En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil D., reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., B. M. y otro c/ PROVINCIA DEL CHUBUT y otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 103/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 89/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1098), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1058/1061? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

El Sr. Juez admitió la excepción de falta legitimación pasiva interpuesta por Y. SA, hizo lugar a la demanda presentada por B. M. S. y R. R. C., condenando a la Provincia del Chubut a abonar a los actores dentro de los D. días de firme, la suma de $48.410,23 en concepto de daño material, a los que adicionó los intereses desde la fecha del siniestro 23-3-04. Impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios.

Tal decisión le causa agravios al actor y al condenado (fs. 1068 y 1072).

Los agravios del actor se agregan a fs. 1080/1083, dirigiéndose contra la decisión de eximir de responsabilidad a Y. SA y de rechazar el daño moral, lucro cesante – pérdida de chance.

Consigna párrafos de la sentencia y sostiene que se realiza en la misma una calificación contraria a la jurisprudencia de la CSN y transcribe jurisprudencia y doctrina.

Indica que no ha existido transferencia del bien, dado que la titularidad de dominio recae sobre Y. SA y la Pcia. del Chubut sólo detenta una tenencia precaria, lo que no es una transferencia.

Hace referencia a la cláusula 6ta., mediante la que se obliga a la Provincia a contratar un seguro contra riesgo, seguro que no se contrató, pero tal obligación pactada evidencia el reconocimiento de comodante y comodatario de que se está en presencia de una cosa riesgosa, edificio construido totalmente en madera. Tal incumplimiento certifica que Y. SA obró imprudentemente al no exigir, la entrega de la póliza, a su vez la Provincia al omitir la contratación también lo fue.

Señala que no es cierto que la guarda jurídica no estaba en manos de su propietario, y que éste no ejerció por su propia negligencia el debido contralor.

El sentenciante, dice pretende exonerar de responsabilidad a Y. SA mencionando el incumplimiento por parte de la Provincia de las cláusulas del contrato ignorando que los derechos y obligaciones que emanan del contrato, se proyectan

exclusivamente sobre las partes signatarias y como consecuencia del mismo no pueden perjudicar a terceros (art. 1195).

Entiende que corresponde tener en cuenta la responsabilidad objetiva del art. 1113 CC, en la que no interesa la culpa del agente dañador, sino la calidad que este ostente frente a la cosa provocadora del daño

Respecto del agravio ante el rechazo del daño moral y lucro cesante-pérdida de chance, considera que la sentencia interlocutoria en que funda el sentenciante el rechazo se encuentra firme sólo para la Pcia. del Chubut, ya que el reclamo previo y sus consecuencias sólo lo es en beneficio de la misma, pero no con relación a Y. SA.

Hace reserva del caso federal.

La Provincia condenada se agravia por arbitraria determinación y cuantificación de los daños materiales, al fijarlos sin efectuar precisión rigurosa en torno a la naturaleza del referido rubro, ya que si bien reconoce el a-quo que el daño está acreditado, no existe prueba concreta y categórica de cuáles eran los bienes existentes y destruidos y que el dictamen del perito carece de los presupuestos básicos que debe contener toda pericia, efectuó un juicio sobre bases prudenciales como ser el nivel socio económico de los actores, olvidando que deben ser valuados dichos daños sobre pautas más objetivas, olvidando fundar adecuada y suficientemente la cuantificación, ya que siendo cosas destruidas por el incendio, existencia y pérdida deben probarse.

Ante el déficit probatorio el juez puede acudir al art. 167 del CProc., más ello no puede

constituir un premio.

La codemandada Y. SA, contesta los agravios del actor 1088/1090 y hace lo propio la actora con relación a los presentados por Provincia del Chubut (fs. 1092/1095).

En una apretada síntesis, la demanda se inicia como consecuencia del incendio que se produjera el 23 de marzo de 2004 en el ex departamento de Relaciones Industriales de Y. SA y que afectara al inmueble del actor, quien demanda a Y. SA y a la Pcia. del Chubut, atento a tratarse de un comodato, de ésta a favor de la primera.

Tales circunstancias llegaron firmes a la alzada, no determinándose fehacientemente cuál fue la causa que originó el mismo, pues sabido es que en los supuestos de incendio resulta dificultoso rendir una prueba directa e indubitada de los motivos que lo originan, no obstante también llegó firme la relación de causalidad entre el hecho y las consecuencias.

El Sr. Juez de grado encuadró la situación de autos en el art. 1113, 2do. párrafo, parte 1° del CC, es decir daño causado por la cosa; sin que los recurrentes presentaran objeciones a la calificación jurídica; y eximió de responsabilidad a Y. SA, por en-tender que se había desprendido de la cosa, transfiriéndola a otro no estando la guarda jurídica en manos del propietario.

Los daños a los que se refiere el art. 1113, párr. 2do., primera parte, se trata de un supuesto de daño causado por el hecho de la cosa, en el cual este interviene activamente en la producción del mismo, escapando al control del guardián. Se trata de cosas que normalmente no ofrecen peligro, sea por su

propia naturaleza o por el uso que se les dé. Tal como sucede dice Pizarro en "Código Civil", Bueres-Highton, pág. 518, "los daños derivados como consecuencia de un incendio que se extiende al inmueble vecino".

El mismo autor al referirse a los responsables del daño causado por las cosas, señala que el texto es claro y determina expresamente la legitimación pasiva del dueño y del guardián de la cosa que intervino activamente en su producción.

El dueño es el titular del derecho real de dominio sobre la cosa cuya intervención activa produjo el daño (art. 2506 del CC) y en autos no está discutido que Y. SA es la propietaria del inmueble dado en comodato, de allí que no pueda exonerarse de responsabilidad civil frente a la víctima, aduciendo que ha dado el bien en comodato.

El dueño responde por el mero hecho de ser propietario de ser titular del dominio de la cosa que produjo el daño, …no se sigue que en virtud de la existencia de un contrato de comodato (arts. 385 Cód. Procesal, y 1190, 2225, 2263 y 2664 y conc., Cód. Civil), haya perdido la guarda jurídica (LLOnline, "Sanchez c/ Mangold", LL1988-A-540).

Asimismo, la responsabilidad del dueño y la del guardián son dos obligaciones independientes, por cuanto cada uno responde por un título distinto frente al damnificado, quien puede demandar a cualquiera o a ambos conjuntamente por el todo, con abstracción de la responsabilidad que le corresponda a cada uno de ellos. Si la sola transferencia de la guarda fuera suficiente para liberar de su responsabilidad al propietario, la referencia que hace el art. 1113 al "dueño" quedaría vacía de contenido

pues habría bastado con mencionar solamente al guardián (Fallos 310:1449; 424:1535)

Se trata, entonces de, responsabilidades conjuntas o concurrentes, que no se excluyen entre sí de modo que frente al daño derivado por medio de la cosa, ambos responden ante la víctima, que puede elegir a quien demandar, o bien accionar contra ambos (Trigo Re-presas, Félix, "La responsabilidad indistinta del dueño y del guardián", pág. 489). (LL online AR/JUR/8242/ 2007).

Partiendo de tales conceptos, los argumentos de Y. SA a fin de evitar la responsabilidad por el hecho dañoso, no pueden prosperar. Reconoció que celebró un contrato con Provincia de Chubut, por medio del cual entregó a título gratuito el inmueble ubicado en la calle Dr. M. R. del Barrio ****, G. M. y no se niega; y resulta acertada la jurisprudencia acercada; que "mediante el contra-to de comodato, la guarda de la cosa también se transfiere al comodatario", pero ello ante lo claro de la norma y las coincidencia doctrinarias y jurisprudencia-les no lo aparta de la responsabilidad que comparte con el guardián, máxime en el caso de autos donde fueron demandados ambos, y el Sr. Juez admitió la responsabilidad de este último, lo que devino firme.

El tema de la transferencia de la guarda que el Juez de la instancia de grado entendió decisiva, no puede admitirse, pues la transferencia de la guarda sólo tiene relevancia si se trata de responsabilizar al guardián, más no de exonerar al dueño, ya que éste por vía de principio, siempre responderá, haya habido o no transferencia de la guarda (C.N.Apel. Mercedes, Sala II "Falasco e Hijos S.A. c. Giucot S.A. y otros, 2/12/97,

AR/JUR/4865/1997).

Alegó también Y. SA y lo meritó el juez lo que se desprendía de las cláusulas 3era., 4ta. del contrato a fin de admitir la falta de legitimación pasiva, pero el incumplimiento por parte del comodatario, no obliga al tercero perjudicado, más allá de lo que comodatario y comodante hayan pactado en la cláusula 5ta., toda vez que las cláusulas limitativas de responsabilidad pactadas entre las partes son inoponibles al tercero que sufrió un daño, ya que si bien en el marco de la autonomía de la voluntad los particulares conservan una amplia libertad inherente a la convención, cuando se excede el marco de los intereses contractuales de quienes por ese medio se obligan, ello no puede ser oponible a quienes se ven perjudicados, máxime si se trata de modificar el régimen de la responsabilidad civil, el cual reviste un eminente carácter de orden público, ya que no corresponde que quien sufre un daño injusto se vea privado del resarcimiento correspondiente por medio de una cláusula contractual, en cuya formación no tomó parte. El artículo 1195 consagra el denominado "principio de la relatividad de los contratos" en virtud del cual los efectos del acuerdo, las relaciones jurídicas patrimoniales nacidas del mismo -o transmitidas o modificadas o extinguidas-, solo alcanzan a las partes, los celebrantes, centros o focos de interés público. A los "terceros", que son ajenos a las parte -primus y secundus-, esos efectos no les llegan o alcanzan; se detienen sin beneficiarlos ni perjudicarlos. Esa es la regla.

El fundamento de la relatividad debe ser buscado en la autonomía privada, en la idea del

contrato como expresión de esa autonomía. El contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada, que consiste en la posibilidad de dictar la ley, el precepto, por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. De donde, un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena (Mosset Iturraspe, J; Piedecasas, M, "Código Civil Comentado. artículos 1137 a 1216, pág. 368; ed Rubinzal-Culzoni, 2006, 1ª edición).

El contrato, en principio, es inoponible respecto de terceros, consagrándose lo que se ha denominado el principio de "relatividad" de las convenciones, por aplicación de la máxima "res inter alios acta" (CSJN, 14/3/200).

En el marco de la autonomía de la voluntad contractual y en tanto no resulte un compromiso para el orden público social o para aquello que es apreciado como moralmente justo, los particulares conservan una amplia libertad contractual inherente a la convención, siéndoles, por ende, materia disponible todo aquello que refiera a la regulación de sus propios intereses y relaciones.

En sentido contrario, aquello que excede el marco de los intereses contractuales de quienes por ese medio se obligan, no le puede ser oponible a quienes se ven perjudicados, máxime si se trata de modificar el régimen de la responsabilidad civil, el cual reviste un eminente carácter de orden público, ya que no corresponde que quien sufre un daño injusto se vea privado del resarcimiento correspondiente por medio de una cláusula contractual, en cuya formación no tomó

parte (“Requejo Daniel c/ Trans. Metropolitano Gral. Roca SA y otros s/ daños y perjuicios”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, 11-sep-2008, MJ-JU-M-38737-AR - MJJ38737 - MJJ38737).

De acuerdo a lo expuesto, se modifica el fallo en cuanto admite la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el codemandado Y. SA, rechazándose la misma.

El segundo agravio del actor se dirige contra la decisión del juez de de eximirse de tratar los rubros daños moral y pérdida de chance solicitados con fundamento en lo que decidiera en la sentencia de fs. 671/672, segundo punto.

Surge de la contestación de la demanda por parte de Provincia del Chubut que se opuso a que prosperaran los rubros mencionados, ya que los mismos no se habían requerido en el reclamo administrativo, lo que fue admitido en la sentencia de fs. 671/672.

Pero ello se encuentra firme para quien opuso la falta de habilitación parcial de la instancia, pero no para la codemandada Y. SA respecto de la que no se precisa un reclamo previo.

En consecuencia, respondiendo cada uno en forma conjunta la decisión del sentenciante deviene desacertada.

Entrando a la consideración del daño moral requerido, la doctrina absolutamente dominante, dice Pizarro en obra citada, pág. 547, en la actualidad se inclina por considerar que el daño moral siempre es resarcible, cualquiera sea su causa generadora o el factor de atribución, sin desconocer las opiniones diferentes a las que menciona.

Participa de la concepción que otorga a

la indemnización por daño moral carácter resarcitorio y no sancionatario por la cual es irrelevante atender a la causa que lo genera.

El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; SCBA, 13-6-89, "Míguez, Rubén y otros c/Comarca SA y otro -L 40.790- El Derecho, T° 136, pág. 526).

En otras palabras, el daño moral consistente en la privación o disminución de aquellos bienes con señalado valor en la vida de las personas, además de no resultar la necesaria demostración del daño, al Juez corresponde receptar el reclamo indemnizatorio del mismo, tratándose de hechos ilícitos, dolosos o culposos.

Como bien dice Von Ihering, "Ouvres Choisies", París, 1893, t° II, págs. 154, 155 y 179, el que sufre un perjuicio debe serle reparado no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas. La persona, según este autor, puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene. En lo que es: su cuerpo, su libertad, su

honor y en lo que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior.

No puede dejarse de considerar que la reparación del agravio moral corresponde no sólo por lo dispuesto por los artículos 522 y 1078 del Código Civil, sino por lo establecido ahora por la Constitución Nacional al jerarquizar los tratados como el Pacto de San José de Costa Rica -art. 11- (esta Alzada, Sala I, RSD n° 53, sent. del 9-III-00).

Es obvio, que desde una especial -y respetable- concepción de la ética puede mirarse a la reparación del daño moral como un apartamiento de las rigurosas exigencias que tal ética formula a quienes deseen seguirla. Pero no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, "los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia ("The nature of the judicial process". U.S., Yale University Press, 1937, p. 106). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 96/94, 196/95, 255/95, 91/97 y otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, Fecha: 28/08/2008, Partes: “De Luca, Mabel Martha y otro c. Minini”, Salvador La Ley Online; cita Online: AR/JUR/8576/2008).

Y en autos se dan las condiciones invocadas por doctrina y jurisprudencia para indemnizar, la zozobra y desasosiego que provocaron a no dudar no sólo el incendio que presenciaban y se

desconocía sus consecuencias, sino la pérdida de elementos personales que van más allá del valor pecuniario.

Pero tal indemnización no debe guardar ninguna relación con el monto indemnizatorio por daño material la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del Cód. Civ.), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste ("Forni, Fran-cisco y otros c/Ferrocarriles Argentinos s/ Indem. de D. y Perj.", F-439.XXI, Setiembre 7 de 1989), postura que hemos adoptado en esta Cámara. La cuantificación del daño moral queda sujeta más que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como de las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA Ac. 42303, 3-4-90).

Tratándose de un perjuicio que por su propia naturaleza no resulta mensurable, se debe recurrir entonces a pautas de razonabilidad, que intenten acercar equitativamente la tasación a la realidad del perjuicio.

Y en esa misma dirección, siendo que el daño moral es una alteración profundamente subjetiva e inescrutable, la apreciación debe ser necesariamente objetiva y abstracta. Para ello debe tomarse en consideración cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones en que se halló el damnificado (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño mensurable", en La Ley, 1993-A, 347 y ss.).

Lo que se procura, en definitiva, es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima, que no priorice la situación del dañador, ni automatice la indemnización, desentendiéndose de las particularidades de cada suceso. Siendo de tal modo, entiendo que la reparación no debe llegar a una indemnización simbólica, ni enriquecimiento injusto, no transitando por una tarifación con mínimo y máximo, ni un porcentaje del daño patrimonial, tampoco determinado en base a la sola prudencia, sino antes y mejor, a la diferenciación según la gravedad del daño, atendiendo a las particularidades del caso, de la víctima y del victimario, sin desconocer la necesaria armonización de las reparaciones en casos semejantes (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 96/94, 196/95, 255/95, 91/97 y otros). (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, en autos ya citados).

Y valiéndome de tales pautas y de la facultad que me otorga el art. 167 del CPCCh, determinaré la indemnización por daño moral en la suma de $3.000.

Lucro cesante: -Basó esta petición el ahora quejoso, en la privación de los materiales que habían acopiado para la construcción de un cuarto departamento para alquilar, conculcándose la posibilidad de obtener ganancias, por ello solicita que los demandados respondan por el 40% del alquiler de un departamento de dos ambientes en Barrio *****, petición a la que opuso Y. SA.

El lucro cesante está definido en el Código Civil como la ganancia que fue privado el damnificado por el acto ilícito y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial, al lado

del perjuicio efectivamente sufrido (art. 1069).

Como el reconocimiento del lucro cesante, dice Matilde Zavala de Gonzáles en "Resarcimiento de daños", 2ª - "Daños a las personas", pág. 311, no puede ser categórico se requiere el aporte de circunstancias objetivas que autoricen a inferirlo, debiendo descartase el que sólo reposa en las aspiraciones, deseos de la víctima sin sustento material de los hechos.

Requiere una prueba fehaciente de las ganancias dejadas de percibir, y en autos más allá de la existencia de un inmueble en la calle Buque La Plata, de la que dan cuenta los testigos y de los arreglos que en ella se hubiesen realizado, no prueban que los materiales afectados fuesen para la construcción de un cuarto departamento, y aún cuando así fuera, la posibilidad de que ese futuro departamento fuese alquilado y diera una renta, no son más que aspiraciones o deseos, como dice la autora citada, que no permiten admitir el rubro solicitado.

Se agravia la codemandada Provincia del Chubut por el monto otorgado como consecuencia del daño material. Entiendo que la decisión del sentenciante se torna excesiva pues admitiendo en un todo los argumentos expuestos; no consideración de la pericia, la no acreditación fehaciente de los elementos que se encontraban en el predio, ya que los testigos no tienen certeza de lo que allí existía, la liquidación efectuada por el seguro, la suma ya abonada por éste, valorando muy especialmente la pericia de fs. 851/852 y atendiendo a la premisa del artículo 165 del rito, ya que, reitero, no se encuentra debidamente acreditado no sólo la existencia de todo lo detallado por los actores

y el valor al que ascendieron las pérdidas; el monto de $30.000, me parece justo.

Los intereses que fueron materia de agravio, serán confirmados, ya que respecto a este rubro, el STJ en "G. Y., M. E. y otros c/ E. SRL y otra s/ Daños y Perjuicios" (expte. N° 19.661-G-2.004), registrado bajo el N° 2 SROE, ha dicho "Los intereses compensan el precio del dinero en el mercado y su encarecimiento, es consecuencia de los avatares del proceso económico, y un factor que los jueces no pueden desconocer, ni dejar de lado en sus sentencias, adeudados los mismos desde el hecho ilícito, porque es en ese momento en que se daña el patrimonio del reclamante compensándose así la demora en efectuar la reparación (SD N° 34/SRE/00 y 02/SRE/02). Los intereses respecto de la indemnización por daño moral y material, comienzan a devengarse a partir del hecho dañoso, ya que es en ese momento en que se produce el daño resarcible. Así que en estos autos deberán liquidarse desde el momento en que el hecho se produjo", voto del Dr. Caneo y que fuera compartido con el Dr. Royer, y en autos el siniestro se produjo el día 23 de marzo de 2004.

En consecuencia, la demanda prospera con relación a la codemandada Provincia del Chubut e Y. SA por la suma de $30.000 (treinta mil pesos) por daño material y respecto de la codemandada Y. SA, se debe aditar el monto de $3.000 por daño moral, debiendo, reitero, responder por el daño material ambos demandados solidariamente.

Las costas del proceso a los demandados vencidos, ya que en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios, la aplicación del principio de

reparación integral torna procedente la imposición de costas a los demandados aún cuando no prosperen íntegramente los reclamos del accionante, máxime cuando ha recaído la responsabilidad en los codemandados.

Habiendo modificado los montos indemnizatorios, los honorarios deben adecuarse, teniendo presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6 y 14 de la ley de aranceles, a fin de regular también los de la segunda instancia.

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

1) Admitir parcialmente los agravios de los actores en cuanto al rechazo de falta de legitimación de la demandada Y. SA y el daño moral.

2) Rechazar el lucro cesante – pérdida de chance peticionado por los actores.

3) Hacer lugar a la modificación del monto indemnizatorio reclamada por Provincia del Chubut y rechazar el agravio sobre los intereses.

4) En consecuencia, revocar el punto 1 de la sentencia de fs. 1058/1061 y condenar a Y. SA y a la provincia del Chubut, conjuntamente, a abonar a los actores B. M. S. y R. R. C., la suma de $30.000 por daño material y condenar a Y. SA a pagar a los mismos actores por daño moral la suma de $3.000, en la forma que lo dispusiera en el considerando respectivo más los intereses del modo en que lo determinó el juez de grado.

5) Imponer las costas a los codemandados vencidos y diferir la regulación de los honorarios de ambas instancias para el acuerdo.

8) Tener presentes las reservas del caso federal de fs. 1083vta. y fs. 1090.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

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

I.A) A fs. 1080/1083vta. la parte coactora expresa agravios y a fs. 1084/108 la parte codemandada Provincia del Chubut platea sus agravios.

Conforme los traslados conferidos a fs. 1087 y 1091, fueron contestados los agravios de la parte coactora por el codemandado Y. SA a fs. 1088/1090 y de los agravios de la parte codemandada Provincia del Chubut por la parte coactora a fs.1092/1095vta.

I.B-1) El agravio planteado a fs. 1080/1083vta. critica que el a-quo haya hecho lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la codemandada Y. SA

El caso de autos se trata de una acción instaurada por la parte coactora como consecuencia de un incendio ocurrido el día 24/03/04 en el edificio que ocupara el entonces Departamento de Relaciones Industriales de Y. SA lindero al inmueble de propiedad de los coacionantes, siendo a partir del 06/03/98 el edificio cedido por Y. SA en préstamo mediante contrato de comodato o préstamo de uso a favor del Gobierno de

la Provincia del Chubut.

En los considerandos 1ero. (fs. 1052 vta./1053) el a-quo concretamente entiende que el hecho debe encuadrarse dentro del supuesto a que alude el 2do. párr., part. 1era., del art. 1113 del Código Civil, esto es, "daños causados con la cosa". Entendiendo que respecto del propietario juega una culpa presunta hasta la prueba en contrario, y que cuando éste ha transferido o entregado al otro el uso, se presumirá su culpa en esa transferencia pero podrá liberarse de la responsabilidad probado que ha transferido el bien, circunstancias éstas que ha considerado que fueron invocadas y probadas en el sublite por la codemandada Y. SA, razón por la cual el daño ha de imputarse a la omisión de las obligaciones que exigían las cláusulas del contrato de comodato (3era. y 4ta., 2da. parte)- conservación, mantenimiento y/o reparación del inmueble y que correspondían a las circunstancias e personas, del tiempo y del lugar a fin de evitar el daño sobreviniente (cf. art. 512 del Código Civil), lo cual evidenciaba la culpa de comodatario. Con base en dichos entendimientos hace lugar a la excepción de falta de legitimación planteada por la codemandada Y. SA.

Analizando la temática planteada, advierto que el inmueble, propiedad de la codemandada Y. SA, fue entregado en comodato a la codemandada Pcia. del Chubut en dos oportunidades:

1) El día 19/04/96 (fs. 0387/0388), constando en su cláusula 2da. que el comodatario se comprometía a hacerse cargo del inmueble aludido en la cláusula 1era., el que fue puesto por el comodante a disposición de la Dirección Nacional de Bienes del

Estado del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, por Resolución nro. 1117/95 para su ulterior transferencia, al Gobierno de la Provincia del Chubut, a fin de ser destinado al funcionamiento de una escuela gratuita provincial en el marco de la Ley Federal de Educación y en su cláusula 7ma. acuerdan las partes que el contrato tiene vigencia precaria hasta que se concrete la transferencia dominial con intervención de la Dirección Nacional de Bienes del Estado, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 2da., la cual expresaba que el comodante lo entregaba gratuitamente a título precario, y

2) El día 06/03/98 (fs. 0391/0392 y fs. 1044/1045), siendo igual el contenido tanto la cláusula 2da. como la cláusula 7ma.

En consecuencia, de la lectura de dichos contratos jamás puede entenderse que la codemandada Y. cedió un inmueble vacío (prueba de ello emerge del inventario general de características del ex edificio contrataciones INV Y. nro. 6954 –fs. 0389/vta.- e inventario general de características del ex edificio contrataciones INV Y. nro.6870 –fs. 0393/vta. y fs. 1046/vta.-), sino con una serie de cosas que servían al destino para el cual le otorgaba el inmueble en préstamo al comodatario; consecuentemente con esta concesión en comodato, el cedente no entregó la posesión, sino que, precisamente y tal como lo expresó en el contrato, sólo trasmitió la tenencia precaria. Dicha circunstancia conlleva a que la prueba que no fuera la codemandada Y. SA responsable de los daños que se suscitaren por cuestiones relativas al estado del inmueble ponía sobre la misma la carga de mayor colaboración con la justicia para la determinación de

la verdad real. Más aún cuando la ruptura del nexo causal es lo que libera al dueño y al guardián y no su falta de culpa (S.C. de Mendoza, Sala I, 29/05/98, LL 2000-A-615) y esta eximente es restrictiva, porque de lo contrario implicaría convertirla en una eficaz argucia para borrar todo lo que antecede a dicho precepto, cuya finalidad es la de lograr el cumplimiento del deber jurídico de reparar.

Asimismo, observo como demostración de falta de interés la situación que emerge de la audiencia para absolver posiciones ofrecida por la codemandada Y. SA, la cual no pudo ser efectuada conforme emerge de las actuaciones de fs. 955, tanto por falta de comparencia de dicha codemandada como por no haber dejado pliego de posiciones correspondiente, circunstancias estás por las cuales se le dio por decaído el derecho a producir dicha prueba confesional.

Teniendo en cuenta, una vez más, que no está controvertida en autos la normativa legal aplicada por el a-quo, esto es, el art. 1113, 2do. párr. 1era., del Código Civil, "daños causados con las cosas" y conforme el análisis y consideraciones efectuadas en los párrafos anteriores, no existiendo prueba alguna por dicha codemandada excepcionante que de su parte no hubo culpa, siendo ella la propietaria o dueña del inmueble, considero que resulta responsable en forma solidaria con la otra codemandada frente a la parte coactora, debiendo responder cada uno por el todo, sin perjuicio de la eventual acción de regreso por el monto de condena que tuviera que abonar.

Por último es entendimiento de la suscripta en cuanto a la cláusulas de exención de responsabilidad acordadas entre las partes en un

contrato que la preservación del derecho de la víctima a ser resarcida impone una interpretación restrictiva de los eximentes; por lo tanto no puede menoscabarse ese derecho en función de contrataciones ajenas al damnificado (cf. Código Civil, Sección III – De las Obligaciones que nacen de los Contratos, Título I - Capítulo VI – Del efecto de los Contratos – art. 1195, última parte. y art. 1199).

Por las consideraciones efectuadas corresponde hacer lugar a los agravios de los coactores planteados a fs. 1080/1083vta. y, en consecuencia, rechazar la excepción de falta de legitimación planteada por la parte codemandada Y. SA, revocando totalmente el punto 1ero. del fallo de la sentencia de fs. 1058/1061.

I.B-2 y I-C-1 y 1-C-2) Advirtiendo de la lectura de los agravios -que individualizaré y trataré en los próximos párrafos- teniendo en cuenta la incidencia que ha de tener la decisión a la que se arribe sobre dicha temática, he de tratar los mismos en forma conjunta en esta parte del voto.

A fs. 1083/vta. se agravia la parte codemandada por no haber tratado el a-quo lo atinente a los conceptos y montos por daño moral y pérdida de chance, atento a lo que fue resuelto en la sentencia interlocutoria de fs. 671/672, pto. 2do., la que se encontraba firme, basado en que en dicha decisión sólo se refirió a la codemandada Provincia del Chubut y sólo a ella la benefició, manteniéndose los conceptos y montos reclamados con respecto a la codemandada Y..

Por su lado la parte codemandada Provincia del Chubut centra sus agravios tanto en que el a-quo efectuó una arbitraria determinación y

cuantificación de los daños materiales (fs. 1084/1085) como en cuanto a que el mismo impuso al monto de condena el cálculo de intereses (fs. 1085/1086).

En autos, por sentencia interlocutoria nro. 54 del 08/06/07 (fs. 671/672vta. –tal como lo reconoce la propia apelante actora-), el a-quo decidió en el pto. 2do. del fallo hacer lugar a la pretensión defensista de la codemandadaza Pcia. del Chubut respecto de la falta de habilitación parcial de la instancia judicial, declarando habilitada la misma hasta la concurrencia de los conceptos y montos reclamados por los actores en la instancia administrativa establecida en el art. 138 de la Ley 920 (actual Ley I-18 DJ). Con base en dicha circunstancia el a-quo en el considerando 5to. b) de su sentencia (fs. 1060vta. se exime de tratar los conceptos y montos de Daño Moral y Lucro Cesante-Pérdida de Chance.

Ha llegado firme a esta instancia por falta de agravio la atribución de responsabilidad de la codemandada Provincia del Chubut decidida por el a-quo en los considerandos 3ero. y 4tos. de su sentencia (fs. 1059/vta.) de los daños sufridos por causa del incendio en la propiedad de los actores, fundándose los respectivos agravios de las partes a los conceptos y montos determinados por el juez.

A) Del análisis de los fundamentos expresados por la apelante codemandada Provincia del Chubut a fs. 1084/1085 se advierte que la misma se agravia sobre la cuantificación que efectuó el a-quo en concepto de daños materiales. Ello así, ya que expresamente refiere a fs. 1084vta. "… no caben dudas que el importe indemnizatorio otorgado, es superior al daño que efectivamente han podido acreditar,

constituyendo de esta forma una fuente de enriquecimiento ilícito para la contraria", razón por la cual ha llegado firme a esta instancia la existencia del daño quedando como cuestión recurrida el monto indemnizatorio condenado por el a-quo.

En cuanto al resarcimiento y equidad tengo presente que ha determinado la doctrina que los jueces están facultados para establecer un resarcimiento equitativo, para disponer el resarcimiento a favor de la víctima de un daño involuntario, e incluso con gran amplitud se ha señalado que cuando hay una laguna en la prueba debe tomarla "et bono et a quo" (crit. Dres. Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasa en su obra "Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil – arts. 1066 a 1136-", pág. 50, Edit. Rubinzal- Culzoni, septiembre del 2003.)

Es claro el actual art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, anexo A – Digesto Jurídico - ex art. 165 del CPCCCh en su párr. 4to. en cuanto claramente determina que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto. Los Dres. Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasa en su obra "Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil – arts. 1066 a 1136-", pág. 674, edit. Rubinzal- Culzoni, septiembre del 2003, en comentario a dicha normativa expresan que: "La parte final de este artículo dispone que la persona probadamente dañada, pero afectada por un daño de un monto no comprobable –como es el caso de autos– reciba, alguna indemnización, aunque no le corresponda con la cuantía de ese daño. En sentido similar se han expedido

los Dres. Morello – Sosa - Berizonce en su obra "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T. II-C, arts. 160 a 237, pág. 131, edit. Abeledo Perrot, julio de 1986).

Ameritando que los coactores han reconocido expresamente tanto en su escrito de inicio (fs. 0583vta.) como en su absolución de posiciones (fs. 950/953, contestaciones a la 5ta. posición por los coactores) que por el hecho –incendio– sufrido han percibido de "L. C. D. A. y S." la suma de pesos veintidós mil ochocientos veintiocho ($22.828), lo que, asimismo, es informado por dicha Aseguradora a fs. 769 indicando que fue abonada a la asegurada Sra. S. B. M. (coactora) el día 23/06/04; que las testimoniales prestadas por R. D. C. (fs. 937/938), R. M. M. (fs. 945//946), R. J. M. (fs. 947/948), M. N. S. F. (fs. 949/vta.), no tienen entidad suficiente para acreditar en forma fehaciente y concreta la entidad de los daños sufridos en la propiedad de los coactores; que atento a la cercanía en la fecha del evento acaecido en que fue realizado el informe por el Arquitecto D. G. D. R. de relevamiento visual y evaluación de daños por incendio de la parte codemandada (27/03/04 – fotocopia certificada por secretaría de juzgado de documental aportada por la propia coaccionada a fs. 851/852), tomo en cuenta el precio estimado por dicho profesional (el cual ratifica dicho informe a fs. 853vta.), para la realización de tareas teniendo en cuenta la provisión de material y mano de obra y de acuerdo a valores de mercado que lo fija en la suma de pesos diecisiete mil quinientos ($17.500), son todos elementos por los cuales y en uso de la facultad de la normativa procesal

precedentemente citada, arribo a la convicción de determinar como justa y equitativa la suma de pesos treinta mil ($30.000) en concepto de daño material

Por las estimaciones efectuadas corresponde rechazar parcialmente los agravios expuestos por la codemandada apelante Pcia. del Chubut planteados a fs. 1084/1085 y, en consecuencia, revocar parcialmente el pto. 2do. del fallo (fs. 1060vta.) readecuando a condena en concepto de daño material a la suma de pesos treinta mil ($30.000).

B) En cuanto al lucro cesante, el art. 1069 del Código Civil para el ámbito de la responsabilidad extracontractual establece "el daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras "pérdidas e intereses".

En definitiva dicho concepto consiste en la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima, es decir, el acto ilícito puede impedir que ella obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico (Orgaz, El daño resarcible, pág. 20 núm. 6; Boffi Boggero, Tratado de las Obligaciones, T 2, pág. 257, núm. 508).

Los Dres. Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasa en su obra “Código Civil Comentado – Responsabilidad Civil – arts. 1066 a 1136-“, pág. 44, edit. Rubinzal- Culzoni, septiembre del 2003, han determinado que el art. 1069 del CC posibilita los reclamos por la pérdida de las ganancias probables, de los lucros vinculados o relacionados, denominados “lucros cesantes”; por las chances perdidas, por los

beneficios frustrados. Siempre que, pueda probarse una razonable certeza en su ocurrencia; que no son meramente fortuitos o eventuales. La cadena de los acontecimientos sucesivos, que aparejan daños sobrevinientes, debe analizarse a la luz de lo normal u ordinario de la vida diaria, de la realidad. Con base en la experiencia judicial, como observador óptimo del hecho ilícito y sus consecuencias. Debe evitarse la denominada "catarata de daños" (sic), producto de una serie interminable de acontecimientos, más o menos vinculados entre sí, que lleva a responsabilizar al autor hasta las consecuencias remotas e imprevisibles.

En este sentido ha establecido la jurisprudencia que: "Como es sabido el lucro cesante debe consistir en las concretas ganancias dejadas de percibir por el damnificado como consecuencia del hecho dañoso, correspondiendo a quien lo alega probar la relación causal y la prueba categórica de las ganancias perdidas (C.N.Civ. Sala A, junio 20-1991, La Ley 1992-A-140).

Los coactores a fs. 0586 y 0589 (pto.2) del escrito de su demanda solicitan este rubro fundándose que se vieron privados de los materiales que habían acopiado para la construcción de un cuarto departamento para alquilar, por o cual se les conculcó la posibilidad de obtener ganancias del mismo, peticionando que las demandadas respondan un cuarenta (40%) por ciento del alquiler mensual de un departamento de dos ambientes (pieza, cocina y baño) similares a los que posee en B. d. L. P. **, del Barrio ****, ello desde cada uno de los meses que transcurran desde producido el siniestro hasta el efectivo pago.

De la transcripción literal de los

términos en que solicitaron dicho rubro se evidencia en forma clara que los mismos consisten únicamente en una alusión a una posibilidad futura de ganancia sin certeza, a lo que se suma que no existe prueba eficiente que acredite la real existencia de un cercenamiento de utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, como consecuencia del hecho ilícito.

Son razones todas éstas por las cuales corresponde, en consecuencia, rechazar, en este aspecto el agravio de la parte coactora apelante por los fundamentos dados en este voto.

C) El daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de G., Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, E. A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros")".

Es criterio de la jurisprudencia local que: ”Ninguna influencia debe ejercer en la determinación de la cuantía de la sanción, la circunstancia de haber o no sufrido el damnificado

daños materiales, paralelamente, a causa del mismo hecho. Se trata de lesiones de diferente índole y la existencia o no de determinados daños patrimoniales directos o indirectos carece de influencia en la fijación de la reparación moral" (01-06-01, Sentencia Definitiva, Cámara de Apelaciones - Sala "B" - Comodoro Rivadavia, Magistrados: Nélida Susana Melero - Marta Susana Reynoso de Roberts - Julio Antonio Alexandre, autos caratulados: “M., J. A. c/ E., M. C. y Otros s/ Sumario”.

Por las razones expuestas estimo en uso de las facultades del art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A, fijar en concepto de daño moral la suma de pesos tres mil ($3.000).

E) En cuanto a la determinación de los intereses sobre el capital de condena, es criterio sustentado por esta Sala inveteradamente que: “La doctrina y la jurisprudencia en general admiten que los intereses debidos sobre las indemnizaciones corren desde la comisión del hecho ilícito -delito o cuasidelito- pues la reparación debe ser integral y el crédito indemnizatorio puro y simple sin sujetarse a requerimiento alguno" (entre otros, 13-11-2000, Sentencia Definitiva Cámara de Apelaciones - Sala B - Comodoro Rivadavia, Magistradas: Marta Reynoso de Roberts - Graciela García Blanco - Nélida Susana Melero, autos caratulados: ”V., P. E. c/ G., N. G. D. y Otros Daños y Perjuicios”), sin que los argumentos dados por la codemandada apelante tengan alguna entidad jurídica seria para modificar dicho criterio a mi entender, consideraciones por las cuales corresponde rechazar el agravio de dicha apelante codemandado a fs. 1085vta./1086, confirmando la sentencia en dicho

sentido.

En definitiva y en virtud de lo decidido en el presente voto, debe revocarse totalmente el pto. 1ero. y parcialmente el pto. 2do. de la sentencia venida en crisis.

I-D) Atento a cómo se han decidido las cuestiones, corresponde imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a las codemandadas vencidas (arts. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, anexo A – Digesto Jurídico – ex arts. 68 y 279 del CPCCCh). Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 5, 6, 13, 18 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico - (ex arts. 6, 7, 14, 17 y ccdtes. Ley Nro. 2200).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

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

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

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios de los actores en cuanto al rechazo de falta de legitimación de la demandada Y. SA y el daño moral.

2) Rechazar el lucro cesante–pérdida de chance peticionado por los actores.

3) Hacer lugar a la modificación del monto indemnizatorio reclamada por la Provincia del Chubut y rechazar el agravio sobre los intereses.

4) En consecuencia, revocar el punto 1 de la sentencia de fs. 1058/1061 y condenar a Y. SA y a la Provincia del Chubut, solidariamente, a abonar a los actores B. M. S. y R. R. C., la suma de TREINTA MIL PESOS ($30.000) en concepto de daño material y, asimismo, condenar a Y. SA a pagar a los actores la suma de TRES MIL PESOS ($3.000) en concepto de daño moral, en la forma que se dispusiera en los considerandos respectivos, más los intereses del modo en que lo determinó el juez de grado.

5) Imponer las costas de ambas instancias a los codemandados vencidos.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizado en primera instancia a los Dres. A. E. G. y R. R. C., conjuntamente, en la suma de PESOS SEIS MIL ($6.000), a la Dra. I. A. M. en la suma de PESOS CINCO MIL ($5.000), a los Dres. M. H. P. D. y G. A., conjuntamente, en la suma de PESOS CINCO MIL ($5.000) y al perito A. V. en la suma de PESOS MIL TRESCIENTOS ($1.300).

7) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizado en la alzada al Dr. A. E. G. en la suma de PESOS MIL OCHOCIENTOS ($1.800), a la Dra. I. A. M. en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS ($1.200) y al Dr. M. H. P. D. en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS ($1.200).

8) Tener presentes las reservas del caso federal de fs. 1083vta. y fs. 1090.

9) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusada de actuar la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"