

## Responsabilidad Civil Resarcimiento Dano Indemnizable Victima Deber De Mitigar El Dano Articulo 1710 Inciso B Del Codigo Civil Y Comercial

### JURISPRUDENCIA

Responsabilidad civil. Resarcimiento. Daño indemnizable. Víctima.

Deber de mitigar el daño. Artículo 1710, inciso b) del Código Civil y Comercial En el marco de una causa por daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de locación de obra, se establece que el daño evitable que no fue mitigado por la víctima por no haber arbitrado las medidas que le eran razonablemente exigibles en el caso concreto no forma parte del daño indemnizable.

En la ciudad de Pergamino, el 14 de Marzo de 2019, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en la causa N° 3471-18 caratulada "SANDOVAL NOE ORLANDO VADIM C/ GULARTE DANIEL ALEJANDRO S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", Expte. 59.387 del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 3, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Graciela Scaraffia y Roberto Degleue y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES: I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: El Sr. Juez de la anterior instancia rechazó la demanda que por daños y perjuicios instaurara Orlando Vadim Sandoval Noe contra Daniel Alejandro Gularte. Aplicó las costas a la parte actora que resulta vencida. Reguló los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, Dres. OROZCO ALEJO y DIB PABLO HORACIO, por sus trabajos efectuados en relación a la totalidad de la primera etapa y parte de la segunda -los cuales fueron cumplimentado bajo el régimen de la Ley 8904-, en la suma de Pesos TRECE MIL QUINIENTOS NOVENTA (\$ 13.590) y Pesos DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS (\$ 19.416), respectivamente, con más los aportes de ley (Art. 14/16, 28 y 21 de la ley 8904); y por la segunda etapa, parcialmente cumplida bajo el nuevo régimen legal, regúlense CUATRO Jus con CINCUENTA Y TRES centésimos (4.53 jus) para el Dr. Orozco y, Seis Jus con CUARENTA Y SIETE centésimos (6.47 jus) para el Dr. Pablo Dib (Arts. 14/16, 28 Inc. B Ap. 2 y 21 de la Ley 14.967), con más los aportes. Reguló los honorarios de la mediadora interviniente en autos, Dra. ANDREA LUJAN BONANO, en la suma de MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.500), ello con más el porcentual previsto por el art. 12 de la ley 6716. Reguló los honorarios de la perito arquitecta, María Rita Annan, por sus trabajos realizados en autos, en la cifra de MIL SEISCIENTOS pesos (\$1.600), con más el porcentaje establecido para aportes previsionales. Tal decisorio fue objeto del recurso de apelación por la parte actora mediante el escrito electrónico de fecha 07/06/18 (fs.119), el que fue concedido a fs. 120 libremente y en ambos efectos. A fs. 149 se ordenó expresar agravios a la parte actora, los que fueron agregados a fs. 150/157 y vta.. A fs. 158 se ordenó el traslado a la parte demandada. A fs. 159 no habiendo la parte demandada contestado el traslado conferido a fs. 159, se le dio por perdido el derecho dejado de usar y se llamó autos para dictar sentencia, providencia que, firme a la fecha, deja la causa en condiciones de ser fallada.- A partir de una lectura atenta de los fundamentos expresados en la sentencia de primera instancia en confrontación dinámica con la crítica ensayada por el apelante puedo anticipar que el alcance radial del agravio que fundamenta el recurso intentado gira en torno a si el actor ha observado debidamente o no su carga postulatoria y probatoria respecto del incumplimiento obligacional y del daño como presupuesto de la responsabilidad contractual. A fin de centrar el análisis en el núcleo de la disconformidad que habilitó la instancia recursiva, estimo conveniente identificar cuáles son las premisas esenciales de la controversia que se hallan definidas a la fecha, ya sea por constituir hechos admitidos expresa o tácitamente por las partes, como por tratarse de extremos fácticos tenido por ciertos en la sentencia y no apelados ulteriormente. En este sentido, ha quedado determinada la celebración del contrato de locación que vincula a las partes, el objeto del mismo, el precio convenido (ver presupuesto de obra de fs. 12, lo abonado por el actor (ver recibo de fs. 13), la inejecución parcial de la obra (ver carta documento de fs. 14), declaraciones testimoniales receptadas en DVD obrante a fs. 76. Aclarado ello, y por una cuestión de orden expositivo, analizaremos la procedencia del recurso interpuesto en función de cada uno de los rubros indemnizatorios que fueron rechazados en la instancia de origen. En lo que refiere al rubro entrega de materiales, el a quo sustenta la desestimación del concepto resarcitorio reclamado en la circunstancia de que el actor no habría acreditado la retención de los mismos por el demandado. Entiendo que el razonamiento empleado se halla precedido por una interpretación desacertada de las reglas de distribución de la carga probatoria (art. 375 del CPCCBA) y de los efectos típicos del contrato de locación de obra (art. 1256 del Código Civil y Comercial de la Nación). En rigor ha quedado probado en autos cuáles eran los materiales requeridos para la ejecución de la obra contratada (ver presupuesto de obra de fs. 12), que la totalidad de los mismos fueron entregados al contratista (ver recibo de fs. 13) y que una parte de aquellos no fue aplicada a la obra -la que se encuentra en estado inconcluso- ni tampoco yace en el inmueble del actor (ver declaraciones testimoniales receptadas en DVD

obrante a fs. 76). A partir de las referidas constancias probatorias, y considerando que la obligación principal del contratista es "ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, ciencia y la técnica correspondiente a la actividad desarrollada" (art. 1256 inc. a del CCyC) lo que, entre sus efectos más evidentes e importantes, supone emplear los materiales que le fueron entregados para la ejecución de la obra, me permito concluir que la prueba producida respecto de la entrega de los mismos al prestador, de su no utilización posterior en la obra (aunque fuere en forma parcial) y de la ausencia de los mismos en la esfera de disposición del comitente, satisfacen acabadamente la carga probatoria que pesa sobre el actor respecto al incumplimiento del demandado como hecho constitutivo de la responsabilidad contractual invocada. Por lo que, a partir de allí, incumbirá al accionado aportar la prueba que acredite la efectiva devolución de los mismos al comitente, por cuanto se trata de un hecho extintivo invocado como fundamento de su defensa (cf. 375 segundo párrafo del CPCCBA y art. 1734 del Código Civil y Comercial). Y tal extremo no ha sido acreditado en la causa. Que el margen de imprecisión cuantitativa de la pretensión actoral en cuanto el accionante no determina con exactitud la cantidad de materiales no devueltos por el prestador ni surge tal cuestión a partir de la prueba producida en autos, lo que ciertamente evidencia un defecto en la carga postulatoria y probatoria prevista en los arts. 330 y 375 del Código ritual, constituye una circunstancia que necesariamente habrá de sopesarse al momento de fijar la extensión del resarcimiento debido al damnificado por el incumplimiento obligacional, más ello no autoriza a desconocer sin más la existencia del incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad contractual, toda vez que el actor afirmó en su relato que los materiales fueron entregados al contratista y éste no los aplicó a la obra, hechos que a la postre fueron acreditados en autos allende que no haya podido establecerse la medida exacta del incumplimiento. Un temperamento contrario nos conduciría a convalidar un exceso ritual manifiesto, subordinando la procedencia sustancial de la acción a un rigor probatorio extremo. Asimismo se estaría soslayando una lesión manifiesta al principio de integridad del pago, según el cual el acto solutorio debe ser completo, abarcar toda la cuantía del objeto debido, sin que el deudor pueda desobligarse por partes (art. 867 y 869 del CCyC). Similar tratamiento interpretativo habrá de aplicarse al reclamo relativo a la suma de dinero entregada al demandado. El hecho de que no pueda establecerse la exacta proporción del incumplimiento parcial del demandado no puede justificar el rechazo liso y llano del rubro peticionado, cuando todas las declaraciones testimoniales obrantes en la causa son contestes en que la obra encomendada al demandado se halla parcialmente incumplida. Estos dos conceptos resarcitorios, a diferencia de lo que ocurre con el rubro daño moral y pérdida de chance, constituyen el contravalor dinerario de la prestación específicamente debida y no representan una obligación nueva, distinta, nacida del incumplimiento contractual que entra en sustitución de la debida. Al decir de Pizarro y Vallespinos, "...se trata de la misma obligación que ha modificado su objeto, conclusión absolutamente lógica si se tiene en cuenta que deuda y responsabilidad no constituyen dos trazos de la relación obligatoria que actúan separados, sino todo lo contrario" (PIZARRO, Ramón Daniel, VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Obligaciones, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Hammurabbi, 2006, pag. 57). Si bien es cierto que la responsabilidad civil se basa en la unidad dogmática del ilícito -convicción que se refuerza en el nuevo Código Civil y Comercial que promueve un tratamiento unificado de sendos ámbitos de responsabilidad en el Título V del Libro III-, no puedo soslayar que la esfera contractual conforma un área especial que presenta particularidades que deben ser atendidas. Esta especificidad está dada por la existencia de una obligación preexistente, que supone un reparto de riesgos convencionalmente fijado y que no puede ser sustituido simplemente por valoraciones subjetivas efectuadas por el juez. En función de lo expuesto, corresponde diferenciar, dentro del espectro de daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida (también denominada estimatio rei). La consecuencia práctica es que en el caso de indemnización por equivalente, al acreedor le bastará con demostrar el incumplimiento imputable al deudor como requisito de procedencia de la pretensión resarcitoria (art. 772 del CCyC). En cambio si se trata de la segunda indemnización, el acreedor tendrá a su cargo la prueba de los hechos o factores alegados (arts. 1734, 1736 y 1744 del CCyC). Trasladada la consideración vertida al caso concreto, puedo concluir que, verificado el incumplimiento parcial del demandado, corresponde receptar el agravio expresado por el apelante y declarar en consecuencia la responsabilidad contractual del Sr. Gularte respecto a los rubros entrega de materiales y suma de dinero. Consecuentemente será preciso avanzar hacia la segunda etapa de la responsabilidad por daños, cuál es la determinación de la extensión del resarcimiento debido a la víctima, lo que importa la selección cualitativa del daño resarcible y su posterior cuantificación en una suma indemnizatoria. Sin perjuicio de que como regla la prueba del daño comprende no sólo la de su existencia cualitativa, sino también la de su cuantía, la jurisprudencia de la SCBA ha admitido que acreditada la existencia del perjuicio, aunque no se haya demostrado el monto por prueba directa, corresponde su determinación conforme al prudente criterio judicial. En esta inteligencia el Máximo Tribunal Provincial resolvió que: "Conforme el último párrafo del art. 165 del C.P.C.C., probado el daño, a falta de pautas concretas de las constancias de autos, el monto de la indemnización ha sido diferido por la ley al prudente criterio del juez y éste ha de remitirse a las máximas de la experiencia. Cuadra así subrayar que la insuficiencia de la

prueba aportada para demostrar la cuantía del daño, no conduce a descartar la existencia del mismo, ya que se trata de dos aspectos que es menester diferenciar. Una cosa es la demostración de la existencia del daño, y otra distinta, es la referente a la determinación del monto del mismo -pérdida experimentada-. Acreditado el primer extremo, el órgano jurisdiccional tiene que proceder a fijarlo, aunque no se haya justificado fehacientemente el "quantum" del daño. Precisamente, en esos casos, surge la potestad que confiere a los jueces el art. 165 del ordenamiento adjetivo, en punto a la fijación del mismo para lo cual debe valerse de lo que indican las máximas de la experiencia universal. Ahora bien, dicha potestad debe ser utilizada con suma prudencia, a fin de no generar un enriquecimiento sin causa ni suplir la carga probatoria que pesa sobre las partes". En orden a la determinación de la extensión del daño resarcible, adquiere relevancia la apreciación particular y global de la prueba testimonial: 1) El Sr. José Carlos Mancilla Flores declaró que en la parte de herrería faltaba terminar la baranda arriba del alero, la baranda de la escalera, algunas rejas de las ventanas. Asimismo, aclaró que falta piso, reboque fino, pintura y recuadrar los trabajos ya hechos. Finalmente, especificó que algunas rejas vio colocadas en la ventana. Siguen faltando otras, y en las barandas. Y que las rejas que faltan colocar no están en la obra. 2) El Sr. Juan Eduardo Calía depuso que el herrero no le entregaba las cosas, que la obra está en parte inconclusa. La escalera no tenía baranda. 3) La Sra. Marisa Fabiana Artimundo también dio cuenta de que la obra está parcialmente ejecutada. Que falta continuación de la reja en el primer piso y terraza. 4) La Sra. Flavia Antonela Calía manifestó que le faltaban hacer las barandas de las escaleras, las rejas y los portones. 5) El Sr. Hugo Alfredo Villagrán expresó que faltaba la reja en la baranda de la escalera, en el balcón, en un par de ventanas, ventilumbres. Que la obra sigue parada. Que del 1 al 10, sería 8 lo que faltaría por hacer. En un examen conglobado de los testimonios recogidos, puedo establecer como denominador común que todos los testigos reconocieron que la obra ha sido parcialmente ejecutada y que no media plena coincidencia entre ellos respecto a las tareas pendientes de realización, a la cantidad de materiales utilizados sobre el total entregado al prestador y a la proporción inacabada de la obra contratada. Tal circunstancia me habilita a precisar con base en los elementos obrantes en la causa y conforme a las reglas de la sana crítica racional, cuál ha sido la extensión del incumplimiento imputable al demandado en relación a los rubros reseñados.

Toda vez que esta tarea de integración judicial no debe exceder los límites impuestos por el principio de interdicción del enriquecimiento sin causa y del principio dispositivo, habré de proceder con estricta prudencia, máxime teniendo en cuenta que la actividad postulatória -cabe recordar que en su escrito de demanda el actor postuló un incumplimiento total de la prestación- y probatoria desplegada por la parte actora pudo haber resultado más eficiente en orden al esclarecimiento de este extremo, por ejemplo solicitando como punto de pericia arquitectónica la determinación del grado de realización de la obra a partir de la comparación entre la prestación proyectada en el presupuesto obrante a fs. 12 y la situación real de la obra. Atento a ello y a las constancias probatorias producidas en la causa, estimo que la proporción inacabada de la obra, como de los materiales no utilizadas ni devueltos al comitente, alcanza el 33% del total. Y siendo que el total de los materiales a febrero de 2018 tendría un valor de \$ 46.761 conforme surge de la pericia acompañada por la Arq. María Rita Annan a fs. 85, el daño por equivalente por el rubro valor materiales ascendería a la suma de pesos quince mil cuatrocientos treinta y uno (\$15.431) con más intereses que serán calculados desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la intimación extrajudicial- hasta el 19 de Febrero de 2018 momento en que se determinó el valor del capital controvertido (fecha de la pericia arquitectónica de fs. 84/85), a una tasa pura del 6%. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). En lo que refiere al rubro entrega de dinero, es preciso efectuar una operación complementaria a fin de poder establecer la extensión del daño -si la hubiera-. En este sentido, cabe destacar que la suma total por trabajos de obra ascendía a \$ 32.515, de los cuales el actor abonó la suma de \$ 21.786 lo que equivale al 67% del precio total. En virtud de ello, corresponde compensar judicialmente el saldo deudor a cargo del prestador por la proporción inacabada de la obra con el saldo deudor a cargo del comitente por la proporción impaga del precio, quedando extinguidas ambas obligaciones en virtud de su equivalencia cuantitativa. En lo que concierne al agravio relativo a la pérdida de chance, entiendo que la crítica recursiva no puede prosperar. Más ello no obedece tanto a la imposibilidad de cuantificar estimativamente la pérdida invocada como sostuviera oportunamente el Juez de la Instancia de Origen, sino más bien a la circunstancia de que no se ha demostrado la existencia cierta del nexo causal y el daño invocado. Aún cuando el rubro reclamado consista en la pérdida de chances, la certidumbre del daño como requisito de procedencia de la pretensión resarcitoria no puede soslayarse en el caso concreto. Un daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable en su existencia, aún cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. En este sentido se ha dicho que la certeza del daño admite varios niveles; desde la seguridad sobre su existencia (perjuicios ya sucedidos y comprobados) hasta la probabilidad objetiva del daño. Así pues, la pérdida de chance se produce cuando se frustra la oportunidad de obtener un beneficio de índole patrimonial o espiritual. Adviértase que lo frustrado no es el beneficio esperado, sino la mera posibilidad de lograr lo que razonablemente hubiera tenido el damnificado de no mediar el ilícito. Ahora bien, esa posibilidad como tal debe ser cierta, real y seria, y no una mera ilusión o conjetura; no se resarcen "meros

castillos en el aire" (cf. CAZAUX, Pedro N., Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chances, en Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello, La Plata, Ed. Platense, 1981). Entiendo que en la especie no se ha logrado comprobar que la inexecución parcial del contrato de locación de obra haya sido la causa adecuada de la pérdida de chances invocada. En efecto, de las resultas de la prueba producida en el caso no se sigue que la inconclusión de la obra se deba únicamente a los trabajos no realizados por el prestador. Los testimonios rendidos en la causa son contestes en que el proyecto global del edificio se halla en un estado de ejecución parcial, pero de ninguna declaración puede extraerse válidamente que la no plenitud de la obra se deba exclusivamente al tramo inejecutado por el Sr. Gularte. Incluso, la deposición del Sr. José Carlos Mancilla Flores se expresa en sentido contrario, al indicar que a la obra le falta piso, revoque fino y pintura, es decir, trabajos ajenos a la prestación programada en el presupuesto de obra que consta a fs. 12. Asimismo, el actor no ha acreditado el momento en que habría concluido la obra de no haber mediado el incumplimiento parcial del daño. La inobservancia de esta carga probatoria adquiere relevancia en punto a la determinación de la procedencia de la reparación reclamada, pues no sólo impacta sobre la cuantía del perjuicio invocado sino además sobre su existencia, toda vez que si no resulta claro el tiempo estimado de conclusión de obra tampoco es posible ni razonable atribuir la imposibilidad de explotar económicamente la misma a la inexecución parcial imputable al demandado. A mayor abundamiento, cabe destacar que la extensión del daño reclamado en concepto de pérdida de chance resulta aquí incompatible con el deber de prevención ex post del daño previsto en el art. 1710 inc. b del Código Civil y Comercial que impone a la víctima de un daño el deber de adoptar de buena fe las medidas razonables para disminuir la magnitud del perjuicio, lo que doctrinariamente se ha denominado como deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En la especie, el actor invocó un incumplimiento que data del año 2014. Sin embargo recién en el año 2017 intimó extrajudicialmente al demandado al cumplimiento y promovió la presente acción judicial, permitiendo que durante más de dos años, y sin expresar razón alguna que justifique tal dilación, la obra permanezca en estado de inexecución, no recurriendo a la vía del cumplimiento por otro a fin de evitar el agravamiento del daño. En tal sentido, la Cámara Civil de Morón decidió, en un caso en el que la actora reclamaba por lucro cesante por los alquileres dejados de percibir por un libro, que el período por el que se pedía indemnización era excesivo "porque hay un momento en que corresponde a la prudencia advertir que ya no se está en presencia de un retardo en el cumplimiento sino de un incumplimiento definitivo, de tal modo que hay dos principios que deben respetarse en materia resarcitoria: que ningún damnificado debe convertir su daño en fuente de lucro o enriquecimiento, y que de un cierto daño corresponde desglosar aquello en que el damnificado ha actuado como concausa a veces primordial del mismo" (Cam. Nac. Com., sala 2da., E.D. 108-365). En la misma línea, la Sala I de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial ha resuelto: "el perjudicado no debe omitir las precauciones que las circunstancias aconsejen para reducir el daño, porque es principio recibido que no es tolerable que el acreedor pueda por hecho suyo -y aun después del vencimiento del plazo para el cumplimiento de la prestación- agravar la situación del deudor, incrementando la magnitud del daño (Cam. Nac. Fed. Civ. y Com., sala I, in re "Empresa ferrocarriles Argentinos c. Dalmine Siderca, S.A.", febrero 14-1984). Y con especial pertinencia al caso de autos, cabe citar un precedente de la Sala A de la Cámara Nacional Civil que tuvo que resolver en circunstancias en que el demandante perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios que había experimentado como consecuencia del impacto sobre el frente de su casa por un automóvil. El actor se agravió porque el magistrado de primer grado no acogió el resarcimiento del lucro cesante con motivo de no haber podido utilizar la habitación del frente durante todo el tiempo en que estuvo desocupado dicho espacio por no encontrarse en condiciones de habitabilidad. La Cámara confirmó el fallo de primera instancia y, entre los que argumentos que empleó, sostuvo: "no se explica que para evitar el daño derivado de la imposibilidad de alquilar la habitación dañada, que por el tiempo transcurrido ya alcanzaría a la cifra de \$33.600 que menciona el recurrente a fs. 126 vta., éste haya omitido la realización de un gasto del orden de \$11.000 a que pudo alcanzar el importe de los trabajos de reparación. Desde este punto de vista la incuria del dueño del edificio, que tampoco ha demostrado carecer de medios para encarar ese trabajo de reparación, aparece como un factor decisivo del daño que le puede haber reportado la falta de utilización de la habitación durante todo el tiempo transcurrido desde que el hecho ilícito se cometió y, consiguientemente, ello se erige en un motivo para denegar la indemnización que se pretende, puesto que tal incrementación del daño aparece más como un efecto de esa omisión del dueño del edificio perjudicado que como consecuencia del hecho ilícito que dio origen a la situación examinada" (Cam. Nac. Civ., Sala A, in re "Martinetto, Lorenzo L. c. Cortese Hnos. y otros?", Agosto 19-963, La Ley t. 113, pag. 215). Considero que el daño evitable que no fue mitigado por la víctima por no haber arbitrado las medidas que le eran razonablemente exigibles en el caso concreto, no forma parte del daño indemnizable. Aunque se trate de un daño de hecho y aún de un daño jurídico apto para comprometer la responsabilidad del sindicado, corresponde en tales casos que el mismo sea excluido de la indemnización en virtud de la eficacia de este deber de prevención ex post que impide la consideración de dicho daño. El fundamento último de la exclusión reside en la violación del principio jurídico de buena fe patentizada en la conducta de la víctima que, frente al acaecimiento del daño, omitió adoptar las medidas tendientes a mitigarlo o contribuye a su agravación (art. 9 y 1710 inc. b del Código Civil y Comercial). Es

que la plenitud del resarcimiento no se proyecta sobre la totalidad del daño material, sino sobre la totalidad del daño indemnizable. Y sólo es indemnizable aquel daño cuya reparación resulta exigible conforme al ordenamiento jurídico. De tal modo podemos afirmar que el daño indemnizable se conforma cuando se presentan las siguientes condiciones: 1) daño jurídico, 2) configuración de los presupuestos generales restantes (anjuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución), 3) adecuación a los límites que el ordenamiento jurídico establece con carácter general (ALTERINI, Atilio, La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1997). El principio general de buena fe opera en este sentido como principio jurídico delimitante del campo de la reparación plena, excluyendo aquellos daños que importan un incumplimiento del deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima. En suma el daño indemnizable, a diferencia del daño sufrido -de hecho o jurídico-, importa de suyo una valoración de la conducta activa y/o omisiva de la víctima, de tal suerte que si ésta agravó el daño o si pudiendo reducirlo no actuó y el resultado adverso se materializó, mal podría pretender una reparación integral con un quantum final equivalente al daño sufrido. La regla de reparación integral no implica la reparación de todo el daño sufrido, sino de todo lo debido, o sea de toda la parte del daño que debe ser indemnizada. En el caso que estudiamos, lo debido comprende la totalidad del daño jurídico con la deducción que sea necesaria realizar como consecuencia del quiebre del deber de mitigación respectivo. Por último, en lo que concierne al agravio por daño moral, anticipo que la apelación deducida habrá de recibirse en forma parcial. Más allá de que asiste razón al Juez de Primera Instancia en el sentido de que el actor no puede ser relevado de la carga postulatoria y probatoria que tiene respecto de la entidad y extensión del daño reclamado especialmente en la esfera contractual, no puedo dejar de reconocer por otro lado que la valoración probatoria del daño moral debe ser efectuada teniendo en cuenta la naturaleza específica de este tipo de perjuicio. A partir de ello, estimo que no importa tanto el carácter contractual o extracontractual del daño moral, pues en definitiva la existencia y magnitud del mismo no se relaciona con su causa fuente o generadora, sino más bien las consecuencias perjudiciales que produce la acción dañosa en la espiritualidad del damnificado y en la índole de los intereses afectados. Es esa modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir la que determina la realidad del agravio moral (PIZARRO, Ramón Daniel, Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones II, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2006, pag. 641). Como consecuencia lógica de lo expuesto considero que el daño moral debe ser probado por quien reclama su reparación. Lo que ocurre es que, como en esta materia es imposible producir prueba directa sobre el perjuicio padecido dado que la índole espiritual y subjetiva del menoscabo suele ser insusceptible de este tipo de acreditación, cobra valor la prueba indirecta la que con frecuencia -y como acontece en la especie- surge in re ipsa del hecho dañoso integralmente considerado. Al decir de Bustamante Alsina, "...no creemos que el agravio moral debe ser objeto de prueba directa, pues ello resulta absolutamente imposible por la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad..." (BUSTAMANTE ALSINA, Equitativa valuación del daño no mensurable, LL, 1990-A-655). Así pues la prueba indirecta del daño moral encuentra en los indicios y en las presunciones hominis, su modo natural de realización. Deben, de tal modo, probarse los hechos en los que se basa la presunción. En la razonable conexión entre el hecho indicativo (el cual no está exento de prueba) y el hecho indicado yace la eficacia de la prueba presuncional (art. 384 del CPBA; así también lo ha estimado esta Cámara en en los autos N° en los autos N° 2204- 14 caratulados "BADA, Y ESICA RITA C/ CANTORE, LUCIANO Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC. USO AUT. Y ESTADO)". En virtud de lo expuesto, de la totalidad de la prueba colectada puede concluirse la índole del interés lesionado (afectación de la disponibilidad de un bien de alto valor en el patrimonio del actor), la gravedad del incumplimiento (inejecución parcial de la prestación fundamental del contrato de locación de obra (art. 1251 y 1256 inc, a y e del CCyC), la pasividad del demandado frente a los llamados e intimaciones que les fueran dirigidas por el actor, la afectación del proyecto global del edificio con motivo del incumplimiento y las consecuencias espirituales que se siguieron de ello (angustias, molestias, incertidumbres, preocupaciones, etc.). Todas estas circunstancias reflejan sin mayor hesitación un resultado lesivo congruente con el suceso generador de la responsabilidad según la habitual experiencia. Lo expuesto sintoniza con la previsibilidad objetiva inherente al sistema de causalidad adecuada. Se consideran producidas por el hecho las consecuencias que acostumbran a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 del CC). A su vez, las cargas probatorias dinámicas deben asumirse por quien invoca algo opuesto a la regularidad fáctica. En definitiva para reputar configurado un daño moral, no resulta necesario probar el llanto, sufrimiento o depresión exteriorizados hacia terceros; aquél reviste superior amplitud y se configura ante un contexto que altere el equilibrio existencial de las personas (ver ZABALA DE GONZALEZ, Resarcimiento de daños, Tomo 5a: Cuanto por daño moral, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005, pag. 382). A pesar de la escasa actividad probatoria del actor respecto a este rubro -circunstancia que sin dudas ha incidido en la extensión del resarcimiento objeto de revisión-, no puedo dejar de apuntar que las circunstancias señaladas ut supra resultan claramente indicativas y reveladoras de la existencia de un daño moral cierto, por lo que respecto a este punto cabe dejar sin efecto lo sentenciado por el Juez de Grado y cifrar el concepto reclamado en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) con más intereses que serán calculados a una tasa pura del 6% desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la

intimación extrajudicial- hasta la fecha del dictado de la presente sentencia. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado, **VOTO POR LA NEGATIVA.** A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.- A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es: 1) Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora en lo que respecta a la procedencia y cuantificación del rubro entrega de materiales y anticipo de dinero, correspondiendo establecer la suma de pesos quince mil cuatrocientos treinta y uno (\$15.431) con más intereses que serán calculados desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la intimación extrajudicial- hasta el 19 de Febrero de 2018 momento en que se determinó el valor del capital controvertido (fecha de la pericia arquitectónica de fs. 84/85), a una tasa pura del 6%. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). 2) Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora en lo que respecta a la procedencia y cuantificación del daño moral sentenciado en la instancia de origen, correspondiendo su determinación en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) con más intereses que serán calculados desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la intimación extrajudicial- hasta la fecha del dictado de la presente sentencia. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). 3) Rechazar el recurso de apelación por el rubro pérdida de chance confirmando al respecto lo decidido por el aquo. 4) Imponer las costas de Alzada en un 70% a cargo de la demandada y un 30% a cargo de la actora. (Arts. 71 del C.P.C.C.). 5) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto exista regulación de primera instancia (art. 31 de la ley 14.967).- **ASI LO VOTO.** A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.- Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente; **SENTENCIA:** 1) Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora en lo que respecta a la procedencia y cuantificación del rubro entrega de materiales y anticipo de dinero, correspondiendo establecer la suma de pesos quince mil cuatrocientos treinta y uno (\$15.431) con más intereses que serán calculados desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la intimación extrajudicial- hasta el 19 de Febrero de 2018 momento en que se determinó el valor del capital controvertido (fecha de la pericia arquitectónica de fs. 84/85), a una tasa pura del 6%. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). 2) Acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora en lo que respecta a la procedencia y cuantificación del daño moral sentenciado en la instancia de origen, correspondiendo su determinación en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000) con más intereses que serán calculados desde el 10 de Febrero de 2017 -fecha de la intimación extrajudicial- hasta la fecha del dictado de la presente sentencia. De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (SCBA causas C. 101.774, "Ponce"; L. 94.446, "Ginossi" y C. 119.176, "Cabrera"). 3) Rechazar el recurso de apelación por el rubro pérdida de chance confirmando al respecto lo decidido por el aquo. 4) Imponer las costas de Alzada a la demandada (Arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). 5) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto exista regulación de primera instancia (art. 31 de la ley 14.967).- **Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-**

038126E