

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 28 días del mes de Diciembre del año dos mil doce, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVta. Circunscripción Judicial, integrada con el Dr. Raúl F. Santos, por Subrogancia legal, con asiento de funciones en esta ciudad, para dictar sentencia en autos caratulados "CÁRDENAS MARTÍNEZ MARÍA CECILIA Y ALFARO CARIQUEO HUGO HERNÁN C/ROJAS RICARDO ARIEL S/DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 1605-SC-10).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Jorge E. Douglas Price, quien dijo: Que de conformidad con lo acordado corresponde tratar las siguientes cuestiones: ¿es ajusta da la sentencia apelada? ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

I.- Atento a la providencia de fecha 01 de febrero de 2011, se ha ordenado en "Seisedos Leandro M. c/Alfaro Cariqueo H. H. y Otros s/Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1445-SC), la acumulación de los presentes, a dichos actuados, junto a los expedientes: "Sepúlveda Claudio c/ Alfaro Cariqueo Hugo Hernán y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1450-SC), "Mendoza, Luciana Romina y Otros c/ Rojas Ricardo Ariel y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1584-SC), "Campos Huentelén José Iván y Huenchunao Vielma Clorinda c/ Rojas Ricardo Ariel y Otros s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 1652-SC-10), "Suhilar, Jorge Alberto y Otro c/ Rojas, Ricardo y Otros s/Sumario " (Expte. N° 2025-SC-12), y "Horizonte A.R.T. c/Alfaro Cariqueo, Hugo Hernán y Otros s/Ordinario" (Expte. N° 2014-SC-12), habiendo pasado los mismos al Acuerdo para dictar sentencia en fecha de de Octubre de 2012.

II.- Llegan así los presentes autos al Acuerdo, a los fines de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia recaída en autos en fecha 23 de Abril de 2010: a fs. 313 la parte actora, junto con apelación arancelaria; a fs. 314 la codemandada Expofrut S.A., apelando además los honorarios fijados a los letrados de la parte actora y de los Sres. Peritos Muñecas y Lacava, por altos; y a fs. 330 los codemandados Transfrut S.H., Ancatén y Bellabarba; los cuales fueran concedidos por el a quo a fs. 331.

A fs. 365/374 presenta el memorial de agravios Expofrut S.A.

En primer lugar, se agravia de la atribución de responsabilidad para con ella efectuado. En honor a la brevedad, habré de remitirme a los fundamentos vertidos en las transcripciones de los agravios efectuados en los Expedientes que obran acumulados a

los presentes, en lo tocante a este punto, por ser análogos.

De forma subsidiaria presenta agravios respecto a la indemnización otorgada.

El primero de ellos radica en el monto concedido por lucro cesante. Entiende que hay una contradicción en el fallo, ya que se otorgó indemnización por el valor del vehículo por la “destrucción total”, y que si existía tal destrucción del rodado, qué significancia tiene que el vehículo quede a disposición de las autoridades por el tiempo que sea. Que el argumento, además, es dogmático, ya que no explicita cuánto tiempo estuvo a disposición de las autoridades.

Le agravia también la suma tomada por el a quo para el cálculo del rubro en cuestión. Que consideró la suma de \$1.266 mensuales, y le detrajo sólo un 30% en concepto de gastos de funcionamiento, repuestos, seguro y amortización del vehículo. Expone que olvidó uno de los conceptos que más influye como ser la mano de obra por el salario del chofer. Que en “Mendoza c/Rojas” otorgó una indemnización a los hijos menores considerando los ingresos del Sr. Campos como chofer del taxi.

Se agravia también de la indemnización otorgada en concepto de daño moral a los reclamantes. Fundamenta que los actores no participaron del accidente, sino que reclaman como propietarios del vehículo siniestrado. Que el a quo lo concedió con motivo de que los propietarios fueron privados de un bien esencial que hacía a su manutención y que además, fueron demandados parcialmente. Critica ello por cuanto - opina- un accidente de tránsito es un evento posible en la actividad y que no fue su parte la que trajo a los actores al proceso, sino los familiares de las víctimas. Solicita el rechazo del rubro.

Formula reserva del caso federal.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 375/378 expresa agravios la actora.

Se agravia la misma de lo dispuesto por el a quo para el cálculo de los intereses, en relación a la aplicación de la tasa Mix del Banco Nación desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago de los rubros concedidos. Sostiene que es necesaria la aplicación de la tasa activa, aplicada desde el hecho dañoso hasta el efectivo pago. Cita jurisprudencia y opina que debe tenerse en cuenta el carácter alimentario de la prestación objeto de reclamo.

Formula reserva del caso federal.

A fs. 380/385 presentan agravios los codemandados Transfrut S.H., Ancatén y Bellabarba.

PRIMER AGRAVIO. La atribución de responsabilidad a Expofrut S.A. y Transfrut S.H. por entender el a quo que las mismas no allegaron al juicio elementos probatorios de utilidad para acreditar las tesis defensivas que postularon, y que ellas eran quienes estaban en mejor condición de hacerlo, en base a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Consideran que tal aseveración del Magistrado comporta una inaceptable omisión de valoración de prueba esencial aportada a la causa, tales como: el contrato de compraventa de frutas celebrado entre el Sr. Toschi y Expofrut S.A. y la informativa de fs. 172/176, por medio de las que intenta acreditar que el primero fue quien tenía a su cargo la contratación libre del transportista, asumiendo él mismo el pago del flete, y que aún cuando Transfrut S.H. tuviera vinculación contractual con Rojas (locación de servicios de transporte) éste no prestaba sus servicios con exclusividad a la primera; en segundo lugar, el remito de entrega de la fruta del Sr. Toschi al transportista, Sr. Rojas, y la informativa de fs. 171, que establece como cargador al Sr. Rojas; y por último la testimonial de EL Sr. Mariasch de fs. 205, e informativas de fs. 190/195, quien relató que el productor que vende su fruta a Expofrut S.A. elige libremente al transportista, lo contrata y paga el flete, y que dicha empresa adquiere la fruta al momento de la entrega. Menciona también a otras empresas que realizaban similar proceso, citando fs. 190 y 195.

SEGUNDO AGRAVIO. Intenta refutar los hechos que el a quo tiene por “ciertos e incontables” a su entender.

El primero de ellos, resulta ser que Rojas conducía un camión identificado con un cartel de la empresa Transfrut S.H., en el que además constaba la indicación que se hallaba al servicio de Expofrut S.A. (fs. 14/15), siendo que, según su postura, el conductor había sido contratado por el Sr. Toschi.

El segundo, radica en que Transfrut tenía un contrato para el transporte de frutas, celebrado con Expofrut S.A. (fs. 147/150 y 178/180), y que le facturaba a la misma. Responde a ello que la vigencia de un contrato de locación de servicios entre las empresas, no implica necesariamente que Rojas estuviera prestando servicios para la última.

En tercer lugar, que las facturas agregadas a fs. 100/219 en autos “Seisdedos” que acreditan para el a quo la dependencia funcional de la Transfrut respecto de Expofrut, sólo indican que ésta última es un cliente importante de la primera, al menos en la temporada 2004. Que no era un contratista exclusivo de Transfrut.

En cuarto lugar, que la pericia contable de autos “Cárdenas” (fs. 218/219 vlt.), denota para el Magistrado de Primera Instancia que Transfrut ha sido virtualmente disuelta al tiempo de la elaboración del dictamen, que no cumplió con su obligación de llevar y guardar en debida forma la información y documentación que hace al giro comercial, y que es por ello que no existen constancias de los indicadores de su giro económico y empresarial. Discrepa de tal consideración. Argumenta que su mandante sí aportó constancias que indican su giro económico y la periodicidad del servicio de transporte, y expone que las facturas de fs. 110/219 de autos “Seisdedos” son prueba de ello. Que ninguna importancia tiene el hecho de saber si existían o no otros transportistas, cuando era incuestionable que el conductor del camión embistente era Rojas, que el camión interviniente en el hecho era de su propiedad, y que el día del accidente había sido contratado por el Sr. Toschi desde su chacra hasta un galpón de Expofrut.

En quinto lugar, en cuanto a que los bins en que se transportaba la fruta llevaban el nombre de Expofrut, argumenta que de conformidad al contrato de fs. 127/176, los mismos son otorgados por la empresa mencionada en calidad de depósitos, vacíos.

En sexto lugar, plantea la consideración del a quo respecto de la falta de pruebas de Expofrut S.A. que arrojaran a la luz la naturaleza de su vinculación con Transfrut S.H., ni con los eventuales subcontratistas de esta, entre otras cuestiones. Expresa que ello es falso. Que es indudable que el contrato de locación de servicios de fs. 178/181 permite conocer con claridad dice- la naturaleza de la vinculación contractual existente entre Expofrut y Transfrut. Cita la cláusula primera, sexta y octava, y expone que no hay cláusula alguna que comprometa a Expofrut a contratar exclusivamente el transporte de Transfrut S.H., ni a ésta última prestarlos con exclusividad a la primera. Y que, respecto a ésta última, surge que ella contrataba en la misma época fletes a otras empresas transportadas, citando para ello las informativas agregadas en Seisdedos; así como que compraba fruta a productores o empresas que tomaban a su cargo la entrega de la misma, contratando libremente dice- el transporte, mencionando las testimoniales de fs. 190 y 195. Que de fs. 172/176 y remito de fs. 171 surge que Toschi contrató con Rojas para entregar la fruta vendida a Expofrut.

TERCER AGRAVIO. Se agravia de la consideración efectuada por el Magistrado de Grado, respecto de la dependencia y subordinación del conductor del camión Chevrolet C 70, Sr. Rojas, a las órdenes funcionales y operativas de las empresas Transfrut S.H. y Expofrut S.A. Entiende que tal razonamiento es una mera afirmación dogmática, sin sustento lógico y probatorio. Que incurre el a quo en error de juzgamiento cuando aplica

la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba. Que la misma no puede ser utilizada para imponer la acreditación de un hecho negativo, como es la no relación de dependencia del Sr. Rojas respecto de Transfrut. Que la misma debe ser acreditada por el damnificado, según sostiene dice- la doctrina y la jurisprudencia.

CUARTO AGRAVIO. El mismo versa en cuanto a la denominada “dependencia aparente” considerada por el Juez de Grado. Halla por eso que el Magistrado ha incurrido en errónea aplicación de la ley, con violación del derecho de propiedad y del debido proceso, por extender la responsabilidad por el hecho del otro con interpretaciones analógicas en una cuestión extracontractual.

Se agravia también, de manera supletoria, respecto de los daños y perjuicios que acoge la sentencia de Grado.

En primer lugar, lo hace por el daño material. Afirma que el valor asignado por la destrucción total del vehículo omite considerar que a la fecha del hecho el mismo tenía 6 años de antigüedad, y que en tal lapso previsiblemente estaría mucho más desgastado y deteriorado que si lo destinara a uso particular. Que en la demanda el propio actor afirma que el mismo tenía un valor de \$14.000 a junio de 2006. Solicita se reduzca el valor de reventa.

En cuanto al rechazo de la deducción del monto de lo que pudieran valer los restos del automotor como “chatarra”, por considerar el a quo que si ello existía debió haber sido acreditado por la peticionante, entiende que es erróneo tal razonamiento, y que el magistrado tiene las facultades conferidas por el art. 165 CPCyC, que le posibilita estimar el valor de la chatarra en, al menos el 15%, del valor de la unidad. Cita jurisprudencia de la Cámara de General Roca al respecto.

En segundo lugar, discrepa respecto del rubro “lucro cesante” conferido.

Que el a quo toma un lapso de indisponibilidad del vehículo de seis meses, y no el de dos, que se ha admitido dice- histórica y pacíficamente. Asimismo discrepa con el 30% deducido en concepto de gastos de funcionamiento, repuestos, seguro y amortización del automotor. Afirma que omite ponderar los gastos de explotación del vehículo destinado a remisse que incluyen naturalmente el de retribución al conductor. Que al menos debe deducirse por ello el 35%. También se agravia por entender que la condena a intereses sobre el capital desde la fecha del hecho soslaya la pérdida de ingresos, y que los mismos deben correr desde cada período mensual.

Por último, se agravia de la procedencia del rubro “daño moral”. Que los actores no sufrieron lesiones, y que ni siquiera participaron personalmente del accidente. Deduce

de ello que no existe una afección espiritual que merezca ser reparada por tal rubro. Añade que incurre en incongruencia el magistrado, ya que en la demanda los actores jamás fundaron su reclamo del presente rubro en la promoción de juicios en su contra por parte de los deudos de otras víctimas, sino sólo en haberse visto privados del vehículo, que era el modo de ganarse su sustento. Solicita sea rechazado el mismo.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 387/388 contesta los agravios de la parte actora, la codemanda Expofrut S.A.

Expone que justamente el precedente citado por la accionante, en referencia a “Loza Longo”, es el que establece la tasa activa, que se aplica recién desde su dictado, es decir, mayo de 2010. Que la jurisprudencia nacional citada se trata sólo de una postura parcial, no resultando adecuada.

Solicita se rechace el recurso. Cita jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 390/401 contesta los agravios de la codemanda Expofrut S.A., la parte actora.

Expone que el escrito recursivo que responde no constituye una crítica concreta y razonada, sino una deformación de la realidad, la manifestación de meras discrepancias, loables intentos de la agraviada de tratar de disminuir la responsabilidad atribuida, junto con el desconocimiento de la legislación vigente y la mala utilización de la bibliografía y jurisprudencia de la materia.

Formulan apelación adhesiva por la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En cuanto a la relación entre las empresas involucradas, mencionan que la valoración del a quo es correcta por cuanto la cláusula segunda del contrato suscripto entre ellas, le impone a Transfrut S.H. el deber de informar a Expofrut “...antes de iniciar el servicio...” los camiones que tendrá a disposición de ésta, “...indicando número de inscripción en la Dirección Provincial de Transporte, tipo, capacidad, chofer y número de patentes de cada uno de ellos, seguros, etc. En caso que EL CONTRATISTA los remplace a todos o algunos, deberá informarlo inmediatamente a LA EMPRESA”. Añaden que la cláusula octava faculta a Transfrut a subcontratar el servicio, reservándose la comitente el derecho a descontar de la facturación todo lo que debiera pagar a terceros por incumplimiento del locador.

De ello deducen que es claro que en el presente supuesto Expofrut tenía plena conciencia del riesgo que implicaba para terceros el servicio encomendado, y su consecuente responsabilidad indirecta ante cualquier evento dañoso que involucra a los camiones que efectuaban el traslado de fruta. Que nos encontramos ante un típico

supuesto de responsabilidad por el hecho del otro.

Argumentan además que si los demandados pretendían eximirse de responsabilidad, endilgando a Toschi la misma, como propietario de la fruta, debieron en legal tiempo y forma citarlo a juicio como tercero.

Asimismo, que no comprenden en qué medida podría afectar la responsabilidad de Toschi la carga de bins de manzanas, cuando dicha carga no ha sido la causa del accidente.

Respecto al agravio subsidiario que versa sobre el monto concedido por el rubro lucro cesante, manifiesta que lo otorgado resulta adecuado y acorde a la totalidad de la prueba producida en autos.

En lo atinente al porcentaje deducido de los ingresos mensuales, esto es, el 30%, entiende atinado el criterio del a quo, siendo que en el escrito de demanda habían pedido el 25% de descuento por gastos operativos.

Responde al agravio del daño moral que en la demanda solicitaron que el rubro compense la experiencia sufrida por los actores, que se vieron privados de percibir los ingresos que el vehículo les permitía obtener.

Plantea idéntica apelación adhesiva implícita, que la efectuada en autos “Mendoza”.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 403/411 responde también la actora los agravios de las codemandadas Transfrut S.H., Omar Bellabarba y Carlos Ancatén.

Expone que el escrito presentado no puede catalogarse como una expresión de agravios en los términos del art. 266 del CPCyC. Que no hay una crítica concreta y razonada. Que no advierte cuál es el agravio específico. Solicita se declare desierto el recurso.

Argumenta que si bien el a quo mencionó que tendría en cuenta las cargas probatorias dinámicas, ha quedado por demás acreditado que en virtud de la prueba ofrecida y producida por su parte el camión embistente se encontraba al servicio de Expofrut S.A. Que ello se desprende del cartel que llevaba el vehículo, según fotografías obrantes en la causa. Que también se ha acreditado la relación contractual entre ambas empresas, según constancias de autos, como así también que la carga iba destinada al establecimiento de Expofrut.

Del presente agravio desprende una apelación adhesiva implícita. Que su parte ha acreditado cada uno de los extremos manifestados en el escrito de demanda y en la contestación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Expofrut S.A. Desarrolla la misma exponiendo que los apelantes, a los que aquí responde, han

introducido en su memorial de agravios una cuestión sobre la que su parte oportunamente no se ha agraviado por resultar favorable a su reclamo, como es la responsabilidad endilgada a Expofrut S.A. y Transfrut S.H., por el hecho cometido por Rojas, formulando por ello apelación adhesiva implícita respecto a la aplicación dispuesta de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Argumenta que a lo largo de toda la etapa procesal de prueba, su parte acreditó fehacientemente cada uno de los elementos desarrollados tendientes a acreditar la responsabilidad por el hecho del otro, que a los fines prácticos se traduce en la imputación a Expofrut S.A. y Transfrut S.H. de las consecuencias jurídicas dañosas del delito cometido por el conductor del camión embistente. Sostiene entonces, que resulta errónea la aplicación del a quo de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas, ya que -dice- ha producido suficiente prueba tendiente a acreditar, conforme lo establece el art. 1113 CC, la responsabilidad de ambas empresas por el dependiente Rojas.

Entiende que es innegable la prueba respecto a la dependencia y subordinación del conductor del camión, que cumplimentaba órdenes funcionales de Transfrut S.H. y Expofrut S.A., y que le resulta aplicable el art. 1874 CC referente al mandato tácito.

En cuanto al agravio subsidiario del daño moral concedido, expresa que el mismo ha sido debidamente acreditado, y que los actores se vieron privados, como consecuencia del accidente, de los ingresos que el vehículo significaba como fuente de trabajo. Solicita por ello que el mismo sea rechazado.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

III.- En razón de orden lógico, corresponde en primer lugar tratar los agravios de las codemandadas atinentes a la atribución de responsabilidad a ellas efectuada, habida cuenta de que de ello penden los restantes agravios, en principio. Los mismos han sido ya analizados en autos “Seisdedos Leandro M. c/Alfaro Cariqueo Hugo Hernán y Otros s/ Ordinario” (Expte. N°1445-SC), acumulados a los presentes, en donde hemos resuelto que: “En primer lugar, ha resultado corroborado el hecho de que Ricardo Ariel Rojas prestaba servicios para Transfrut S.H.; en efecto: a la sumatoria de pruebas acumuladas en autos en torno a tal aserto se suma que esta ni siquiera arrimó a los mismos elementos que permitieran saber cuál era su planta de personal, ni los chóferes vinculados, ni los camiones utilizados; menos aún ha aportado algún elemento que permita refutar la presunción que se crea por el hecho de que el mismo conductor así lo afirma y la fruta que transportaba tenía como destino el galpón de Expofrut S.A., con la cual la ligaba un contrato de transporte.

Ello resulta admitido implícitamente por los propios codemandados, nótese que a fs. 222, en respuesta al oficio librado en fecha 28-12-04, los socios partícipes de la sociedad de hecho Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, informan: “1.- Que efectivamente en el año 2004 Trans-Frut S.H. celebró contrato de locación de servicios con Expofrut S.A., cuyo objeto fue el transporte de frutas y materiales...2. -El contrato de locación de servicios celebrado con Rojas Ricardo Ariel no especificaba sobre marca ni tipo o modelo de camión.- La unidad que habitualmente el locador utilizaba era marca Chevrolet, patente C 302.116, y normalmente se encontraba afectado al contrato principal.-3.-Como se informa en el punto anterior, el locador Rojas nunca afectó un camión marca Mercedes Benz. -Se desconoce si al momento del siniestro de fecha 25 de febrero de 2004 el camión involucrado estaba prestando servicio para Transfrut S.H., y por tanto si transportaba bins vacíos o con fruta u otro tipo de carga, y en su caso, quién era el propietario remitente o el destinatario de la misma.- Los suscriptos nunca recibieron reclamo o facturación alguna por el valor del servicio de transporte ni por mercadería dañada o perdida en tal siniestro, ni tampoco citación o notificación alguna vinculada al caso, por parte de autoridad policial o judicial.-”

Queda claro entonces, que el Sr. Rojas realizaba tareas para la empresa Transfrut S.H., que el día del siniestro el camión involucrado se encontraba al servicio de la misma con el camión Chevrolet que dicha empresa expone en el responde al oficio, que transportaba frutas en bins de propiedad de la empresa Expofrut S.A., que se advertía en el camión un cartel que hacía referencia a que la primer empresa estaba al servicio de la segunda, y que la transportista no ha arrimado a la causa probanza alguna que hiciera siquiera presumir lo contrario, puesto que se desconoce el personal con el que contaba, ni los camiones afectados a su servicio, sabiendo por los propios dichos de la empresa que el mismo “prestaba servicios para ella”. Así se ha resuelto que: “Quien encarga a otro una función en interés propio, asume el carácter de principal y debe resarcir los daños que cause el dependiente con motivo de la tarea (art. 1113, párr. 1º, Código Civil)” (Matilde Zavala de Gonzáles, “Actuaciones por daños”, Ed. Hamurabbi, Año 2004). A su vez, de conformidad con las relaciones que abajo se expondrán, tal situación es atribuible a Expofut S.A., ya que como lo ha considerado la doctrina “Hay casos específicos de dependencia: a) La subdependencia. El dependiente de mi dependiente es dependiente mío. No es menester que el principal haya conocido ni aceptado la actuación del subdependiente. Así pues, en la sublocación de obras o

servicios, o si el dependiente se vale de otro para cumplir una función que había encargado” (cfme. Matilde Zavala de Gonzáles, Ob. Cit.).

Liminarmente habré de señalar que: “El principal responde por razón de la dependencia y no por alguna intervención suya en el hecho dañoso. Esa dependencia surge con motivo de una actividad en interés del principal. El dependiente puede ser una persona singular o un ente empresario, cuando su desenvolvimiento se inserta dentro de otra actividad principal de la que alguien es titular. Por ejemplo, es dependiente la empresa distribuidora de los productos que otra elabora, si aquella debe acatar pautas de zonas, frecuencia de recorridos u otras instrucciones. La dependencia exige subordinación y función cumplida para el comitente. Dichos requisitos son flexibles. No es menester estricta autoridad jerárquica; basta un poder de supervisión sobre los métodos y medios del agente. Es decisivo actuar por cuenta de otro, aunque no exista cabal poder de dirección. No hay subordinación aunque se haya encomendado una función en la relación entre el cliente y el profesional cuando éste obra con libertad técnica... El interés del comitente puede consistir en una ventaja o utilidad de cualquier clase, inclusive de naturaleza espiritual o hasta altruista... Surge responsabilidad hasta en casos de dependencia aparente: si una persona se muestra actuando dentro de la órbita incumbencia de otra, con aquiescencia aún tácita, la subordinación debe reputarse jurídicamente existente. Con mayor razón debe responderse, si el obrar ha sido de algún modo autorizado por el principal... Igualmente se responde por dependencia aparente cuando hay delegación de funciones sin dependencia... La amplitud de la dependencia funcional explica que se haya sustituido la idea de subordinación por la integración de la actividad dañosa dentro de otra principal. Ello es así con tal que el titular de ésta tenga injerencia, siquiera potencial, en el desenvolvimiento de la empresa dependiente o colaboradora” (Cfme. Matilde Zavala de García, Op. Cit., el subrayado me pertenece).

En base a ello, considero apropiado considerar otras dos cuestiones que alega Expofrut S.A. en su expresión de agravios. La primera, cuando manifiesta que: al no tratarse el transporte de fruta de una actividad “propia” de su parte, mal puede “delegarse” o “subcontratarse” el mismo, imponiéndole cargas y obligaciones que no le son propias. La segunda, cuando entiende obvia la necesidad de su parte de contratar otras empresas que se dedican a otras actividades para desarrollar la suya propia. Ambas resultan erróneas, por las razones que expondré.

A fs. 227/230 obra el contrato de locación de servicios que relaciona a las empresas en cuestión. El objeto del mismo es el transporte de frutas y materiales, siendo Transfrut

S.H. “la contratista” y Expofrut S.A. “la empresa”. Su vigencia estaba pactada por la temporada de cosecha 2004, del Alto Valle y Valle Medio de Río Negro y Neuquén, hasta su finalización (cláusula novena). Para establecer la vinculación atribuida, y las cuestiones probatorias necesarias para el esclarecimiento de la causa, considero necesario analizar las cláusulas pactadas, en virtud de las manifestaciones a las que he referido por parte del letrado apoderado de Expofrut S.A.

Del texto del contrato, entonces, en lo que aquí respecta, surge: en la cláusula segunda se dispone que: “EL CONTRATISTA” deberá informar a “LA EMPRESA” por escrito, antes de iniciar el servicio los camiones que pondrá a disposición de ésta, indicando: N° inscripción en la Dirección Provincial de Transporte, Tipo, Capacidad, Chofer y Nro. de patente de cada uno de ellos, seguros, etc. En el caso que “EL CONTRATISTA” los reemplace a todos o algunos, deberá informarlo inmediatamente a “La EMPRESA”; y en la cláusula sexta que: “EL CONTRATISTA” deberá poseer como mínimo seguro contra terceros debiéndose endosar la póliza a favor de “LA EMPRESA”. Se prevé asimismo, en la cláusula séptima que “Cada factura debe estar acompañada por el remito de la báscula de destino para conformar las toneladas transportadas”; y en la cláusula décima, se establece que: “En caso de que “LA EMPRESA” fuera demandada en sede administrativa o judicial, por cualquier circunstancia emergente del presente contrato, deberá notificar en forma fehaciente a “EL CONTRATISTA” de la existencia del reclamo, con entrega de copias de la demanda y documentación respectiva, dentro de las veinticuatro horas de notificada...”. Independientemente de que luego dispone la opción de repetición en caso de que la empresa abone suma alguna en tal concepto.

De las cláusulas citadas se puede desprender la dependencia de Transfrut S.H. respecto de Expofrut S.A.; en efecto, entiendo que de las pruebas aportadas surge que el contrato fue celebrado por la temporada de cosecha del año 2004 y que Transfrut S.H. debía comunicar a Expofrut S.A. antes de iniciar el servicio los camiones que iba a poner a disposición, detallando, entre otras cosas, el tipo de vehículo que utilizaría y el chofer que lo realizaría, no hallándose en las constancias de los presentes actuados ninguna documentación que a ello refiera. Las cláusulas demuestran que existía dependencia de la transportista a los fines de ejercer su actividad, puesto que debía comunicar a la empresa por escrito, antes de iniciar el servicio, los camiones que pondrá a su disposición con todas las especificaciones que detalla, así como también debían comunicarse, según se establece, los cambios que se produjesen en su realización, en caso de haber alguno. La conclusión se refuerza al advertir que se pacta un seguro

contra terceros estipulando que la póliza debe emitirse a favor de Expofrut. Ello hace evidente la contradicción con los dichos del representante de ésta última, cuando manifiesta que la actividad no le es propia, que por ello no se le puede imponer cargas y obligaciones que no le corresponden, cuando expresamente se establece que es obligación del transportista comunicar todo lo que haga a la forma en que se va a ejecutar el contrato, y que, incluso, en caso de que los reemplace dice-, debe comunicárselo inmediatamente a ella. No es un dato menor, que quien tiene expresas facultades resolutorias del convenio es la empresa Expofrut S.A., de manera exclusiva, tal como surge de la cláusulas undécima y duodécima, siendo Transfrut S.H., que es, además, la única de las dos sobre la que se establecen penalidades en caso de incumplimiento. Resulta a todas luces, en mi consideración, que la actividad se realiza en beneficio de la mentada empresa, habiendo expresado la misma, además, que es obvia la necesidad de su parte de contratar otras empresas que se dedican a otras actividades para desarrollar la suya propia. Esto no quiere decir que la transportista no obtenga lucro por la actividad desempeñada, sino que la realiza por obra y cuenta de la empresa comitente, siendo Transfrut S.H., en el caso, un instrumento que prolonga la actividad práctica y económica de Expofrut S.A. Expresa Trigo Represas que "...puede precisarse que principal o comitente es, en principio, quien tiene poderes de dirección o vigilancia respecto del dependiente. Con tino aclara Von Tuhr, que "el concepto de '\principal\' no supone precisamente una empresa o industria organizada; para los efectos de incurrir en esta responsabilidad, se tiene por '\principal\'... a todo aquel que encomienda a otra persona una actividad, dentro de la esfera profesional o doméstica" (Cfme. Félix A. Trigo Represas, Op. Cit. TIII). La jurisprudencia es conteste con tal razonamiento, al expresar que "La función del interés del comitente: se exige que el dependiente obre dentro de una órbita que atañe al principal por su cuenta; el servicio debe importar un aprovechamiento de cualquier género al comitente, no siendo necesario que tenga un interés económico en la función, basta que le reporte a éste una utilidad de cualquier clase que no sea pasible de valuación pecuniaria. Este interés ha de radicar en la función, por ello la falta del mismo, en concreto, en el acto que ha ocasionado el perjuicio no es suficiente para excluir la dependencia, comprometiendo así la responsabilidad del principal" (C. Civ. y Com. Morón, Sala 2ª, 20/02/03, "Jollada Oscar N. C. Rithner, Heriberto A.", Lexis N° 20033738); no obstante lo cual "Como enseña Orgaz, la responsabilidad que corresponde atribuir al principal por el hecho de su dependiente: '\constituye sólo una solución provisional y parcial, reducida a la

relación con la víctima. Es una responsabilidad objetiva, dentro de ésta órbita limitada: la ley, por razones prácticas y de justicia, constituye al principal en garante ante las víctimas de las culpas de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones. En este campo de las funciones, el dependiente no es más que una prolongación del patrón mismo; jurídicamente es éste, en realidad, quien obra por intermedio de su dependiente...” (cita en autos “Jalfen Diego c. Select Automotores S.A. s. Ordinario”, de la Cámara de Bs. As., registro n° 22.097/08, de fecha 07/06/11).

Asimismo, en forma concordante con probanzas de la causa, y respecto de la carencia de documentación o prueba alguna que desacredite la vinculación que hasta aquí he venido sosteniendo, tampoco constan los remitos “de la báscula de destino” que se prevén en la cláusula séptima y que, de conformidad con la cláusula quinta, los mismos resultaban necesarios para dar cumplimiento a esa cláusula, puesto que dispone que: “Para la conformidad de los viajes realizados se procederá de la siguiente forma: a) Viaje con fruta: Una vez pesada la carga “EL CONTRATISTA” confeccionará su remito, indicando el origen del viaje, destino final, el kilometraje recorrido y el peso exacto acusado por la balanza. Para el caso en donde se le indica un destino y al llegar a ese se le diera otro, se conformará el remito en el primer destino y al llegar al nuevo destino en el mismo remito se conformará la finalización del viaje. La finalidad de éste procedimiento, es reconocer el mayor kilometraje realizado por “EL CONTRATISTA”...”.

Llama poderosamente la atención que, habiendo estado pactada la obligación de realizar los remitos con la información que debían contener, y los fines especificados, siendo que hacía a la conformidad de los viajes realizados, y en consecuencia, al pago de los mismos, no hayan sido presentados los que debieron ser confeccionados. Sólo obran en la causa copias de la facturas realizadas por Transfrut S.H. a Expofrut S.A. fs. 100/219-, sin contar con la documentación que hubiese servido de respaldo. Es claro al respecto el perito contador, en la explicación de fs. 239, producto de la observación realizada por los letrados de la empresa transportista a fs. 225/226, a la presentada a fs. 218/219, en los autos que obran acumulados a los presentes -“Cárdenas Martínez M. Cecilia y Alfaro Cariqueo Hugo Hernán c/Rojas Ricardo Ariel y Otros s/Daños y Perjuicios”-. Del mismo surge, en referencia a Transfrut S.H., que: “No se pudo contar con los remitos que dieron lugar a las facturas, por lo que nada se puede decir relacionado con quién era el remitente, quién era el destinatario, qué transportaba el camión, si eran bins vacíos o llenos, qué era lo que contenían los bins transportados, etc... No se encuentran

los remitos de aquella época particular”. Expone que sólo pudo contar para realizar el informe, con la información que surge del “Subsidiario de ventas”, respecto del cual manifiesta: “...se extrae que todas las facturas que la sociedad emitió durante el mes de febrero de 2004 lo fueron a Expofrut S.A...”.

En situaciones similares a las que al producir tal medio probatorio se han obtenido las mismas consecuencias infructuosas, ésta Cámara ha dicho que: “De todo lo expuesto se observa y puede concluirse sin hesitación, que la carencia de datos fidedignos acerca de las operaciones bancarias...se debe principalmente a la actitud elusiva del demandado, que sistemáticamente rehusó proporcionar a los dos peritos contadores intervinientes documentación contable que permita verificar la realidad de las operaciones denunciadas por la actora, lo que constituye una presunción en su contra a la luz de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual quien se encuentra en mejores condiciones para robar debe hacerlo con independencia de su condición de actor o demandado...”, añadiendo en el mismo fallo que: “...puede afirmarse que el demandado no prestó colaboración alguna, cuando era quien en mejores circunstancias se encontraba para explicar los movimientos de fondos y las explicaciones que se le requerían, y siendo ello así resulta de aplicación la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, aceptada por la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia. En su artículo “La conducta procesal de las partes y los medios de prueba”, dice Inés Lépori White que es posible acudir a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, valorando la conducta procesal de las partes haciendo recaer la carga de la prueba en la parte que se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, o que esté en mejores condiciones técnicas o fácticas de hacerlo, o en mejor situación de aportar elementos tendientes a la solución del caso (Peyrano y Acosta, “Valoración judicial de la conducta procesal, pág. 141)” (en autos “G. D. c/ R. H. F. s/Ordinario”, de fecha 25/04/10). Concordante con ello, en autos “Martínez Ana c/Argibest S.A. s/Sumario”, expusimos que: “...de esta situación deriva la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en virtud de la cual la demandada, debió acompañar la documental para que el perito contador lograra esclarecer los puntos sometidos a evaluación. En cuanto a la consideración por parte de la demandada de que la aplicación de dicha teoría viola la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia, la doctrina tiene dicho “Si bien el principio es que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias, sin embargo la carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según

fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. Debe acotarse a aquellos casos donde su empleo tenga por finalidad la de impedir una injusticia flagrante o remediar una decisiva imposibilidad o grave dificultad probatoria, se trata de una herramienta excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva. Pero a su respecto no se puede sustentar una objeción de inconstitucionalidad con relación al sistema adoptado en un caso dado por el legislador a menos que él fuera claramente irrazonable y pusiera a los interesados en imposibilidad o en grave dificultad de defender sus derechos. La sola circunstancia de que la Ley o el Derecho invierta la carga de la prueba, no es suficiente para considerar que se haya configurado alguna de estas situaciones de excepción.” Enrique M. Flacón, Tratado de Derecho Procesal Civil y comercial- Tomo II, Pág. 696” (Expte. 1176-SC, de fecha 07/04/09).

De esto se desprende que es infundado el agravio vertido acerca de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. En realidad, resultan contundentes las relaciones hasta aquí desarrolladas, motivo por el cual, la referencia al mentado instituto es al sólo efecto de desvirtuar tales consideraciones, puesto que las empresas involucradas eran las que contaban con la documentación que -en todo caso- podía desmerecer las conclusiones a las que se llegó y, por ende, variar la atribución de responsabilidad en mérito a su consideración. Es pertinente, por lo tanto, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de la prueba compartida para asignar el “onus probandi” a la parte que se encuentre en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas de probar un hecho determinado, teniendo en cuenta la dificultad que representa para la víctima acreditar la relación existente entre las codemandadas aquí involucradas. Producto de ello, es posible, en virtud del art. 165 inc. 5 del CPCyC recurrir a las presunciones, que constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados, y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Tal como se da en esta causa.

Ante la carencia de probanzas que sobre ellas pesaba a los fines de sostener sus posturas defensoras, los hechos que han sido probados son, en consecuencia, que: el Sr. Rojas conducía un vehículo para la empresa Transfrut S.H., que el mismo se encontraba al servicio de Expofrut S.A. (fs. 90/93); y que el giro de la primera de las empresas era

absolutamente dependiendo del de la segunda.

Ahora bien, respecto de la pretendida defensa sobre que el transporte había sido contratado por el productor Toschi, consta en la causa, el remito n° 043188, a fs. 774, librado en fecha 25/02/04, a nombre de Expofrut S.A., incorporado en el cuaderno de prueba de dicha empresa de donde surge que el destinatario de la fruta es Expofrut. A su vez, a fs. 775/779 obra el contrato de compraventa de peras y manzanas celebrado entre Expofrut S.A. y el productor Toschi. De tal documento se desprende que: el vendedor compromete la comercialización de la totalidad de la fruta de las chacras que se detallan, con Expofrut; que debe entregar a la empresa, para su posterior comercialización, la fruta de su propiedad (cláusula primera); que el vendedor se obliga a entregar la fruta en el galpón de empaque de Expofrut, en las cantidades diarias que la misma indicará, y que la cosecha y el flete de la fruta son a cargo del vendedor (cláusula segunda). Asimismo, se prevé que Expofrut podrá entregar al vendedor, a su pedido, y en calidad de depósito, la cantidad de cajones bins de madera, necesarios para la normal recolección de la fruta, los que serán devueltos en buen estado por el vendedor una vez realizada la cosecha; que el único destino que el vendedor podrá dar a los bins provistos por Expofrut, será el de cosechar las frutas de sus chacras para entregarlas en el galpón de empaque y/o en los frigoríficos que este indique (cláusula sexta). Por último, la cláusula decimocuarta expresa que las partes reconocen que el compromiso de las partes descriptas es esencial para la actividad exportadora que Expofrut desarrolla, y que tiene en cuenta compromisos asumidos por ésta con el exterior. De esto se deduce pues, que toda la actividad desplegada, tanto por Toschi como por Transfrut, hacen a las necesidades y directivas de Expofrut S.A., manteniendo ésta última una postura claramente dominante respecto de las dos primeras, por lo que mal puede pretender desvincular su responsabilidad, manifestando la independencia de la actividad de la empresa transportista, y que el productor de frutas era el dueño de la misma, y responsable del transporte, puesto que nada de ello es lo que surge de los contratos traídos al caso, celebrados entre las personas aquí señaladas.

Con lo expresado en el párrafo anterior quiero destacar, además de la postura dominante y la funcionalidad del productor para con la operatoria de la empresa Expofrut S.A., ya que el primero debía adaptarse al giro de ésta última, y si bien del texto del contrato surge que el flete es a cargo del vendedor, también que Expofrut podrá entregar en depósito los bins al mismo, lo que prueba hasta qué punto éste era integrado al esquema productivo de aquella.

Por otra parte, no se puede pretender que la única interpretación de la expresión “a cargo” en referencia al flete de la fruta tal como pretende la cocontratista recurrente- sea que éste el productor-, debía contratarlo y responder por ello, pues “a cargo” refiere también a quien afronta el pago, máxime, si se tiene en cuenta la referida posición dominante de la empresa sobre el vendedor, como he concluido.

Sumado a ello, no se puede establecer una operatoria única por parte de la empresa, de conformidad con lo que surge de las testimoniales. Así, a fs. 760/761 testigo Mariasch surge que lo que dice lo sabe de acuerdo a lo que ve desde que trabaja con Expofrut, expresando que: “...la fruta que entregan los productores siempre sale de la chacra a cargo del productor. El productor se hace responsable desde que la fruta sale hasta que llega al galpón, después ya se entregó. Expofrut no retira la fruta de la chacra, me consta de los casos que conozco...el productor retira su fruta y la entrega el lugar que indica Expofrut”, pero a su vez, cuando se le pregunta si la empresa impone a los productores exigencias al momento de seleccionar los camiones con los cuales se efectúa el flete, dice que: “...en mi caso nunca me han exigido porque siempre he cumplido con las normas de seguridad, seguro. Yo contrato el flete... Expofrut no tiene que exigirme algo que es responsabilidad mía...” (el subrayado me pertenece).

A su vez, en similares términos, a fs. 784 obra respuesta de San Formerio S.R.L., que expone: “Lugar donde se efectuó la entrega de la fruta: planta de San Formerio S.R.L. Se tomó a cargo nuestro el transporte: si, con transporte de tercero”. Curioso resulta notar al respecto, que tal como obra a fs. 131, existe una factura, N° 0001-00000422, de fecha 10/02/04, emitida por Transfrut S.H. a Expofrut S.A., que expresa como destino a “S. Formerio”.

Amén de ello, a fs. 783, consta respuesta de P.P. Frutas Gato Negro S.A. que dice que: “1) Se ha entregado fruta embalada del frigorífico de n/empresa en Cipolletti, retirados por Expofrut S.A. 2) Se han entregado fruta en bins, de chacras de n/empresa, en Cinco Saltos, Gral. Enrique Godoy y Chichinales, retirados por Expofrut S.A. 3) Se ha entregado con camiones de n/empresa en establecimientos de Expofrut S.A., en: Allen... y en Cipolletti...” (el subrayado me pertenece).

Con todo ello, concluyo que no se desprende de la redacción del contrato, y de conformidad con las informativas citadas, que la elección del medio de transporte fue “por cuenta y riesgo” del productor de frutas, sino todo lo contrario. Máxime si insisto- surge del remito invocado que el Sr. Toschi, por medio del conductor y del vehículo participantes del siniestro, enviaba el día del fatídico accidente la fruta a Expofrut, y que

el cartel que llevaba el camión corrobora que la empresa Transportista Transfrut S.H. estaba al servicio de Expofrut S.A. Tal es la relación que no ha sido desvirtuada por las empresas codemandadas. No resulta un dato menor, que los bins o contenedores para transportar la fruta que se encontraban en el camión, eran propiedad de la segunda de las nombradas, lo que aporta un elemento más en la misma dirección.

Todas estas conclusiones, tal como vengo sosteniendo, no han sido desvirtuadas por las recurrentes, siendo ellas las que se encontraban en mejores condiciones de acreditar las situaciones aludidas, más aún si, siendo empresas comerciales, a todo evento sociedades, debieron llevar un registro de las modalidades con las que operan. Al no haberlo hecho, contribuye a crear las presunciones de certeza conforme el art. 163 inc. 5- contrarias a sus pretensiones. Y es por las consideraciones vertidas ut supra, que propongo rechazar los agravios en cuestión.

En consecuencia de ello, deviene abstracta sin resultar necesario el análisis de la procedencia, o no, del recurso que ha intentado deducir- la apelación adhesiva introducido por la demandada, contra la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas efectuada por el a quo, por la mismas razones arriba expuestas”.

Así las cosas, se rechazan los agravios vertidos por Expofrut S.A. y Transfrut S.H. -y sus socios-, confirmando la condena impuesta en la Instancia de Grado.

Resuelto lo que antecede procederé a tratar los agravios que versan respecto a los rubros indemnizatorios concedidos por el a quo a la parte actora.

El primero de ellos, resulta ser el monto por el que ha procedido el rubro “lucro cesante”. Manifiesta Expofrut S.A. que si hay destrucción total del rodado, no tiene significancia el hecho de que el vehículo haya quedado a disposición de las autoridades por el tiempo que sea, sumado al monto tomado por el a quo para el cálculo y del porcentaje detraído en concepto de gastos. Transfrut S.H. por su parte se agravia del plazo por el que el Magistrado tomó la indisponibilidad del vehículo -6 meses, cuando entiende que debió ser por 2-, y que debe deducirse, al menos, el 35% en concepto de gastos al rubro en cuestión.

En primer lugar señalo que la doctrina ha entendido que: “Se ha juzgado que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se ve efectivamente privado el damnificado a raíz del ilícito o del incumplimiento de la obligación. Ello implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama, la prueba de su existencia” (cfme. M. López Mesa-Felix A. Trigo Represas, “Tratado de la

responsabilidad civil” Cuantificación del daño. Ed. La Ley, Año 2006). En suma, el hecho lesivo le produce a la víctima la frustración de un enriquecimiento patrimonial legítimo, por lo que el daño consiste en la ganancia de la que se ve privado el damnificado.

El mentado lucro no se presume, por lo que quien pretenda su resarcimiento debe acreditar fehacientemente su existencia, bien que se admite la apreciación prudencial del tribunal también, a partir de cierta base probatoria. Así, se ha dicho que: “Aun cuando es cierto que el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto, debe aclararse que tales dudas sólo son enervatorias de su reconocimiento cuando afectan al hecho mismo de su existencia o producción, no cuando afectan al quantum, sin que se olvide que, entre la demostración absoluta y segura de que el lucro se iba a obtener y el reconocimiento de la indemnización en todo caso en que fuera meramente posible la ganancia, media la ponderación de las circunstancias de cada asunto y la razonable verosimilitud que es la que, en atención a todos los elementos probatorios aportados, conducen a la convicción de que el lucro se produjo, aunque su cuantificación deba dejarse en función de la prueba...” (Lopez Mesa, Trigo Represas. Ob. Cit.). A su vez, la ponderación de las ganancias frustradas genera investigaciones fundamentalmente prospectivas, de la ventaja que estaba por venir. Su determinación es una operación intelectual, promovida mediante juicios de valor, que suele requerir la reconstrucción de la hipótesis de lo que podría haber ocurrido. “El mecanismo entonces, para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso. Se aplica al caso el principio establecido en el art. 901 del Código Civil, que no es otro que el principio de normalidad: la pauta para juzgar si el lucro cesante es resarcible o no, la da el curso normal y ordinario de las cosas; si normalmente era probable que el lucro se efectivizara, el daño será resarcible, no siéndolo en caso contrario” (López Mesa, Trigo Represas. Ob. Cit.). Tal como lo señala Eduardo Zanoni, “...el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio del damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir título, al tiempo en que acaece el eventus damni...” (“El daño en la responsabilidad civil. Ed. Astrea, p. 74).

Si bien como todo daño lo requiere, para ser resarcible debe ser cierto y encontrarse probado, sobre la acreditación concreta de la pérdida producida, considerando al efecto el tiempo durante el cual la víctima estuvo alejada de su actividad, y el promedio de

ingresos que obtenía, no menos cierto resulta que ante la carencia o insuficiencia de prueba en cuanto a su dimensión el art. 165 CPCyC permite que los jueces de manera razonada y concreta, establezcan la misma conforme a su arbitrio, a los fines de cuantificar la indemnización. Conteste con esto ha dicho la jurisprudencia que: "...la existencia del daño está probada, pero no su alcance patrimonial, por lo que corresponde al arbitro judicial evaluarlo..." (jurisp. Cit en "Revista de derecho de daños" Determinación judicial del daño TII, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2005-3).

Expuesto lo que antecede, me adelantaré en pronunciar que respecto de la apelación de las demandadas sobre este rubro lucro cesante-, me inclino por hacer lugar a la misma, bien que de modo parcial.

En primer lugar, porque resulta errónea la postura de Expofrut S.A. en cuanto a los ingresos que cabría computar como ingreso base que obtienen los dueños del taxi por la actividad aspecto no apelado por la actora , pues en el período inmediato posterior al accidente, en lo que se infiere de la pericial contable obrante a fs. 218/219, los ingresos de los dos meses previos al siniestro alcanzaron a la suma de \$1.500.- en cada uno. Asimismo, es dable suponer que en los meses posteriores, en el transcurso del año 2004, dada el alza general de la economía, se produjesen ingresos aún superiores, los que estimo prudencialmente en un 20% promedio, es decir, que el ingreso computable al efecto es de \$1.800 por mes para el período en disputa. En ese mismo sentido ha sostenido la jurisprudencia que: "...el vehículo dañado es un automóvil taxímetro... por consiguiente, por la actividad a que estaba destinado el bien, el monto del perjuicio sólo puede determinarse en forma estimativa, la condena indemnizatoria es procedente en virtud de lo dispuesto en el art. 165 del Cód. Procesal" (CNAp. en lo Civil, sala D, "Sguerra Antonio c. Navas V. y otro"). Conforme con ello, Zavala de González M. ha dicho que: "...el lucro cesante se establece casi siempre a partir de un razonamiento inferencial sobre la base de la prueba de la actividad productiva que se desarrollaba, de las ganancias que así se lograban y del impedimento temporal para continuarla, se concluye en que los beneficios habrían subsistido durante ese período de no haber sucedido el hecho" (cfrme. Aut. Cit., "Daños a los automotores", T1. Ed. Hammurabi).

Ello no obstante, llevan razón las codemandadas recurrentes, cuando advierten que se deben descontar también los gastos inherentes al salario del peón, tal como los hemos estimados en autos "Mendoza", acumulados a los presentes. En efecto, en el mentado expediente hemos dicho que el salario del peón era de \$ 679,96.- (SAC incluido). Descontado ello, y teniendo en consideración los \$1.800 pesos de ingresos señalados en

el párrafo anterior, corresponde además detraer el 30% de los gastos operativos receptados jurisprudencialmente, tal como es sabido: "...para fijar la indemnización debe tenerse en cuenta que corresponde disminuir la cuantía de los gastos lógicos y previsibles inherentes al mantenimiento, que no se soportan durante el lapso de indisponibilidad (combustibles, lubricantes, neumáticos, etc.), aunque existan otros que continúan devengándose (impuestos, patentes, seguros, etc.), todo lo cual permite valorar esa reducción en un porcentaje promedio del 30%" (CNA.Civ., Sala A, e/a: "Langone, Guillermo c/Soto, Daniel s/Sumario"). De conformidad con lo expuesto, el cálculo arroja una utilidad neta de \$580.- como ganancia mensual, por los 6 meses estimados en el escrito de demanda.

Esto, más allá de lo que alegan las apelantes sobre la prueba de la indisponibilidad. En efecto, lo probado aquí es que la víctima la que no pudo contar con el dinero equivalente necesario para continuar con la explotación de su actividad, independientemente de que ello fuera producto de la realización de las pesquisas tendientes a la averiguación de la mecánica de los hechos, puesto que ello también es consecuencia del siniestro acaecido. Si bien, como dicen las apelantes, el vehículo no estuvo disponible por la actora por el mencionado motivo, lo cierto es que tampoco revestía significación jurídica, puesto que el vehículo presentaba "destrucción total", y el único modo de disponer del medio para trabajar, era comprarlo o alquilarlo. Es allí en donde se justifica el período de 6 meses considerado por el a quo para el cálculo período que pudo ser aún mayor-, puesto que el auto se encontraba en dichas condiciones, habiéndose privado a sus dueños de ejercer su actividad sin que nadie repusiera el vehículo en cuestión, y que existiera prueba en contra sobre ello. Así, se ha dicho que: "...lo que se trata de indemnizar es la imposibilidad material de utilizar el vehículo siniestrado durante un lapso determinado, sobre todo en los casos en que aquél no estaba destinado para actividades de esparcimiento, sino a la explotación de una actividad productiva. (...) Precisamente, como surgen de los hechos que dan sustento al caso, éste es el supuesto que se verifica en el expediente, pues el automotor había sido destinado por su propietario para explotar el servicio de transporte de pasajeros y, a raíz del accidente, es lógico que la finalidad no pudo ser cumplida, y que ese medio de transporte quedó fuera de servicio (...). En efecto...mediante este rubro lo que se busca es resarcir al damnificado por la inutilización del vehículo y por las ganancias que se vio privado de obtener..." (cfme. TSJ Provincia de La Rioja, en "Hualampa Manuel y Otro", publicado en La Ley). "De allí que dicha indemnización sólo ha de cubrir en

principio, la privanza provocada por el normal y razonable tiempo que demande ubicar y comprar otro vehículo en reemplazo del destruido” (Cfme. Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Bs. As., Cámara 01, Sala 3, in re “Tossi”).

No parece pues, excedido ni irrazonable el período en cuestión, puesto que producto de la destrucción total del vehículo, entre la realización de los trámites y requerimientos propios del siniestro, sumado al tiempo que hubiese llevado a la adquisición de un nuevo vehículo, el plazo estimado resulta ser prudente al efecto. En todo caso, debieron ser las demandadas las que probaran que el lapso pudo ser menor. Concordante con esto, tal ha sido el criterio sentado por nuestro STJ, en autos “Traffix Patagonia S.H. c/INVAP S.E. s/Daños y Perjuicios”, de fecha 15/10/2008, en donde ha fijado, a demás, un período de 10 meses a los fines de computar el rubro en cuestión.

Estimo en consecuencia, que el presente rubro, “lucro cesante” prospera por la suma de \$3.480, con más los intereses en base a la tasa Mix hasta el 27 de Mayo de 2010 y de ahí en más la tasa activa del BNA, tal como sostiene la doctrina “Loza Longo” de nuestro STJRN, lo que así propongo.

Resuelto lo que antecede, me avocaré al tratamiento del agravio introducido por Transfrut S.H. sobre el valor del vehículo Fiat Duna concedido por el a quo a la actora. Adelanto mi opinión acerca de que el mismo debe prosperar.

Ello por cuanto como bien dice la recurrente, el valor concedido por el a quo es de fecha Junio de 2006, cuando el valor que tenía un auto, con las características señaladas, a la época del siniestro, resultaba ser menor. Así, pues: “...la destrucción total de un vehículo es un daño consolidado económicamente, por lo que no cabe "saltar" el tiempo transcurrido hasta la sentencia. El valor es el que históricamente tenía el vehículo” (cfme. C.A. Civ. y Com. La Plata, Buenos Aires, Cámara 1, Sala 09, “Tossi, Julia M. C. c/ Turco, Diego y/o Línea 518 s/ Daños y perjuicios”, 18 de Abril de 2002). Sucede que, tal como surge de la base de datos de AFIP, a los fines de la cuantificación del valor de los bienes personales para la determinación del impuesto que grava tal rubro, dicho valor era de \$11.000, por lo que corresponde que el coste del vehículo sea establecido en dicha suma.

Prospera también el agravio sostenido por la codemandada Transfrut S.H., en cuanto a la deducción del monto que pudieran valer los restos del automotor como “chatarra”, desde que ellos poseen valor, y que los mismos han quedado a disponibilidad del actor. Ahora bien, para cuantificar su monto, debe tenerse en cuenta que para hablar de destrucción total, (conforme a la pericial accidentológica de fs. 232/234), "el valor de

realización de los restos de la unidad siniestrada no debe superar el 20% del valor de venta al público al contado en plaza del vehículo asegurado" (cfme. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial, de la Capital Federal, en autos "Jack, Omar c/Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ Ordinario"). Sabemos entonces que existe destrucción total cuando el valor total de los restos no excede el 20% del valor de reventa del mismo, pero considerando las constancias de la causa surge que los restos del vehículo siniestrado presentaban tan grave estado de destrucción que, no habiéndose aportado datos sobre el aprovechamiento de los restos, cabe estimar prudencialmente el valor de simple chatarra en el 10% del valor que he determinado respecto del automotor siniestrado.

Así las cosas, producto de que el valor del Fiat Duna, modelo señalado, a la fecha del accidente, era de \$11.000, debiendo detrarse de esta suma, el 10% correspondientes al valor de la chatarra a la que ha sido reducido el mismo, el daño material debe proceder por la suma de \$ 9.900.-, con más los intereses a tasa Mix hasta el día 27/05/10, y de allí la tasa activa del BNA, conforme los precedentes "Calfín" y "Loza Longo", lo que así propongo.

Resta tratar el agravio en que coinciden las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., respecto a la suma concedida por el a quo a los accionantes, en concepto de "daño moral", adelantando sobre esto, que voto por su rechazo.

Ello, por cuanto más allá de que las codemandadas no logran descalificar la decisión del a quo, limitándose sólo a disentir sobre la concesión del rubro en cuestión, no puede decirse que los actores no hayan padecido "daño moral". Esto, habida cuenta de que dicha aflicción resulta ser una modificación disvaliosa del espíritu, que bien puede consistir en profundas preocupaciones, estados de irritación y demás, que afectan el equilibrio anímico de una persona, alterando su bienestar psicofísico, por una acción atribuible a otra. Y en el caso de autos, esto se ha producido. Los actores han padecido tales aflicciones, derivadas del luctuoso suceso en el que han perdido la vida su chofer, sus pasajeros, se destruyó su vehículo y se vieron privados de ingresos, siendo sometidos a procesos legales por muchísimo tiempo. Concordante con esto, la jurisprudencia ha dicho que: "La compensación por daño moral tiene el mismo carácter resarcitorio que la indemnización del daño material o patrimonial y tiende a reparar el quebranto, privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos" (cfme. Cám. Ap. en lo Civil y

Comercial de La Plata, Buenos Aires, Cámara 01, Sala 03, en autos: “Tossi, Julia M. C. c/ Turco, Diego y/o Línea 518 s/ Daños y perjuicios”, de fecha 18/04/02; “Ahrtz, Ivo Alejandro c/ Milichio, Orestes s/ Daños y perjuicios”, de fecha 13/06/06). Corresponde pues, confirmar la suma de \$2.000.- concedida en la instancia de grado, lo que así propongo.

Por último, a los fines de dejar expresamente dirimida la cuestión, que hace a los intereses aplicables a los rubros concedidos, es dable señalar que a la época del dictado del fallo de grado, la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia in re “Loza Longo” no había sido aún pronunciada, lo que explica la decisión del a quo, sin perjuicio de que compartimos su aplicación, por sus mismos fundamentos, y el valor material de los fallos del STJRN, a la luz de la nueva redacción del artículo 43 de la ley 2430. Ahora bien, tal doctrina implica que se debe diferenciar entre deudas de dinero y deudas de valor. En el primer caso, resultan de aplicación la tasa mixta (promedio de activa-pasiva) del Banco de la Nación Argentina conforme criterio del STJRN sentado en causa “Calfin c/ Murchinson” hasta el 27-05-2010, y a partir del 28-05-2010, la tasa activa del BNA, según el precedente “Loza Longo, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago de lo estimado en la sentencia. En tanto que si se trata de deudas de valor dependerá la tasa aplicable del momento elegido por el sentenciante para estimar ese valor. En efecto, si, como estamos practicando en autos, la valoración del daño moral se está haciendo al tiempo del dictado de la sentencia de primera instancia, entonces corresponde asignar una tasa anual del 6% desde la fecha de acaecido el daño y hasta la fecha del dictado de sentencia, desde allí y hasta el 27 de Mayo de 2010 la tasa mix y desde esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.

Por todo lo cual corresponde la aplicación de los intereses en base a lo aquí dispuesto, y de conformidad a lo establecido al determinar puntualmente cada rubro.

Prospera entonces la demanda, por la suma de \$15.380.- a favor de los actores María Cecilia Cárdenas Martínez y Hugo Hernán Alfaro Cariqueo.

Atento al principio de reparación integral, corresponde imponer las costas a las codemandas perdidosas (arts. 68 CPCyC), correspondiendo readecuar los honorarios por las labores realizadas en primera instancia.

A su turno para la regulación de los letrados de las codemandadas, y atento al litisconsorcio pasivo existente, conforme art.12 Ley 2212, corresponde incrementar en un 20% el monto base.

En función de ello, propongo adecuar los honorarios de los letrados intervinientes, por

su actuación en primera instancia, del siguiente modo: los de la parte actora, Dres. Horacio Kreitman Badell y Romina Cabello, en conjunto, en carácter de patrocinantes en la suma de \$ 2.307.- (m.b.: \$ 15.380.- x 15 %), (cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 19 y ccdds. L.A.), y Dr. Enrique Raúl Quiroga en la suma de \$ 923 (40% del patrocinio cfme. Art. 10 L.A.); los de la codemandada Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, Dres. Alejandra Carla Brunetti y Juan Luis Brunetti, en doble carácter, se fijan en conjunto en la suma de \$ 1.421.- [(m.b.: \$ 18.456/ 2) x 11% + 40% por apoderamiento], cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 19 y ccddes. L.A.; los de la codemandada Expofrut S.A., Dres. Justo E. Epifanio, Adolfo Bonacchi y Joaquín N. Garro, como patrocinantes en conjunto la suma de \$ 1.015.- (m.b.: (\$ 18.456,- / 2 x 11%), correspondiendo el 50% al primero de los nombrados y el 25% a cada uno de los restantes, y la de pesos 406.- a favor del Dr. Hugo Raúl Epifanio en su calidad de apoderado, cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 19 y ccddes. L.A.-

Adequar los honorarios del perito Contador, Dr. Horacio Julio Muñecas, en la suma de \$461 (coef.: 3% MB) y los del perito accidentólogo, Lic. Enrique Guillermo Lacava, se establecen en la suma de \$ 307 (coef.: 2% MB).

Tal mi voto.

Los Dres. Alfredo D. Pozo y Raúl Fernando Santos, adhieren al voto precedente por sus mismas razones fácticas y argumentaciones jurídicas.

En mérito a ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos por las codemandadas Expofrut S.A., Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, modificando el monto de condena en lo que se refiere al daño material y al lucro cesante, los que se establecen en la suma de \$ 9.900.- y \$ 3.480, respectivamente, con sus correspondientes intereses, conforme se establece en los considerandos.-

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto respecto del cálculo de los intereses por daño moral, estableciendo que para tal rubro, se aplicará un interés del 6% anual desde la fecha de acaecido el daño y hasta la fecha del dictado de sentencia, desde allí y hasta el 27 de Mayo de 2010 la tasa mix y desde esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del Banco de la Nación Argentina.-

III.- Costas en ambas instancias a las codemandadas Expofrut S.A. y Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba (cfme. Art. 68 CPCyC).-

IV.- Adequar los honorarios de los letrados intervinientes, por su actuación en primera

instancia, del siguiente modo: los de la parte actora, Dres. Horacio Kreitman Badell y Romina Cabello, en conjunto, en carácter de patrocinantes en la suma de \$ 2.307.- (m.b.: \$ 15.380.- x 15 %), (cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 19 y ccdds. L.A.), y Dr. Enrique Raúl Quiroga en la suma de \$ 923 (40% del patrocinio cfme. Art. 10 L.A.); los de la codemandada Transfrut S.H., Carlos Ancatén y Omar Bellabarba, Dres. Alejandra Carla Brunetti y Juan Luis Brunetti, en doble carácter, se fijan en conjunto en la suma de \$ 1.421.- [(m.b.: \$ 18.456/ 2) x 11% + 40% por apoderamiento], cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 19 y ccddes. L.A.; los de la codemandada Expofrut S.A., Dres. Justo E. Epifanio, Adolfo Bonacchi y Joaquín N. Garro, como patrocinantes en conjunto la suma de \$ 1.015.- (m.b.: (\$ 18.456,- / 2 x 11%), correspondiendo el 50% al primero de los nombrados y el 25% a cada uno de los restantes, y la de pesos 406.- a favor del Dr. Hugo Raúl Epifanio en su calidad de apoderado, cfme. arts. 6, 7, 8, 9, 10, 12, 19 y ccddes. L.A.-

V.- Adecuar los honorarios del perito Contador, Dr. Horacio Julio Muñecas, en la suma de \$461 (coef.: 3% MB) y los del perito accidentólogo, Lic. Enrique Guillermo Lacava, se establecen en la suma de \$ 307 (coef.: 2% MB).-

VI.- Regular los honorarios por las actuaciones en Alzada, en el 27% a los letrados de las codemandadas perdidosas, conforme a los puntos a) y b) de la regulación anterior, y en el 30% a los letrados de la parte actora, de conformidad con las regulaciones fijadas por las tareas de Primera Instancia (cfme. Art. 15 L.A.).-

VII.- Regístrese, notifíquese, y oportunamente vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. Jorge E. Douglas Price, Alfredo D. Pozo y Raúl F. Santos, por ante mí, que certifico.-

Alfredo D. Pozo Jorge E. Douglas Price Raúl F. Santos
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Marcelo A. Gómez
Secretario de Cámara

Subrogante