En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"E., R. A. c/ S., J. G. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 552/11**, venidos del Juzgado de Ejecución nro. 2 (expte. nro. 1119/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 463), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 426/432vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

El Sr. Juez de la instancia de grado admitió la demanda promovida por R. A. E. y en consecuencia condenó al demandado J. G. S. a abonar al actor la suma trece mil ochocientos tres pesos con ochenta y nueve centavos, con más sus intereses de conformidad con el considerando respectivo, en el plazo de diez días de firme o consentida la presente.

Impuso las costas del proceso a la parte demandada, y reguló los honorarios.

Tal decisión es motivo de apelación por parte del

demandado.

Admitido el recurso y elevados los autos a esta instancia, cumple el apelante con la carga procesal. (art. 262 y 263 del CPCCCh)

Se agravia el recurrente porque se condena a su representado al pago de una suma de dinero que excede injustificadamente el valor de la prestación que se imputa no haber cumplido. Así, luego de efectuar un relato de las causas que originaron la controversia, entiende que el error del actor fue incluir en el reintegro de los gastos en que incurrió para dejar la cosa en el estado en que debía ser entregada, prestaciones ajenas a la que tenía a cargo el constructor y no justificar adecuadamente el importe que reclamó por este rubro.

Agrega que los presupuestos presentados de carpintería y materiales no detallan el objeto de la compra ni la relación con la obra presupuestada.

Resalta que todo ello fue materia de desconocimiento e impugnación al contestar la demanda, y si bien alguna documentación fue reconocida ello no implica acreditar la relación entre los materiales y la restauración.

Menciona el reconocimiento de S. de tareas totalmente ajenas al presupuesto.

Agrega que no se tuvo en cuenta toda la obra realizada por S. Por todo ello concluye que el fallo es incongruente.

Indica como segundo error la omisión de análisis del pago parcial al acreedor, ya que el mismo actor reconoce que abonó el 80% de la obra, no obstante por daño compensatorio reclamó el 100% y el sentenciante lo acordó.

El tercer error -indica- es la indemnización infundada con relación al daño moral toda vez que el caso de autos no cumple con los presupuestos que se exigen para la indemnización por este rubro.

Como cuarto error enuncia la distribución de las costas. Alude al art. 72 CPCCCh y arguye que se desestimó el daño compensatorio por crédito bancario y moratorio cuantificado, no obstante, se impusieron las costas al demandado. Agrega que se regularon los honorarios al actor en porcentaje superior al tope legal. Solicita se aplique el art. 72 CPCCCh y se adecuen los honorarios.

Se corre traslado y pasan los autos a sentencia.

Arribó firme a esta instancia la relación que existió entre las partes, así como el incumplimiento del demandado de lo acordado.

Los agravios se refieren a las indemnizaciones otorgadas por el sentenciante y si bien es preciso para dar respuesta a la queja cotejar el plexo probatorio, más allá de lo que vengo sosteniendo con apoyo doctrinal a lo que emerge del art. 390 del CPCCCh, en esta circunstancia se hace imprescindible el cotejo de lo requerido y probado.

No se cuestiona la existencia de la relación que unió a las partes, ni la obligación ante el incumplimiento del demandado de reparar los daños, pero sí los montos acordados.

Observo, en principio, que el presupuesto de carpintería (fs. 146) determina una suma inferior a la que alega el quejoso y en el mismo se indica cuáles son las tareas a realizar.

Presupuesto que si bien no fue objeto de reconocimiento no fue merituado por el Sr. Juez al

momento de fijar el monto indemnizatorio por tal rubro, toda vez que solo hace mención a la documentación de fs. 161/165 y 169/179.

Y efectuadas las sumas de los gastos acreditados, los mismos resultan superiores al monto que otorgó el sentenciante, pues si bien se limita a sostener que procede la indemnización por este rubro, sin determinarlo, la conclusión a la que arribo se desprende del monto total otorgado.

Ninguna recepción tendrá el argumento sobre el monto que ordena pagar, el que es superior al valor de lo convenido, toda vez que no solo transcurrieron entre el 1-6-2005 en que se firmó el acuerdo y la fecha de entrega y el dictado de la presente, más de 6 años, sino que el pago total se acordó para el cumplimiento de la obligación, la que no se efectuó, de allí que no corresponda compensación alguna

Con relación al daño moral el mismo fue peticionado con fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales.

Al contestar, el demandado resalta que E. no ha descrito un solo hecho que represente una auténtica alteración disvaliosa anímica, emocional o espiritual con entidad suficiente del daño moral.

Sostuvo la Suprema Corte: "para que sea indemnizable en materia contractual el daño moral, se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica, lo que no debe ni puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios" (Ac. 42.356 en Sumarios de los fallos...junio de 1990, pág. 8, N° 52; arg. art. 522, Cód. Civil).

En materia contractual el daño moral es de

interpretación restrictiva para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva, porque toda operación de esta índole contiene un riesgo de frustración (SCBA, Ac. 35.57 9 del 22-4-86).

Para que sea admisible se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad, lo que entiendo se ha probado si nos atenemos a la innegable afectación moral producida ante la falta de cumplimiento de la entrega de la vivienda en la forma pactada, y las consecuencias que ello le acarreó.

En el expediente N° 1128, sobre beneficio de litigar sin gastos la Sra. P. M. declaró que el actor vive con la familia de la deponente, tres hijos, su esposo, un nieto del Sr. E., y una hija suya.

Ello se vio corroborado por el informe social de fs. 120/121, de allí lo relevante que constituía para el actor la construcción de la vivienda prefabricada, no pudiendo merituarse en su extensión aunque sí la angustia que la situación ante el incumplimiento le generó.

Y ante ello no cabe duda alguna que el accionante ha sufrido una intranquilidad de espíritu, máxime cuando tal como surge de la prueba incorporada debió habitar -reitero- en casa de los padres de su pareja y ver frustradas sus expectativas de lograr una vivienda propia y estabilidad emocional y física para el grupo familiar.

Se ha resuelto que es procedente su resarcimiento (daño moral) y se ha valorado como daño moral resarcible la frustración experimentada por los compradores de su expectativa de contar con vivienda propia (Daniel Ramón Pizarro, “Daño Moral”, pág. 542).

Sin desconocer que dicho rubro es asumido con cierta circunspección por la jurisprudencia, vale recordar que media en la actualidad una vigorosa reacción doctrinaria al respecto (Ghersi en "La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual", Revista de Derecho de Daños, N° 6, p. 53 y ss.; particularmente, ps. 58 y ss., 62 y ss., 66 y ss.; véase, asimismo, mi reciente voto minoritario, in re: "Coifil v. Banco Prov. del Neuquén" -Sala II, PS.T°V-F° 908/934-N°151.-, y en ese mismo sentido el precedente -también en minoría- in re: "Nicosia Aguilera v. Video Drome", también de esta misma Sala, expte. N° 312055; Sala II, sentencia def. del 22/03/07). Pero, más allá de esos aspectos generales, lo cierto es que los tribunales han reconocido en el caso -y en otros parecidos- la procedencia del reclamo a partir del convencimiento de hallarse ante un daño cierto que, en consonancia con el precepto de integralidad de la reparación antes aludido, por fuerza ha de resarcirse y, así por ejemplo, se ha sostenido: "Procede la indemnización en concepto de daño moral cuando el incumplimiento contractual provoca perturbaciones asimilables a una lesión en los sentimientos personales -como acontece en el caso-, al tratarse de la ruptura de un contrato de locación de obra para construir una vivienda de características modestas -no suntuarias-, donde resultó injustificada la mora de la empresa constructora y a más se verifica que no obstante carecer de recursos económicos, el locatario accionante, no solo pagó la mayor cantidad de cuotas para obtener la vivienda, sino que además se vio obligado a recurrir a terceros para su terminación" "Girgenti Carlos c/ Empresa Constructora Constantino

SRL s/ ordinario" (LL 11.9.95-93526); Mag.: DI TELLA - MONTI - Fecha: 06/07/1994; LD, íd., n° 8. "Perez Celia Susana c/ Constr Roca S.R.L Vvdas. Industr.", 5-feb-2008 - Fallos - Cámara Civil de Neuquén - MJ-JU-M-21383-AR - MJJ21383 - MJJ21383).

En punto a la distribución de las costas cuya modificación reclama, tampoco ha de prosperar.

El código de procedimiento de la provincia en el art. 69 CPCCCh, establece que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria y la jurisprudencia ha establecido como principio general que, en los procesos por indemnización de daños y perjuicios de origen contractual o extracontractual, las costas integran el resarcimiento aunque la demanda no prospere en su totalidad.

Son gastos necesarios, por lo que las costas conforman un daño que el responsable también debe soportar. En tal sentido se ha señalado que en materia de controversias que versan sobre reclamos indemnizatorios, las costas deben ser soportadas por el responsable del daño inferido, con abstracción de que las reclamaciones del perjudicado no hayan progresado íntegramente con relación a la totalidad de los rubros indemnizatorios, ya que la visión de vencido debe ser fijada con una visión global ("Condena en Costas en el Proceso Civil", Loutayf Ranea, pág. 403).

Conceptos que comparto y que son de aplicación en este caso puntual, pues en autos sin perjuicio de los rubros rechazados, se admitió la demanda en lo sustancial, a lo que debe agregarse que ha sido la actitud del demandado quien ha permitido que se transite por estas instancias.

Las costas de esta instancia y por el principio

objetivo de la derrota deben ser soportadas por el apelante vencido.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia de fs. 426/432vta.

2) Impone las costas al vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A.) A fs. 455/459vta. obran glosados los agravios expuestos por la parte demandada, habiéndose conferido traslado de los mismos a fs. 460, estos no fueron contestados por la parte actora.

Observo que han llegado firme a esta instancia por falta de agravio las decisiones del juez en cuanto, encuadrando la relación que vinculaba a las partes en los arts. 1494 y 1198 del Código Civil, entendió que existió incumplimiento de parte del demandado en las

obligaciones contraídas con el actor, rechazó la indemnización del préstamo bancario y de los daños moratorios solicitados por el actor.

I.B-1 y 2) Advirtiendo que tanto el primero como el segundo agravio del demandado apelante (fs. 455vta./457vta. y fs. 457vta/458, respectivamente) se centran en el monto de condena que el a-quo efectuó, fundamentándolo tanto en que este efectuó una exorbitante valuación de la prestación incumplida, como en que omitió analizar el pago parcial del acreedor actor, he de tratarlos conjuntamente.

Entrando en el análisis de las constancias de autos emerge que:

1) a fs. 212 en la absolución de posiciones del demandado, este reconoce el contenido de la documentación obrante a fs. 123 (el acuerdo de locación de obra firmado entre el absolvente y el actor el día 01/06/05) y el nro. 00621 del 31/05/05 recibo de pago de fs. 147 (por la suma de pesos ocho mil ($8.000) en concepto de prefabricada de 7 x 7 del valor total por la suma de pesos diez mil ochocientos ($10.800), sobre este último reconocimiento advierto la insinceridad del desconocimiento efectuado por este en el escrito de contestación de traslado, específicamente a fs. 181vta.

2) el incumplimiento de lo acordado entre las partes en el acuerdo por ellos firmados el 01/06/05 cláusulas 2do. y 3era., conforme se evidencia en el Acta de Constatación Notarial Extraprotocolar (fs. ref. 127/vta.) de fecha 05/05/06 y de las fotos obrantes a fs. ref. 128/140 que, si bien fueran desconocidas por la apelante demandada (fs. 181/vta.), no obra en autos prueba alguna de entidad suficiente para desvirtuar dichas pruebas, más aún cuando del análisis del

desarrollo del proceso advierto que la parte demandada apelante incumplió parcialmente con la carga de la prueba que prescribe el art. 381 y le fue de aplicación lo dispuesto por el art. 388, 1er. párr., últ. Parr. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" del Digesto jurídico, ya que, conforme lo dispuesto por el proveído de fs. 280, se le dio por decaído el derecho a producir la prueba testimonial del Sr. M. L. C. y a fs. 387/388 mediante sentencia interlocutoria nro. 33 del 17/03/10 se resolvió la caducidad de la prueba pericial con especialidad en ingeniería civil perdiendo el derecho a producirla en el futuro.

3) las facturas (fs. 161/165) y tickets (fs. 169/178) agregados por el actor en cumplimento a la intimado por el a-quo a fs. 118 y que conforme lo informado y reconocido por las Empresas H. A. a fs. 326/330, B. M. a fs. 353 y E. a fs. 350, E. T. a fs. 351, los mismos fueron abonados por distintos materiales por el actor durante los meses de mayo, junio, julio, agosto del año 2006 y en el mes de marzo del año 2007, ascendiendo a la suma de pesos trece mil veintiséis con noventa y cinco centavos ($13.026,95).

Por otro lado, considero que las argumentaciones efectuadas por el apelante respecto de dicha documentación a fs. 457 de su escrito de agravios no son de suficiente identidad para enervar la valoración que de la misma realizó el a-quo, más aún si se tiene en cuenta que nada dijo sobre la pericial efectuada por el tasador Sr. A. A. V., quien sin perjuicio de informar que el valor de la vivienda pactado por las partes en el mes de junio del 2005 estaba acorde con la realidad del mercado en dicha fecha, concluye a fs. 314vta. que el valor venal de la vivienda al día

22/06/09 ascendía en la suma de pesos treinta y nueve mil doscientos ($39.200).

En cuanto a la línea argumental expuesta sobre la proporción del precio en que el actor abonó al demandado por el acuerdo convenido entre ellos, siendo que la condena que manda a pagar el a-quo, este fija los intereses a partir de la fecha de interposición de la demanda (fs. 432/vta. y fs. 71vta. cargo Secretaría de Cámara de fecha 15/11/07), esto es, dos (2) años, cinco (5) meses y catorce (14) días después del compromiso asumido e incumplido por el demandado en debida forma, amerito que la circunstancia apuntada es más que suficiente para no ser atendible la razón expuesta por el apelante atento a la conducta incumplidora desarrollada por el mismo y el tiempo transcurrido que sobradamente absorbió la suma de pesos no entregada por el actor.

Por el análisis probatorio efectuado en autos, arribo a la convicción de que el a-quo no incurrió ni en incongruencia ni absurda valoración de la prueba, habiendo merituado en forma coherente y razonable la prueba rendida en la causa, razones todas estas por las cuales concluyo que deben rechazarse los agravios efectuados por el apelante demandado a fs. 455vta./458 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-3) A fs. 458/459 se agravia por considerar infundada la indemnización por daño moral a la cual hizo lugar el a-quo.

Si bien, en principio, puede sostenerse que en el ámbito que nos ocupa -responsabilidad contractual- no cabe la presunción de daño moral, no existen elementos que permitan establecer la confusión planteada por el apelante demandado a fs. 459, ya que el presente caso

no versa sobre un negocio sobre el que la parte actora se dedica al ejercicio profesional, y que por tanto puede encontrarse habituada a determinados hitos frustrantes ínsitos en su actividad habitual. Lejos de ello, se trata de un particular no acostumbrado a los devenires, percances e incluso avatares propios del tráfico económico, que cifró sus expectativas y planes familiares en la concreción de la vivienda propia. Dicho imperativo lógico, es el que ha seguido el a-quo en sus fundamentos a fs. 432 para declarar procedente tal rubro indemnizatorio y cuyo monto no se ha apartado de los cánones de razonabilidad y sentido común ínsitos en las reglas de la sana crítica (similar criterio jurídico, en expte. 111.052/02 - "Barro, Manuel c/ Drago Beretta y otro" – CNCCom – Sala C – 28/08/2009 elDial.com - AA5A8D, publicado el 14/01/2010).

Son méritos todos ellos por los cuales corresponde rechazar los agravios expuestos por el apelante demandado a fs. 458/459 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-4) En cuanto a la apelación sobre falta de distribución de costas planteada por el apelante demandado a fs. 459vta., es entendimiento de la suscripta que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera, aunque no sea en la totalidad de sus peticiones. En este sentido ha resuelto la jurisprudencia que la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial no le quita al demandado la calidad de vencido, aunque el reclamo prospere en menor medida a la solicitada (CNCom, Sala B, 15/11|/2002, E.O. 205-594).

A mayor abundamiento, es criterio doctrinario y jurisprudencial pacífico y que comparto que lo decidido

en el párrafo anterior se base en que la noción de vencido se establece con una visón global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (cf. crit. Incom, Sala C, 10/11/2002, E.D. 203-196).

Por las razones expuestas, cabe rechazar los agravios del demandado apelante, y, en consecuencia, confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.C) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas a la demandada apelante vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda del art. 169 de la Constitución Provincial, a la misma me adhiero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 426/432vta.

2) Imponer las costas al vencido y regular los honorarios profesionales del Dr. I. A. V. en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"