------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los 07 días del mes de febrero del año dos mil veintidós, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: **"G. L. F. c/ P. C. SRL s/ Cumplimiento de Contrato – Daños y Perjuicios"** (Expte. Nro. 248/2021 CANO), radicados en esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 379 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. **FLASS– FRÜCHTENICHT - PETRIS**.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 355/367 del 28 de septiembre de 2021? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

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

------En p. 49/58, la Sra. L. F. G. inició acción de consumo contra P. C. S.R.L. Pretendía se la indemnice por los daños derivados del incumplimiento de un contrato cuyo objeto era la construcción y entrega de una vivienda prefabricada.----------

------En p. 101/109 vta. contestó la demandada mediante su apoderado el Dr. J. E. R. y se opuso al progreso de la acción.----------

------En p. 365/367 se dictó sentencia n° 52/2021 del 28 de septiembre de 2021. En ella se hizo lugar parcialmente a la demanda pero se rechazó el rubro privación de uso en atención a que el contrato no establecía plazo de ejecución ni fecha de entrega y la actora no había probado su obligación previa de nivelar el terreno y construir la platea.----------

------El 7 de octubre de 2021 apeló el actor mediante escrito digital ID 455224 y expresó agravios el 25 de octubre de 2021 mediante escrito digital 470183.----------

------Se agravia de que no se le hubiera concedido el rubro privación de uso. Sus quejas son las siguientes: 1) sostiene que la omisión de pactar fecha de entrega es un abuso negocial del proveedor. Calcula que la casa debía terminarse en cuatro meses (*según el curso natural y ordinario de las cosas art. 1727 CCyC*) y pide que, al menos le reconozcan $140.000 en vez de los

$175.000 solicitados en la demanda; 2) sostiene que hubo un incumplimiento definitivo y solo corresponde indemnización; 3) dice que para la procedencia del lucro cesante basta con decir para qué se usaría la cosa y cuál era su valor sustitutivo; 4) sostiene que el argumento de la sentencia según el cual su parte debía construir la platea es un *obiter dictum* y de todas formas no tenía sentido hacer la platea, pues la demanda no respondía.----------

------Adelanto que mi voto no va a ser favorable a la pretensión del recurrente.----------

------Voy a comenzar diciendo que, en lo jurídico, la debilidad del consumidor es tal solo hasta que es asistido por un profesional del Derecho y, una vez que eso sucede, no hay razón alguna para soslayar el deber de fundar adecuadamente los recursos.----------

------La sentencia, al rechazar la procedencia del rubro “privación de uso”, lo hizo en atención a dos argumentos: el primero es que no hay certeza desde cuándo comenzaría la privación de uso (pues el contrato no tenía fecha de entrega); el segundo es que faltaba una condición previa para el uso (la nivelación y construcción de la platea). Puesto en otros términos. Según la sentencia faltaban dos requisitos esenciales para la procedencia de una indemnización: la certeza del daño y relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño. Claramente ninguno de ellos es una *obiter dicta* (opinión no vinculante).----------

------He dicho que cuando una sentencia se funda en varios argumentos a la vez, es carga del recurrente rebatirlos a todos, pues si solo lo hace con algunos, la decisión igualmente llega firme en atención a los no opugnados.-

------Veamos si el primer argumento de la sentencia ha logrado ser rebatido.-

------La sentencia rechazó el rubro privación de uso pues, ante la falta de fecha de entrega, no se puede saber desde cuando se habría producido la invocada privación.----------

------El recurrente pretende que se haga un cálculo aproximativo en atención a un plazo ocurrente (cuatro meses) que propone tardíamente al momento de apelar y sin fundamento alguno respecto a la razonabilidad del plazo pretendido.----------

------El curso natural de las cosas no indica que una casa prefabricada deba ser terminada en cuatro meses, ni en tres ni en dos, ni en cinco.----------

------El actor debía haber efectuado ese cálculo en la demanda y probarlo durante el transcurso del juicio. No puede plantearlo recién en la Alzada. La apelación no es un nuevo juicio ni una segunda oportunidad para decir todo lo que se soslayó antes, sino una revisión de lo resuelto en la etapa previa y dentro de los límites de la cuestión litigiosa demarcados en base a lo dicho en la demanda y la contestación. Concretamente, si el actor omitió decirlo en la demanda no puede plantearlo en la apelación.----------

------El hecho de que la privación de uso se pruebe *in re ipsa* (de las propias circunstancias) no significa que el actor se encuentre totalmente exonerado de probar. Por el contrario, debe probar acabadamente cuáles son esas circunstancias que permiten presumir el daño.----------

------Concretamente el actor debe demostrar que tiene derecho al uso de la cosa; desde cuándo y hasta cuándo fue privado de ese derecho; la atribución de ese hecho al demandado y el costo sustitutivo del uso perdido. Lo que no tiene la carga de probar, pues surge de las propias circunstancias (*in re ipsa*) es la intensidad del uso perdido. Es decir, no necesitaba demostrar que la casa iba a ser efectivamente habitada por el actor ni que lo haría de forma permanente.----------

------Tal como lo dijo la sentencia. El actor no logró demostrar desde cuando se habría visto privado del uso porque no demostró cuando se debió entregar la vivienda y era carga suya hacerlo para que el rubro proceda. No lo hizo en la demanda y proponer un plazo azaroso en la apelación no solo es infundado sino también tardío.----------

------Lo dicho hasta aquí es suficiente para rechazar el agravio.----------

------Otros de los requisitos del daño resarcible es que tenga suficiente relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el resultado lesivo.----------

------Cabe preguntarse ¿Si el demandado hubiera entregado la casa prefabricada, el actor habría podido usarla? La respuesta dada por la sentencia es NO, debido a que el actor no cumplió con un requisito previo para el uso que era la nivelación y construcción de platea. No se trata de elucubrar sobre si hubiera sido prudente o no realizar la platea frente a la sospecha fundada de que el demandado incumpliría. Quizás lo más razonable hay sido no hacerlo, pero eso obstruye, entre otras cosas, reclamar privación de uso, pues esa privación no obedece solo al incumplimiento definitivo del demandado, sino también a la omisión del actor.----------

------Lo dicho también es suficiente para rechazar el agravio.----------
------Ahora bien, el argumento más fuerte para rechazar la pretensión es que sencillamente no hubo privación del derecho real de dominio del cual el uso es una manifestación.----------
------El actor confunde derecho real con derecho personal o de crédito y esa es la principal causa de la improcedencia del rubro.----------
------Para que se indemnice privación de uso es indispensable que se tenga ese uso y no solo un derecho creditorio a que la cosa sea entregada.----------
------Solo es resarcible el daño actual. Para que la privación de uso sea actual es necesario que quien la reclame tenga en ese momento la propiedad, la posesión o el uso de la cosa.----------
------En el caso de marras al momento de demandar la cosa no existía y mal se puede usar lo que no existe. La jurisprudencia ha dicho *"El uso y goce de una cosa, en tanto constituye un atributo del derecho de propiedad que puede incluso desmembrarse de ella y redituar un precio, entra en la categoría de los bienes que integran el patrimonio de una persona, debiendo agregarse que durante el lapso que dura, su privación, es equiparable a la suspensión de ese derecho"* (Id SAIJ: SUB2000700).-------
------Quizás el actor debió reclamar no privación de uso sino pérdida de chance, pero en ese caso debía haber argumentado diferente; probado otras circunstancias y calculado de distinto modo. En tal sentido la jurisprudencia ha dicho *"En efecto, si bien el incumplimiento en que incurrieron las accionadas privó a la reclamante de la chance cierta de obtener la adjudicación del automotor, el vehículo nunca llegó a ingresar a su esfera patrimonial de manera efectiva, por lo que mal podría resarcirse la privación de uso de un bien que no se posee"* (https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20161216120908762).----------
------Por lo expuesto propongo al Pleno el rechazo del recurso bajo análisis.-
------En cuanto a las costas dado que uno de los recursos fue declarado improcedente y el otro desierto no hay técnicamente ni vencedor ni vencido y las costas de esta instancia deben imponerse por su orden. Así lo propongo al Pleno y lo voto.----------
------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo: ---------
------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada a fin de atender el recurso de

apelación intentado por la actora y concedido a fs. 368, con agravios expresados en fecha 24.10.2021 (ID 470183), no respondidos por la demandada apelada, y enderezado aquél contra la sentencia de la instancia original dictada a fs. 335/367vta., la que -en lo que al recurso que trato importa- resolvió: desestimar el rubro privación de uso de la vivienda pretendido y hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por L. F. G. contra “P. C. S.R.L.” y en su consecuencia condenó a esta última a abonar a la primera las sumas que indica, en el plazo, con los intereses y bajo el apercibimiento que señala; impuso las costas de este proceso a la accionada vencida y reguló estipendios profesionales.----------

------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 378, y practicado a fs. 379 el sorteo que dispone el art. 271 CPCC, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas atendiendo la exigüidad del plazo que tengo para expedirme.----------

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

------2.1. Dispuesto a ponderar el memorial de agravios incorporado digitalmente mediante la pieza que individualicé, advierto que la apelante se agravia en orden al rechazo de la procedencia del rubro privación de uso de la vivienda pretendido en demanda, sustentado su queja en que la omisión de acordar en el contrato una fecha de entrega para la vivienda prefabricada adquirida constituyó un abuso del vendedor. Así dice que la construcción de la vivienda adquirida, según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 1747 CCyCN), debía terminarse en cuatro (4) meses. Afirma que ante el incumplimiento definitivo de su obligación por parte de la accionada sólo corresponde indemnizar el perjuicio pretendido. Refiere que la obligación asumida por su parte de construir la platea no tenía sentido ante el incumplimiento de la demandada que se avizoraba ante el silencio guardado a sus intimaciones.----------

------Anticipando que voy a coincidir con el colega preopinante, se impone

advertir que nos hallamos frente a un contrato bilateral o sinalagmático, es decir, una convención que genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes y que la resolución puesta en marcha legítimamente por la actora supone la extinción de la relación contractual no solo para el tiempo venidero, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron, por razón del contrato oportunamente suscripto.----------

------También me permito afirmar que el problema del incumplimiento se reduce a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida en relación a la que inicialmente proyectaron las partes. El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, sean o no previsibles. El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato. Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor y entre los cuales puede optar por la resolución del vínculo contractual tal y como ha sucedido en este caso.-------

------De idéntica manera, sostengo que si se solicita el resarcimiento de daños es necesario acreditar que éstos se hayan causado efectivamente, pues el incumplimiento por sí solo no basta para originarlos.----------

En la inteligencia descripta, advierto que en la apelación que trato la apelante encuentra justificación a la obligación asumida en la Cláusula TERCERA del Contrato de Locación de Obra que en copia se agrega a fs. 04/07 y cuyo original tengo al vista al tiempo de emitir este voto, mediante la que se obliga a nivelar el terreno y construir una platea que posea un fraguado mayor o igual al término de 30.----------

------Justifica su incumplimiento de la mencionada Cláusula TERCERA afirmando en su memorial que "*Estuvo claro con las cartas documentos enviadas, que la demandada jamás iba a cumplir con la entrega de la casa*".----------

------Y es en este punto donde asume un rol preponderante la prueba legítimamente adquirida para el proceso.----------

------Así, debo señalar que conforme lo sostuvo nuestro máximo tribunal federal; "*los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquéllas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones* (Fallos: 311:571) *y para la correcta solución del litigio* (Fallos 311:836) *y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni a analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos* (Fallos 301:970 y 311:1191, entre otros)".----------

------Resulta oportuno así mismo señalar que tal y como lo ha manifestado Taruffo, la prueba aspira a eliminar el estado de incertidumbre sobre la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos, principales o secundarios, relevantes para la decisión. Tal resultado se produce en la medida en que la prueba acuerda al juez elementos de conocimiento que le permiten formular una elección racional respecto de la versión más probable sobre tales hechos (v. TARUFFO, Michele; "*La prova dei fatti giuridici*", Milano, Ed. Dot. A. Giuffrè; 1992; traducción al español de FERRER BELTRÁN, Jordi; "La prueba de los hechos"; Madrid; Ed. Trotta, 2002).----

------Concluyo entonces que reconocido el contrato de fs. 04/07 por ambas partes, la presunción expresada por la actora en su memorial y que transcribí más arriba no aparece admisible a los fines de hacer lugar a su queja, pues de idéntica manera podría inferirse que la accionada no cumplió su obligación pues conocía la circunstancia que el terreno no se encontraba nivelado y con platea que posea un fraguado mayor o igual a 30.----------

------Ambas afirmaciones (la de la apelante y la propia) resultan inadecuadas para resolver la cuestión, debiendo limitarse el examen a la prueba rendida en orden a los hechos contradictorios (art. 364 CPCC) y lo cierto es que aquella nivelación y platea no estuvieron realizados en tiempo propio y tal circunstancia inhibe la procedencia del rubro, resultando justo en este caso sólo el reintegro a la actora contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportase por razón del contrato oportunamente suscripto, conforme lo dispone el art. 1080 CCyCN, tal y como lo resolvió la judicante.-

------Entiendo en definitiva que la crítica expuesta por la apelante resulta insuficiente para conmover lo resuelto en la instancia de origen, en tanto sólo exhibe la disconformidad de la recurrente con la solución allí alcanzada, sin aportar argumento alguno que permita acreditar la existencia de una

absurda valoración de las constancias objetivas de la causa o de una errónea aplicación de las normas actuadas en el pronunciamiento impugnado. En su función, el memorial que trato debe desestimarse, correspondiendo a mi juicio confirmar la sentencia apelada, con costas a la apelante, atendiendo el principio objetivo de la derrota alojado en el art. 69 CPCC y la ausencia de contradictor. **Así lo voto**.----------

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

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: 1) RECHAZAR el recurso de la parte actora y CONFIRMAR la sentencia de grado en cuanto fue motivo de agravios. 2) IMPONER las costas por su orden (arts. 69 y 72 CPCC). 3) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. J. J. B. en el 5% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, más el IVA pertinente de corresponder, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 y ccdtes. del arancel), haciendo constar que en caso de no alcanzarse los mínimos legales previstos, el honorario se elevará a la suma de OCHO (8) Jus (arts. 6 bis y 7 del arancel) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

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

------Conforme con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la apelante (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. J. B. en un 5% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente de corresponder por lo actuado en esta instancia (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdtes. de la ley del arancel) haciendo constar que en caso de no alcanzarse los mínimos legales previstos, el honorario se elevará a la suma de **OCHO (8) JUS** conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia (art. 6bis y 7 ley cit.).----------

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

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

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

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la apelante (art. 69 CPCC).-

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. J. B. en un 5% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente de corresponder por lo actuado en esta instancia (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdtes. de la ley del arancel) haciendo constar que en caso de no alcanzarse los mínimos legales previstos, el honorario se elevará a la suma de **OCHO (8) JUS** conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia (art. 6bis y 7 ley cit.).----------

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

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

JORGE L. FRÜCHTENICHT **GÜNTHER E. FLASS**

REGISTRADA BAJO EL NRO. CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2022. CONSTE.-