En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **S. L. A. c/ V. R. E. y Otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 231 – año 2017),** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 99/15), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA: ¿**Son justos los honorarios regulados a los letrados de la parte demandada y citada en garantía? **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 179

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Antecedentes del caso. La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial dictó sentencia a fs. 156/160, desestimando la demandada entablada por L. A. S. contra R. E. V. y S. B. R. C. L..

Liminarmente refirió que las disposiciones del Código Civil y Comercial no resultan aplicables al caso de autos, en tanto el hecho se produjo con anterioridad a la vigencia de la ley 26.994, debiendo ser analizadas a la luz de lo dispuesto por el Código Civil.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que los reclamos de reparación de daños derivados de un accidente automotor se deben encuadrar en el régimen de daño por riesgo o vicio de las cosas,

contemplado por el art. 1113 2do. párrafo del Código Civil. Por lo que quien reclama por los perjuicios derivados de aquel le basta con demostrar

su contacto con la cosa generadora del riesgo y el daño sufrido, presumiendo la existencia de relación causal entre éste último y el riesgo de la cosa, debiendo el dueño o guardián de la cosa acreditar las eximentes que prevé la norma citada, culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.

Indicó que más allá de encontrarse controvertida su mecánica, conforme se reconoció en autos tuvo por cierto que el 22 enero de 2015, a las 10,50 hs., en la intersección de Estivariz y Gob. Maíz, se produjo un accidente de tránsito entre el rodado dominio *** *** y la bicicleta, tripulada por el actor, que se trasladaba por Estivariz en dirección oeste y el automotor que lo hacía por Maíz hacia el sur.

Recordó que, de manera unánime, la jurisprudencia entiende que en materia de responsabilidad civil considera al daño como presupuesto central. El interés de la víctima en la reparación emerge del daño sufrido.

Puntualizó que el daño se define como toda lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial acaecido como consecuencia de una acción.

Explicó que en autos se reclamó el valor de reposición de la bicicleta, el lucro cesante y el daño moral, derivados del acontecimiento en investigación.

Estimó que el reclamo por el rodado presupone necesariamente la prueba de la destrucción del mismo, circunstancia que fue desconocida por el accionado, no surge del Acta de Choque N° 41/15, ni se incorporó elemento probatorio que lo acreditara.

Aseveró que el lucro cesante no se presume, debe ser probado. En autos no se acreditó la pérdida de ganancias que se señaló en la demanda, en tanto se mencionó por parte del testigo A. que el actor era paseador de perros, pero no se comprobó la frecuencia en el cumplimiento de esa labor trabajo, sumas percibidas a diario o cualquier dato relacionado con su
trabajo.

Razonó que si bien el daño moral es indemnizable, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso, en autos tampoco se ha probado que el actor sufriera lesiones que determinaran su hospitalización y medicación tal como se sostuvo en la demanda. El testigo L. dio cuenta que lo vió en el suelo, por su parte el demandado dijo que lo trasladó a su domicilio y el acta de choque solo refiere que fue trasladado por el accionado. A su vez las constancias médicas agregadas a las actuaciones fueron desconocidas por la
contraparte, por lo que la atención médica del actor no fue corroborada. Por tanto debía la parte demostrar que los hechos le causaron la angustia que mencionara en su escrito postulatorio, mediante cualquier medio
probatorio, aun presunciones.

Impuso las costas a la actora perdidosa, y reguló honorarios profesionales.

2. Los recursos. A fs. 161 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia, expresando agravios a fs. 171/174, respondidos por la demandada a fs. 176/177.

A fs. 163 los letrados de la demandada apelan sus honorarios por
considerarlos bajos.

3. Los agravios de la parte actora. En su escrito de agravios la parte actora aduce la existencia de errores en el decisorio de autos. Fundamenta su queja en el análisis de los medios probatorios de autos.

Se refiere al testimonio rendido por el Sr. L. L.S, e indica que se trata de un testigo presencial que sostiene que a consecuencia del impacto el actor quedó tendido en el pavimento, cuando dice; "…lo veo que fue

atropellado por una camioneta, lo veo tirado va, yo venía atrás de él a unos cincuenta metros más o menos".

En lo que hace a la absolución de posiciones del demandado se refiere a la respuestas afirmativas de las posiciones sexta, octava, novena y duodécima, las que permiten inferir que la camioneta salió ilesa del choque; que el demandado trasladó al actor hasta su domicilio, cargando en la camioneta la bicicleta dañada; que en la intersección del hecho ambas calles son de mano única y corroboró la autenticidad del acta de choque labrada con motivo del accidente.

Insiste que de acuerdo a la posición sexta se consuma que el demandado trasladó al accionante en virtud de las lesiones sufridas por éste al golpear contra en pavimento y por la imposibilidad de seguir desplazándose en el rodado que utilizaba.

Tales circunstancias demuestran que ni el Sr. S. se encontraba en condiciones físicas de circular con su bicicleta, ni ésta estaba en condiciones de ser utilizada a tal efecto. Epiloga que evidentemente uno de los dos hechos aconteció, o, mejor aún, que acontecieron ambos. Que tales circunstancias, teniendo en cuenta el curso natural de las cosas, determinan una presunción legal de responsabilidad que instala la cuestión en análisis en un escalón más alto que la suficiencia probatoria que la *litis* representa.

Describe que se ha acreditado en autos: a) que V. condujo la cosa riesgosa al momento del hecho; b) que el mismo consistió en la colisión de una cosa riesgosa (el rodado) y una que no lo es (la bicicleta); c) que el automotor fue el embistente; d) que la bicicleta circulaba por el sector izquierdo de Estivariz; e) que la camioneta impacto a la bicicleta en el cuadrante sur-oeste de la intersección; f) que al momento del impacto la bicicleta ya había traspuesto la línea central de la arteria Maíz; g) que por el
impacto el ciclista y la bicicleta fueron arrojados al piso; h) que el demandado trasladó al actor a su domicilio; i) que el actor se desempeña como paseador de perros utilizando a tal fin su bicicleta; j) que se atendió de sus lesiones en el Hospital ISOLA.

Argumenta que la sentencia parte de la premisa que tanto el actor como su bicicleta no han sufrido daño alguno, por lo que debe probar su argumentación, contrariamente postula que todos los elementos
acreditados en autos configuran un cuadro presuncional, grave, preciso y concordante que permite concluir la existencia de lesiones corporales y los daños del rodado menor.

Entiende que su parte ha acreditado que, siguiendo el curso natural y ordinario de las cosas, como consecuencia del embestimiento relatado tanto el ciclista como su vehículo han experimentado daños.

Arguye que la presunción del daño acarrea como consecuencia la inversión de la carga de la prueba. En la causa la demandada no ha producido prueba alguna. Mediante la presunción legal se tiene por establecido un hecho siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente.

Concluye que, probado que el factor causal de la colisión ha sido el rodado de mayor porte, el art. 901 del Cód. Civil configura el puente jurídico

presuncional que permite tener por configurado el daño en que se sustenta la demanda de autos.

4.- Suficiencia técnica del recurso. En virtud de lo establecido por el art. 268 CPCC pesa sobre los apelantes la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que considera desatinadas, mediante la indicación detallada de los yerros y demás deficiencias que pudiera recriminar a la sentencia en crisis. La memoria de agravios debe ser autosuficiente, debe bastarse a sí misma.

Los agravios de la parte actora se presentan claros y concisos, circunscribiendo la parte del fallo que ponen en crisis, e indicando los errores de la judicante de grado que consideran como causa eficiente de sus agravios, por lo que corresponde su tratamiento en esta Instancia al constituir una crítica seria, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC.

5.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p.

1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

6.- Cuestión preliminar. Principio de irretroactividad de la ley. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que si bien la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, a su vez instala, -al igual que lo hacía el art. 3 del Código derogado-, un límite a su aplicación retroactiva.

En este marco, la novel codificación rige para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución. Las consecuencias de hechos pasados constitutivos de relaciones o situaciones jurídicas, como el que se analiza en este caso, quedan sujetos a la ley anterior (Ley 340), pues se trata de una situación jurídica consumada (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS 2015XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil*",

Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015). Ello, sin perjuicio del valor doctrinal que la ley 26.994 impone, toda vez que la misma ha sido redactada por la más calificada doctrina argentina.

7. La necesidad de que exista un daño para la viabilidad de la función resarcitoria de la responsabilidad civil y la carga de la prueba del mismo.

En nuestro derecho positivo no es viable la función resarcitoria de la responsabilidad civil si no hay daño, como sostiene SANTOS BRIZ no basta la ejecución del acto ilícito para exigir responsabilidades en la vía civil sino que se requiere además que como consecuencia del acto haya sobrevenido un daño al ofendido o a un tercero. (SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. Pag. 147).

El daño, como elemento axial de la responsabilidad civil, debe ser demostrado acabadamente por la víctima que pretende su reparación, así lo dice expresamente el art. 1744 del CCyC (de aplicación doctrinal al caso) y lo entiende pacíficamente la doctrina (Ver: RIVERA Julio MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo IV Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 1083. LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 513.BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 269. GONZÁLEZ FREIRE, Juan F. "La prueba del daño en función de los hechos imputables, sus presunciones y su relación con la carga de las pruebas dinámicas de conformidad con el nuevo Código", RCyS 2017-X , 225, AR/DOC/2164/2017. JALIL, Julián Emil. *Cuantificación de daños. Región Patagonia*. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2017. Págs. 39 y sgts.).

No existe posibilidad de atribuir responsabilidad sin la existencia de un daño (pues producido el "daño evento", lo resarcible surge del "daño jurídico o

consecuencia", siendo éste último el que torna exigible la pretensión). De allí que, sólo en presencia del mismo, se puede indagar si ha sido causado injusta o ilícitamente y si es culpable (antijuridicidad-factor de atribución e imputabilidad).

En tanto que a la inversa, si no hay ningún detrimento acreditado, resulta superfluo investigar la existencia o inexistencia de los otros elementos. O sea, en síntesis: sólo la ilicitud que causa el propio daño puede dar lugar a una reparación si se encuentra acreditado la existencia de éste.

La Sra. Jueza de grado ha considerado que no se encuentra probado el menoscabo. El apelante ha argumentado que la prueba testimonial, confesional y presuncional acreditan el daño.

7.1.- La prueba testimonial del Sr. José L. L.S. La prueba testimonial posee valor probatorio radical cuando ella se sustenta en la percepción sensorial del declarante sobre el hecho. En este orden, el Sr. L.S refiere que vio al actor en el piso y que fue atropellado por una camioneta.

Estas afirmaciones pueden, -en todo caso-, resultar hábiles para acreditar la existencia del hecho, pero no específicamente del daño como recaudo insoslayable para que exista responsabilidad civil.

Es decir, el testigo refiere al hecho más no a sus consecuencias jurídicas, o sea el daño, que es aquello que según la judicante de grado no se encuentra acreditado en autos.

7.2.- La prueba confesional de fs. 100/102. De las respuestas en la confesional de fs. 101 en concordancia con el interrogatorio obrante a fs. 100, se advierte que la parte actora ha efectuado determiandos reconocimientos.

En este marco, el art. 427 del CPCC estipula que la confesión judicial expresa constituirá plena prueba, instituyendo, -a renglón seguido-, las salvedades. Sin perjuicio de los reconocimientos de las posiciones sexta, octava, novena y decimo segunda, la única que aporta una perspectiva sobre la cuestión medular de la queja, es la sexta por la cual se reconoce *"...que en la oportunidad cargo la bicicleta dañada..."*

No obstante lo expuesto, se advierte que dicha respuesta resulta contradictoria con la posición quinta y la quinta bis por la cual niega expresamente la existencia de daños en la bicicleta y en el fisico del actor.

Por lo tanto, se relativiza la regla del art. 427 del CPCC pues, de esa misma prueba resultan dos afirmaciones opuestas, siendo las mismas lesivas del principio **lógico no contradicción**, que predica que una cosa no puede **ser y no ser al mismo tiempo**.

En este sentido se ha dicho que el principio de no contradicción, o a veces llamado principio de contradicción, es un principio clásico de la lógica y la filosofía, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. (ROBERT Audi, ed., *Principle of contradiction*, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2nd edition. Cambridge University Press). El principio también tiene una versión ontológica: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; y una versión doxástica: **nadie puede creer al mismo tiempo y en el mismo sentido una proposición y su negación**. (GOTTLIEB, Paula, *Aristotle on Non-contradiction*, en ZALTA, STANFORD, Edward N. *Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2008, Edition).

En este orden, y teniendo en cuenta que la confesión ficta requiere no dar lugar a dudas, entiendo que la aseveración de la sexta posición solo tendrá

valor de prueba tasada en la medida que resulte corroborada por otras constancias de autos.

8.- Las presunciones legales y las demas constancias de autos. Como explica CHIOVENDA, el Juez como hombre durante la *litis* debe servirse de las presunciones para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso. (CHIOVENDA, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ed. Reus. Madrid. Pág. 143).

La presunción judicial, simple u hominis (del hombre), es el juicio lógico que el Juez extrae de los hechos probados, que no constituyen la representación de lo que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten, en todo caso, su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza.

No encuadran pues, dentro de este concepto, las presunciones legales simplemente establecidas por el legislador para la aplicación de ciertos efectos con relación a situaciones o relaciones jurídicas como la que surge del art. 382 del CPCC, ya que ellas no se dirigen a la demostración de un hecho, a su prueba, sino que, afirman o niegan la existencia de un hecho en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él. (Ver: ESPÍNOLA, María Julieta. "Prueba de presunciones e indicios" Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio), 1. AR/DOC/1691/2014).

Ante la orfandad probatoria de autos, el apelante sugiere que la Sra. Jueza de grado debió bucear en la prueba indiciaria o de presunciones derivada de los escasos elementos aportados a los efectos de extraer conclusiones lógicas partiendo de premisas probadas, las cuales al cotejarlas con las leyes de la experiencia permitan obtener una *presunción hominis.*

Antes de inmiscuirme en la cuestión a analizar corresponde hacer algunas salvedades acerca de la prueba indiciaria y presuncional.

Con claridad meridiana la CSJBA ha explicado que la palabra indicio viene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicere* que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes y sonidos). De acuerdo con esto se entiende por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. (Ver: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Fasanelli, Sandra Beatriz v. Gastaldello, Gustavo Daniel s/ Filiación, 27/08/2008, 14/148147).

Como enseña CARNELUTTI, el indicio no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de éste en la regla de la experiencia a fin de extraer su deducción. (CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo. II. Ed. UTHEA, Argentina. Pág. 407).

De esta manera, el indicio representa toda y cualquier circunstancia que tiene conexión con el hecho más o menos incierto, que se procura probar. La convicción indiciaria se funda en un silogismo lógico compuesto por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. **La premisa mayor o absoluta** la constituyen las leyes de causalidad aceptadas por la razón en virtud de la experiencia, **la premisa menor** consiste en un hecho concreto, conocido y que tiene relación con la regla genérica y abstracta de la premisa mayor, **la conclusión** que surge de la relación entre ambas premisas, la cual le otorga fuerza probatoria al indicio.

La prueba indiciaria debe valorarse en forma general y no aislada, y de manera conjunta, esto ocurrirá cuando la incidencia de unos indicios sobre otros elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica (Conf. arg. del art. 163 del CPCC).

Este mecanismo lógico-jurídico de prueba resulta imposible en autos, por una sencilla razón: no existe, -con relación específica a la existencia del daño-, una premisa menor que sirva de cotejo con la premisa mayor.

Es decir, prescindiendo de la prueba fotostática de fs. 11 y 12 (carente de valor probatorio por ser una copia simple), no encuentro elemento alguno que sirva de soporte indiciario para determinar la existencia de los daños alegados.

Por lo tanto, tampoco mediante la prueba indiciaria y de presunciones se puede arribar a la conclusión que propone el apelante en sus agravios. En base a estos argumentos corresponde confirmar la sentencia obrante a fs. 156/159 y vta.

9.- La imposición de costas con relación a las partes intervinientes. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Al respecto, vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010,

Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), en este orden corresponde imponerlas en esta instancia al apelante perdidoso, ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento del derecho.

10.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes: A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (Conf. Art. 46 últ. Párr. Ley XIII N° 4).

Por ello, corresponde fijar los honorarios por su actuación en Cámara del abog. H. G. en el 25 %, y los de los abogados S. F. y V. A. F. en conjunto en el 30 %, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente fijado por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA**

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por el recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me avoque directamente al tratamiento de los agravios que expone el apelante.

2 – Cuestión previa

Si bien es cierto que el actor recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que -respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema- cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta cuestión previa.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"agravio"* toda crítica dirigida a las denominadas *"cuestiones esenciales"*, que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse por *"argumento"* toda mención efectuada por la parte

apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas *"cuestiones esenciales"*. Los *"argumentos"* no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* -N° 62.948- y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* -N° 62.948 bis-).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento del actor recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la parte actora, pasaré a tratar sus quejas.

3 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1) En primer término, es necesario destacar que el recurrente dice expresamente: *"…Disentimos frontalmente con las conclusiones del juzgador de grado…"* (fs. 171). Ante estas expresiones me veo en la necesidad de plasmar aquí -conforme lo he hecho ya ante situaciones similares- que "disentir" no es "agraviarse" y en la fundamentación recursiva el apelante debe expresar cuáles son los "agravios" que la provoca la sentencia recurrida. O sea, no es suficiente -ni alcanza- "disentir" con lo decidido sino que se necesita algo mucho más profundo que está constituido por expresar en detalle los "agravios" que la sentencia en crisis le causa al recurrente (arg. art. 268 CPCC).

3.2) El apelante hace un planteo inicial que está dirigido a la valoración de las pruebas que ha realizado la sentenciante, la cual no coincide con la que el quejoso desarrolla en favor de sus pretensiones.

De la valoración que ha hecho la Magistrada a quo sobre las pruebas de autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme es su pretensión.

Ha dicho este Cuerpo reiteradamente que los jueces de mérito pueden

preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

La mención que se hace en la queja sobre la declaración testimonial del Sr. L.s, en modo alguno consigue empañar la decisión recurrida. Es que este testigo no ha dicho que el actor haya sufrido lesiones en el accidente y el alcance de las mismas. Tampoco puede agregar nada en favor del

recurrente la prueba Confesional del demandado por haber reconocido que la bicicleta estaba "dañada". Cabe preguntarse: de qué magnitud fue el daño…? o qué alcance tuvo el mismo…?; ello no fue acreditado.

3.3) Teniendo en cuenta que la a quo rechazó la demanda haciendo aplicación de la norma del art. 381 del ritual, es necesario destacar coincidiendo con la decisión de primera instancia- que ello es así dado que juega en el caso lo normado por el art. 381 del CPCC cuando dice: *"Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido… Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión…"*.

Las partes asumen, por lo tanto, la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones, o en caso contrario, soportar las consecuencias, de incumplir ese imperativo que hace a su propio interés. Es que pesa sobre la parte actora la carga de traer la verdad de los hechos constitutivos del derecho que invoca (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1985, III, p. 424; DJBA, 128, p.324).

Y téngase en cuenta que no puede requerirse a la parte demandada que acredite los presupuestos necesarios de su defensa, cuando no se han demostrado los correspondientes a la acción entablada. De allí que sea claramente incorrecta la afirmación que se hace en la queja al decir: *"…Es quien niega la existencia del daño el que carga con la prueba…"* (fs. 173 vta.) . Y afirmo que es incorrecto porque la carga del accionado de probar un hecho extintivo sólo existe cuando el actor ha demostrado hechos idóneos para fundar la demanda.

Es que no existe la carga procesal de aportar prueba de descargo o contrapruebas, y por ello la parte está en libertad de hacerlo o no hacerlo según lo estime más conveniente para los intereses de su defensa. Su opción por una actitud pasiva no acuerda expectativa, ventaja procesal o chance

favorable a la contraria (conf. GOLDSCHMIDT, J., *"Teoría General del Proceso"*, pág. 52), ni autoriza a suponer la exactitud de la descripción hecha por ésta del cuadro fáctico que constituye el objeto de su prueba (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, I. p. 88; ROSENBEG, *"Tratado de Derecho Procesal Civil"*, I, pág. 222; Cám. 2ª., Sala II, La Plata, C. 90-615, reg. sent. 254/58; 93.027, reg. sent. 125/59; La Ley 129-1018, 16.658-S).

Ante lo dicho, cabe la pregunta: ¿qué ocurre cuando no existe prueba?, cuando no existe prueba, las alegaciones o hechos articulados conducentes que han sido controvertidos, no pueden ser admitidos como ocurridos, concluyéndose en una sentencia desfavorable, tal como aquí ocurriera. Este es el gravamen que se sigue de la insatisfacción de la actividad probatoria, aspecto o sector de la carga procesal que configura un imperativo del propio interés. Ante el incumplimiento de la carga procesal probatoria, la duda se resuelve en contra de la parte que no la satisfizo (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, III, p. 863; 1966, II, p. 25; DJBA, 74, p.169; 83, p. 14).

Tampoco es posible sostener que un hecho se prueba simplemente narrando o explicando cómo se produjo. Ello conduciría realmente a exterminar todos los principios y normas vigentes que deben aplicarse en materia de actividad probatoria en un proceso. Sería extremadamente sencillo detallar minuciosamente un hecho que invoque una de las partes para que, gracias a ese solo proceder, se lo tenga por efectivamente sucedido. Es decir, narro detalladamente lo ocurrido y quedo eximido de aportar prueba para acreditarlo.

Ante la evidente ausencia de probanzas que surge de los presentes actuados, considero necesario remarcar que *"se requiere inexcusablemente una causalidad probada para acceder a un reclamo resarcitorio. La prueba de la causalidad más convincente será la prueba directa; normalmente ante asuntos de complejidad, se tratará de una pericia técnica en la materia de que se trate. Si no*

fuera ése el caso, podrá la causalidad surgir de prueba indirecta, pero en esa situación, debe tratarse de varios indicios, serios, graves y concordantes que satisfagan el requisito de la causalidad probada y no meramente inferida o conjeturada" (Cám.Apel.Trelew, Sala "A", 11/03/2010, cit.).

Ninguno de los principios que acabo de referir han sido cumplimentados por la parte actora en estos actuados y, de pretender ser indemnizado, debió cumplir con tal carga.

3.4) Hace referencia el recurrente a *"la mesura del reclamo"* y menciona sus magros ingresos en su tarea de paseador de perros y la necesidad de reponer su bicicleta por una nueva en razón de las averías que la misma sufriera en el accidente. Ninguna importancia tienen estas expresiones en razón de ser solamente "argumentos" y no "agravios". Adviértase que es irrelevante que el reclamo haya sido mesurado y, además, ninguna prueba se aportó sobre los ingresos que tenía el actor como paseador de perros, que se haya visto privado de trabajar como consecuencia del accidente y que la bicicleta haya resultado dañada de tal magnitud que resulta necesario adquirir una nueva.

Mal podría haberse fijado una indemnización a su
favor ante tal orfandad probatoria (arg. art. 381 CPCC).

3.5) La a quo rechazó la indemnización pretendida por el actor (destrucción del rodado; lucro cesante y daño moral). Ya he hecho referencia a la ausencia de pruebas por parte del reclamante y que son indudablemente necesarias para admitir su pretensión.

El lucro cesante -por ejemplo- que es mencionado en la queja, 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).

La a quo ha dicho que el actor no acreditó el daño reclamado. 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). De allí que no pueda aceptarse la postura del recurrente cuando afirma que *"…el daño debe presumirse…"* (fs. 173 vta.).

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, 1992A-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, 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 pretendida ante la carencia de prueba suficiente de parte del reclamante y comparto la decisión de la a quo.

Y permítaseme reiterar que ni siquiera podría haberse admitido la indemnización por "lucro cesante" pretendida por el actor y ello debido a 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).

A manera de conclusión, dejo sentado -coincidiendo con mi colega preopinante- que no habiendo acreditado el recurrente 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 los agravios deben ser rechazados. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

4 – Costas de la Alzada

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte actora que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados intervinientes en los porcentuales propuestos en el voto precedente por mi colega, el Dr. Julián Emil Jalil, en razón de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria. **A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

11.- Los honorarios de Primera Instancia. A los fines de analizar la regulación de honorarios por los trabajos realizados en la Primera Instancia por los letrados de la parte demandada se debe tener en cuenta el principio de indivisibilidad de la acción, la labor desarrollada, la naturaleza del proceso, las etapas laboradas, el éxito obtenido, como asimismo las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (ley XIII N° 4). En

este marco, analizadas que fuera la labor de los profesionales bajo los parámetros señalados precedentemente considero que el porcentual instituido por la *a quo* se ajusta a dichos parámetros legales (conf. arts. 5, 6, 7, 8 y 9 de la ley XIII N° 4), por lo que corresponde confirmar el decisorio en este aspecto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA**

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

Los letrados de la parte demandada han apelado por "bajos" los honorarios que les fueran regulados en la instancia originaria.

Haciendo una evaluación de la naturaleza del proceso, la labor profesional desplegada por cada uno de ellos, el mérito y extensión de la misma, como así también su influencia en el resultado final del juicio, he de coincidir con mi colega preopinante en que las regulaciones recurridas deben ser confirmadas en razón de ajustarse a lo normado por la Ley Arancelaria (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 9 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el

pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 156/160.
2. **IMPONER** las costas de la presente instancia al apelante perdidoso. (conf. art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios, los honorarios por su actuación en Cámara del abog. H. G. en el 25 % y los de los

   abogados S. F. y V. A. F. en conjunto en el 30 %, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente fijados por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4).
4. **CONFIRMAR** los honorarios regulados en la primera instancia a los Dres. V. A. F. y S. L. F..
5. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto

precedentemente por el Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar las cuestiones precedentes.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2018.

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** el decisorio de fs. 156/160.
2. **IMPONER** las costas de la presente instancia al apelante perdidoso. (conf. art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios, los honorarios por su actuación en Cámara del abog. H. G. en el 25 % y los de los abogados S. F. y V. A. F. en conjunto en el 30 %, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente fijados por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4).
4. **CONFIRMAR** los honorarios regulados en la primera instancia a los Dres. V. A. F. y S. L. F..
5. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDC. CONSTE.