



REGISTRO Nro. 327-S FOLIO Nro. 1450/62

Expediente nº 154.768 – Juzgado nº10

// En la ciudad de Mar del Plata a los 19 días del mes de Diciembre del año dos mil trece, reunida la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“ANDINO, María Laura c. PISERCHIA, Juan Pablo s. Daños y perjuicios”**. Habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó del mismo que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Roberto J. Loustaunau y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

I: En la sentencia que obra a fs.416/424, la Sra. Jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por María Laura Andino contra Juan Pablo Piserchia, y condenó a este último y a la citada en garantía “Aseguradora Federal Argentina” a pagar a la actora la suma de pesos dos mil novecientos ochenta, con más intereses y costas.

Allí mismo rechazó la falta de cobertura alegada por la citada en garantía.



A fs.425 apeló el apoderado de la actora, y el recurso que le fue concedido libremente a fs.426, ha sido fundado a fs.437/443 y respondido a fs.456 por la demandada.

Apeló la accionada a fs.432, y el recurso que le fue concedido a fs.433, se encuentra fundado a fs.449 y no mereció respuesta.

Recurrió también la citada en garantía a fs.434, el recurso le fue concedido a fs.435, ha sido fundado a fs.447 y respondido a fs.456 por la demandada.

II: Los agravios de la parte actora son los siguientes:

a) La primera de las críticas dirigida a la sentencia está destinada al rechazo de una porción del daño patrimonial emergente, consistente en la reparación de la caja de cambios, afectada por accidente según los dichos de la actora.

Refiere que el Sr. Juez se ha fundado en la opinión del perito, cuando la valoración del resto de las pruebas, en especial las declaraciones testimoniales, demuestran que la actora llegó con su vehículo al lugar funcionando normalmente y que luego de resultar embestido por el camión, tuvo que ser movido por otras personas por encontrarse dañada la caja de cambios.

Pone de resalto la respuesta de los testigos Llovel y Diñeiro para considerar que el rubro del daño se encuentra probado, y solicitar que se modifique la sentencia haciendo lugar a este reclamo.

b) En su segundo agravio, critica el rechazo del rubro “disminución del valor venal” aduciendo que la pericia mecánica no es el único camino para resolver una cuestión que se presenta clara conforme



las reglas de la lógica y la experiencia que indican que un auto siniestrado – por menor que haya sido el choque – es desvalorizado en el mercado.

c) Se queja de la recepción parcial del rubro “privación de uso”, acotada al plazo de quince días que el Sr. Juez ha estimado para las reparaciones del vehículo, sin tener en cuenta los elementos objetivos de la causa. Destaca que su parte no pudo reparar en forma inmediata el automotor en atención a ver frustrada su fuente de ingresos, cual era la condición de remisse rural.

Debido a que la aseguradora demandada no proveyó la cobertura, la actora debió mudar de trabajo y realizar tareas de limpieza. Tanto los presupuestos, como el reclamo administrativo presentado en Marzo de 2006, (tres meses después del accidente) dan cuenta de que su parte se vio privada del uso del automotor por tres meses cuanto menos.

d) Critica el rechazo del lucro cesante derivado de la imposibilidad de continuar afectando el automotor al servicio. Considera que la actividad estaba probada mediante la respuesta sexta de la testigo Sandra Patricia Pereira, y juzga que se vio imposibilitada de acceder a la licencia definitiva debida al siniestro, lo que estima como consecuencia natural y ordinaria del curso de las cosas.

e) Se duele del rechazo del daño moral reclamado, explicando cuales han sido las situaciones que han afectado el espíritu de la actora, cita jurisprudencia y pide que se haga lugar al recurso.

III: El único agravio de la citada en garantía lo constituye la condena fundada en la ausencia de pronunciamiento dentro del plazo del art.56 de la ley 17.418.

Señala que el A Quo no reparó en que al momento del siniestro no había contrato de seguro vigente pues el accidente



se produjo a las 10.30 de la mañana y la cobertura comenzaba a las 12 hs. del mismo día, y en consecuencia no había obligación alguna entre las partes.

Indica también que el plazo del art.56 comienza a correr desde que el asegurado realiza el reclamo, o desde que aporta la documentación complementaria requerida, y en el caso, el asegurado no reclamó nada sino que fue el tercero damnificado ajeno al contrato de seguro, y consecuentemente ajeno a la calificada “relación de consumo”.

Pide que se revoque la sentencia y se haga lugar a la exclusión de cobertura.

IV: Los agravios que ha expresado la demandada son los que siguen:

a) Se queja del rechazo de la eximente “culpa de un tercero por quien no se debe responder”, endilgando tal carácter al empleado de la gomería al haber dejado la guarda del camión a su cargo, y encontrarse Piserchia dentro de la gomería.

Señala que el trabajador de ese comercio dejó el camión sin freno de mano y sin cambio, y luego de cambiar la rueda sacó el criquet y el taco que detenía el vehículo. Insiste en haber transferido la guarda, cita jurisprudencia y pide que se revoque la sentencia.

b) Critica el acogimiento del rubro “privación de uso”, a su entender, sin prueba alguna, y considera absurdo el plazo de quince días para un daño tan simple.

Se agravia también de la recepción del lucro cesante tasado en \$ 1.800, cuando no se ha demostrado haber llevado el vehículo a reparar.



V: Habiendo recurrido el rechazo de la eximente que – de constatarse – impediría adjudicar la autoría a la demandada, corresponde tratar en primer término el recurso de esta última.

a) En la sentencia apelada se estableció que - habiendo reconocido las partes el siniestro entre ambas en la misma fecha y lugar y difiriendo solo sobre cómo ocurrieron los hechos o cual de las dos partes es causante-autor del daño- le correspondía al sindicato como responsable la carga de probar alguna de las eximentes contenidas en el art.1113 del Código Civil, en el caso, la invocada culpa de un tercero por quien no se deba responder en la respuesta opuesta a fs. 98/104.

La demandada considera que el dueño del camión se desprendió de la guarda al confiarlo al dependiente de la gomería para que hiciera el arreglo, pero lo cierto es que conforme las declaraciones de los testigos Llobel y Diñeiro, Piserchia se encontraba dentro de la gomería (fs.230 y 231 en ambas respuesta a la pregunta sexta), había dejado estacionado el camión en cambio, solo, con un taco que lo trababa, el cambio se soltó y el camión pasó por arriba del taco (confesional de Piserchia a fs.209 respuesta a la segunda posición), cuando el modo correcto de estacionar – según la ha establecido la Sra. Jueza en la sentencia recurriendo literalmente a la ley sin que alguien se haya agraviado al respecto – es poner el freno de mano o calzar las dos ruedas delanteras (fs.418 vta).

No se ha probado entonces que el presunto dependiente de la gomería – a quien ni siquiera se trajo a este expediente y tampoco a su principal (arg. art.1113, primera parte, 1122) – haya tenido la intervención que le atribuye la accionada suficiente para desviar la autoría, y tampoco que por el hecho de que Piserchia hubiera dejado el camión trabado con la caja de cambios y un taco, y se encontrara en el interior de la gomería, ello pueda ser útil a los fines de considerar que se hubo de desprender de la guarda jurídica al momento del hecho.



Tampoco se ha explicado, ni consecuentemente acreditado (art.362 del CPC) de que modo el dependiente de la gomería o el gomero, excluyeron de la guarda jurídica al dueño del camión, y ha de recordarse que la prueba de las eximentes previstas en el art.1113 del Cód.Civil, es de interpretación restrictiva.

Así esta Sala II ha dicho que hay "...acuerdo general en que "cuando la ley presume la relación causal, **la prueba de los eximentes debe ser inequívoca**" (Zavala de González, Matilde "El Proceso de daños" en la colección "Resarcimiento de daños" tº 3 p.213, Hammurabi, Bs.As.1993), en tanto "Acorde con una orientación jurisprudencial aquiescente, cuando la ley invierte el onus probando de la relación causal y el demandado debe acreditar la intervención de una causa ajena, **la apreciación de la prueba sobre esta eximente debe ser severa: se requiere certeza de que el daño no obedece a la causa aparente que se imputa a dicho sujeto...**" (autora y obra citadas p.214; esta Sala II causa nº 138.041).

En igual sentido puede verse la opinión de Pizarro ("Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa" edit.La Ley tº 1 p. 276, Bs.As. 2006) quien sostiene que la prueba del hecho del tercero **debe ser valorada en forma estricta**, y la **SCBA** en su acuerdo del 14.10.86 nº 33.743, DJBA 132-229, al decir que **"los impedimentos de responsabilidad, deben ser apreciados restrictivamente**, por la finalidad social típica de la norma, que ha creado factores de atribución, que deben cesar solo en casos excepcionales, sin conferirles desmedida extensión".

Frente a la insuficiencia de la prueba acabada de una ruptura causal que opere como eximente, la concepción objetiva muestra su verdadera trascendencia jurídica, ya que la carga de la prueba de la culpa de la víctima pesa sobre quien la invoca, y ante su ausencia, la regla de derecho indica como debe fallar el Juez (esta Sala II causas nº 138.041, 152.339, CN Civil Sala E 5.7.2012 JA nº 12- del 19.12.2012 p.88).



En suma, el demandado debió probar la causa ajena y no lo hizo al limitarse a expresar que el dependiente le había cambiado la goma, y por lo tanto resultó autor jurídicamente responsable del perjuicio causado al actor (sentencia fs.336 3º y 4º párrafo).

b) Los dos restantes agravios de la demandada serán tratados conjuntamente con los de la actora, en tanto se refieren a la procedencia de la reparación de los daños por privación de uso y lucro cesante dispuesta en la sentencia apelada.

VI: A mi modo de ver, el recurso de la aseguradora, citada en garantía, debe progresar.

Tres son las razones principales que encuentro:

a) El supuesto del art.56 de la ley 17.418 se refiere a la falta de pronunciamiento acerca del derecho del asegurado cuando éste ha denunciado el siniestro.

En mi opinión, se trata de una excepción al principio general del art.919 del Código Civil, conforme al cual el silencio no importa una manifestación de voluntad.

Es una excepción en la cual la ley presume que el silencio de la aseguradora importa una manifestación de voluntad – legalmente presumida - atendiendo a que existe una obligación de explicarse (pronunciarse) por ley respecto del derecho del asegurado que ha denunciado el siniestro.

Como toda excepción a un principio general es de interpretación restrictiva (Rivera, Julio César "Instituciones de derecho civil: Parte General, Abeledo Perrot, tº I, pag.197 Bs.As.2010), más aún cuando al contrato de seguro le corresponde una interpretación literal que "...excluye la analogía, pues ella



presupone la inexistencia de voluntad y, por ende, falta el negocio” (Stiglitz, Ruben Salvador “Derecho de seguros” Abeledo Perrot , I-607, Bs.As. 1997).

De allí que el supuesto de caducidad previsto en el art.56 ante la denuncia del siniestro por parte del asegurado, no pueda extenderse por analogía al reclamo de la indemnización realizado por la víctima, respecto de la cual, la aseguradora no tiene la carga (u obligación en los términos del 919 cc) legal de manifestarse o pronunciarse.

Además, la compañía aseguradora hizo saber al asegurado la existencia del reclamo de un tercero, la ausencia de denuncia por parte del asegurado y la falta de vigencia de la póliza al momento del siniestro (carta documento de fs.83 autenticada a fs.265).

b) La aplicación de las normas protectorias propias de la ley de defensa del consumidor que, asumiendo en forma franca y directa una debatida postura doctrinaria se hace en la sentencia apelada, puede realizarse cuando existe una relación de consumo - una vez más en este caso “entre asegurado y aseguradora” - , pero no parece posible hacerlo con relación al tercero víctima del accidente, respecto del cual subsisten, a mi juicio, las dudas sobre que resulte ser aquel “que se encuentra expuesto a una relación de consumo”, como ha dicho esta Sala en la causa nº 153.164 de Junio de este año 2013.

“A mi modo de ver, resultando la causa fin un elemento esencial de las obligaciones nacidas de los actos voluntarios (Zannoni, Eduardo Antonio “Elementos de la obligación” edit. Astrea, Bs.As. 1996 p. 47), resulta manifiesto que en el **contrato de seguro voluntario** “la causa fin económico técnica del seguro alcanza su sentido en la dispersión del riesgo individual en una pluralidad o suma de economías individuales que conforman la noción de riesgos o mutualidad” (Stiglitz, Rubén S. con cita de Fanelli en nota 3 p.14 “Derecho de seguros” edit. Abeledo Perrot Bs.As. 1997).



“El riesgo asegurable es cualquier interés económico lícito de que un siniestro no ocurra, y en la medida en que ocurra, el objeto o asiento de ese interés asegurable, es la protección del patrimonio del titular de ese interés que con toda frecuencia es el asegurado, pudiendo también haberse estipulado a favor de un tercero, sea este determinado o ignorado” (Stiglitz ob. cit. p.246/250).

“En cambio, **el objetivo principal del seguro obligatorio o forzoso** contra la responsabilidad civil reside en procurar la efectivización del crédito de la víctima (Alterini, Atilio A. y López Cabana Roberto M “Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil” en “Derecho de daños”, editorial La Ley, Bs.As.,1992, página 219 con cita de Zannoni, Eduardo A. “Responsabilidad por productos elaborados” y de las conclusiones de diversos congresos en nota 26 al pie de página), sin que por ello quede excluido el anterior.”

“Si el contrato de seguro forzoso tiene por fin esencial procurar que la víctima sea efectivamente indemnizada, las cláusulas que contraríen tal causa fin, no hacen más que “desnaturalizar las obligaciones” y resultarían pasibles de la nulidad (o inexistencia a estar a los términos literales del art.37 LDC) con que las sanciona la ley 24.240” (voto del Dr. Kiper en “Aquino Pereira c. Otranto s. daños” AR/Jur 24795/2011 CNCivil Sala H 16.05.2011).

“No obstante el razonamiento anterior, juristas de la autoridad de **Rubén S. Stiglitz y Ramón Daniel Pizarro, consideran que el damnificado en el seguro contra la responsabilidad civil no es el “consumidor expuesto” (LL 2009-B-949)**, pues el crédito a la indemnización no nace como consecuencia o en ocasión de un contrato de seguro, ni la víctima es quien se haya expuesta a una relación de consumo, dado que la frase incorporada al art.1º de nuestra ley, deriva del art.29 del “Código Brasileiro de Defensa del Consumidor”, y está contenida en el capítulo destinado a las prácticas comerciales, extendiéndose al siguiente, que trata los contratos abusivos.”



“Por ello, tanto estos autores citados como María Fabiana Compani (ob.cit. pág. 440), limitan la noción del by stander al régimen de prácticas desleales y cláusulas abusivas, entendiendo que la víctima no tuvo como propósito o finalidad “hallarse expuesto a una relación de consumo”, y que su transplante al art.1 de la ley 24.240 genera “derivaciones insospechadas”, “exorbitante amplitud”, que no pueden llegar al extremo de modificar el motivo (causa) impulsor para el asegurado de ser relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico.”

“En contra de esta postura, y sosteniendo el carácter de by stander de la víctima en los seguros contra la responsabilidad, Waldo Sobrino (LL 2009-C-380), y la condición de beneficiario es afirmada por Carlos Schwarzberg (LL -2010-B,1180).”

c) Los razonamientos anteriores, aún de admitirse los contrarios a la postura de la aseguradora apelante que sin asomo de duda se sostienen en la sentencia, y extendiendo por analogía la interpretación del art. 56 LS al reclamo de la víctima al considerarla un “by stander” de los mencionados por la ley, tampoco alcanzan para permitir una modificación tal del sistema que cargue a la aseguradora con una “obligación legal de pronunciarse” cuando el siniestro se haya excluido claramente de la cobertura, pues el contrato de seguro comenzó su vigencia después de que ocurriera el siniestro, y en tal caso, no hay carga de pronunciarse (Stiglitz, ob.cit.II-162), ni frente al asegurado ni frente a la víctima.

VII: Resta analizar los agravios de la actora respecto de algunos daños, entre ellos y aunque desde un punto de vista opuesto, los agravios de la demandada en torno a la privación de uso y el lucro cesante.

VII.1: En cuanto al daño derivado de la rotura de la caja de cambios, entiendo que le asiste razón a la actora.



Con el debido respeto por la opinión del experto, entiendo que solo pudo haberse pronunciado válidamente sobre la inexistencia del daño reclamado, si hubiese revisado el automotor, o hubiera descripto las operaciones técnicas de su ciencia que lo llevaron a tal conclusión.

Para razonar en base a la ausencia de constancias de un traslado por grúa, o entender vedado el estacionamiento con un cambio puesto (en rigor de verdad solo señaló que no era de buena técnica), que opere como posible contribución causal parcial o total, está la Sra. Jueza y no el Sr. Perito Ingeniero quien parece aquí excederse en su cometido restringido a su ciencia y profesión.

Es que los sistemas de valoración de la prueba son propios de la sentenciante, o en este recurso, del Tribunal de apelaciones, y en modo alguno del distinguido ingeniero mecánico que tuvo a bien ilustrarnos sobre aspectos de su ciencia que resultan oscuros a los operadores del derecho, mas preparados para interpretar la ley o las pruebas de un caso, que para entender la formula de cálculo de la velocidad a la que el camión embistió al senda que luce a fs.272 (art. 474 del CPCC).

A diferencia de lo señalado, entiendo que la rotura de la caja de cambios se encuentra probada mediante las declaraciones de los testigos Diñeiro (fs.231) y Llobel (fs.230). Diñeiro refiere que el auto fue llevado por la grúa pues tenía rota la caja de cambios, y Llobel que tiene su taller mecánico enfrente, dice haber revisado y comprobado que la caja de cambios estaba rota (art. 456 del CPCC).

No parece inconveniente avaluar este daño conforme la factura por arreglo de una caja de cambios que obra fs.66, a pesar de que no esté a nombre de la actora, ni señale que se trata del automotor de la accionante. Consta que se trata del arreglo de una caja de cambios de un "Senda", y resulta compatible con los presupuestos de fs.24 y



25 que establecen sumas cercanas a la mitad aunque datan de seis meses antes y contienen prevenciones sobre las reparaciones necesarias una vez abierta la caja (art.165 del CPC).

Por ello es que propongo que se haga lugar al agravio y se admita el daño por la suma de pesos ochocientos cincuenta (\$ 850).

VII.2: Otra suerte merece el agravio referido a la disminución del valor venal.

Las reglas de la lógica y la experiencia no llegan al extremo de convertir a los jueces en expertos medidores de las consecuencias que tienen en el mercado automotor los choques, y mucho menos los pequeños. Desconocemos si dejan secuelas o si el auto queda igualmente bien reparado cuando el impacto se ha producido a tan baja velocidad, y el mayor daño deriva del arrastre o empuje de un vehículo mayor.

El actor debió probarlo mediante la prueba pericial pertinente (art.376 y y 457 del CPC, Zavala de González, Matilde "Daños a los automotores, p.79 nº20, Hammurabi, Bs.As. 1989), y no lo hizo, por lo que el agravio debe rechazarse.

VII.3: Entiendo que le asiste razón a la actora respecto del agravio por privación de uso y parcialmente a ambas partes en torno a la pérdida de chance que ha sido juzgada como lucro cesante.

a) En lo que atañe al tratamiento y decisión del agravio de la parte actora relativo al plazo computable de privación de uso, debo decir que no coincido con el criterio que mantiene acotado el plazo de privación de uso al estrictamente necesario para la reparación del auto.

Puedo sintetizar las razones de mi disidencia del siguiente modo:



1) El criterio estricto considera que el plazo que excede el tiempo normal de las reparaciones no es debido por el dañador, porque el damnificado no ha adelantado el dinero de su bolsillo, considerando que “ese daño mayor no sería consecuencia inmediata, ni mediata previsible del evento dañoso (arg.arts.903 y 904 del Código Civil), y por ende no es atribuible al autor del hecho (Zannoni, Eduardo A. “El daño en la responsabilidad civil” edit. Astrea p.274 y siguientes).

Se trata de un particular análisis de la relación causal en la doble finalidad que le es propia: por una parte las consecuencias excederían la extensión del resarcimiento legalmente admitida, y por el otro, la prolongación del tiempo de privación resultaría atribuible a la conducta (autoría) de la propia víctima, que no ha sido diligente adelantando el dinero para la reparación, y resultaría autor de ese daño, o al menos de su agravación.

Precisamente, y en torno a la agravación del daño por parte del acreedor, se dice que “es un deber del damnificado contribuir con su conducta a que se limite, en cuanto sea posible, la magnitud del daño”. Esta exigencia iría más allá de la evitación de una conducta positiva que lo profundice, pues la víctima estaría además obligada a “no omitir todo esfuerzo **razonablemente exigible** en orden a evitar la prolongación, estaría obligado a no “quedarse”, a no entregarse a una suerte de inercia fatalista frente al crecimiento de las consecuencias dañosas” (Piaggio, Anibal “Agravación del daño por el acreedor” en Enciclopedia de la responsabilidad civil” edit. Abeledo –Perrot tº I página 326, Bs.As. 1996).

Bien señala Piaggio que “en el common law, en el que se prevé una intensa obligación del perjudicado de “volverse activo” para mitigar el daño (duty to mitigate), el límite está marcado, sin embargo, por la *reasonableness*, esto es, la no exigibilidad de asumir altos riesgos o pérdidas sustanciales”, que equivale en términos económicos a la hipótesis



en la cual el beneficio previsto como resultado de los esfuerzos dirigidos a mitigar el daño sea superior a los costos previstos” (autor y ob. citada página 330).

He remarcado las palabras que califican la conducta omitida como “**razonablemente exigible**” hacia el acreedor, pues no me parece que sea “razonable” requerir al acreedor de la reparación, víctima, damnificado, o como quiera llamárselo, que además de haber sido dañado en su patrimonio por la destrucción o deterioro de un bien que lo integra, sufra otro daño sacando dinero de su patrimonio, adelantando las sumas necesarias para la reparación de su vehículo para evitarle males mayores a su deudor, dañador en mora, y luego de varios años de pleito lo recupere visiblemente empobrecido por la aplicación a ese capital de la ínfima tasa pasiva, que corresponde a esos casos conforme la doctrina de nuestro más alto Tribunal provincial.

2) Entiendo que una cosa es el “deber” de evitar la agravación del daño, y otra muy distinta - y a mi juicio carente de fundamento - es convertir ese “deber” en una “obligación”, en un “deber jurídico calificado por el vínculo de exigibilidad coercible”, en una prestación o conducta obligatoria de “salvataje”, cuyo incumplimiento permitiría deslindar una parte del lapso de privación y atribuírselo a la víctima, y que ésta, para poder reclamar debería probar además que se hallaba imposibilitada de adelantar el dinero.

Ni el régimen legal de las consecuencias de la mora, ni el de los ilícitos que no son delitos que alcanzan a las consecuencias mediatas previsibles, ni el sistema legal de determinación de la autoría y responsabilidad, permiten a mi juicio, tales conclusiones.

Hay consenso general en doctrina y jurisprudencia respecto a que el dañador se encuentra en mora en la obligación de reparar desde que se produce cada daño (Plenario de la Cámara Nacional Civil “Gómez c. Empresa” LL 93-667), y entre las consecuencias de la mora se encuentra la de



hacer frente a los daños e intereses que su morosidad cause al acreedor (art.508 Cód.Civil), cuenta resarcitoria ésta que puede llegar hasta abarcar los costos derivados de hechos extraordinarios, inevitables o imprevisibles que generen dificultad o imposibilidad de cumplir (arts.513, 1198 Cód.Civil).

¿Cuál es el fundamento legal para trasladar entonces parte de las consecuencias de la mora a la víctima?. Se ha dicho que el fundamento está en el principio de buena fe (Piaggio ob. cit. con cita de la doctrina italiana, Zavala de González, Matilde “Daños a los automotores” p.107 aunque esta autora sostiene que la medida de toda carga es la posibilidad de satisfacerla y que deben analizarse las circunstancias de cada caso p.111 ob.cit).

Además de que la mala fe no se presume, sino que la presunción rige para la buena fe (arg.art.4008 Cód.Civil), exigirle al acreedor que lleve su auto a arreglar adelantando el dinero que le es debido por el dañador, implica invertir no solo el sistema de presunciones, sino el relativo a las consecuencias de la mora como capítulo de la responsabilidad civil.

Retacear la privación de uso por la falta de adelantamiento del capital necesario para los arreglos, no solo importa un traslado de las consecuencias de la mora “contra legem”, sino que – utilizando la comparación que hace Zannoni –implicaría que para guardar la coherencia cuando un acreedor de sumas de dinero venga a este Tribunal a reclamar intereses solo habría que reconocérselos “hasta que el mismo acreedor pueda suplir el capital que su deudor no le paga (autor y ob. cit. página 275). Como bien dice este último autor *“nos parece que colocar a la víctima en la necesidad de anticipar ella los costos de reparación cuando, precisamente, esos costos son debidos por el responsable, es invertir los términos del planteo y desnaturalizar los principios en que se asienta la responsabilidad civil”*.



3) En cuanto a la prueba del daño que la demandada considera incumplida por falta de acreditación de la reparación (fs.451 vta.), considero que el agravio no es de recibo.

En doctrina y jurisprudencia se pueden encontrar dos tendencias opuestas sobre este aspecto particular relativo a la prueba del daño:

- Para la SCBA, la prueba de la imposibilidad de uso del automotor es insuficiente en orden a acreditar el daño resarcible y así, el más alto Tribunal de esta Provincia tiene dicho que: “La **privación del uso del automotor** no escapa a la regla **de** que todo daño debe ser probado, ni constituye un supuesto **de** daño in re ipsa, por lo que quien reclama por este rubro debe probar que efectivamente esa **privación** le ocasionó un perjuicio”. (02/08/1994 • Baratelli, Sergio H. c. Robledo, Andrés C. • LLBA 1994, 783 - DJBA 147, 5627).
- Para otros Tribunales, la paralización del automotor, aún futura, genera una presunción “hominis” sobre la efectividad del daño resarcible, representado por los gastos que ha debido efectuar el usuario, o que deberá hacer, para recurrir a medios de traslación sustitutivos (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de daños”, tº3 “El proceso de daños” editorial Hammurabi, Bs.As. , 1993 páginas 192 y siguientes y fallos allí citados).

El segundo criterio ha sido seguido por la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B**, fallo de fecha 18/10/2006 recaído en autos: “ Sobrero, Julio C. c. Boston Cía. Arg. de Seguros” ; por el **Tribunal Colegiado de Responsabilidad Civil Extracontractual Nro. 1 de Santa Fe** en fallo del 15/05/2006 , dictado en la causa: “ Grenón, Andrés Santiago c. Cremi, Juan Héctor y/o Gorosito, Hugo Raúl y/u ot”. , publicado en La Ley Litoral 2006 (diciembre), 1453; por la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E** . con fecha



24/02/2006 , en autos: “ Movi Trans Sociedad de Hecho y otros c. Aldazábal, María y otro” , publicado en LA LEY 2006-D, 415; por la **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J** , en fecha 20/12/2005 , expediente caratulado: “ Barrientos, Luciano S. c. Autopista del Sol S.A. y otros” publicado DJ 26/07/2006, 954; por la **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores**, en sentencia del 02/03/2006 , expediente “Larrosa, Carlos A. c. Rodriguez, Oscar” publicado en LLBA 2006 (junio), 640; por la **Sala I de esta Cámara de Apelaciones de Mar del Plata** en autos: “Chaulet , Margarita y Otros c.Quiroga, Ramón D. y Ot “ publicado en La Ley Buenos Aires 2007 (febrero) 76.

En una situación similar, pero ante la privación de uso de un bien inmueble que fue dejado en mal estado por los inquilinos, esta Sala II, con fecha 4 de Mayo de 2006 en la causa “ Stuart, Milne M. y otro c. Torre, Luis G. y Otros”, razonó que aunque no se hubiera probado la frustración en la celebración de un nuevo contrato de locación, **ello no obstaba a la procedencia del rubro indemnizatorio lucro cesante por privación de uso del bien**, dada la magnitud de los deterioros que presentaba el inmueble al momento de su restitución (La Ley BA 2006, 1365).

Resulta destacable el razonamiento utilizado en su momento por la Sala I de esta Cámara, en voto del Dr. Juan José Azpelicueta , al decir que :”...debe acogerse el reclamo por “privación de uso” de automotor efectuado en el marco de una acción de de daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito, pues si bien en la demanda no se han afirmado pérdidas económicas ni perdido posibilidad de ganancias por dicha privación, resulta evidente el detrimento derivado de la falta de uso del vehículo como herramienta de traslado o movilización, pues nadie adquiere un auto para mantenerlo guardado en el garage”.

Como bien dice Zavala de González, “No puede exigirse a la víctima la paralización o limitación de su actividad a raíz de la



privación del automotor derivada del hecho. Por el contrario, es ajustado a pautas de razonabilidad que, en tanto sea posible, recurra a resortes sustitutivos que permitan la continuidad cotidiana de la vida. Dado que el obligado se encuentra constreñido a colocar al damnificado en situación económica equivalente a aquella en que se encontraría de no haber sucedido el hecho (arg.art.1083 del Código Civil), es evidente que los gastos de reemplazo del automotor integran el contenido del deber resarcitorio”, explicando más adelante que “dichos gastos son regulares, verosímiles y ordinarios, es decir, objetivamente previsibles y acordes con el sistema de causalidad adecuada” (Zavala de González, Matilde “Daños a los automotores” tº 1, editorial Hammurabi. Bs.As. 1989 página 129).

Es cierto que la lesión a un interés patrimonialmente valorable no es el daño en si mismo, sino que éste es una consecuencia que puede o no derivarse de aquella. Pero también es real que para ciertos daños, como el caso de privación de uso, operan las llamadas presunciones hominis que el Juez practica sobre la base de los datos aportados en la causa. Estas presunciones hominis implican un medio probatorio, e implican en la práctica trasladar al demandado la prueba adversa a la existencia del daño, en razón del principio de sentido común, conforme el cual, quien alega un hecho contrario al curso normal y ordinario de las cosas, soporta la necesidad de acreditarlo (Zavala de González, Matilde “El proceso de daños” ya citado páginas 187 y siguientes).

Dicho de otro modo, probado el plazo durante el cual deberá privarse la actora del uso del vehículo, tal indisponibilidad implica un daño, salvo que el accionado pruebe que el actor no usará el vehículo para trasladarse, o realizar actividades de esparcimiento, o transportar a su familia, acreditando el hecho positivo contrario, como verbigracia, que tiene otro auto.

No parece apropiado retacear este rubro



debidamente probado por presunciones hominis, en tanto el derecho a la reparación integral ha sido caracterizado como un derecho garantizado por la Constitución Nacional (CSJN, “Santa Coloma c. Ferrocarriles”; “Gunther”, “Luján” “Aquino” citados por Pizarro Ramón Daniel en “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación” en La Ley del 5.9.04).

Por ello propongo hacer lugar al agravio de la actora y extender el plazo computable para el daño causado por los gastos de transporte por privación a todo el período de 107 días corrido desde el siniestro hasta la fecha prevista en la demanda, debiendo liquidarse su monto conforme el valor diario establecido en sentencia a fs.420, esto es la suma de pesos treinta y uno con ochenta centavos por día, que importan elevar el parcial a la suma de \$ 3.402,60.

c) En cuanto al lucro cesante que la accionada considera que tampoco tiene prueba que lo respalde, advierto que el fundamento sustancial de su queja es la escasa trascendencia de los daños ocasionados a los acrílicos de los faros, sin tener en cuenta el daño a la caja de cambios que más arriba se ha admitido.

Conforme la respuesta obrante a fs.172 respecto al oficio librado en autos, la actora perdió la oportunidad de tener la licencia definitiva denominada “auto rural”, con la cual podría continuar obteniendo una ganancia de \$ 120 diarios (punto 7 de la respuesta).

Esa información coincide en lo sustancial con las constancias del expediente administrativo municipal que obran a fs.189, en las que se advierte que la Sra. Andino estaba anotada para recibir la licencia definitiva, junto a los que conforman la lista obrante a fs.200, en donde se incluye su nombre. También concuerda con el testimonio de fs.223 en el que la testigo Sequeira ratifica que la actora usaba el auto como remisse.

Los argumentos utilizados por la demandada no



obstan al progreso del rubro, pues como ya se ha visto, si el dañador no reparó el daño inmediatamente debe hacerse responsable por las consecuencias que alongaron la imposibilidad de utilizar el vehículo – con la caja de cambios rota – más allá del tiempo que hubiese resultado razonable para repararlo si el damnificado hubiese adelantado el dinero.

Ahora bien, aunque la denominación y cuantificación del daño no haya sido materia específica de agravio de la accionada, sí lo fue la recepción del lucro cesante en general, por lo que entiendo pertinente señalar que mientras funcionó el auto remisse rural con el permiso provisorio, es evidente que el daño puede calificarse como lucro cesante, pero a partir del 28 de Febrero de 2006 en que debía presentar el auto para obtener la licencia definitiva, ese daño se transformó en la pérdida de una chance de continuar explotando el servicio, con la consecuente disminución de su monto.

Esa transformación se produce toda vez que de tener una explotación provisorio, la actora – por razones de orden administrativo municipal – pierde el permiso transitorio y atendiendo al estado en que se encontraba el vehículo, sufre la pérdida de la posibilidad de obtener la licencia definitiva.

La actora no deja de tener ganancias por no haber podido presentarse a obtener una licencia definitiva que le permitiera seguir produciendo. Ha perdido la oportunidad de ello (Zavala de Gonzalez, Matilde, “Resarcimiento de daños” 2-b p.245, Bs.As.2004)

Se trata entonces, a partir del 28 de Febrero de 2006 y hasta el 31 de Marzo de 2006 (ver reclamo en el escrito de demanda fs.39 vta.) de una pérdida de chance, no de lucro cesante.

La pérdida de chance traduce el desmedro absoluto de la posibilidad o esperanza de que gozaba el damnificado de



emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia.

Pizarro y Vallespinos (“Obligaciones”, tº 2 Edit. Hammurabi,, pág. 651) mencionan los requisitos **indispensables** para que sea resarcible la oportunidad frustrada y dicen: *“En primer término la chance debe ser real y seria y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado (Viney, Mazeaud, Chabas, Chartier, Zavala de González): **No se resarcen meros “castillos en el aire”**, según la gráfica expresión de Mazeaud y Tunc”*. Y al tratar la determinación del quantum indemnizatorio dice que debe tenerse en cuenta la chance en sí misma, valorada en función del interés conculcado, del grado de probabilidad de su producción y **del carácter reversible o irreversible del perjuicio que provoque su frustración**.

Desconocemos si la frustración de la chance es definitiva o transitoria, pero conforme las pruebas informativa y documental reseñadas más arriba, entiendo que las posibilidades eran altas, por lo que estimo la chance en un 70%.

De lo totalidad de los días reclamados, y a diferencia de lo contemplado para el transporte sustituto en el punto anterior, en este caso sólo corresponderá tomar una cantidad de días aproximada a los días hábiles, en la medida en que no se supone que el auto rural trabaje todos los días, incluyendo los previstos para el descanso, ni que pueda funcionar en continuado, sin que sea necesario pararlo para efectuarle reparaciones propias del desgaste que provoca el uso, o los servicios de mantenimiento esenciales para que se encuentre en condiciones de circular, además de computarse el tiempo en que hubiera estado destinado al transporte personal y familiar ya tratado.

En consecuencia, y haciendo parcialmente lugar al agravio de ambas partes corresponde tomar, de la totalidad del tiempo reclamado por la actora, la cantidad cincuenta y cinco (55) días en los que la privación del uso causó a la actora un lucro cesante, el transcurrido entre



la fecha del accidente (14.12.2005) y el 28 de Febrero de 2006, y a partir de allí y hasta el 31 de Marzo de 2006 , sobre 20 días hábiles calculados al 70% de la suma diaria fijada para el lucro cesante, aunque a título de pérdida de chance.

El cálculo anterior comprende entonces la suma de pesos seis mil seiscientos (\$ 6.600) en concepto de lucro cesante (\$ 120 calculados sobre 55 días entre el 14.12.05 y el 28.02.06), con más la suma de pesos mil seiscientos ochenta (\$ 1.680) en concepto de pérdida de chance (\$ 84 equivalentes al 70% de 120, calculados sobre 20 días entre el 1.3.2006 y el 31.3.2006), lo que hacen un total por rubro de pesos ocho mil doscientos ochenta (\$ 8.280).

VII.4: Finalmente, y cuanto al rechazo del daño moral, considero que también le asiste razón al apelante.

Si bien es cierto que “no cualquier quebranto afectivo suscitado por la lesión a bienes patrimoniales autorizará una reclamación resarcitoria por daño moral” (Zavala de Gonzalez, Matilde “Daños a los automotores”, p.178, Hammurabi, Bs.As.1989), lo cierto es que los intereses de la actora que han resultado afectados exceden los daños materiales a un bien material, como lo es un auto.

En el caso , es evidente que la actora dejó de percibir un ingreso que el uso del vehículo le proporcionaba, que no pudo seguir usándolo para transportarse y transportar a su familia desde el lejano barrio en el que vive, y que además perdió la oportunidad de obtener una licencia definitiva para la explotación del bien como auto rural, sin perjuicio de la natural frustración por el injusto que debió haber sido reconocido e indemnizado directamente por el demandado sin necesidad de alongar su reparación viniendo a los estrados judiciales, cuando la responsabilidad y autoría estaban tan claras.



Por todo ello, entiendo que la actora ha sufrido una modificación disvaliosa que empeoró su modo de estar, lo que es concebible como daño moral y como tal indemnizable, para lo cual propongo que se fije la suma de pesos dos mil (\$ 2.000), con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia (art. 1078 del C.C.).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau dijo:

Corresponde: **1)** Hacer lugar al recurso de la aseguradora y modificar la sentencia rechazando la citación en garantía. Propongo que las costas en ambas instancias sean impuestas por mitades a las partes (arts. 274 y 68-2 del CPC) en tanto la aseguradora fue citada por la actora (fs.35 vta.) y la demandada que debía contar con seguro obligatorio, nada dijo en su respuesta; **2)** Hacer lugar parcialmente a los recursos de la parte actora y demandada y modificar la sentencia disponiendo que: **a)** se agregue a la condena por indemnización la suma de pesos ochocientos cincuenta (\$ 850) correspondientes al arreglo de la caja de cambio rota en el siniestro; **b)** elevar la condena derivada de la sustitución de transporte por privación de uso (punto C.1. fs.420 vta. de la sentencia apelada) a la suma de \$ 3.402,60 que resulta de liquidar el monto diario de gastos para sustituir el medio de transporte por la cantidad de 107 días; **c)** elevar la condena por lucro cesante y pérdida de chance a la suma de pesos ocho mil doscientos ochenta (\$ 8.280). Ello como resultado de liquidar el monto diario establecido para el lucro cesante, sobre la estimación de 55 días de pérdida de ganancias comprobadas, período éste transcurrido durante el lapso que va desde el 14.12.05 hasta el 28.02.06 a la suma de pesos ciento veinte (\$ 120) diarios fijados en la sentencia, con más la suma de mil seiscientos ochenta



(\$ 1.680.) en concepto de pérdida de chance, estimados a \$84 (70% de \$ 120) por 20 días en el lapso que transcurrió desde el 28.02.06 al 31.3.06; **d)** se agregue a la condena la suma de pesos dos mil en concepto de indemnización del daño moral. En todos los casos, con más los intereses computados del modo y a la tasa fijada en la instancia de origen. Propongo que las costas por ambos recursos se impongan a la demandada vencida (art.68 del CPC) en razón de que los rubros impugnados progresan aunque en menor medida a la pretendida por la actora, y que se difiera la regulación de honorarios para la oportunidad del art.51 del decreto ley 8904.

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos

SENTENCIA

Con fundamento en el acuerdo precedente se dicta la siguiente sentencia: **I)** Se hace lugar al recurso de la aseguradora y se modifica la sentencia rechazando la citación en garantía. Las costas en ambas instancias se imponen por mitades a las partes (arts. 274 y 68-2 del CPC). **II)** Se hace lugar parcialmente a los recursos de la parte actora y demandada y se modifica la sentencia disponiendo: **a)** agregar a la condena por indemnización la suma de pesos ochocientos cincuenta (\$ 850) correspondientes al arreglo de la caja de cambio rota en el siniestro; **b)** elevar la condena a reparar el daño patrimonial derivado de los gastos realizados para sustituir el medio de transporte personal y familiar (punto c.1. fs.420 vta. de la sentencia apelada) a la suma de \$ 3.402,60; **c)** elevar la condena en concepto de lucro cesante durante un período y pérdida de chance en el siguiente (punto c.2. fs. 420 vta. y 421 de la sentencia apelada), a la suma de pesos ocho mil doscientos ochenta (\$ 8.280); **d)** agregar a la condena la suma de pesos dos mil en concepto de indemnización del daño moral. En todos los casos, con más los intereses computados del modo y a la tasa fijada en la



instancia de origen. **III)** Las costas por ambos recursos se imponen a la demandada vencida (art.68 del CPC). **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 del decreto ley 8904. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art.135 del CPC). Devuélvase.

Roberto J. Loustaunau

Ricardo D. Monterisi

Alexis A. Ferrairone
Secretario