



ACUERDO N° 110. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores OSCAR E. MASSEI** y **EVALDO DARIO MOYA** y, por existir disidencia, con la señora Presidenta **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, en los autos caratulados: "**FAIAZZO ALEJANDRA MARIA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**" Expte. OPAÑQ1 N° **4844/2014**, venidos en apelación y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal **Doctor EVALDO DARIO MOYA** dijo: **I.-** A fs. 554/564 (18/10/2017) se dictó sentencia por la cual se acogió parcialmente la demanda interpuesta por los Sres. Alejandra Maria Faiazzo y José Tulio Luis Bacigalup Vertiz y, en consecuencia, se condenó a la Municipalidad de Neuquén al pago de una indemnización que asciende a la suma de \$354.536 más intereses a la tasa activa. Las costas fueron impuestas a la parte demandada vencida.

II.- A fs. 567/569 (07/11/2017), la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia.

Se agravia porque el *a quo* impuso la totalidad de las costas a la demandada vencida sin hacer distinción alguna en las pretensiones de la actora que fueron acogidas y las que fueron rechazadas en la sentencia.

Explica que los actores interpusieron demanda a fin de que se los indemnice en la suma de \$2.295.200, monto calculado a la fecha de intimación cursada por carta documento a su mandante (30/07/2010) y/o la fecha de generación de cada uno de los daños reclamados, a saber daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Manifiesta que la sentencia condenó a su parte al pago de una indemnización de \$354.536 con más los intereses a



la tasa activa, en concepto de pérdida de chance, es decir, hizo lugar parcialmente a la demanda, rechazando el reclamo por daño emergente y daño moral, pero no distribuyó las costas en consecuencia.

Reconoce que existe doctrina que avala la imposición de la totalidad de las costas al productor del daño, aun cuando los montos acordados sean inferiores a los originalmente pretendidos por la parte. Sin embargo, estima que en el caso, debió considerarse que dos de los rubros pretendidos fueron rechazados en su totalidad y que el tercero, sólo procedió por una suma inferior a la reclamada.

III.- A fs. 570/576 (09/11/2017) la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva, solicitando la oportuna revocación del decisorio en crisis en aquello que es materia de agravio, con costas.

Afirma que el pronunciamiento no constituye una derivación razonada de los antecedentes probatorios incorporados al proceso y contradicen las constancias documentales y los testimonios rendidos.

III.1.- En primer lugar, se agravia por la calificación de la conducta contractual de la demandada.

Argumenta que si bien la sentencia de grado consideró probada la responsabilidad de la demandada en el cumplimiento tardío de la obligación, calificó como culposa dicha conducta contractual. Afirma que, tal como lo reconoce el propio *a quo* y surge de los antecedentes administrativos, la accionada sabía de la imposibilidad de cumplir en tiempo y forma con las obligaciones contractuales que asumía al momento de convocar la licitación y suscribir el correspondiente boleto de compraventa.

Asegura que a partir del reconocimiento culposo del incumplimiento contractual de la demandada, y luego de establecer el nexo causal entre dicha conducta y los daños provocados por la misma, la sentencia reconoce sólo la



procedencia de una parte de los rubros indemnizatorios reclamados en la demanda.

Manifiesta que el Municipio conociendo plenamente la imposibilidad de cumplir los compromisos que asumía en la Licitación 06/08, decidió llevar adelante el proceso con las consecuencias dañosas para los compradores. Dice que esta circunstancia, debidamente probada en autos, configura el dolo de la demandada que permite calificar su incumplimiento contractual como malicioso, en los términos del artículo 521 del Código Civil, lo que conlleva su responsabilidad por las consecuencias inmediatas y mediatas derivadas de dicho incumplimiento.

III.2.- En segundo lugar, se agravia por la falta de reconocimiento de los daños derivados de la mora.

Argumenta que al momento de valorar la procedencia y entidad de los rubros indemnizatorios reclamados, a pesar de la prueba reunida en el proceso, el juez sólo reconoció en forma parcial la reparación del lucro cesante reclamado, definiéndolo como pérdida de chance, rechazando la indemnización del daño emergente y del daño moral sufrido por los actores.

Se queja porque en función de lo reclamado, la indemnización acordada por el juez resulta exigua y no llega a cubrir una reparación integral de los daños y perjuicios provocados por el cumplimiento tardío de la obligación a cargo de la accionada.

Con relación al daño emergente, refiere que la sentencia reconoce que se encuentra probado que al momento de adquirir los lotes al Municipio, los actores tenían decidido desarrollar sobre el mismo un proyecto inmobiliario bajo el régimen de Propiedad Horizontal -integrado por 8 unidades funcionales, cuatro departamentos de un dormitorio en PB y cuatro dúplex de tres dormitorios en PA- obra que según lo declarado por los testigos que depusieron en autos, se



financiaría con el aporte de los futuros consorcistas mediante la compra en pozo de las unidades funcionales.

Dice que en base a la prueba testimonial rendida el *a quo* también reconoció que potenciales interesados no adquirieron las unidades funcionales dada la incertidumbre generada por la falta de escritura de los terrenos y la no aprobación de los planos de obra, lo que privó a su parte de la financiación externa del proyecto, pudiendo sólo vender dos de las ocho unidades funcionales.

Refiere que, sin embargo, el juez rechazó la procedencia del daño emergente con fundamento en que la imposibilidad de venta anticipada de las unidades funcionales no implicaba que los actores se hubieran privado de la disposición de ahorros que tenían otro destino o, que les hubiera generado deudas con terceros o, los hubiera obligado a asumir un costo financiero producto de esa circunstancia.

Manifiesta que toda la prueba rendida (testimonios, pericia en arquitectura) acreditan tanto las características de la obra a ejecutar, la forma de financiación prevista, la frustración de numerosas operaciones de venta, etc. existiendo indicios concordantes que señalan que la obra sólo pudo financiarse con el aporte monetario de los actores, quienes debieron destinar sumas de dinero propio a ese fin no previsto, ante la imposibilidad de lograr el flujo de fondos proveniente de la venta anticipada de las unidades funcionales.

Estima que el daño emergente se encuentra configurado por el empobrecimiento que sufrieron los actores al verse impedidos de contar con ingresos y ahorros propios que estaban destinados a su uso y goce, ya fuera para atender los gastos y consumo propio y de su núcleo familiar, como el ocio o esparcimiento.

En cuanto a la extensión del daño, se agravia porque no se consideró su pretensión de incluir los intereses



correspondientes a los fondos aportados por los condóminos del terreno para llevar adelante la obra. Refiere que los intereses fueron calculados a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, hasta el mes de marzo de 2013 fecha en la cual la Municipalidad de Neuquén comunicó que fueron removidos los obstáculos que impedían la escrituración.

Con relación a la pérdida de chance reconocida en la sentencia, el agravio se limita al monto establecido, el que afirma es inferior al que en realidad corresponde, de conformidad con las pautas tenidas en cuenta por el *a quo*.

Asegura que conforme surge de la pericia en arquitectura el tiempo en exceso al previsto que demandó la terminación de la obra fue de 30 meses y no de 24 como erróneamente consideró la sentencia. Cita la parte pertinente de la pericia, obrante a fs. 408 "De haber contado con un flujo constante de fondos, una obra de esas características habría demandado en el peor de los casos entre 24 y 30 meses para su construcción y total terminación" (punto 5). Solicita que en función de ello se ajuste el monto indemnizatorio.

Finalmente, los actores cuestionan que se haya rechazado el daño moral pretendido, fundado en la falta de prueba sobre su existencia.

Explica que el artículo 522 del Código Civil (hoy derogado) otorga al juez la potestad de reconocer el daño moral derivado del incumplimiento contractual. Admite la existencia de diversas doctrinas interpretativas de la norma legal, pero afirma que todas ellas confluyen en que la indemnización debe ser aumentada en caso de incumplimiento malicioso de la obligación asumida.

Asume que el daño moral debe presumirse en este caso, no sólo por la angustia generada al tener que recorrer las dependencias y organismos públicos para lograr escriturar los inmuebles abonados, sino por haber sido engañados por la administración municipal.



Destaca que su parte no fue debidamente informada por la demandada sobre los inconvenientes que impedían el otorgamiento de la escritura, sino que recién tuvieron la información luego de formular una denuncia ante la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Neuquén por la falta de respuesta directa de parte de la accionada. Manifiesta que la angustia generada por la incertidumbre se vio agravada por la imposibilidad de ofrecer el proyecto a los eventuales compradores.

En función de lo expuesto, solicita se tenga por acreditado el daño moral y se condene a la demandada a su reparación por los montos reclamados en el escrito de demanda.

IV.- A fs. 580 la parte actora contesta traslado del recurso de apelación interpuesto por la demandada, solicitando su rechazo, con costas.

Considera que los agravios expresados resultan infundados dado que la cuestión fue debidamente considerada por el juez en su sentencia.

Explica que la demandada ha resultado vencida en este proceso judicial, al haber reconocido el incumplimiento contractual en que incurriera con los actores, habiéndose establecido además la relación causal entre dicha conducta incumplidora y los daños provocados a los actores. Por ello, estima que en virtud del principio objetivo de la derrota plasmado en el artículo 68 del CPCC resulta ajustada a derecho la condena en costas a la parte demandada.

V.- A fs. 583 se remitieron las actuaciones a esta Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia y a fs. 588/593 dictaminó el Fiscal General, quien propició rechazar el recurso deducido por la demandada y hacer lugar parcialmente a la apelación articulada por la actora.

V.1.- Respecto al primero de ellos, sostiene que el principio integral en el proceso de daños y perjuicios, según el criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario impone que



las costas del procedimiento necesario para la declaración de la responsabilidad y para la fijación del monto de la reparación, sean a cargo del responsable. Indica que el carácter eminentemente resarcitorio de dicho proceso obliga a cargar las costas al causante del menoscabo o productor del daño, cualquiera sea el monto reclamado o reconocido en juicio, e incluso, cuando no prospere en la totalidad de los ítems o rubros indemnizatorios pretendidos.

Menciona que sólo se reconocen dos excepciones a esta regla, y es en caso de culpa concurrente de los litigantes o la pluspetición grosera e inexcusable del reclamante, extremos no verificados en autos.

V.2.- Con relación al recurso interpuesto por la actora, propicia la confirmación del fallo apelado en lo que respecta a la calificación del incumplimiento contractual -el que considera culposo- y el rechazo del rubro indemnizatorio daño emergente, dada la falta de prueba sobre su acaecimiento.

Respecto al lucro cesante, estima acertada la conceptualización del daño como pérdida de chance en atención a las probabilidades que no son tan ciertas ni objetivas de que los inmuebles puedan darse en alquiler.

Asimismo, menciona que aun cuando el sentenciante se apartó del dictamen anteriormente efectuado por ese Ministerio Fiscal respecto del valor de referencia para el cálculo de la indemnización, estima que el monto acordado responde al principio de congruencia ya que los accionantes reclamaron que se les indemnizara el "lucro cesante" por el plazo de dos años -y no de 30 meses como pretenden ahora-.

Finalmente, entiende que asiste razón a los apelantes en lo relativo al daño moral, dado que la sentencia considera que la conducta contractual de la demandada se encuentra reñida con el principio de buena fe que debe regir en toda relación contractual, por lo cual considera que debe



revocarse la sentencia en este aspecto y acoger la pretensión de daño moral.

VI.- Sin perjuicio del orden en que fueron presentados los recursos de apelación, por cuestiones de orden metodológico, nos abocaremos al tratamiento del recurso de apelación deducido por la actora para luego abordar el interpuesto por la demandada.

VI.1.- Analizando el recurso deducido por la actora, cabe comenzar por examinar el agravio referido a la calificación de la conducta contractual de la demandada que efectuara el *a quo*.

La sentencia destaca que el "incumplimiento" contractual al que se refieren los actores en su demanda, constituyó, en rigor, una mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el pliego licitatorio y el contrato suscripto, dado que allí se estipulaba que una vez pagada la totalidad del precio, el Municipio debía escriturar a favor del comprador en el plazo de 30 días (cláusula 12).

Así tiene por acreditado que "la Municipalidad no cumplió en término con una obligación fijada en el Pliego, como lo era la escrituración del inmueble" (fs. 560 vta.).

Respecto a la calificación jurídica de ese cumplimiento tardío, el juez de grado estimó que la conducta de la demandada desplegada al llamar a licitación pública y la posterior suscripción del boleto sin que se hubieren efectuado los trámites registrales necesarios para la transmisión del dominio respondió a un obrar culposo del Municipio, en la intelección que omitió realizar las diligencias necesarias que exigía la naturaleza de la obligación asumida.

Para así decidir realizó una correcta valoración de la prueba rendida, la que transcribió en el decisorio a modo de fundamentación.

Mas en el afán de destacar la imprevisión del demandado al momento de realizar la licitación pública y la



posterior contratación sin que el trámite registral estuviera concluido, el a quo formuló algunos reproches en la sentencia que pudieron ser interpretados como agravantes de la conducta evidenciada por la demandada, reflejando -al decir del apelante- un proceder doloso.

El recurrente así parece inferirlo del párrafo que dice: *"En esa intelección, puede interpretarse que la conducta de la demandada resultó contradictoria con el principio de buena fe que debe regir en toda relación contractual"*.

Sin embargo, se comparte el criterio del juez de grado dado que la totalidad de la prueba rendida lleva a concluir que la conducta asumida por la demandada constituyó un obrar "culposo", consistente en la falta de conclusión oportuna de los procesos registrales necesarios para poder escriturar en el plazo estipulado en el pliego.

Si bien los obstáculos registrales eran mayormente conocidos por la demandada con carácter previo a efectuar la licitación, de la prueba rendida surge que intentó sortearlos antes de formular el llamado y durante el desarrollo del procedimiento licitatorio.

Ello se desprende del expediente administrativo donde tramitó la Licitación 06/08 (SEO-1503-M-02).

a) A fs. R-258 se aprecia la consulta que efectúa la Dirección Municipal de Tierras Fiscales y Agrimensura de la Municipalidad en fecha 30/10/06 a la Dirección de Asuntos Jurídicos, indicando *"...que del informe del RPI el dominio Lote Y-4 se encuentra afectado a zona empalme rutas, y que toma parte además de otro lote y de un bien de dominio público (calle) por lo que la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial requiere adjuntar la norma legal que permita desafectar y levantar las restricciones que pesan sobre el inmueble citado para Registrar en forma definitiva la citada subdivisión."*



El trámite ... (referido a desafectación del dominio público y levantamiento de restricciones), se encuentra en curso por expediente de Mensura N° C-0009-02-02, para remisión del proyecto de norma legal al Concejo Deliberante para tratamiento y sanción de la norma legal correspondiente.

Por lo expuesto, es que se solicita se informe si es posible realizar el llamado a Licitación Pública y/o remate sin contar con el alta catastral de los lotes citados en función de que esta situación impedirá realizar las transferencias de dominio a favor de los oferentes... hasta tanto se resuelva la situación descripta."

b) La contestación de fecha 15/11/06, obrante en el Dictamen 591/06 de la Asesoría Legal de la Dirección Municipal de Asuntos Jurídicos refiere "Que mediante expediente de mensura NC. 0009-02-02 se eleva al Concejo Deliberante proyecto de Ordenanza con el objeto de desafectar del dominio público y levantar las restricciones que pesan sobre el inmueble detallado y así poder registrar definitivamente la subdivisión. (...) no obstante, y hasta tanto se apruebe el respectivo plano de mensura, se podrá avanzar en la tramitación concerniente al proceso de licitación." (fs. R.-259, expte. SEO -1503-M-02).

c) Con fecha 07/12/2006, el Concejo Deliberante de Neuquén sancionó la Ordenanza 10.664 mediante la cual ordena "desaféctase del uso público e inscribáse al dominio privado municipal parte de la calle que surge del "croquis de engoblamiento anterior y fraccionamiento del Lote Y", obrante en la Mensura Particular con fraccionamiento del Lote Y1, parte de la Chacra 176 y de la Fracción A de la Chacra 172, plano registrado al Tomo 5 Folio 551...".

d) A fs. R-262 obra nota de fecha 16/05/07 pidiendo se informe si se han cumplimentado los extremos mencionados en el Dictamen Nro. 591/06 de la Dirección Municipal de Asuntos Jurídicos.



e) A continuación (fs. R.-264/265), obra copia del Oficio dirigido al Registro de la Propiedad Inmueble, mediante el cual se solicita la inscripción de la desafectación del dominio público del Lote Y-4, de la Chacra 172 y 176 del Barrio Provincias Unidas, el que es diligenciado el 19/03/2008 y registrado el 28/03/2008 -es decir, con anterioridad al llamado a licitación efectuado el 28/05/2008 (cfr. Decreto 609/08 del P.E. obrante a fs. 297/8)-.

De la prueba documental rendida se advierte que ni la afectación al dominio público -que el Municipio revirtió y registró adecuadamente antes de proceder al llamado a licitación- ni la afectación a empalme de rutas de la mayor fracción eran obstáculos para avanzar con la venta de los lotes, desde que el Municipio siempre fue su titular registral y la matrícula se encontraba libre de gravamen, medida cautelar, hipoteca o restricciones o limitaciones al dominio.

Por el contrario, la escrituración se vio aplazada por trámites registrales -las desafectaciones previstas en la Ordenanza 10.664, así como fraccionamiento y englobamiento de los Lotes 7 y 8- que no fueron claramente identificados por el propio escribano -ver declaración testimonial de fs. 486- y que pudieron ser sorteados una vez vencido el plazo estipulado en el pliego de bases y condiciones.

Luego, si bien existió una mora en el cumplimiento de la obligación de escriturar imputable a la demandada, no existen elementos de prueba que permitan afirmar que existió un propósito deliberado de incumplir la obligación asumida contractualmente, sino imprevisión o negligencia en la finalización de los trámites registrales en tiempo oportuno a fin de lograr escriturar los lotes adjudicados en licitación pública.

Lo expuesto no permite apartarse de la calificación jurídica que realizó el juez de grado en su sentencia -obrar culposo- la que en este punto debe confirmarse.



VI.2.- El recurrente se agravia, en segundo lugar, porque alega que la calificación de la conducta de la demandada como culposa, importó la exclusión de algunas consecuencias dañosas reclamadas en la demanda.

Sin embargo, a poco que se analice la sentencia impugnada se impone la desestimación de este agravio, ya que el rechazo de los rubros indemnizatorios pretendidos -daño emergente y moral- no se fundó en la extensión del resarcimiento que prevé el artículo 520 del Código Civil -tal como argumenta el recurrente- sino en la falta de prueba sobre su acaecimiento.

Al respecto, los accionantes no han logrado certificar el empobrecimiento de su patrimonio derivado de la demora o el retardo en la escrituración de los inmuebles. No se acreditó la existencia de deudas con terceros o un costo financiero que hayan tenido que asumir producto de esa circunstancia.

Las declaraciones testimoniales rendidas a fs. 475/6 (Carlos Gustavo Muñoz), fs. 480 (Maria Clara Sinigagliese), 481/82 (Oses), fs. 492 (Maria Cristina Villanueva) y fs. 493 (Luis Ramón Elzeard) fueron debidamente ponderadas por el *a quo* quien estimó que la circunstancia de que el proyecto no fuera de interés para potenciales compradores no conformaba más que una hipótesis que no aportaba elementos concluyentes para acreditar la efectiva posibilidad de contar con un flujo constante de dinero para la financiación de la obra.

Los intereses calculados sobre el capital que debían aportar los eventuales compradores lucen más hipotéticos aun, dado que no se ha podido acreditar que la alegada imposibilidad de encontrar inversores respondió necesariamente a la falta de escrituración del terreno.

VI.3.- Respecto a la "pérdida de chance", cabe señalar que el recurrente centra su descontento en un doble



orden de razones: a) que el importe indemnizatorio reconocido en la sentencia es inferior al que corresponde de conformidad con las pautas tenidas en cuenta por el *a quo* y, b) que de la pericia arquitectónica surge que el retardo en la terminación de la obra fue de 30 meses y no de 24 meses como fijó el juez.

El sentenciante consideró que el perjuicio resarcible estaba constituido por la pérdida de la chance, consistente en la frustración de la posibilidad de obtener un alquiler por el tiempo que la obra se retrasó por culpa del demandado, lo que no fue objetado por la actora.

a) Pero, si bien asiste razón al recurrente con relación a que el importe finalmente reconocido es inferior al que surge de las pautas dadas en la sentencia, ello constituye un error de cálculo, susceptible de ser reparado en la etapa de ejecución de sentencia, conforme lo habilita el inc. 2 última parte del artículo 166 del CPCC -de aplicación supletoria en la materia-.

En efecto, la sentencia fija como importe indemnizatorio total la suma de \$354.536, con más intereses desde que cada suma es debida.

Para arribar a tal monto, utiliza como pauta del valor locativo los importes consignados por la inmobiliaria Focaccia a fs. 432, de donde surge que en el año 2010, el valor locativo de un dúplex ascendía a \$4.000. Ajustando tales valores locativos a los precios vigentes para los años 2011 y 2012 y considerando un incremento del 20% anual, estima que el alquiler para el primero de esos años fue de \$4.800 y de \$5.760 para el segundo.

Continúa diciendo que "... el cálculo total arrojaría estimativamente \$506.480" y a continuación transcribe la fórmula de cálculo $[(\$4.800 \cdot 4 \cdot 12) + (\$5.760 \cdot 4 \cdot 12)]$. Evidentemente, el monto consignado contiene un error aritmético, ya que la suma total arroja el importe de \$506.880.



Dado que lo indemnizable es la "chance" y no el lucro dejado de percibir, a dicho monto lo reduce en un 30%, ascendiendo el total indemnizable a \$354.816 (el pronunciamiento erradamente consigna la suma de \$354.536).

En razón de ello, la sentencia debió reconocer a los actores una indemnización en concepto de pérdida de chance que asciende a la suma de \$354.816 con más intereses desde que cada suma es debida -monto que arroja la fórmula consignada en la sentencia-.

Mas, siendo factible su rectificación en la etapa de ejecución de sentencia (art. 166 inc. 2 del CPCC), corresponde desestimar este agravio.

b) En punto a la cantidad de meses que deben computarse para la indemnización -esto es, 24 o 30 meses- más allá de lo consignado en la pericia arquitectónica, lo cierto es que los actores en su demanda, solicitan una indemnización por el plazo de 24 meses (cfr. fs. 70 último párrafo).

En virtud del principio de congruencia - directamente vinculado con la garantía constitucional del derecho de defensa- no cabía al juez apartarse de los límites de la pretensión actoral. Todo lo cual nos lleva a concluir en el rechazo de este agravio.

VI.4.- Resta considerar aun el rechazo del daño moral.

En este punto, es preciso señalar que constituye criterio de esta Sala que si bien *"el daño moral en materia contractual puede o no ser concedido por el Juez, quien está facultado para apreciar libremente el hecho generador y las circunstancias del caso (Llambías, Código Civil Anotado, T-II-182), debe ser juzgado con marcado rigor y en términos estrictos.*

En esta línea, el análisis de este rubro debe partir de tres aseveraciones centrales:



a. *Por una parte, señalar que no todo perjuicio económico se traduce, necesariamente, también en un perjuicio espiritual (de lo contrario se arribaría a la ilógica conclusión de que toda víctima de un daño patrimonial podría reclamar siempre daño moral).*

b. *Por la otra, que no todo sufrimiento moral es un daño moral resarcible.*

c. *Por último, que el daño moral, cuando de materias distintas del ámbito extracontractual se trata, no se presume; la procedencia de la reparación requiere de condiciones mínimas para poder aceptarla y se debe ser prudente al respecto: no basta su sola invocación, sino que quien lo alega tiene a su cargo la prueba de su existencia.*

En este orden, no cualquier inquietud, molestia, perturbación o desagrado hace procedente la indemnización, máxime cuando ésta tiene su origen en la afectación de bienes puramente materiales.

Lo expuesto se traduce, entonces, en una apreciación estricta, tanto en lo que concierne al comportamiento de la parte incumpliente, como en la apreciación de las repercusiones que pudo generar" (cfr. Acuerdo N° 1065/04 en autos: "Álvarez", entre otros).

Es decir que, para que nos encontremos frente a un daño moral resarcible, es necesario que el padecimiento tenga una entidad tal, que trascienda las meras dificultades o turbaciones que puedan producirse a raíz de un incumplimiento contractual (sea un incumplimiento absoluto de la prestación debida o se trate de un cumplimiento tardío, como en el sub exámine).

Además, debe existir prueba suficiente: cuando el artículo 522 del Código Civil -aplicable a la especie por analogía- contempla la facultad del juez de condenar a la reparación del daño moral, lo condiciona "a la índole del



hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”, lo cual desecha la automaticidad del rubro.

En consecuencia, negada por la demandada la procedencia del daño moral, deben acreditarse las circunstancias que determinan que el daño moral se encuentra configurado, incumbiendo al actor demostrar la realidad de las lesiones que invoca a sus afecciones legítimas (cfr. CSJN, “Torres, Guillermo y otra. C. Provincia de Buenos Aires”, La Ley 1986- D-3).

Bajo estos parámetros, compulsadas las actuaciones no existe prueba tendiente a la acreditación de su existencia y no se advierte que en las circunstancias del caso se configure un daño moral con entidad suficiente para ser indemnizado.

En virtud de ello, frente a la ausencia total de prueba, se comparte la decisión de rechazar este rubro indemnizatorio.

VII.- Cabe expedirse ahora con relación al recurso de apelación deducido por la parte demandada, cuyo agravio se encuentra circunscripto a la imposición de costas de la sentencia, en virtud de considerar que al no haber prosperado la demanda por la totalidad de los rubros indemnizatorios peticionados, el magistrado debió repartir las costas en consecuencia.

Sin embargo, en la mayoría de los sistemas procesales y como lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (cfr. Chiovenda, G., “Principios de derecho procesal civil”, Madrid, 1925, t. II, pág. 404; Alsina, H., “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, Buenos Aires, 1942, t. II, pág. 472).

Este criterio ha sido adoptado también, como principio, en la ley procesal vigente (arts. 68 y 69 de nuestro C.P.C. y C.) lo que implica que el peso de las costas



debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente (cf. Fassi, S., "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación", Buenos Aires, 1971, t. 1, n° 315).

Litigante vencido o perdidoso es "aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial" (cfr. Chiovenda, citado por Sentís Melendo, Santiago en "Costas, Posibilidad de imponerlas al vencedor" en Revista de Derecho Procesal, Año II, 1944, parte 2°, p. 359). "El carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera, aunque sea en mínima parte, en cuanto al monto, si la actora triunfó en todas las cuestiones litigiosas. Se ha resuelto que corresponde que la parte demandada soporte la totalidad de las costas del juicio si las reclamaciones del accionante progresaron en lo sustancial... La noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados" (cfr. Arazi-Rojas, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 261).

Por otra parte, que la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues como regla no es justo que el triunfador se vea privado del resarcimiento de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derechos (cfr. CNCom., Sala D - "Srebro, Brenda c. Red Cellular S.A. y otro"; CNFed. Civ. Com. Sala III, 13/12/1991, "Antorcha Cía. de Seg. S.A. c. Buque Monte Rosa", LA LEY 1992-C, p. 155).

Luego, el hecho de que el actor no obtenga el quantum total de lo que reclamó o que se haya rechazado algún rubro indemnizatorio no revierte la calidad de vencido de la parte que se opuso negando la procedencia total o parcial de la pretensión, dado que la litis resultó igualmente necesaria al no haber la parte demandada pagado aquello procedente (cfr.



Highton, E. y Areán, B., "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2004, t. 2, p. ps. 58/61).

En virtud de lo expuesto, y no dándose los supuestos que justifiquen un apartamiento del principio previsto en el artículo 68 del CPCC -de aplicación supletoria en la materia-, cabe confirmar la decisión de grado y, en consecuencia, rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada.

VIII.- En atención al modo en que se resuelven los recursos de apelación interpuestos cabe imponer las costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCC).

El Señor Vocal **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** Si bien comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, como así también sus conclusiones respecto al rechazo del recurso de apelación deducido por la parte demandada, debo formular mi disidencia parcial con relación al recurso interpuesto por la parte actora.

En efecto, respecto a la desestimación del agravio atinente al daño moral, estimo que se encuentran acreditados los extremos que tornan procedente el acogimiento del rubro pretendido por la actora en su demanda.

II.- Los accionantes se agravian porque el *a quo* rechazó la indemnización en concepto de daño moral por falta de prueba al respecto.

Sostienen que en el caso, lo malicioso del comportamiento del Municipio quien sabía de las restricciones al dominio que pesaban sobre los inmuebles que quería vender a través el proceso licitatorio y su conducta desaprensiva al respecto, llevan a reconocer la existencia de un daño moral.

Por otra parte, estiman que si bien el daño moral debe ser probado por quien lo invoca, no es menos cierto que esa demostración opera generalmente a través de presunciones. Afirman que la afectación espiritual provocada por el



incumplimiento contractual de la demanda se presume no sólo por la angustia generada al tener que recorrer diferentes dependencias y organismos públicos, sino principalmente, por descubrirse engañados por la propia administración municipal.

Insisten en que no fueron informados por el municipio sobre los "inconvenientes" que impedían el otorgamiento de la escritura de los lotes adquiridos, y que recién luego de la gestión de la Defensoría del Pueblo - activada por la denuncia que debieron efectuar- pudieron saber sobre el obstáculo registral. Destacan que hasta ese momento, la incertidumbre era total, a lo que suman la angustia y frustración de no poder concretar las ventas con potenciales interesados que desistían de invertir en el proyecto ante la irregular situación registral.

III.- Preliminarmente debe advertirse, que aun cuando la controversia se encuentra instalada en el campo del derecho público, ante la inexistencia de una norma específica que contemple la situación y, por tratarse de una relación inmersa en la órbita contractual, se torna de aplicación, por vía analógica, las prescripciones emergentes de los arts. 512 y ccs. del Código Civil -aplicable al momento del acaecimiento del hecho dañoso-.

Específicamente, el art. 522 del Código Civil dispone que "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso".

Sentado entonces que la ilegitimidad del obrar estatal en el ámbito contractual es susceptible de provocar daño moral al particular, el que debe ser resarcido, corresponderá analizar concretamente si en el presente caso, se hallaban reunidos los presupuestos para su procedencia.



La sentencia recurrida admite la presencia de un incumplimiento contractual, su imputabilidad a un órgano del Estado -obrar que califica de culposo- y la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento estatal y el perjuicio -aunque limitado a la "pérdida de chance", no encontrando acreditado el acaecimiento de daño emergente ni tampoco moral-.

Ahora bien, pese a compartir la argumentación seguida por el Vocal que abre el Acuerdo en lo relativo a la inexistencia de una conducta de la demandada que pueda ser calificada de "maliciosa" -como pretenden los recurrentes-, estimo que la negligencia del Municipio en la realización de los trámites registrales pertinentes para lograr la escrituración de los lotes que fueran licitados, provocó un perjuicio en la esfera de los sentimientos de los accionantes que debió ser indemnizado por el juez de grado.

IV.- En efecto, sabido es que el daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen valor precipuo en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere en los sentimientos, a la integridad física o intelectual o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (cfr. Llambías Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil To 1, pág. 271).

Es decir que, para que el daño moral sea resarcible debe ser cierto, debe derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado y debe existir una relación



de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido.

En este caso encuentro configurado el daño moral alegado toda vez que la demora en el cumplimiento contractual por parte de la demandada ocasionó inconvenientes a los accionantes que superan aquellas "meras incomodidades" insusceptibles de resarcimiento.

En efecto, de la prueba testimonial rendida (Oses fs. 481/82) surge que los accionantes vieron postergado y demorado su proyecto constructivo debiendo absorber el aumento de los costos de los materiales, tuvieron que acudir en varias oportunidades a la Defensoría del Pueblo a fin de radicar las denuncias pertinentes y obtener respuestas por parte del Municipio (fs. 314/396), así como gestionar trámites registrales, debieron sortear la falta de aprobación de los planos de obra por carecer de escritura que, paradójicamente, no era otorgada por falencias registrales que el propio Municipio demoraba en realizar, etc. (cfr. declaración del testigo Oses).

Todas estas circunstancias sumieron a los accionantes en un contexto de excesiva incertidumbre. La falta de información sobre cuál era el obstáculo que impedía el otorgamiento de la escritura sumado a la postergación de la obra que estaba proyectada para realizarse en 24 meses (2 años consecutivos) y recién pudo ser finalizada transcurridos 5 años desde su inicio (cfr. pericia fs. 406/9) son situaciones que resultaron angustiantes para los accionantes que cumplieron oportunamente con las obligaciones contractuales que habían asumido en la licitación pública.

En definitiva, se generaron injustos padecimientos espirituales que tuvieron entidad suficiente como para alterar la tranquilidad de espíritu de los accionantes y que justifican la concesión de un reconocimiento en tal sentido.



En virtud de ello, se estima adecuado establecer en \$70.000 la indemnización por daño moral para ambos actores. Dicha suma devengará intereses a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco Provincia del Neuquén desde la fecha de intimación efectuada mediante carta documento del 30 de julio de 2010 (fs. 27/8) y hasta el efectivo pago.

En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por los accionantes limitándolo al reconocimiento del daño moral pretendido en la extensión consignada en el párrafo antecedente, debiendo desestimarse los restantes agravios por compartir los fundamentos dados por el Dr. Moya en el voto inaugural.

Las costas, deberán ser impuestas en el orden causado en virtud de cómo se resuelven los recursos intentados (art. 68 segunda parte del CPCC de aplicación supletoria). **MI VOTO.**

La Señora Presidenta **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI**, dijo: Llega este caso a mi estudio, en atención a la disidencia existente entre los votos de los Sres. Vocales que integran la Sala Procesal Administrativa, en lo que respecta a la solución que, en definitiva, corresponde adoptar de cara al recurso de apelación deducido por la parte actora.

Ello así, en tanto si bien ambos votos coinciden en cuanto a que, en el caso, ha quedado acreditado que la Administración municipal evidenció una conducta negligente en la realización de los trámites necesarios para lograr la escrituración oportuna del inmueble objeto de la licitación pública y que ello generó perjuicios a los actores, no acuerdan en la extensión del resarcimiento que cabe reconocerles, específicamente, en la existencia de daño moral.

Aqueja a los accionantes el rechazo -por parte juez de grado- de la pretensión de reconocimiento del daño moral



que dicen haber padecido. Este agravio es rechazado por el voto que abre el Acuerdo -efectuado por el Dr. Moya- por estimar que no se encuentra acreditado en autos la existencia de tal daño.

Por su parte, el Dr. Massei estima que la demora injustificada de la comuna en proceder a la escrituración del inmueble una vez abonado el precio, insumió a los actores en una situación de excesiva incertidumbre que les provocó padecimientos en el orden de los sentimientos, que estima deben ser resarcidos.

Luego, considerando que sólo debo dirimir aquella cuestión en la que los Sres. Vocales no acuerdan, estimo que la solución propiciada por el Dr. Moya es la que mejor se adecua al caso, toda vez que comparto, por vía de principio, la corriente doctrinaria según la cual el resarcimiento de este daño en materia de incumplimiento de contratos es de interpretación restrictiva y limitativa y que no basta la sola invocación del daño moral para su procedencia sino que aquel que lo alega o invoca tiene a su exclusivo cargo la prueba concreta de su existencia y la relación directa de causalidad entre dicho daño y el incumplimiento de la prestación a cargo del deudor (confr. Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. I, p. 260/1; Borda Guillermo, "La reforma del Código Civil responsabilidad contractual", ED, 29-673; Brebbia, "El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto ley 17.711", ED, 58-239).

Asimismo, esta Sala ha dicho en reiteradas oportunidades que "...no cualquier inquietud, molestia, perturbación o desagrado hace procedente la indemnización, máxime cuando ésta tiene su origen en la afectación de bienes puramente materiales: no todo sufrimiento moral es un daño moral resarcible. Lo expuesto se traduce, entonces, en una apreciación estricta, tanto en lo que concierne al comportamiento de la parte incumpliente, como en la



apreciación de las repercusiones que pudo generar (cfr. Acuerdo N° 1065/04 en autos: "Álvarez", entre otros)."

En esta línea argumental, y teniendo presente las circunstancias que rodean al caso -confr. art. 522 del Código Civil citado por ambos Vocales- no encuentro que la demora en el cumplimiento del contrato suscripto por el Municipio haya ocasionado más que meras incomodidades a los actores que debieron acudir al reclamo administrativo para lograr la escrituración del inmueble licitado; dificultades que no difieren en esencia, de las instancias de debe afrontar todo administrado que formula una petición ante la administración pública.

De tal modo, como se dijo, a efectos de zanjar la disidencia que motivó mi intervención, adhiero a la solución propuesta por el Dr. Moya. **TAL MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por mayoría, **SE RESUELVE:** 1°) Rechazar sendos recursos de apelación interpuestos por la actora y la demandada, confirmando la sentencia de grado en aquello que fue materia de agravio; 2°) En atención a como se resuelven los recursos de apelación, imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCC); 3°) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la cantidad que se fije para los honorarios de primera instancia (art. 15 de la Ley 1594); 4°) Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes, por ante la Actuaria, que certifica.

Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Presidenta. Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria