En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L. SRL c/ F. A. SCA s/ ORDINARIO (Cobro de Pesos)", expte. nro. 236/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 341/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 395), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 367/374? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 367/374, es apelada por la demandada a fs. 376 de conformidad con el informe de fs. 384/387vta., que le es rebatida por su oponente a fs. 389/392.

Sin duda la cuestión queda atrapada, en cuanto a la data de los acontecimientos consumados y base de la presente acción, por el régimen de responsabilidad anterior al vigente.

Se afirma en el fallo en cuanto a la relación jurídica que vinculó a las partes que se trata de un contrato de concesión, en el que el concesionario vende la unidad automotriz descripta en la demanda, y como consecuencia de desperfectos de fábrica, reconocidos por la demandada y fabricante, aquella asumió la carga de

la reparación de la falla, pero poniendo a cargo de la actora parte del gasto que ahora se reclama conjuntamente a la reparación resarcitoria por el tiempo que la unidad no pudo ser utilizada en las actividades de la empresa accionante.

Que por la aplicación de la carga probatoria dinámica en perjuicio de la demandada y las consecuencias de su silencio ante la intimación de la actora por la restitución del pago que considera indebido en razón de la naturaleza de la obligación asumida por la demandada, es que se le hace lugar a tal pretensión.

En cuanto al resarcimiento por lo que la accionante nomina lucro cesante, por los fundamentos vertidos en los considerandos, y dado que no se demostró que la unidad estuviera afectada a un contrato determinado durante el tiempo que duró la reparación, el juez previa valoración de la actividad empresaria de la actora y por haber brindado servicios antes de su rotura, concluye que es procedente el reclamo como pérdida de chance y no como lucro cesante, atento a que no se ha probado cuál era la ganancia neta que se obtenía por la unidad.

Así, tomando en cuenta tales datos, los que ofrece la pericial de fs. 310/311 y el dato no cuestionado del tiempo que duró la reparación, lo estima en la suma de $135.266 más los intereses en la modalidad de tasa activa y desde la fecha en la que el reclamante colocó en estado de mora a la demandada.

De ningún modo la primera de las críticas de la recurrente puede enervar lo sólidamente fundado en cuanto a la naturaleza jurídica del reclamo indemnizatorio, ya que, *iure novit curia*, los hechos invocados y el daño pretendido configuran una pérdida de chance y no lucro cesante, en consecuencia exigir el cumplimiento de los extremos probatorias referidos a esta última figura no alcanzan para rebatir los que permiten establecer la existencia y cuantificación de

la primera (ver, *v. gr.*, "Distinción entre chance y lucro cesante. Su recepción en el Código Civil y Comercial", por Márquez, José Fernando, publicado en RCyS 2015-I, 5). Y así no ha merecido críticas suficientes la circunstancia de que el dañado en el derecho de chance debe alegar y probar la relación de causalidad existente entre el hecho dañoso y la probabilidad de ocurrencia de la situación jurídica en la cual se fundamenta el derecho de chance.

Circunstancia que no merece objeción en autos, tal como se señaló y fue constatado mediante prueba cierta en párrafos anteriores. Máxime cuando la pericia y las explicaciones de la perita actuante de fs. 326, 327 y 329, resultan suficientes como para brindar un punto de apoyo al *iudex a quo*, para estimar el perjuicio cierto y probado en cuestión.

Tampoco resulta útil, a los efectos de enervar lo resuelto, predicar en cuanto a la ineficacia probatoria de la documental contable de la actora cuando la misma no ha sido referenciada en los considerandos del fallo. Pero lo más grave es que la recurrente parece olvidar las consecuencias de sus reconocimientos en cuanto a los defectos de fábrica y la necesidad de su reparación, dando así por tierra con toda alegación recursiva que implique contrarias tal confesión.

Los efectos del art. 919 CCiv., aplicable al caso de autos autorizan a desestimar toda defensa referida al reintegro de la suma abonada por el actor. Tampoco se alega en cuanto a la aplicación de la carga probatoria en beneficio del reclamante, por lo que tampoco este agravio merece mayores consideraciones.

Por último reiteradamente hemos señalado que es procedente que las costas sean impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues, aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la concursada pagado aquello

procedente (*cf*. C. Nac. Com., sala D, 30/7/1982, LL 1982-D-465; íd., Sala D, causa 43072 "Toledo, Rolando de Carmen v. Navarro, Miguel Á. s/ordinario", sent. del 10/4/2007; íd., Sala D, 3/10/2007, "Ferreyra, Edgardo L. v. BBVA Banco Francés S.A. s/ordinario"; íd., 5/6/2008, "Gaggero, Mercedes A. v. Banco Patagonia Sudameris S.A"; Morello, A., "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados", t. II-B, La PlataBuenos Aires, 1985, p. 112; Highton, E. y Areán, B., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", t. 2, Buenos Aires, 2004, ps. 60/61, y tantos otros).

Se rechaza el agravio y en consecuencia no se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, debiendo soportar las costas de la alzada y se considera introducida la cuestión federal tal como lo pide a fs. 388, p. IV. Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

No hacer lugar al recurso de apelación articulado por la demandada, debiendo soportar las costas de la alzada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo y considerar introducida la cuestión federal.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo y los agravios. Remisión:

Los antecedentes de la causa, el alcance del fallo impugnado; los datos del recurso y el contenido de la expresión de agravios han sido reseñados por el colega preopinante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios:

Liminarmente destaco que la atribución de responsabilidad efectuada por el magistrado de la anterior instancia no ha sido cuestionada por la demandada.

En efecto, del contenido de la expresión de agravios resulta que el recurrente se ha limitado a cuestionar la indemnización otorgada por daño material ($135.266), la devolución de las sumas pagadas en concepto de reintegro de gastos ($16.975,67) y la imposición de costas.

En orden al primer agravio, adelanto que las extensas consideraciones vertidas y que se ciñen al modo de acreditación del lucro cesante son ajenas a la motivación del fallo. En efecto, como lo ha puesto de relieve quien me precede en la votación, tales argumentos no refutan el fundamento nuclear de la decisión. En efecto el juez de grado no tuvo por acreditadas las partidas que hacen procedente el resarcimiento por lucro cesante aunque reconoció la existencia de un perjuicio encuadrable dentro de la figura de la pérdida de chance.

Sin perjuicio de ello, corresponde advertir que la procedencia de las partidas indemnizatorias no depende del nombre (*nomen iuris*) que los peticionantes le otorguen, sino de la efectiva configuración del perjuicio.

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos (Fallos: 21:498; 289:67 y 318:676).

Por ello y teniendo presente que la actora es una sociedad cuyo objeto es la prestación de servicios de carga y descarga de bienes y cosas; de servicios de transportes para la industria petrolera, minera y de la

construcción y actividades conexas, es claro que la adquisición de un camión Ford Cargo con cabina se vinculo directamente con la realización de su objeto social. Ergo, como lo ha señalado el juez de grado, la indisponibilidad del bien automotor le generó un perjuicio que como tal debía ser estimado y tasado, aunque no del modo pedido.

Por lo expuesto, dado que tal estimación y tasación no ha sido conmovida, es que corresponde el rechazo del agravio tal como lo ha propuesto el primer votante.

El segundo agravio tampoco prosperará. La crítica no alcanza niveles suficientes; es una mera reiteración de argumentos ya puestos a consideración del juez de grado al contestar la demanda –fs. 155 y vta.-. En efecto, en tal oportunidad opuso como defensa que la suma reclamada correspondía a ajuste de la tapa de cilindros y cambio de aceite, filtros y otras tareas de mantenimiento; sin embargo, como ha puesto de relieve el juez de grado, no aportó prueba alguna tendiente a demostrar tales extremos fácticos y a su vez guardó silencio frente a la intimación de la actora. Estos fundamentos no fueron rebatidos al expresar agravios, de modo tal que se impone el rechazo de la pretensión revisora.

Finalmente el agravio relativo a la imposición de costas tampoco puede prosperar porque una visión sincrética del proceso enerva tal posibilidad, como lo ha precisado el primer votante.

Concluyendo, por las razones expuestas, que aduno a las dadas por el colega preopinante, es que propicio el rechazo del recurso con costas.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la demandada por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios corresponde sean regulados de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. Con base en tales previsiones propongo sean regulados los correspondientes al Dr. S. E. T. en el 30% de los que le fueran fijados en la instancia de grado y los del Dr. J. M. R. en el 25% a calcular sobre los determinados en la anterior instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Considero que corresponde dictar el pronunciamiento que ha propuesto el colega preopinante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

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

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 367/374 en lo que fue materia de agravio.

2) Costas a la demandada.

3) Regular los honorarios los correspondientes al Dr. S. E. T. en el treinta por ciento (30%) y al Dr. J. M. R. en el veinticinco por ciento (25%) a calcular sobre los determinados en la anterior instancia.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 387vta.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

GISELA CINTIA MOREJÓN