------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los trece días del mes de febrero del año dos mil ocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Günther Enrique Flass y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Subrogante Dr. Omar Magallanes, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: “E. H. R. c/ OROS, L. D. s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 149/07 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 149 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C. y atento lo dispuesto a fs. 150, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – MAGALLANES.–----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 127/130? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

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

------En razón de encontrarse en uso de licencia anual complementaria el Dr. Jorge Luis Früchtenicht, quien no se reintegrará antes del vencimiento del plazo para el dictado de sentencia en los presentes autos, me expediré en primer término (arts. 10 y 11 Acuerdo N° 3/82 CANO).----------

------A fs. 17/20 el Sr. E. H. R. por intermedio de su apoderada la letrada G. V. C., inicia acción de daños contra el Sr. L. D. O. a fin de que se lo indemnice con la suma de pesos dos mil quinientos setenta y uno por los daños sufridos a consecuencias de la colisión tránsito acaecida el día 21 de abril de 2004.----------

-----A fs. 23/27 contesta el demandado con el patrocinio letrado de los abogados I. O. B. y G. A. S. oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 127/130 se dicta sentencia nº 46/2007 del 28 de junio de 2007 por la cual se rechaza la acción al entender el a quo que la actora no ha logrado demostrar la participación de la demandada en el hecho lesivo.----------

------Contra el mencionado acto jurisdiccional se alza la actora apelando a fs. 133 y concedido que le fuera libremente el recurso a fs. 134 expresó agravios a fs. 140/143 quejándose de que el a quo ha valorado incorrectamente la prueba, ha omitido el tratamiento de prueba esencial y ha excluido indebidamente a un testigo.----------

------Por razones de mayor claridad expositiva voy a analizar los agravios de la actora en un orden distinto al que fueron enunciados.----------

------1) Interpretación de la confesional:----------

------Impugnó la recurrente la interpretación del a quo respecto a la ponencia nº 15 por considerarla descontextualizada del resto.----------

------En la audiencia del 24 de agosto de 2006 se le pidió al actor que absolviera veintiún posiciones. La nº 15 textualmente decía “Que el rodado de su propiedad, Renault 19 dom. ... nunca intervino en un accidente de las características como las mencionadas en las posiciones anteriores”. La apoderada de la actora aconsejó a su cliente se abstuviera de responder ya que la pregunta no especificaba expresamente a cual de las posiciones anteriores se refería.----------

------Tal como está formulada la pregunta implica para el absolvente una “cama de Procusto” pues si contesta afirmativamente estaría reconociendo, entre otras cosas, que circulaba en sentido contrario al camión, que se lo “tragó”, que hizo una maniobra para salir de debajo del acoplado, que después se dio a la fuga, etc. y si respondiera negativamente se podría interpretar, que confiesa no haber participado del hecho.----------

------Manda el art. 411 de la ley de rito que las posiciones sean claras, concretas y no se refieran a más de un solo hecho. Dice DEVIS ECHENDIA que “Son inadmisibles las capciosas o equívocas. La confesión debe ser espontánea y no el resultado de trampas ni de posteriores interpretaciones del sentido o alcance de preguntas elaboradas sin lealtad procesal (DEVIS ECHANDIA “Teoría general de la prueba judicial” T. 1. Ed. Zavalía, Buenos Aires 1970, pág. 749). Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una pregunta es capciosa cuando se hace para arrancar al contrincante una respuesta que pueda comprometerlo, a su turno, dice que concreto es lo preciso, determinado y sin vaguedad. Entiendo que la posición en análisis, adolece de ambos defectos, no es concreta pues remite a ponencias anteriores y es capciosa pues cualquiera sea la respuesta resultaría perjudicial para el absolvente. ¡Bien hizo el actor al abstenerse de contestarla! y tal legítima abstención no puede ser invocada en su contra.----------

------Sabido es que la confesión ficta es una prueba relativa y ha de valorarse estrictamente (conf. CNCiv. F 15/5/69, ED 37-83; idem CNCom. B 10/12/69, ED 37-83; bis in idem CNCiv. D 12/11/71,

ED 42-313). Siguiendo este parámetro y aún cuando admitiéramos la legitimidad de la ponencia ¿Qué es lo que ha confesado el Sr. R.?; ¿Reconoció lisa y llanamente no ser partícipe del hecho? o ¿Negó sólo su participación en un hecho como el descripto en ponencias anteriores?. Considero que lo correcto es la última hermenéutica pues lo contrario sería alzarse contra principios básicos de la lógica formal tal cual son el de identidad y contradicción. Entonces, a pesar del pormenorizado análisis que efectúa el a quo, voy a disentir respecto a la pertinencia de la ponencia y a la entidad que se da a la respuesta ficta, afirmando que asiste razón al recurrente, que no puede tenérselo como confeso respecto a su no participación en la colisión y que esta prueba, en concreto, no sirve para desvirtuar su pretensión.----

------2) La autenticidad y valor probatorio de la carta documento nº 014492676 AR:----------

---

------Con su escrito de demanda el actor acompañó (fs. 8/9) carta documento nº 014492676 AR y aviso de recepción. Mediante aquella intimaba al demandado a indemnizarlo por los daños causados a su vehículo... el día 21 de abril de 2004 en calle ... de Trevelin a horas de la mañana. A fs. 103 Correo Argentino contesta oficio reconociendo la autenticidad tanto de la carta documento como del aviso de recepción. Al contestar demanda, el demandado niega la autenticidad de la documental y la información en ella contenida. Al absolver posiciones niega haber recibido la carta documento mencionada. Cuando una carta documento y un aviso de recepción es acompañado en originales y su autenticidad resulta corroborada por Correo Argentino, no basta para rebatirla la simple negativa unilateral expresada por el destinatario y no desvirtuada por ninguna otra prueba. La confesional del destinatario no puede considerarse tal ya que sólo sirve para acreditar los hechos que benefician a la contraria y no las propias alegaciones del absolvente. Encuentro que asiste razón al recurrente cuando afirma que la carta documento en cuestión debe tenerse por auténtica pero también corresponde expedirme sobre el valor probatorio de una interpelación no respondida. En tal sentido encuentro que el art. 919 del C.Civ. establece como principio general que el silencio frente a una manifestación no es considerado asentimiento salvo, entre otras excepciones, cuando haya una obligación legal de explicarse o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. El principio de buena fe que emana del art. 1198 del C.Civ. y que debe impregnar toda conducta del hombre en sociedad exige, entre otras cosas, ser coherente con los propios actos y prestar la colaboración que conforme a un modelo de conducta social estándar traduzcan honestidad, lealtad y probidad. Ahora bien, ese deber de conducta coherente, honesta, leal y proba nos exige que ante una intimación a pagar daños por una accidente de tránsito, si no hemos participado de él o si quien nos intima no ha participado de él, debemos rechazarla expresamente y no ampararnos en un oscuro silencio abstencionista. Lo dicho me lleva a afirmar que el demandado tenía obligación de responder y si no lo hizo, su actitud excepciona al principio general del art. 1198 y ha de reputarse conformidad con lo manifestado por la otra parte. También la jurisprudencia de nuestra provincia resulta coincidente cuando dice:“Sabido es que el Art. 919 del C.C. tiene como principio general que el silencio frente a una manifestación no es considerado asentimiento de aquella; pero el art. cit. contiene tres excepciones a tal principio, del cual interesa para esta causa el tercero y final cuando establece que hay obligación de explicarse -frente a la manifestación- a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. El silencio comprometedor cual lo titula Belluscio y otros, (op. cit., Tomo 4, Ed. Astrea, 1982, pág. 135), requiere declaraciones anteriores de quien guardó silencio o una conducta anterior del sujeto que se presente como una “antinomia” frente a tal silencio (confr., E.D., 53-225, sum. 14 y pág.231). Es que por otra parte, derivado del principio elemental de la buena fe en los contratos (Art. 1198, 1ra. regla, C.C.), cuando existe la obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (Art. 919 “in fine”), la buena fe no tolera que nadie se atrinchere en el silencio cuando puede tener la apariencia exterior de consentimiento (confr., CNCiv., Sala “C”, 7/4/70, L.L., 141-670, sumario 25.483, punto IIº; también Belluscio y otros, op. cit., Tomo 4, pág. 135). (ECANE, Sala “A” mayo 22-2003 “N, S c/ T P S.A. s/ COBRO DE PESOS”. Expte. nº 18541 - año: 2003). Por lo expuesto y con el respeto de siempre, voy a disentir con el a quo respecto a la autenticidad y fuerza probatoria de la carta documento en cuestión votando favorablemente el agravio del recurrente.----------

------3)El testimonio de la Sra. P.:----------

------Se agravia la recurrente de que se hubiera interpretado erróneamente el testimonio de la Sra. P., aduciendo que se le ha dado un tratamiento parcial al haber aislado las respuestas 2º y 3º del resto de sus declaraciones.----------

------Efectivamente como dice el a quo la testigo manifestó que se encontraba descompuesta y que en consecuencias no pudo ver , o no prestó atención al color y tipo de vehículo que contrató para que la llevara a Trevelin. No obstante, hay otros datos importantes que deben tenerse en cuenta: La testigo reconoce que el día 21 de abril de 2004 tomó un remis, que lo contrató

mediante agencia, que el remis era conducido por el hijo del actor y que en calle 25 de Noviembre de Trevelin colisionaron con un camión que estaba estacionado a mano derecha y llevaba una máquina, que se enganchó en la puerta donde iba ella y que el chofer del remis la llevó primero a su casa y después volvió al lugar del hecho para “arreglar las cosas”. Todos los datos colectados en el testimonio deben ser valorados pues si bien es cierto que la deponente no puedo identificar el color, marca y dominio del automotor si aportó otras aseveraciones de relevancia. Es por lo expuesto que considero que el agravio debe ser atendido.----------
------4) El testimonio del Sr. D. E. R.:----------
------Se queja el recurrente de que no se haya tenido en cuenta el testimonio del Sr. D. E. R. por ser hijo del actor cuando ninguna oposición a ello hubo de la contraparte ni del propio testigo.----------
------El art. 427 C.P.C. y C. dice que no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos en línea directa de las partes, paralelamente el art. 428 C.P.C. y C. establece que el juez puede desestimar de oficio el ofrecimiento y que sin perjuicio de ello, la parte puede formular oposición cuando indebidamente se la hubiera ordenado. De la lectura del expediente surge que el a quo no desestimó la prueba ofrecida sino que por el contrario ordenó su producción a fs. 31. Tampoco el demandado manifestó oposición ni frente al ofrecimiento, ni frente a la orden de producirla y ni siquiera en la audiencia respectiva, por el contrario, controló el testimonio y procedió a interrogar. Tampoco hubo ninguna objeción del propio testigo quien no sólo concurrió a la audiencia en el día y hora señalado sino que previa y espontáneamente había pedido se labrara exposición policial siendo claro entonces, que ningún impedimento sentía para manifestar sus vivencias en la causa. Dice GIANGRASSO que “La exclusión de ciertas personas, cónyuge o parientes de las partes, se funda en la imperiosa necesidad de mantener la cohesión familiar y no en el presunto interés que pudieran tener en el juicio” (GIANGRASSO, Antonio José “Código procesal Civil y Comercial de la nación. Anotado con jurisprudencia y concordado” Depalma. Buenos Aires 1989 pág. 523), en consecuencia, habiéndose permitido que el testigo declare sin oposición de ninguna de las partes que tenían derecho a hacerlo ni del juzgador, nada obsta a que el testimonio sea considerado, aunque con la relatividad derivada de las propias circunstancias. En igual sentido se ha dicho que “La relación de parentesco de los testigos no desmerece el valor probatorio de sus dichos cuando son corroborados con los testimonios de otros, apareciendo tales declaraciones como suficientemente precisas y debidamente circunstanciadas, tratándose además de testigos necesarios que presenciaron el hecho y que fueron debidamente repreguntados por la demandada sin incurrir en contradicciones” (CNCiv. F, 23/11/71 ED 42-261). Es por lo expuesto que considero que, si bien no puede ser valorada como una prueba decisiva y contundente, nada obsta a que el testimonio mencionado, en las condiciones emitidas, sea valorado, aun con la relatividad propia de las circunstancias, sin que corresponda rechazarlo de plano. Es por lo expuesto que entiendo debe proceder el agravio expresado.----------
------5) La exposición policial:----------
------Acierta el a quo cuando dice que la exposición policial de la víctima, emitida unilateralmente constituye un pobre aporte a la hora de formar certeza pues no pasa de ser eso: Una manifestación unilateral. Sin embargo también asiste razón al recurrente en cuanto que, si de las otras pruebas rendidas surgen datos que permiten confirmar a aquélla, debe considerársela hábil. Razón por la cual es necesario, en efecto, analizar las demás probanzas de auto para determinar si hay constancias suficientes que permitan tener por acreditada la participación del automotor CZV 553 en el hecho lesivo. No hay dudas que el citado vehículo es de propiedad del actor, que el mismo se encontraba afectado al servicio de remis con autorización suficiente de la Municipalidad de Esquel (fs. 12 y 76) y que uno de los chóferes auxiliares era el Sr. D. E. R. Tampoco hay dudas de que el día 21 de abril de 2004, la Sra. C. P. tomó un remis conducido por el Sr. D. E. R. con destino a Trevelin y que dicho remis colisionó en calle 25 de Noviembre con un camión que llevaba una máquina impactando en la puerta del lado en que iba la pasajera. El propio demandado reconoce haber colisionado en el día y lugar señalado con un automóvil aunque manifiesta no haber visto el número de dominio y relata una mecánica diferente en el choque. Dice el demandado que el automotor con el que colisionó se dio a la fuga y la Sra. C. P. explica que el remis en el que ella viajaba, después del accidente fue a dejarla en su casa (estaba descompuesta) para regresar después a “arreglar las cosas”. En la exposición policial y en su declaración testimonial, el Sr. D. E. R. reconoce que había tenido un accidente el día y en el lugar señalados mientras conducía el automóvil... y si bien ambas pruebas deben ser valoradas con relatividad, no se puede desconocer las otras acreditaciones de autos ya mencionadas ni la que surge de las fotografías de fs. 13 –aun cuando fueran impugnadas por el demandado pero sin producir prueba en contrario– conforme a las cuales el automotor... presenta daños en el lateral coincidiendo con el relato de la Sra. C. P. respecto a que el impacto se produjo de su lado. Por último el inexplicable e injustificado silencio del demandado frente a la intimación mediante carta

documento 014492676 AR constituyen indicios mas que suficientes para tener por cierto que la colisión se produjo entre el camión... y el automóvil... .----------
------Dicho lo precedente es necesario analizar ahora si el demandado ha logrado demostrar interrupción del nexo causal y si el actor ha conseguido acreditar los daños en la magnitud pretendida para la procedencia de la indemnización pedida.----------
-----Acierta el a quo y es doctrina sostenida por este tribunal que, tratándose de una colisión entre dos vehículos, no corresponde presumir neutralización de riesgos y frente a la falta de reconvención es carga del demandado demostrar la interrupción del nexo causal por causa ajena conforme a la manda del art. 1113 Cod. Civil.----------
------El Sr. O., no logró acreditar causa ajena en el infortunio pues la actividad probatoria encaminada a ello fue insuficiente, adviértase que no produjo los testimonios ofrecidos ni demostró de ninguna forma la mecánica que él describe y de la que se podría haber deducido hecho de la víctima como factor de exoneración, razón por la cual ha de tenérselo por responsable del daño causado al actor.----------
------Queda por ver si el demandado ha logrado acreditar el daño en los rubros que reclama.----------
------Lucro cesante:----------
------Esta ECANO ha sostenido que la privación por el uso ha de calcularse a una suma equivalente al valor locativo del bien multiplicado por los días de indisposición, sin embargo en el sub iudice el actor ha reclamado sólo lucro cesante que es un rubro distinto a aquél. Mediante la privación del uso se indemniza la suspensión del derecho a usar de una cosa –ius utendi– mientras que con el lucro cesante se indemniza la pérdida de ganancias, lucro o rédito –ius fruendi–, la jurisprudencia ha dicho: “El lucro cesante y la privación de uso del automotor constituyen daños diversos susceptibles de indemnización separada y por ello su petición debe ser expresa y no cabe entenderla como implícitamente incluida en la solicitud de lucro cesante” (CNCiv. Y Com. Sala V 26/7/1985, “Aprile, Alfredo v. Puente S.A. s/Sumario conf. cit de DARAY, Hernnan en “Accidentes de Tránsito” Astrea. Buenos Aires 1989 T. I pág. 172). Ahora bien, el lucro cesante requiere para su procedencia de prueba certera y precisa pues no cabe presumirlo. En tal sentido se ha dicho que “El lucro cesante no puede ser presumido y por ende debe ser objeto de la prueba pertinente, demostrando la certeza del perjuicio y no una mera conjetura como aquí sucede. Circunstancia ésta que se extiende y configura aún si se entendiera el reclamo como la pérdida de una chance; debiendo haberse acreditado en el sub-examen que por causa del incumplimiento de la demandada, se produjo el revés de un proyecto en curso de ejecución, comprobando en forma concreta y cierta el carácter de la frustración y su extensión y alcances” (confr., CNCiv., Sala “A”, 30/11/84, L.L., 1985-C-292; íd., íd, 20/6/90, L.L., 1992-A-140; CNCiv., Sala “B”, 19/2/93, L.L., 1994-C-444, con nota). También nuestra jurisprudencia provincial ha tenido oportunidad de decir que “No cabe entonces acoger este reclamo, pues el lucro cesante, como cualquier especie del género de los daños, resulta indemnizable a condición de que se lo acredite, esto es de que se pruebe la frustración de una ganancia cierta y concreta, por no ser su existencia presumible; la realidad de ese perjuicio no surge “re ipsa” (art. 1069 Cód. Civ., su doc.; esta Cámara, c. 11.340 S.D.C. 4/95). (C.A.N. E, Sala “A” agosto 29-2003 “V, J C c/ C, O R s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. nº 18718 - año: 2003).----------
------El actor en autos demostró el promedio de viajes diarios y el precio de cada viaje pero no puede decirse que esa hubiera sido su ganancia ya que habría que descontar los costos de la actividad tales como combustible, salarios de chofer, amortización, etc. El informe de fs. 53, sólo logra demostrar lo que podríamos llamar ingreso bruto mas no la ganancia o lucro y como tal resulta insuficiente para la procedencia del rubro. La jurisprudencia ha dicho respecto a la prueba del daño que “...incumbe rendir al damnificado tanto la de su existencia como la de su cuantía, y tan es así que faltando la indispensable acreditación del daño, no puede suplirse la prueba de su entidad por la prudente estimación judicial” (CNCom. Sala A 15/3/90, “L. M. SA c. I. L. SA u otra” LL 1992-A-314). Es por lo expuesto que considero debe rechazarse la pretensión respectiva.----------
------Gastos de reparación:----------
------Aquel que ha sufrido un daño en una cosa de su propiedad, tiene la opción de reclamar lo necesario para la reparación o hacerlo arreglar demandando el costo insumido. El actor ha tomado esta segunda vía adjuntando recibos de pagos por obra de mano e insumos. El demandado opuso impugnación a tales recibos mas no acreditó que ellos fueran excesivos lo cual habría sido relativamente fácil mediante la exhibición de presupuestos inferiores. Es cierto que la víctima no puede ejercer abusivamente su derecho a reparar la cosa y cobrar los gastos que tal reparación le hubiera ocasionado pero es carga del demandado evidenciar el abuso del derecho

cuando lo hubiere y nada hay en autos que nos permita arribar a tal conclusión, razón por la cual considero que corresponde declarar procedente la pretensión a este respecto.----------
------Gastos varios:----------
------El actor ha reclamado como gastos varios la suma de $63,50 acreditando el pago de un viaje desde Esquel a Trevelin el día del accidente, arancel policial y gastos de envío de carta documento. El demandado se opone a la procedencia del rubro invocando que los mismos no fueron necesarios ni pueden considerarse consecuencia inmediata del accidente.----------
------Se equivoca el demandado, los gastos invocados por el actor guardan lógica causalidad con el accidente y fueron necesarios en virtud de él, en consecuencia no existe razón para no resarcirlo. A este respecto dice LOPEZ HERRERA “7.2.6. Gastos varios: Son las reparaciones que surgen aparte de las que hemos señalado anteriormente. Por ejemplo, los gastos de traslado desde el lugar del accidente al taller de reparaciones (a veces puede ser muy costoso si el accidente ocurrió en zona rural), gastos de pericias, fotografías solicitadas por las compañías de seguro, gastos de guardería, costas judiciales.” (LOPEZ HERRERA, Edgardo, “Teoría general de la Responsabilidad Civil” Lexis Nexis, Buenos Aires 2006 pág. 676). En consecuencia, considero debe declararse procedente el rubro reclamado.----------
------ A la misma cuestión, el Dr. Magallanes dijo:----------
------Vienen los presentes actuados a este Tribunal en razón de haber sido apelada por la parte accionante la sentencia dictada con fecha 28 de junio de 2007, registrada bajo el número 46 del mismo año y adunada a fs. 127/130.--------
------Mediante el memorial obrante a fs. 140/143 expresa agravio la recurrente, los cueles giran principalmente, en que la demanda de daños y perjuicios incoada fue rechazada en todas sus partes.----------
------En razón de que el vocal que me precediera en el análisis ha expuesto con precisión los agravios formulados por la quejosa, me abstendré de resumirlos y entraré directamente al estudio de lo que, en mi criterio, constituye el meollo de la cuestión a resolver, y que consiste en determinar si resulta justa la sentencia recurrida en cuanto el magistrado a-quo rechazó en todas sus partes la demanda incoada, por no haber la actora probado la ocurrencia del hecho y la participación de su automotor.----------
------Sabemos que la tendencia doctrinaria y jurisprudencial dominante es la que considera que los perjuicios ocasionados con intervención de automotores constituyen casos de daños provocados por la cosa o por su vicio o riesgo, del art. 1113, párrafo 2º y 2ª parte del Código Civil, por tratarse ésta de una norma que instituye, sin distingos ni excepciones, un sistema de presunción de responsabilidades, en contra de todo dueño o guardián de una cosa de cuyo vicio o riesgo se haya derivado un daño, considerando que dicho artículo comprende a todas hipótesis de daños producidos con intervención de cosas, con atribución objetiva de responsabilidad.----------
------En principio y respecto a las críticas sobre la valoración de la prueba, cabe recordar que su estudio no puede efectuarse fuera del marco de la sana crítica, que no tiene límite de carácter abstracto. Por otra parte en el terreno de la apreciación de la prueba, el Juzgador puede admitir la que merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente, siendo ello en definitiva, una facultad del magistrado, de modo que no es imprescindible examinar todas y cada una de la pruebas aportadas sino únicamente las que fueran esenciales para el fallo de la causa (conf. Doctrina art. 386 del C. P. C. y C.).----------
------Sobre el particular considero relevante la declaración del testigo presencial D. E. R., quien en la audiencia celebrada a fs. 72/73, testifica que trabaja como chofer auxiliar en un remis; que el día 21 de abril de 2004 protagonizó un accidente en la localidad de Trevelin; que conducía un Renault 19; que la colisión se produjo con un camión Volkswagwn blanco que llevaba como acoplado una zaranda, conducido por el demandado, que se encontraba estacionado en el medio de la calle. Especifica que el declarante estaba parado al lado del camión por no tener lugar por donde pasarlo para adelantarse, que el camión comenzó su marcha envistiéndolo con la rueda trasera de la zaranda el lateral derecho del auto que conducía. Afirma que la zaranda era muchísimo más grande que el camión, a la que le sobresalían un metro más o menos las gomas de los ejes. Que era imposible que el camión estuviera estacionado contra el cordón derecho de la calzada, porque las ruedas de la zaranda iban a quedar sobre la vereda.----------
------Debe tenerse en cuenta que D. E. R. el día 21 de abril de 2004 realizó una exposición policial, que obra a fs. 7/vta. y cuya autenticidad fue probada a fs. 58, que es coincidente con su declaración efectuada dos años más tarde, sin evidenciar discordancias o contradicciones que hicieran dudar de la veracidad de sus dichos.----------

------No puedo dejar de señalar la circunstancia de que el testigo es hijo del actor, conforme lo advierte el propio declarante cuando le fue preguntado por las generales de la ley, lo cual no es óbice para merituar su declaración, ya que es un testigo necesario por su participación personal y directa en el evento origen de este pleito; por ende, si sus dichos resultan concordantes, serios y coherentes, pueden ser tomados en cuenta para probar los extremos que se procura acreditar.----------

------Reconozco que el art. 427 del C. P. C. y C. impide el ofrecimiento como testigo de los parientes que enumera y que la prohibición legal es de orden público, pero tal prohibición no es tan absoluta ya que se admiten la declaración de los testigos genéricamente excluidos cuando se trate de “testigos necesarios”. Asimismo si se permite la declaración en los casos de familia, a pesar de que la ley no hace ningún distingo, también puede hacerse una interpretación que contemple los intereses de las partes y admitirse la declaración en otros supuestos, si el testigo excluido no se opone a que se lo interrogue (conf. COLUMBO-KIPER, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo IV, págs. 306/307).----------

------Hecha tal salvedad y no encontrando ningún impedimento para valorar dicho testimonio, la testigo, también presencial, C. P., declara en la audiencia obrante a fs. 70/vta., que el día 21 de abril de 2004 utilizó los servicios de un remis para que la lleve a la localidad de Trevelin. Que desde acá de Esquel hasta la calle 25 de noviembre en Trevelin fueron bien y siguieron hasta diez o doce metros por la calle 25 de noviembre hasta que surgió este problema del camión que estaba estacionado, que llevada una maquina, después sintió el golpe. Que el camión arranca y sintió el golpe, se engancho junto en la puerta donde iba, ahí sintió el golpe. Que viajaba en el lado derecho de la parte de atrás. Piensa que el accidente ocurrió cuando arrancó el camión, al sacar todo el camión con el acoplado. Que el remis era conducido por R. hijo. Que el camión era de color blanco.----------

------La prueba señalada y merituada me llevan a la convicción que el camión Volkswagen, conducido por el demandado, se encontraba detenido en el medio de la calle obstruyendo la circulación, que cuando arrancó golpeó con la rueda trasera de la zaranda la parte derecha del remis Renault 19, propiedad del demandante (ver fs. 102/vta.).----------

------Sabemos que si el daño resulta de una colisión de automotores, el riesgo es atribuible a ambos, cada uno de los eventuales responsables deberán soportar los daños ocasionados por su vehículo al otro, salvo prueba de una de las causas eximentes, lo que me lleva a señalar que el demandado debió probar que la culpa no es propia sino del otro.----------

------En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto, el demandado debió demostrar algunos de los eximentes de responsabilidad establecidos por la ley, ya que la carga de la prueba es prescripta al litigante a fin de que sus afirmaciones sean verificadas y produzcan convicción en el Juez sobre la razón que le asiste y constituye un imperativo de su propio interés; es una circunstancia de riesgo, referida a que quien no prueba los hechos pertinentes pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (conf. FASSI-MAURINO, Código Procesal Civil y Comercial, Tº III, pág. 415). Dentro del régimen dispositivo de nuestro Código la incorporación de la prueba en el proceso constituye una carga para las partes y el Juez no puede referirse a otros hechos cuando resuelve el conflicto ni tampoco puede fundamentar su sentencia en los que no han sido probados; es decir que junto con la afirmación realizada aquellas tienen la carga de su prueba (conf. Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Tº I, pág. 491/492).---------

------Sentado ello, cabe declarar la exclusiva culpa de L. D. O. en el accidente de marras y su obligación de pagar las indemnizaciones que correspondan (arts. 1113 y 1109 del Código Civil), correspondiendo el análisis de los rubros solicitado.----------

------Daños Materiales: El actor reclama por este concepto la suma total de $1.157,50; integrado por $ 900 de mano de obra y $ 257,50 por repuestos. Acompaña las facturas que obran a fs. 10 y 11, habiendo sido debidamente confirmadas por Taller L. y B. A. con los informes de fs. 89/vta. y 92., no impugnados por el accionado. Considerando que los arreglos y repuestos consignados en las facturas referidas responden a los desperfectos sufridos por el vehículo del actor, prospera el reclama en este concepto y por la suma total reclamada.----------

------Lucro cesante: Sabemos que cuando al vehículo siniestrado está afectado como remis la indemnización por privación del uso del automotor debe darse a título de daño lucro cesante. Como se trata de ganancia supuesta debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, el cual no puede ser eventual o hipotético. Como el mismo no se presume y el reclamante debe aportar elementos que acrediten fehacientemente su existencia, el actor se limitó ha

demostrar la recaudación bruta diaria (ver fs. 53), sin haber acreditado lo que percibe la agencia de remis, el gasto de combustible, salarios de choferes, etc., por lo cual no corresponde hacer lugar al rubro en reclamo.----------

------Gastos varios: Reclama la suma de $63,50. Compartiendo lo expresado por el Dr. Flass, los gastos invocados tienen relación con el evento y fueron necesarios en virtud del mismo. Por consiguiente declaro procedente el rubro y la suma reclamada.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo manifestado al analizar la primer cuestión voto por: 1) REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar, parcialmente, a la demanda por daños y perjuicios entablada por E. H. R. contra L. D. O., condenando al demandado a abonar al actor en el plazo de diez días de quedar firme el presente pronunciamiento, la suma de $1.157,50 por daños materiales al vehículo y $63,50 por gastos derivados del siniestro, con más los intereses que se calcularán –desde la fecha en que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago–, a la tasa activa que cobra el Banco S. para sus operaciones de descuento de documentos. 2) ADECUAR, conforme lo establece el art. 279 del CPCC, las costas y los honorarios de primera instancia, imponiéndose las costas, en ambas instancias, al demandado, conforme principio objetivo de la derrota (art. 68,CPCC) y fijar los honorarios de la letrada G. V. C. en un 23,8% y los del los abogados I. O. B. y G. A. S., en conjunto, en un 15%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular del monto del juicio que se determine en la etapa oportuna, por la labor desarrollada en la anterior instancia (arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 47 Dec. Ley 2.200). 3) REGULAR los honorarios de la letrada G. V. C. en un 7,14%, porcentaje a calcular sobre el monto del juicio que se determine con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------A idéntica cuestión, el Dr. Magallanes dijo:----------

------Atento lo expresado al votar a la cuestión anterior, propongo: A) REVOCAR la sentencia apelada, haciendo lugar, parcialmente, a la demanda por daños y perjuicios entablada por E. H. R. contra L. D. O., condenando al demandado a abonar al actor en el plazo de diez días de quedar firme esta sentencia, la suma de $1.157,50 por daños materiales al vehículo y $63,50 por gastos, con más los intereses que se calcularán –desde la fecha en que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago–, a la tasa activa que cobra el Banco S. para sus operaciones de descuento de documentos. B) ADECUAR las costas y los honorarios de primera instancia (art. 279 CPCC), imponiéndose las costas, en ambas instancia, al demandado (art. 68, CPCC), regulándose los emolumentos de la letrada G. V. C. en un 23,8% y los del los abogados I. O. B. y G. A. S., en conjunto, en un 15%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular del monto del juicio que se determine en la etapa oportuna, por la labor desarrollada en la anterior instancia (arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 47 Dec. Ley 2.200). C) FIJAR los honorarios de la letrada G. V. C. en un 7,14%, porcentaje a calcular sobre el monto del juicio que se determine con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 14 Dec. Ley 2.200).-----

------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:----------

------1) REVOCAR la sentencia definitiva obrante a fs. 127/130, de fecha 28/06/07, Registrada bajo el N° 46/07, haciendo lugar, parcialmente, a la demanda por daños y perjuicios entablada por E. H. R. contra L. D. O., condenando a éste a abonar al actor en el plazo de DIEZ DÍAS de quedar firme la presente sentencia, la suma de $1.157,50 por daños materiales al vehículo y la de $63,50 por gastos derivados del siniestro, con más los intereses que se calcularán a la tasa activa que cobra el Banco S. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha en que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago.----------

------2) ADECUAR, conforme lo establece el art. 279 del CPCC, las costas y los honorarios de primera instancia, imponiendo las costas, en ambas instancias, al demandado, conforme principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCC).----------

------3) FIJAR los honorarios de la letrada G. V. C. en un 23,8% y los del los abogados Ismael O. B. y G. A. S., en conjunto, en un 15%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular del monto del juicio que se determine en la etapa oportuna, por la labor desarrollada en la instancia anterior (arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 47 Dec. Ley 2.200).-

------4) REGULAR los honorarios de la letrada G. V. C. en un 7,14%, porcentaje a calcular sobre el monto del juicio que se determine con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta

Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------5) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

-------La presente sentencia se dicta con el Tribunal integrado con el Sr. Juez de Ejecución, Dr. Omar H. Magallanes, por haber sido recusado el Dr. Benjamín Moisá, encontrarse inhibido el Sr. Juez en lo Civil, Comercial y Laboral y de licencia anual complementaria el Dr. Jorge Luis Früchtenicht y haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 Ley 1.130, texto según Ley 4.550 y Acuerdo Plenario Nº 3.650/07 del STJ).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS OMAR MAGALLANES

REGISTRADA BAJO EL N° 01 DEL AÑO 2008. CONSTE.
Zulma Graciela Albornoz, Secretaria