NEUQUEN, 2 de Julio del año 2019

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"LOPEZ PEDRO GABRIEL C/ MARDONES INOSTROZA RODRIGO ANDRES S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)" (JNQCI5 EXP 518729/2017)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.-** La sentencia de grado es apelada por el actor y la citada en garantía. Asimismo, el Dr. Mario Coria, y el Cr. Boselli, apelan sus honorarios por bajos.

Al expresar agravios, el Sr. López sostiene que en la sentencia se reconoció un valor económico por el rubro daño moral, que no se condice con los presupuestos subjetivos y objetivos que la magistrada dijo haber valorado.

Agrega que el monto requerido por su parte es acorde a los padecimientos sufridos y que fueron debidamente probados.

Luego de referir a la prueba que estima importante, añade que la cuantificación del daño moral no debe ser meramente simbólica y que debe atender a las particularidades del caso.

La Aseguradora, por su parte, sostiene que el fallo incurre en una incorrecta apreciación probatoria, al reconocer daños (moral y lucro cesante) no acreditados.

Con respecto al daño moral, señala que el actor no sufrió incapacidad física alguna y que las testimoniales

producidas tampoco dieron cuenta de algún tipo de padecimiento en el accionante.

En punto al lucro cesante, cuestiona que se admitiera que una prueba testimonial se produzca mediante una prueba informativa, violándose de tal forma el debido proceso y el derecho de defensa.

Señala que el testigo firmante del documento de la hoja 175 no hace referencia a ningún archivo o registro contable que avale sus dichos.

Agrega que no se ha acreditado que durante la semana que ocurrió el accidente el actor hubiera tenido que realizar algún tipo de gestión personal e indelegable para concluir una negociación iniciada 7 meses antes.

Concluye que no existe prueba concreta para tener por acreditado el lucro cesante.

Para el supuesto que se reconozca algún grado de convicción a la prueba informativa, el recurrente requiere que se indemnice el rubro pero bajo título pérdida de chance, máxime cuando no existe prueba fehaciente e inequívoca que permita afirmar que ese supuesto contrato se hubiera frustrado exclusivamente por la no intervención del accionante.

Reitera que no existe tampoco prueba de cuál fue la hipotética labor que se vio imposibilitado de realizar y que en todo caso sería un preacuerdo no aprobado y no documentado.

Por ello, subsidiariamente pide solo se reconozca la probabilidad de obtener un beneficio y no un lucro

cesante, es decir, un beneficio íntegro. Ergo, se disminuya la indemnización.

Los agravios fueron respondidos por ambas partes recíprocamente.

**2.-** Tal como se desprende del resumen de los agravios traídos por las partes, la cuestión a resolver refiere a la extensión de la condena fijada en la causa.

Con relación al daño moral, tal como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de reparaciones en casos semejantes, los placeres compensatorios y las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite la índole del hecho generador en función del factor de atribución. (cfr., entre otros PS: 2011-N°238- T° VI F°1167/1171- Sala II, 28/10/11).

Ahora bien, la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños soportados es el del perjuicio realmente sufrido; no menos, pero tampoco más.

Y el análisis de este rubro refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho en sí, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

Traídas todas estas consideraciones al caso analizado, se observa que el accidente tuvo una cierta entidad; surge del informe remitido por el Cemic –hoja 159/60- que el actor estuvo una semana internado, que padeció politraumatismos (fractura en parrilla costal y clavícula

izquierda) y, según expresan los testigos, estuvo imposibilitado de realizar sus labores en la inmobiliaria por dos semanas (Othaz) o un mes (Albornoz y López).

Teniendo en cuenta estos datos y la circunstancia de que no se haya acreditado que el actor presente incapacidad física derivada del siniestro, juzgo que la reparación económica fijada en la anterior instancia se corresponde con las particularidades del caso, y resulta acorde a los precedentes de esta Alzada, de modo que propongo la confirmación del decisorio en este aspecto.

**3.-** Abordaré a continuación el agravio de la Aseguradora en lo que refiere al rubro lucro cesante, el cual, desde ya adelanto, resulta parcialmente procedente.

Digo parcialmente porque el cuestionamiento de la recurrente en punto al modo en que el informe de la hoja 175 fue introducido a la causa, no puede tener acogida, desde que se trata de una inquietud absolutamente tardía de la parte, quien ningún reparo efectuó en la etapa procesal oportuna.

No ocurre lo mismo con el planteo subsidiario del recurrente. Veamos.

La magistrada consideró probado que el actor se vio efectivamente privado de obtener una ganancia, a raíz de lo informado por Lumber SRL en la pieza antes citada.

Discrepo con esta valoración.

A mi entender, en autos no ha quedado acreditada una pérdida de ganancia cierta sino solo una pérdida de ganancia probable, lo cual ubica la reparación dentro del

concepto de pérdida de chance, tal como solicita en subsidio la apelante.

Debe tenerse en cuenta que, el lucro cesante y la pérdida de chance son conceptos que se ubican dentro del daño patrimonial, diferenciándose sólo por grados de certidumbre del daño.

Sobre la diferencia entre ambos rubros se suele decir que el lucro cesante es una pérdida de ganancia cierta mientras que la pérdida de chance es una pérdida de ganancia probable (Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, París, 2004, p. 361, citado por Cámara 1ra de Apel. Civ. y Com de Cba, "Saldaño, Marcelo Daniel c. Ferreyra, Alfredo y otros", Cita Online: AR/JUR/47991/2009).

También se ha dicho que en el lucro cesante está la convicción digamos más o menos absoluta que determinada ganancia se produzca, mientras que en la pérdida de chance hay un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla; diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio (ver Hersalis, M. – Magri, E. – Talco, G., La pérdida de la chance y sus notas tipificantes, LA LEY, 2005-C).

En ese sentido se sostuvo que "No debe confundirse el lucro cesante con la frustración de chance, si bien uno y otro apuntan a resarcir daños, en el primero se requiere que haya pérdidas inmediatas de ganancias, mientras que en la segunda las pérdidas se exteriorizan en la posibilidad y oportunidad de conseguir esas ganancias o beneficios" (Cámara 8ª C. y C., autos: "Castellino, Lucía del Carmen c. Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F. y otro - Ordinario - Daños y perjuicios - Accidentes de tránsito - Recurso de Apelación", Sent. N° 94, 12/10/04, Foro de Córdoba N° 99, 2005, n° 60, ps. 300/301).

Teniendo en cuenta estos parámetros, se observa que en el caso de autos, el actor en su demanda denunció que se vio privado de obtener un beneficio económico, dado que el accidente vial "impidió que realice los análisis y gestiones necesarias a fin de obtener la adjudicación de un contrato de servicios en el cual serían partes contratantes, por un lado, Pan American Energy S.A. y por otro Lumber SRL" (hoja 47yvta).

Es decir, conforme se esgrime en la propia demanda, se trataría de un acercamiento precontractual, que todavía no se había concretado.

Y bien, más allá de la respuesta dada por Lumber SRL en el informe de la hoja 175, entiendo que no habiéndose solicitado idéntica información a Pan American Energy S.A., la manifestación unilateral de una sola de las partes contratantes, es insuficiente para conocer el grado de avance de la "gestión destinada a efectivizar la contratación", sin perjuicio de que ese "preacuerdo" al que se hace referencia en el informe, no fue plasmado en ningún registro documental que permita conocer su alcance y probabilidad de concreción.

Acoto que ninguno de los testigos ofrecidos por el actor ayuda a despejar esta incertidumbre, desde que solo hicieron mención al desempeño del Sr. López en el rubro inmobiliario.

De esta manera, entiendo atendibles los reparos de la Aseguradora, y considero que solo debe indemnizarse la frustración de una chance o probabilidad de obtener un beneficio.

Este cambio de abordaje no determina su falta de resarcibilidad: se trata de un perjuicio de menor alcance que el pretendido, cuya diversidad sólo radica en un inferior grado de certeza (art. 1738 CCC).

Como explica Zavala de González: "como las chances se encuentran en un nivel inferior al lucro cesante, es aplicable la regla según la cual puede concederse menos de lo pedido si reviste la misma naturaleza básica; es cuestión de medida, y no de conceder un rubro sustancialmente distinto. Así, en el lucro cesante la pérdida versa sobre ventajas reales (aunque casi nunca seguras), y en la frustración de chance se priva la oportunidad de lograrlas: hay menor certeza, pero no una disparidad esencial" (aut. cit, Perjuicios económicos por muerte, TII, Ed. Astrea, p. 313. Ver mi voto en "MERINO CRISPINO MOISES Y OTROS CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/D.Y P. - MALA PRAXIS", EXP N° 383014/2008).

En este contexto, propongo que el rubro lucro cesante sea dejado sin efecto, y que, en cambio, se indemnice la pérdida de chance, justipreciándola en la suma de $40.000.-

**4.-** Las apelaciones arancelarias tampoco resultan procedentes.

Es que, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas por los letrados y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, las regulaciones establecidas porcentualmente se encuentran dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que corresponde su confirmación.

Respecto a los honorarios de los peritos, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los mismos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", EXP N° 385961/9).

Por ello, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de las regulaciones atacadas no es reducido, como señala el perito apelante, ni tampoco elevada, como indica la citada, por lo que las apelaciones deben ser desestimadas.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, atento el resultado obtenido (art. 71 CPCC). **ASI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por lo expuesto, esta **Sala I**,

**RESUELVE:**

**1.** Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y acoger parcialmente el impetrado por la citada en garantía. En consecuencia, dejar sin efecto el rubro lucro cesante establecido en la sentencia de grado e indemnizar, en su reemplazo, la pérdida de chance, justipreciándola en la suma de $40.000,00.-

**2.** Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C.).

**3.** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

**4.** Rechazar los recursos arancelarios deducidos.

**5.** Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - JUEZA** **Dr. Jorge D. PASCUARELLI-JUEZ**
**Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA**