En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de marzo del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. María Inés de VILLAFAÑE y Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O. R. C/ R. A. E. y otro S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 216/2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de esta ciudad, en apelación, los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 260/263 vta.?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a Fs. 304

**A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

**1) Antecedentes y la sentencia**.

Llegan los autos a esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 272 por la parte actora y concedido a fs. 273 de estos actuados. La recurrente fundó su recurso mediante la presentación de fs. 297/299 vta., cuyo traslado fuera contestado por la contraria a fs. 301/302.

La sentencia objeto del recurso hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. R. O. contra A. E. R., P. S. y A. F. A. S.A., condenando a estos últimos y a la a aseguradora hasta el límite de la cobertura, al pago al primero de la suma de $ 2.582,60.- (Dos mil quinientos ochenta y dos pesos con sesenta centavos), con más los intereses a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago. Con respecto a las costas, les fueron impuestas a los vencidos, regulándose los honorarios a los letrados intervinientes.

Para así decidir, la magistrada del inferior tuvo por cierto que el conductor del Chevrolet Corsa al ir guiando su rodado por la calle E. en la ciudad de Puerto Madryn y luego de cruzar la calle S. F., antes de llegar a la calle S. C. y por causas que se desconocen objetivamente, el chofer pierde el dominio de su rodado, desviándose de su trayectoria primitiva hacia su derecha, no logrando dominar el mismo e impacta con su frente la zona posterior media izquierda del camión F-700 que se encontraba detenido. Consideró también la sentenciante que la responsabilidad debe encuadrarse en el régimen del daño por riesgo o vicio de las cosas contemplado por el art. 1113, párrafo 2do., 2da. parte del Cód. Civil. Ha remarcado en este punto que acreditada la calidad de embistente del conductor demandado no puede eximírselo de responsabilidad, toda vez que, como es sabido se presume la culpa de quien actúa como agente activo del choque, o sea el que embiste o atropella, produciendo con su impulso el impacto, presunción ésta que no ha sido desvirtuada por los demandados. En autos, ha dicho la magistrada del inferior, los demandados no han incorporado elemento alguno tendiente a desvirtuar la presunción señalada ni a exonerarlos de la responsabilidad que se les imputa, por lo que deberán afrontar la consecuencias provocadas al actor derivadas del accidente de tránsito protagonizado.

Con relación a la citada en garantía A. F. A. S.A., planteó la excepción de falta de legitimación pasiva basándose en que al momento del siniestro el conductor del rodado de su asegurada se encontraba en estado de ebriedad. Como elemento probatorio de ello se aportó el acta policial (fs. 170/171) y el testimonio del Sr. J. (fs. 213). Teniendo en cuenta que a fs. 182 el Laboratorio de Pericias Químicas de la Policía de la Provincia del Chubut informó que la muestra de sangre tomada al Sr. S. no fue procesada, habiendo caducado a las 10-15 días de su extracción, consideró la magistrada sentenciante que los elementos aportados resultaron insuficientes para tener por acreditado el estado de ebriedad esgrimido por la aseguradora. Por lo que, no

habiéndose acreditado la causal de exclusión de cobertura que invocara, desestimó la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta.

En la cuestión relativa a los daños reclamados, trató en primer término los concernientes a la reparación del rodado. Aquí dejó sentado que no admitirá el presupuestote fs. 10 correspondiente a la reparación de la caja de cambio dado que tal daño no puede vincularse efectivamente con el siniestro atento los términos de la pericia accidentológica donde se sostiene que el impacto desde atrás no afecta la caja de cambios ubicada en la parte anterior del rodado, aunque podrá haberla afectado de haber desarrollado una velocidad de 60 km/h., velocidad que no ha podido establecer efectivamente. Por ello, admitió el rubro por la suma de $ 2.582,60.- con más los intereses ya referidos supra.

En lo que respecto al lucro cesante, el actor reclamó la suma de $ 15.000.- por la ganancia o ingresos que dejó de percibir por la explotación del camión y acompaña -dice la sentencia- tres facturas emitidas por la esposa del actor por alquiler de camión durante los meses de Abril, Mayo y Junio de 2007. Sin embargo, la sentencia ha plasmado que la afectación del vehículo FORD F-700 como transporte de carga no se encuentra acreditado, según informa la Municipalidad de Puerto Madryn (fs. 228) y tampoco surge de las facturas acompañadas que el rodado al que hacen referencia sea el involucrado en el siniestro. Teniendo en cuenta que se necesita demostrar la existencia de pérdidas o mermas de ingresos durante un período dado, previa acreditación del desempeño de la actividad de que se trate, la sentencia desestimó el rubro pretendido.

**2) <u>Los agravios de la parte actora</u>.**

Son tres los agravios planteados por la recurrente.

***Primer Agravio*:** se relaciona con el rechazo en la sentencia de la reparación por los daños que representaron la reparación de la caja de cambios del camión Ford F-700 dominio XXX-***, al considerar que ese daño no puede vincularse con el siniestro. Sostiene la queja que si bien la conclusión de la sentencia se basa en el dictamen pericial accidentológico, debió tenerse en cuenta que el mismo experto al dar respuesta a las explicaciones que le fueron solicitadas consideró que es posible que si el automóvil circulaba a 60 km./hs puede llegar a producir daños en la caja de cambios. Tiene en cuenta en su fundamentación que el mismo experto ha dicho en su dictamen que en vehículo Corsa transitaba entre una velocidad mínima de 40 km/hs. y una máxima de 60 km/hs., por lo que la velocidad que debía generar el Corsa para producir el daño en el camión está acreditada y de allí que el rubro debió ser admitido.

***Segundo Agravio*:** está referido al rechazo del lucro cesante. Esgrime que la Sra. Jueza a quo no tuvo en cuenta que el rodado embestido era un vehículo de carga y que mal interpreta el informe de la Municipalidad de Puerto Madryn dado que el rodado era rentado al Sr. S. C. tal como surge de las facturas acompañadas y que la actividad declarada por la sociedad de hecho del Sr. C. era la de "servicios de transporte". Reconoce en su agravio que no explotaba en forma personal el camión por padecer problemas de salud pero que es de una evidencia indiscutible que la falta de disponibilidad del mismo lo afectó económicamente. Por la razón invocada es injusto el rechazo del lucro cesante dado que el apelante y su cónyuge tenían su fuente de ingresos en la explotación de dicho rodado. Insiste el recurrente en que la sentencia se aparta de los principios doctrinarios y jurisprudenciales de la reparación integral y que no han sido reclamados montos exagerados ni alejados de la realidad, agregando que la magistrada no tuvo en cuenta que la falta de disponibilidad de la unidad dañada no

tuvo en cuenta que la falta de disponibilidad de la unidad dañada por culpa del demandado generó un daño patrimonial evidente por el sólo hecho de tratarse un vehículo de carga. Cita jurisprudencia relativa a que tratándose del daño a un camión debe presumirse que no se lo mantiene inactivo por lo que debe tenerse por cierto el lucro cesante y a que no es imprescindible la prueba categórica del lucro cesante.

***Tercer Agravio*:** Este agravio se sustenta en que se ha omitido en la sentencia regular los honorarios profesionales que corresponden a los Dres. M. M. P. d. R. y J. G. quienes actuaron por la parte actora.

**3) Tratamiento de los agravios de la parte actora.**

**3.1) El daño por la reparación de la caja de cambios.**

El agravio ataca a la sentencia de la inferior por haber rechazado como rubro indemnizatorio los gastos que demandara la reparación de la caja de cambios del camión siniestrado al considerar que ese daño no puede vincularse con el accidente.

Según los términos de la queja la afirmación de la sentencia está revertida por el perito accidentólogo al contestar las explicaciones que le fueran requeridas en autos cuando refiere que si el rodado embistente transitara a 60 km./hs. es posible de producir daños en la caja de cambios. Por lo tanto, según el agravio, como el vehículo embistente circulaba a una velocidad mínima de 40 km./h y una máxima de 60 km./h en el momento del siniestro, considera que ello avala su postura de que el daño en la caja de cambios se produjo por la embestida en cuestión. Adelanto que la cuestión no es como la expone el quejoso.

Para dar respuesta a este punto debemos, obviamente, remitirnos a las conclusiones del perito accidentólogo actuante en el proceso. y allí veo (fs. 197) que el experto ha dicho muy claramente que *"…no existen constancias de*

*indicios objetivos, como ser huellas de frenadas, derrapes, efracciones. POR LO QUE LA VELOCIDAD DEL RODADO CHEVROLET CORSA NO PUEDE SER CALCULADA POR CARECER DE INDICIOS OBJETIVOS QUE PRMITAN UTILIZAR FORMULAS FISICO MATEMATICAS, ASIMISMO EMPIRICAMENTE CONFORME LOS DAÑOS QUE PRESENTA DICHO RODADO Y EL VEHICULO EMBESTIDO, DICHO RODADO TRANSITABA ENTRE UNA VELOCIDAD MINIMA DE 40 KM/HS. Y UNA MAXIMA DE 60 KM/HS…"*. Más adelante (fs. 197 vta.) dijo: *"…Analizando los daños denunciados a reparar por la parte actora, se encuentran relacionados con el accidente en sí. A excepción del presupuesto de fs. 10 (sin fecha) del taller U., por "mano de obra por reparar caja de cambio de camión Ford 700 y repuestos a verificar – Caja de 5 velocidades - $ 2.000". Teniendo en cuenta que el impacto en la parte posterior del camión no afecta en forma directa a la caja de cambios, que se encuentra en la zona media anterior del camión. Existiendo una distancia entre la zona de impacto y la caja de cambio un distancia de 4 mts. aproximadamente…"*.

Al requerírsele explicaciones sobre porqué descartó el daño a la caja de cambios, el experto ha explicado (fs.235 y vta.) cómo y hasta donde se produjo el impacto del automotor Corsa contra el camión, lo cual se puede observar claramente la zona de impacto. Allí remarca que se ve en la fotografía hasta donde impacta y penetra el rodado (Corsa) dando con su frente en los neumáticos posteriores del lado izquierdo, *"…no impactando de lleno con el grupo diferencial del camión. Dicho grupo diferencial se ubica a 1,80 mts. del paragolpe posterior…para que se produzca un daño mayor (fractura de una de las piezas) el impacto debe ser de forma directa o mucha fuerza o energía cinética del móvil embistente…"*.

Se le consultó seguidamente si un impacto a 60 km. por hora contra el camión en la parte trasera es susceptible de empujar hacia delante el cardan vinculado a la caja de cambios y en ese caso dañarla, a lo cual respondió: *"…Conforme el hipotético caso que el rodado transitara a velocidad d 60 km/hs., le*

*transmite una fuerza de impacto de 14146,56 kgm. Y considerando la zona de impacto como así las piezas afectadas, su estructura, ES POSIBLE A DICHA VELOCIDAD PRODUCIR DAÑOS EN LA CAJA DE CAMBIO. AL ENCONTARSE EN CONTACTO LAS PIEZAS (ejes, grupo diferencial, eje cardan y caja de velocidades)…"*.

De los dichos del experto no surgen para mí las afirmaciones que hace la actora en su queja. Y no surgen porque, en primer término, el perito ha dicho que no es posible -con los elementos con que contó- determinar la velocidad el automóvil Corsa al momento del siniestro, concluyendo que por los daños que presentaron ambos vehículos, en el momento de ocurrir el choque el automóvil embistente circulaba entre una velocidad mínima de 40 km./h y una máxima de 60 km.h. O sea, el vehículo Corsa circulaba a no menos de 40 km. ni a más de 60 km. Dentro de esa franja estimó el experto la velocidad, sin poder llegar a ser preciso en ello conforme lo ha explicado.

Cuando se le preguntó si se puede producir un daño en la caja de cambios en el caso de que el impacto contra el camión se produjera a 60 km/h., respondió que *"…es posible a dicha velocidad producir daños en la caja de cambio…"*.

Con lo hasta aquí analizado tengo para mí que la decisión de la magistrada del Inferior al rechazar el rubro ha sido correcta. Y lo ha sido porque: a) en ningún momento se ha probado aquí que el automotor Corsa circulara a 60 km./h en el momento de embestir al camión. La queja sostiene que ello se ha acreditado pero es sólo su visión parcial de la problemática ya que el automotor Corsa pudo circular a cualquier velocidad entre los 40 y 60 km. como máximo, con lo cual en modo alguno se acreditó que lo hiciera a la máxima velocidad estimada por el experto; o sea nada indica, como ya dije antes, que en el momento del impacto circulara a 60 km/h. como afirma el recurrente; b) el perito ha sido claro en cuanto a la imposibilidad de determinar la velocidad del vehículo en cuestión en el momento de

embestir al camión; c) el perito ha explicado también hasta dónde penetró el vehículo Corsa en el camión, al decir: "*…En la siguiente fotografía se observa hasta donde impacta y penetra el rodado, dando con su frente en los neumáticos posteriores del lado izquierdo. No impactando de lleno con el grupo diferencial del camión…"*. Si terminó impactando contra los neumáticos, es evidente la imposibilidad de dañar la caja de cambios, según el mismo experto lo ha dicho en su dictamen y d) Aun cuando se hubiese demostrado que la velocidad al impactar hubiese sido de 60 km/h., el experto no dio como seguro que a esa velocidad se produzcan daños en la caja de cambios del camión, sólo dijo: *"…ES POSIBLE A DICHA VELOCIDAD PRODUCIR DAÑOS EN LA CAJA DE CAMBIO…"*, o sea es una posibilidad y no una certeza la producción del supuesto daño.

Con lo hasta aquí analizado considero que doy una adecuada respuesta al agravio en tratamiento dado que, reitero, debió el actor probar claramente que el vehículo embistente circulaba a 60 km/h. en el momento de impactar al camión y, además, que ello fue lo que provocó los daños en la caja de cambios del mismo. Ninguno de los dos supuestos han sido acreditados (art. 381 y concs. CPCC), por lo que el agravio no puede ser admitido en esta Alzada correspondiendo su rechazo. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

**3.2) <u>El lucro cesante</u>.**

Se ataca en la queja la decisión de la magistrada a quo de rechazar la indemnización por lucro cesante reclamado por la parte actora.

Se hace referencia en el agravio que no se tuvo en cuenta que el vehículo embestido era un vehículo de carga y que el mismo era rentado al Sr. S. C. conforme surge de las facturas acompañadas, quien se dedicaba a servicios de transporte. Reconoce el quejoso que él no explotaba en forma personal el camión por padecer problemas de salud pero que la falta del mismo lo

afectó económicamente dado que él y su esposa tenían su fuente de ingresos en la explotación de ese rodado. Esgrime que no ha hecho un reclamo exagerado ni alejado de la realidad y que debió otorgarse el daño reclamado por el sólo hecho de tratarse de un "vehículo de carga".

Adelanto que la cuestión relativa a que el vehículo era rentado al Sr. S. C. no fue planteado en la demanda por lo que está excluido su tratamiento aquí (arg. art. 280 y concs. CPCC).

El lucro cesante importa el quebranto patrimonial de las ganancias efectivamente dejadas de percibir, como cesación de un lucro específico, relacionado casualmente con el accidente, es decir se trata de la ganancia o utilidad de que fue privado el damnificado, la frustración de un enriquecimiento patrimonial a raíz de un hecho lesivo y requiere su prueba sobre la base de constancias objetivas (conf. CNCiv., Sala H, 19/08/2011, LLOnline AR/JUR/50965/2011).

El daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir o de la responsabilidad jurídica. Pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa u otro factor de atribución objetiva, mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño.

Entre los requisitos esenciales del daño es que el mismo debe ser *cierto.* La certidumbre del daño se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto. La doctrina y la jurisprudencia traducen este requisito como *efectividad* del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético (conf. CNCom, Sala B, 11/6/79, ED 85-172; íd., íd., 14/12/76, ED 74-205; CNCiv, Sala D, 30/3/79, ED 83-473; íd., íd., Sala C, 15/9/77, ED 78-268; íd., Sala A, 18/11/57, LL 90-484). La certidumbre, aunque parezca una verdad de perogrullo, surge de la constatación fáctica del daño

en relación con el hecho que lo causó (conf. ZANNONI, E.A., "El daño en la responsabilidad civil", pág.25).

El daño es esencial extremo constitutivo de la acción resarcitoria, por lo que su demostración incumbe al actor.

Dentro de tal perspectiva, se ha señalado que "el daño no existe en el mundo del derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia" (conf. VELEZ MARICONDE, *"Acción Resarcitoria"*, pág. 36), y que "la deficiencia o no probanza del daño gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria" (conf. TANZI, *"Prueba del daño: relevancia de su acreditación"*, LL 1992-A-318).

Es que el derecho de daños debe desenvolverse con una visión realista, en su plataforma sustancial y en su realización procesal. Así pues, no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, aunque tampoco sea exigible una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa; lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Resarcimiento de Daños" N° 3*, pág.177).

La exigencia de prueba del daño ha sido reiteradamente enfatizada por la jurisprudencia: *"Todo daño debe ser probado por quien lo alega; es éste un requisito esencial para obtener una condena indemnizatoria, pues un daño improbado no existe para el derecho"* (CNCom., Sala C, 30/09/91, LL, 1992-A-44). *"El daño es un presupuesto de la responsabilidad civil, de modo que es irrelevante la existencia material del perjuicio si no se lo comprueba apropiadamente, pues un daño no probado no existe para el derecho; 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, 15/03/90, LL, 1992-A-314).

Debe por lo tanto quedar en claro, para dar respuesta al agravio en tratamiento, que el daño es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente, porque los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles; consecuencia de ello es que para el derecho la prueba del daño es esencial, puesto que no demostrado carece de existencia y dicha carga incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor. Ello es así porque la prueba del daño a cargo del damnificado se funda en que la indemnización no debe importar un lucro para quien la recibe y no puede acordarse sobre la base de simples conjeturas.

Con frecuencia, tal como aquí esgrime el quejoso, los abogados invocan el principio de "reparación integral" como morigerador de la carga probatoria del daño. Pero este principio sólo tiene operatividad lógica para el daño *probado* por el actor. En otros términos, la exigencia de plenitud resarcitoria no libera sino que, antes bien, requiere la necesidad de poner de relieve cuál es el daño, como presupuesto de la consecuencia jurídica indemnizatoria. El daño debe ser acreditado no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado, *todo* ese daño y *sólo* él. La indemnización no debe pecar *por defecto* (lo que empañaría la exigencia de plenitud que debe revestir), ni *por exceso* (porque, en la medida de éste, se configuraría un enriquecimiento injustificado en beneficio del actor) (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit., pág.178).

La sentencia ha desestimado la indemnización de este rubro ante la carencia de prueba suficiente de parte del reclamante y comparto la decisión de la a quo.

Ante todo, el expreso reconocimiento -en la expresión de agravios- realizada por el actor al decir que el camión no ha sido explotado en forma personal por él, ya está haciendo caer su pretensión indemnizatoria

respecto del rubro en análisis. Si él no lo explotaba económicamente, mal puede reclamar se le indemnice el "lucro cesante" por su privación.

Otro elemento de prueba a tener en cuenta es el informe obrante a fs. 228 y vta. en el que la Municipalidad de Puerto Madryn hace saber al Juzgado actuante que *"…no existe habilitación de transporte referente al servicio de cargas de la unidad FORD F-700 Dominio XXX ***, al 08/07/2007 a nombre de la Sra. S. V. M…"; "…La Sra. S. V. M…no registra inscripciones por el servicio de transporte de carga…"*. O sea, ni el camión estaba habilitado municipalmente para el servicio de cargas, ni tampoco estaba inscripta la Sra. M. para la realización de dicho servicio. Sin dejar de tener en cuenta que ningún reclamo ha formulado en este proceso la Sra. S. V. M., el informe aludido es terminante y me exime de mayores comentarios al respecto.

Debe tenerse en cuenta en la problemática en tratamiento que aunque en el lucro cesante sólo puede aspirarse a una certeza relativa sobre la frustración de los beneficios esperados, siempre es menester prueba bastante al respecto. De allí que se haya resuelto en forma pacífica que *"para admitir la procedencia del lucro cesante y genéricamente la de cualquier daño, es preciso que se haya acreditado la existencia de un perjuicio cierto, siendo insuficiente la posibilidad abstracta de un daño, desde que no puede acordarse derecho a una indemnización sobre la base de presunciones"* (CNCom., Sala B, 24/05/88, ED 132-638). Aquí estoy dando respuesta a la parte de la queja que considera que debió otorgarse la indemnización por este rubro por el solo hecho de haberse visto privado el actor del uso de un "vehículo de carga" y que por ello debe presumirse la existencia de la privación de ganancias. Ello no es así porque la frustración de ganancia asume carácter de daño resarcible sólo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico (conf .CSJN, 15/12/88, Rep.ED, 23-256, 156-S) y porque la configuración del lucro cesante requiere, como principio, la prueba categórica y fehaciente de las

ganancias dejadas de percibir por el damnificado (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala V, 08/10/82, Rep.ED, 18-359, 169-S).

Es que para poder indemnizar el lucro cesante o privación de ganancia esperada, se requiere una prueba concreta sobre su existencia, sin que baste la mera posibilidad de frustración. No se desconoce que, en virtud de lo establecido por el art. 165, Cód. Proc. Civ. Com. de la Nación, puede llegar a sentenciarse aun faltando prueba concreta sobre el monto del perjuicio, pero para su procedencia deben proporcionarse elementos de juicio suficientes, que acrediten su existencia (conf. CNCiv., Sala C, 04/03/91, JA, 1991-III-síntesis), lo cual aquí no ha ocurrido. Adviértase que la parte actora no ha aportado ninguna prueba al proceso ni elementos de juicio suficientes que permitan acreditar la existencia del daño cuya reparación pretende.

Tengo para mí muy en claro que resulta improcedente la indemnización solicitada en concepto de lucro cesante porque el presunto damnificado en ningún momento acreditó los ingresos de los que disponía al momento del accidente y los que habría dejado de percibir como consecuencia del mismo, ya que la exigencia requerida para la admisión de la reparación de este rubro se satisface acreditando la ausencia de percepción de ingresos a raíz del accidente, y en esta causa existe una insuficiencia probatoria al respecto, cuya omisión gravita en perjuicio del reclamante (arg. art. 381 CPCC).

Me veo en la necesidad de insistir, ante la reiteración de la particular postura del quejoso en este aspecto, que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de la que se vio privado el damnificado a raíz del acto ilícito, lo cual implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial, que razonablemente hubiere podido obtener de no haberse producido el hecho, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética (conf. CNCiv., Sala C, 07/06/07, LLOnline, AR/JUR/5435/2007).

Si bien tengo en claro la inexistencia del derecho al reclamo del rubro en análisis por parte del actor ante su expreso reconocimiento de que no explotaba personalmente el camión, insisto en responder su reiterada postura en cuanto a que la Sra. Jueza a quo debió fijar una indemnización por el solo hecho de tratarse de un camión que normalmente se utiliza como transporte de carga. Ello no es así porque el lucro cesante causado por la privación de uso de un rodado no puede presumirse de la mera afectación a la actividad comercial del reclamante sino que es condición necesaria que el propietario o usufructuario haya efectivamente sufrido una frustración de aquellas ganancias que podía esperar (conf. C.Civ.Com.San Isidro, Sala I, 05/07/02, LLBA 2003, 502). Remarco que el lucro cesante no se presume porque no reside en la inactividad productiva sino en las ganancias frustradas con motivo de ello, por lo cual su resarcimiento requiere la acreditación de una suficiente relación causal entre dicha actividad y los beneficios que se dicen malogrados.

Con relación al agravio vertido en el sentido de que los montos reclamados no son exagerados ni alejados de la realidad, el mismo no tiene relevancia alguna en orden a conmover los postulados de la sentencia. Y no lo tiene porque el lucro cesante para que sea compensable debe ser cierto y probado, requiriendo una prueba adecuada sobre la entidad de la labor frustrada, la ganancia no percibida o el lapso de inactividad, la que si no llega a ser con suficiencia cabal e incuestionable, por lo menos debe alcanzar ciertos límites mínimos que permitan al juez establecer la suma a indemnizar, debiendo ser aportada dicha prueba por quien lo invoca y requiere. Para que el lucro cesante sea resarcible, debe acreditarse que efectivamente el reclamante vio frustrada una ganancia cierta proveniente de una actividad habitual, que podía razonablemente esperarse de no haberse dado el hecho dañoso (conf. CNCiv., Sala G, 06/04/2010, LLOnline AR/JUR/10446/2010).

Tampoco puede objetarse el hecho de que la sentencia haya evaluado como prueba que impide la admisión del rubro el ya mencionado informe del Municipio de Puerto Madryn. En efecto, en casos similares la jurisprudencia ha sido terminante al decir que es improcedente conceder una indemnización por lucro cesante al propietario de un vehículo que fue colisionado, toda vez que no se acreditó que contara con una autorización que lo habilitara para operar, legítima y lícitamente (conf. C.Civ.Com.Cont.Adm., 2ª Nom., Río Cuarto, 17/03/2010, LLC 2010, 702).

Resulta para mí claro el rechazo del rubro indemnizatorio pretendido dado que más allá de demostrar el uso comercial del rodado siniestrado -lo que no se concretó aquí-, debió el actor allegar elementos cuanto menos indiciarios que permitieran inferir cuál era su ganancia diaria y cuántos días de la semana trabajaba en esa actividad. No habiendo acreditado la existencia de un perjuicio real y efectivo surgido como consecuencia del accidente acaecido, resulta improcedente la indemnización reclamada (arg. art. 381 y concs. CPCC).

En atención a lo expuesto y fundamentado, considero que el agravio debe ser rechazado. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

**3.3) <u>La omisión de regulación de honorarios</u>.**

Se peticiona en el tercer agravio la regulación de honorarios a favor de los Dres. M. M. P. d. R. y J. G. quienes actuaron en el proceso como letrados patrocinantes de la parte actora, habiéndose omitido en la sentencia fijar sus honorarios por la labor cumplida en el mismo.

Siendo exacto lo expuesto, corresponde hacer lugar a la petición. En consecuencia, atento a que se ha regulado sólo el honorario de la Dra. M. R., por imperio de lo dispuesto en el art. 281 del CPCC corresponde dejar si efecto dicha regulación. Así, teniendo en cuenta el monto y la naturaleza del proceso, el resultado obtenido y la labor profesional desarrollada por

los citados profesionales, considero que deben fijarse sus honorarios, en el 6% para cada uno de los letrados, esto es Dres. P. d. R., G. y R., del monto del proceso que resulte en definitiva (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**4) <u>Las costas de la Alzada</u>.**

En atención a la forma como he propuesto resolver el recurso interpuesto por la actora, considero que debe hacerse aplicación de la norma del art. 72 del ritual e imponer a la recurrente las costas de la Alzada en un 70% y a la demandada y citada en garantía en un 30%.

En consecuencia, considero que deben ser regulados los honorarios de la apoderada de la citada en garantía, Dra. M. A. V., en el 27,5% de los que les corresponden por su actuación cumplida en primera Instancia y los de la Dra. M. M. P. d. R., en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.**

**<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

**1.**

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

Y en orden al análisis de esta primera cuestión, adelanto que mi voto será en sentido coincidente con el del Sr. Juez preopinante, y daré razones de ello.

**2.**

En orden al primero de ellos, he de señalar que la parte actora se agravia por entender que la Sra. Jueza a quo ha formulado un análisis parcial de la prueba rendida en autos, y en esa línea ha desestimado el reclamo por el valor de reparación de la caja de velocidades de la unidad afectada, conforme constancias de fs. 10.

A mi entender, la apelante parte de un punto de partida equivocado, pues sostiene que "el impacto en la parte posterior del camión afecta en forma directa a la caja de cambios, que se encuentra en la zona media del camión". Y digo ello, pues, de la lectura de las conclusiones brindadas por el experto, surge todo lo contrario, señalando que "el impacto en la parte posterior del camión ***no*** afecta en forma directa a la caja de cambios, que se encuentra en la zona media del camión" (el resaltado es propio) (ver explicaciones de fs. 197 vta, apartado 3, último párrafo).

De tal aserto se desprende que la estructura lógica del agravio cae por su propio peso, pues el perito viene señalando que los daños a reparar, denunciados por la parte actora, guardan relación con el accidente, ***a excepción*** del consignado en el presupuesto de fs. 10, referido a la caja de cambios del rodado, dejando establecido que existe una distancia de 4 metros entre la zona de impacto y la mencionada caja.

No puedo soslayar sin embargo las explicaciones dadas a fs. 235 y vta., las que si bien no brillan por su claridad, de su lectura se infiere claramente que el experto no ha variado su tesitura original. Esto es, si bien afirma que la estructura conformada por las masas de rueda trasera, ejes traseros, grupo diferencial, eje cardán y caja de cambios son piezas sólidas acopladas

entre sí por otras, que al recibir un impacto produce un movimiento en todas ellas, concluyendo que "es posible" que provoque daños en la caja de velocidades, no es menos cierto que tal afirmación es abstracta y no excede la mera posibilidad.

Por otra parte, en párrafos anteriores de su exposición, el experto se encargó de señalar que el impacto "no dio de lleno" en el grupo diferencial. Así las cosas, si esta última pieza no fue impactada, mal puede entenderse que todas las piezas que a partir de allí se acoplan hasta llegar a la caja de velocidades puedan haberse visto afectadas. Ello lo estimo así, pues de seguir ese razonamiento también pudo haberse reclamado por daños en cualquier otro sector del automotor como consecuencia del impacto.

En definitiva, soy de opinión que el perito no ha sido en modo alguno concreto y puntual en afirmar que la caja de velocidades a que se hace referencia en el presupuesto de fs. 10 se hubiese visto afectada como consecuencia del impacto, pues de sus aseveraciones se desprende que, para que ello ocurriese, el golpe debió dirigirse contra el grupo diferencial y "transmitirlo" al resto de las piezas sólidas hasta repercutir en la mencionada caja de cambios.

Tampoco puedo atender el aspecto de la queja que da por sentado que el rodado embistente circulaba a una velocidad de 60km/h, pues, como señala el colega preopinante, el experto estimó la velocidad previa al impacto en un rango que va desde los 40 y 60 km/h, y en modo alguno dio por cierto que esta última fuese la velocidad del Corsa.

Sucede que la pregunta 2. de las explicaciones de fs. 235/vta. parte de un supuesto que, como tal, no puede ser tenido por cierto. Fue en esa inteligencia que el experto contestó en abstracto, pero, no se ha partido, aquí tampoco, de una premisa verdadera, sino conjetural.

Para concluir, no puedo pasar por alto que en pasaje alguno de la demanda se hace mención a la afectación de la caja de velocidades. Tampoco lo

menciona el acta policial de fs. 05/06 ni la denuncia ante la aseguradora de fs. 07.

En todo caso, se dejó constancia en el impetre de demanda que "existen otros daños potenciales en la estructura del camión que no pudieron ser constatados en el momento....y hasta tanto no se desarme el mismo, no pueden ser efectivamente valuados".

No puedo explicarme entonces cómo es posible que, si a la fecha de interposición de la demanda (06.11.07) no se tenía noticia de la avería en la caja de cambios ( ya que, según sus expresiones, no se habían desarmado las piezas para constatar los desperfectos, haciendo imposible su avalúo), con dicho libelo se pudiera haber acompañado un presupuesto que daba cuenta de ello. Menos pudo constatarlo el experto que sólo se valió de fotografías y de prueba instrumental para elaborar su informe.

En ese orden de ideas, coincidiré con el Magistrado de primer voto en cuanto a que el decisorio de Primera Instancia ha dado respuesta adecuada a este aspecto de la queja y por tal razón, ésta ha de ser desestimada.

**3.**

Reclama la parte actora la suma de $ 15.000.- en concepto de lucro cesante, por la falta de uso del camión, "que era la fuente de ingresos " tanto del actor como de su esposa.

He de coincidir también con el Sr. Juez preopinante que la esposa del actor no ha reclamado en autos por este rubro y en consecuencia no se encuentra legitimada para actuar en estos obrados.

El decisorio desestimó el rubro, sosteniendo que: a) la afectación de la unidad al transporte de carga no se encuentra acreditada, según informe de fs. 228; b) que las facturas acompañadas no dan cuenta que se trata del camión siniestrado y objeto de autos.

Contra tales afirmaciones alza su queja la apelante, sosteniendo, en primer lugar, que el rodado era rentado al Sr. C. y que la actividad por él declarada era la de "servicio de transporte".

En segundo lugar sostiene que, si para vehículos particulares la indemnización por "privación de uso" no requiere la prueba puntual y detallada, con cuanta mayor razón ha de ser tal apreciación cuando se trata de un rodado destinado a fines comerciales.

Contra tales agravios, debo señalar que la apelante no ha rebatido el aserto judicial en orden a la ausencia de prueba sobre la afectación del rodado a servicios de carga. Tampoco lo hace respecto a que las facturas de fs. 14/16 en modo alguno mencionan al camión de autos.

A ello, se sigue que habría de conjeturarse que el camión, por lo menos, fue privado de su uso, extremo que no resultó ser objeto de oportuno reclamo.

Debe señalarse en este aspecto que la quejosa vuelve a tomar como punto de partida una falsa premisa, cual es que el camión era explotado comercialmente, como si su condición de tal permitiera concluir que ese era su destino.

Contrariamente a ello, debo señalar que ni siquiera se ha probado en autos que la unidad por la que reclama estuviera destinada a explotación comercial alguna. Tampoco se encuentra acreditado que se le diera otro uso distinto a ese.

Por esa razón, también coincidiré con mi colega de primer voto, quien sostiene que el lucro cesante requiere la prueba categórica y exhaustiva de las ganancias dejadas de percibir.

A mayor abundamiento, no resulta ocioso formular algunas precisiones.

Cuando se hace referencia al lucro cesante, se está tratando de determinar cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso. Este pronóstico ulterior debe llevar a concretar un interés cierto del damnificado (Cfr. Cám. Apel. Trelew, sala A, 27.08.2009),

in re: “P.”), sin que tal certeza se convierta en absoluta. Se trata, ni más ni menos, que de la ganancia dejada de percibir por el perjudicado ( cfr. Cám. Civ. y Com. 1ª. La Plata, Sala 1ª, 01.12.1994, Juba B100366).

Pero esa ganancia debe apreciarse a través de un juicio de probabilidad que comprende lo verosímil, sin necesidad de llegar a lo seguro, necesario o infalible.

De allí que el lucro cesante no se presume, razón por la cual quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su existencia (cfr. Cám. Nac. Apel. En lo civil , Sala E, 27.02.97, in re: “ Jiménez, Pablo y o. c/ Schuartz, Eduardo”, en LL 1997-1997-C-252 y DJ 1997-2-656).

Sin embargo, en el caso de autos, no ha rendido el actor prueba alguna tendiente a acreditar las ganancias concretas que habría dejado de percibir, por lo que coincidiré con el Sr. juez de voto anterior que todas las demás manifestaciones formuladas acerca del rubro en cuestión por la apelante son meras conjeturas, y como tales, inaudibles.

Abonar la postura del apelante significaría convertir al proceso en un juego de ficciones y conjeturas. El actor cargaba con el peso de probar los hechos que invocó (art. 381, del CPCC), mas no lo hizo ( del voto del suscripto en CAPM CORDOBA SDC 33/11).

Soy de la opinión, en consecuencia, que este aspecto del agravio también debe ser desestimado.

**4.**

De la compulsa de los autos, concluyo que asiste razón a la apelante en cuanto el decisorio de grado ha omitido la regulación de los honorarios profesionales de los Sres. letrados Dres. P. d. R. y G.

En esa inteligencia, soy partidario, al igual que el Dr. Fiordelisi, de dejar sin efecto la regulación de los emolumentos de la letrada de la parte actora Dra. M. R., a mérito de lo dispuesto en el art. 281 del CPCC, y regular dichos

honorarios de la Instancia anterior en el 6% para cada uno de los letrados, es decir Dres. P. d. R., G. y R. de la liquidación definitiva (cfr. arts. 5,6, 7, 9, 38 y cc. de la ley arancelaria).

**5.**

En cuanto a las costas de esta Instancia, compartiré con el Dr. Fiordelisi que, en atención al modo en que se resuelve y lo dispuesto por el art. 72 del CPCC, corresponde que sean impuestas en el 70% a la parte actora y en el 30% a la demandada y citada en garantía.

En tal inteligencia, atento la labor desarrollada, mérito y resultado obtenido en esta Alzada, corresponde se regulen los honorarios de la Dra. M. P. d. R. en el 25% de lo le correspondieren en la Instancia anterior y en el 27,5% a la Dra. M. A. V., de lo que le correspondiere en la otra Instancia ( arts. 5,6,9,13 y cc., de la ley arancelaria).

Por los motivos expuestos, voto **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**

**A LA SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartirse mi voto por los colegas de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

**1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia dictada a fs. 260/263 vta. que fuera materia del recurso de apelación.

**2) DEJAR SIN EFECTO** la regulación de honorarios practicada en la Instancia Anterior a favor de la asistencia letrada de la parte actora y **REGULAR** los emolumentos de los Dres. M. P. d. R., J. G. y M. R. en el 6%, para cada uno de ellos del monto del proceso que resulte en definitiva (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**3) IMPONER** las costas de la Alzada a la parte actora en un 70% y a la demandada y citada en garantía en un 30% (art. 72 CPCC).

**4) REGULAR** los honorarios, por la intervención en la Alzada, de la apoderada de la citada en garantía, Dra. M. A. V., en el 27,5% de los que les corresponden por su actuación cumplida en primera Instancia y los de la Dra. M. M. P. d. R., en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**5) REGISTRESE y NOTIFIQUESE.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

**S E N T E N C I A**

**1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia dictada a fs. 260/263 vta. que fuera materia del recurso de apelación.

**2) DEJAR SIN EFECTO** la regulación de honorarios practicada en la Instancia Anterior a favor de la asistencia letrada de la parte actora y **REGULAR** los emolumentos de los Dres. M. P. d. R., J. G. y M. R. en el 6%,

para cada uno de ellos del monto del proceso que resulte en definitiva (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**3) IMPONER** las costas de la Alzada a la parte actora en un 70% y a la demandada y citada en garantía en un 30% (art. 72 CPCC).

**4) REGULAR** los honorarios, por la intervención en la Alzada, de la apoderada de la citada en garantía, Dra. M. A. V., en el 27,5% de los que les corresponden por su actuación cumplida en primera Instancia y los de la Dra. M. M. P. d. R., en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**5) REGISTRESE y NOTIFIQUESE.**

REGISTRADA BAJO EL N°  /12 SDC