BHU anticipó un significativo porcentaje del precio de la obra para los acopios, dinero que la empresa contratista recibió y no devolvió, y tampoco acreditó donde se encontraban aquellos materiales que no habían sido utilizados para las obras....”

A la fecha indicada por las propias empresas como que habría empezado a incumplir la Institución actora, el B.H.U. ya había pago “a cuenta del precio”, una suma de dinero (adelanto financiero para acopio de materiales) por un monto varias veces mayor que el que se venía solicitando y los pagos que se reclamaban por las empresas en esas fechas lo eran por conceptos no aprobados y por ende no certificados al no corresponder considerar adicional el relleno y el muro perimetral, tal como concluye el perito arquitecto Vidart en su dictamen.

Conforme a lo ya expuesto en el Considerando V), el B.H.U. exigió a las empresas a cumplir con el contrato, ya antes de agosto setiembre de 2002. Estas incumplen el plazo contractual para la ejecución de las obras, ya muchos meses antes a la fecha de análisis de agosto – setiembre 2002, cuyo cumplimiento le fue requerido e intimado por el B.H.U. y es allí que como forma de justificar el incumplimiento, las empresas solicitan se les reconozcan como adicionales, el relleno y el muro perimetral y la modificación en el plazo de obra, que como surge del análisis anteriormente realizado, no corresponde.

Por otra parte, se reitera que el B.H.U. constató que las demandadas estaban actuando en los terrenos linderos que eran de su propiedad y donde, inclusive, habían colocado los carteles del B.H.U. y la identificación del B.P.S. que correspondía a la obra del B.H.U., lo que ameritó que éste, conforme lo planteó en su demanda, le intimara la corrección de esa la irregularidad.

La fecha de incumplimiento respecto del adelanto financiero puede situarse en agosto de 2001.

De la lectura de los contratos de obra suscritos entre el B.H.U. y las empresas (fojas 6 a 50, pieza número 1, Documentos 1 a 9), surge que se pactó la mora automática. Por lo que el incumplimiento se origina desde el momento en que las empresas no adquieren materiales con el adelanto financiero para acopio que les otorgó el B.H.U.

Se coincide con el Perito Contador en cuanto a que el anticipo dado por el B.H.U. es un activo de la institución (Informe Nrales. 44/47 páginas 24 a 26).

Contractualmente, el contratista tenía la obligación de comprar con el anticipo obtenido los materiales que informó y que concomitantemente facturó al B.H.U. transfiriéndole la propiedad de los mismos constituyendo un activo del banco y que, económicamente, éste puede disponer del mismo.

Al resultar el adelanto financiero el cumplimiento por parte del B.H.U. de la obligación de pago (“... *el importe del anticipo es una parte del precio contratado que se abona a cuenta de los trabajos a realizar por el contratista*”), es una cantidad de dinero ya percibida por el contratista y que genera un crédito a favor de la Institución.

El dinero entregado para acopio de materiales, conforme lo informa el perito arquitecto, fue del orden de U\$S 3.000.000.

Las empresas incumplieron entonces con el régimen de acopio de materiales.

El BHU entregó U\$S3.000.000, de los cuales sólo se aplicaron (desacopio) U\$S 1.000.000, restando U\$S 2.000.000 en poder del contratista, dinero cuyo destino que debió ser únicamente para el acopio de materiales, las empresas no justificaron – salvo aluminios por valor U\$S 36.000 –.

En definitiva, el incumplimiento se mantuvo en el tiempo desde el 29 de agosto de 2001, fecha en la que se empiezan a abonar los certificados con anticipos para el acopio de materiales.

Cabe concluir entonces que las empresas ya habían incumplido antes de la fecha analizada (agosto setiembre 2002), señalada por éstas como que empieza a incumplir el B.H.U., pero que no corresponde considerar como incumplimiento del B.H.U. porque el Banco ya había adelantado a cuenta del precio, una cantidad varias veces mayor.

Los pagos que se requieren son por conceptos que no correspondían (relleno y muro perimetral que no serían adicionales conforme la pericia arquitectónica), habiéndose pactado la compensación automática.

Corresponde tener presente también que el B.H.U. opuso la excepción de contrato no cumplido al contestar la reconvenición, estando habilitado para ello en virtud del incumplimiento en que incurrieron las empresas en forma previa.

La excepción de contrato no cumplido funciona en los contratos bilaterales y ante el incumplimiento de una obligación que emerge de éstos, habilita a incumplir la obligación pendiente de la otra parte.

Debe tratarse de un incumplimiento previo y grave de la contraparte.

Al respecto ha sostenido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno:

“...Para que tal defensa resulte procedente, siguiendo las enseñanzas de Gamarra (Tratado..., t. XVIII, 1977, p. 97) deben reunirse los siguientes requisitos: 1) contrato bilateral; 2) que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca o interdependiente; 3) que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término; 4) que la excepción se ajuste al principio de buena fe.

....A juicio del Tribunal al resultar probado el incumplimiento de la obligación sinalagmática a cargo de la parte actora promitente vendedora corresponde acoger la excepción de contrato no cumplido y tener por justificado el incumplimiento de la parte demandada promitente compradora (Trib. Civ. 6º, Sentencia No 128.21.5.2008. Martínez Rosso (red.), Klett, Hounie-Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXIX, caso 345, pág. 198).

Se impone entonces, desestimar la reconvenición deducida.

VII) Respecto a la solicitud de ampliar los honorarios de los Peritos intervinientes, punto que quedó para ser resuelto en la sentencia definitiva (resolución No 179/2013 del 18/2/2013-fs. 10.751 a 10.755-P. 36), no se hará lugar a la misma.

Los honorarios de los peritos fueron acordados entre éstos y las partes en la audiencia celebrada por la suscrita el 9/12/2009 (acta de fs. 9.551-P. 32).

En ésta se acordó que los honorarios serían de 9.000 U.R. más IVA para el Cr. Júpiter Pérez y de 6.000 U.R. más IVA para el Arquitecto Vidart, abonándose a razón del 50 % para cada parte, pagaderos un tercio al inicio de la pericia, un tercio en oportunidad de entregar el informe pericial y un tercio en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

Sin dejar de reconocer la complejidad y el tiempo que insumió la realización de las pericias dispuestas, los honorarios fueron acordados en audiencia por las partes y los Sres. Peritos, luego de haber convenido también la forma en que se iba a realizar la pericia, por lo que esta decisora considera que no corresponde acceder a lo petitionado por éstos de aumentar sus honorarios, debiendo estarse a lo acordado, por lo cual deberán las partes hacer entrega a los mismos del saldo restante.

IX) No existe mérito suficiente, en la especie, a criterio de esta decisora, para imponer especiales sanciones causídicas en el grado (arts. 688 C. Civil y 56 C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos y disposiciones legales citadas,

FALLO:

Ampárase parcialmente la demanda y en su mérito, hácese lugar al cobro de pesos solicitado por el B.H.U., condenándose a los demandados, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación se difiere a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P., según las pautas establecidas en el Considerando VI).

Asimismo, se hace lugar a la indemnización por daño emergente, condenándose a las demandadas, en forma solidaria, a abonar una suma de dinero cuya liquidación

se difiere también a la vía prevista en el art. 378.1 del C.G.P., según las bases establecidas en el Considerando VI). A dichas sumas deberán adicionarse los reajustes previstos por el Decreto-Ley No 14.500 y los intereses legales desde la fecha de la demanda. Sin especiales sanciones causídicas en el grado.

Desestímase la litispendencia opuesta por el B.H.U. como defensa de fondo respecto a la reconvención deducida por los accionados, así como el reclamo por concepto de lucro cesante y daño moral petitionado por la demandante.

Desestímase la reconvención deducida.

Desestímase la petición de los Sres. Peritos de aumentar sus honorarios.

Ejecutoriada, cúmplase y oportunamente, archívense.

Estímanse los honorarios fictos, a los solos efectos fiscales en \$ 50.000.

Marta GOMEZ HAEDO ALONSO
