

Incumplimiento Del Contrato De Mantenimiento De Ascensores

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento del contrato de mantenimiento de ascensores

En el marco de una acción de daños y perjuicios derivados de la caída de un ascensor con personas en su interior seis meses después de haber sido instalado, se confirma la sentencia que condenó solidariamente a la empresa vendedora del ascensor y a la encargada de mantenimiento.

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de junio de dos mil dieciocho, se reúnen los Señores Jueces de Sala D de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?TORRES DEL LIBERTADOR S.A. c/ ASCENSORES GUILLEMI JOAQUÍN S.R.L. Y OTRO s/ ORDINARIO?, registro n° 21894/2010/CA1, procedente del Juzgado n° 2 del fuero (Secretaría n° 3) en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Vassallo y Heredia.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 1145/1161?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Garibotto dijo:

I. La litis y la sentencia de primera instancia.

Los hechos y el derecho en que las partes sustentaron las posturas que asumieron aparecen suficientemente relacionados en la sentencia en revisión.

i. Alcanza, pues, con señalar que Torres del Libertador S.A., propietaria del edificio sito en Virrey Ceballos ... de esta ciudad, demandó a Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. y a Ascensores Guillemi Orge S.R.L. por resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de compra e instalación de un ascensor hidráulico que, a los pocos meses de haber sido colocado se desplomó con seis personas en su interior.

Lo pretendido fue \$ 125.970 por reemplazo de ascensor, \$ 129.224,50 por mano de obra y materiales de adecuación de las instalaciones, y \$ 297.530,10 por lucro cesante; demandó también la incorporación de las sumas de dinero a que sea condenada a sufragar derivadas de las acciones de daños ocasionados a los trabajadores; y pidió se le indemnizara del daño moral que calculó en el 10% del monto de demanda.

ii. Ascensores Guillemi Orge S.R.L. lógicamente resistió la pretensión y opuso excepción de falta de legitimación activa.

También lo hizo Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. quien igual excepción introdujo, aunque basada en diversa argumentación y, además, solicitó la citación en garantía del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Finalmente, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tomó la intervención que le fue discernida.

iii. El primer sentenciante rechazó, con costas a sus introductoras, ambas excepciones; rechazó también la demanda respecto del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas que impuso a la citante; admitió parcialmente la demanda y, por ende, condenó solidariamente a Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. y a Ascensores Guillemi Orge S.R.L. a pagar a la actora \$ 125.970 con más intereses; y distribuyó las costas en un 70% a cargo de ésta y el resto a las demandadas.

En lo que se refiere a la excepción de falta de legitimación activa introducida por Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. que se fundó en la ausencia de acreditación, por la actora, de su carácter de propietaria del edificio ubicado en la calle Virrey Ceballos ... de esta ciudad y en que, dado que el artefacto se hallaba destinado a ese inmueble sería el consorcio el legitimado para demandar, el señor juez señaló que esa codemandada reconoció haber contratado la provisión del ascensor con Torres del Libertador S.A.; aludió a cuando sobre este asunto emerge de la prueba pericial contable y, con ese sustento, desechó el argumento fundante de la defensa.

Respecto de igual defensa interpuesta por Ascensores Guillemi Orge S.R.L. que sostuvo haber celebrado un contrato de mantenimiento del ascensor con el Consorcio del Edificio Virrey Ceballos ... y no con la iniciante, el juez a quo consideró que esta última había afirmado tajantemente ser la propietaria del inmueble y negado la existencia de la figura amparada por la ley 13.512; que tal cosa era presumible dado que el edificio habíase destinado a alquiler de oficinas y no a viviendas y, por último, que la excepcionante no demostró lo que aseveró y que emitió las facturas a nombre de la actora, que dirigió al domicilio social de ésta, sito en la avenida Belgrano ..., ... piso, de esta plaza.

De seguido el sentenciante analizó el contenido de los dos contratos que ligaron a las partes del juicio y encontró que en aquél n° ... anudado entre Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. y la actora habíase pactado la contratación automática del servicio de mantenimiento; por esto, tuvo por demostrada la íntima vinculación de este contrato con aquél n° ... ?de Mantenimiento Básico? que unió a la iniciante con Ascensores Guillemi Orge S.R.L.; y después de mencionadas ciertas coincidencias de nombres y domicilios en uno y otro contrato, de advertido que el socio fundador de Ascensores Guillemi Orge S.R.L. es el señor Joaquín Ricardo Guillemi junto con Claudio Fernando Orge, que la actividad principal de ese ente jurídico es la instalación de ascensores y montacargas y la secundaria la ejecución y mantenimiento de las instalaciones, y de analizado el contenido de la declaración testimonial vertida por un ingeniero civil, el señor juez concluyó que no sólo cupo rechazar la excepción de falta de legitimación opuesta por Ascensores Guillemi Orge S.R.L. sino, también, el argumento propuesto por Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. para fundar la inexistencia de garantía que amparara la contratación.

Juzgado esto, el a quo examinó un informe elaborado por el ingeniero electromecánico

Tramaglia, otro informe proveniente del I.N.T.I., las conclusiones a las que arribó la Superintendencia Federal de Bomberos en el quicio de la causa penal ?Mora, Eduardo Luis s/ art. 94? y el dictamen producido por el perito mecánico designado en las actuaciones, y con esa base concluyó que ninguna responsabilidad cupo endilgar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y, sustentado en lo actuado en la mencionada causa penal atribuyó a ambas demandadas la responsabilidad derivada del siniestro. En cuanto a los daños cuyo resarcimiento fue reclamado, el primer sentenciante (i) basado en las facturas que analizó y en el resultado de la pericia contable consideró probado que la actora contrató, con Maldatec S.A., la fabricación de un nuevo ascensor para reemplazar al siniestrado y, por ende, fijó en \$ 125.970 la suma correspondiente al rubro ?daño emergente?; bien que rechazó el resto de lo pretendido (por gastos derivados del reemplazo del sistema de propulsión y readecuación de instalaciones) por ausencia de prueba corroborante de tales extremos; (ii) sustentado en la documentación que mencionó, advirtió que durante el lapso en crisis el importe de los alquileres pactados con la firma NSS S.A. correspondientes al tercero y cuarto pisos y espacios guardacoches, muebles y otros elementos, no se redujeron sino que se incrementaron y, por esto, desestimó la procedencia del rubro ?lucro cesante?; y (iii) igual cosa decidió respecto del rubro ?daño moral?, por ausencia de prueba corroborante del extremo. En esos términos el señor juez a quo se pronunció. II. Los agravios. Ambas partes recurrieron la sentencia: la actora Torres del Libertador S.A. en fs. 1166, y las codemandadas Ascensores Guillemi Orge S.R.L. y Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. en fs. 1162 y 1164, respectivamente. La primera expresó los agravios de fs. 1177/1179, que fueron respondidos únicamente por Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. con la pieza de fs. 1192/1193. Ésta presentó su memorial de apelación en fs. 1173/1175, y otro tanto hizo Ascensores Guillemi Orge S.R.L. en fs. 1181/1187; y ambos escritos merecieron la respuesta de la demandante de fs. 1189/1190. Agravios de Torres del Libertador S.A. Tres quejas expresó la actora: (i) Se agravió del rechazo parcial del rubro daño emergente. Dijo que luego de caído el ascensor, para reemplazar el sistema de propulsión con que había sido provisto por uno convencional fue necesario construir una sala de máquinas en el piso superior al techo del ascensor, y dio detallada explicación de la razón de esa aseveración. (ii) Se quejó del rechazo del rubro lucro cesante. Afirmó que por causa del desplome del ascensor no pudieron negociarse los alquileres a valores de mercado y, por esto, adujo que sobre el valor por metro cuadrado del alquiler (U\$S 22/m2), correspondiente a los pisos 3º y 4º, se efectuó una importante quita. (iii) Criticó, en fin, la forma en que se distribuyeron las costas. Agravios del Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. Esta recurrente dijo que por haber incurrido Torres del Libertador S.A. en pluspetición inexcusable, las costas derivadas del litigio debieron imponerse íntegramente a su cargo. Por ello se agravió del rechazo de aquel planteo y de la manera en que se distribuyeron los gastos de la litis. Agravios del Ascensores Guillemi Orge S.R.L. Esta codemandada se quejó por haber sido condenada. Afirmó que no existe relación de causalidad entre el servicio de mantenimiento prestado por ella y el hecho que motivó la demanda; dijo que brindó el servicio de mantenimiento del ascensor hasta que se produjo el hecho dañoso; agregó que en ningún incumplimiento incurrió; aludió a los informes técnicos brindados por el ingeniero Tramaglia y por el I.N.T.I. y con esa base concluyó que el problema fue estructural y no de mantenimiento y después de abundar sobre todos estos extremos solicitó su absolución. III. La solución. 1. Del recurso que interpuso Ascensores Guillemi Orge S.R.L. Comenzaré por examinar el recurso que introdujo Ascensores Guillemi Orge S.R.L. quien, quedó dicho, sostuvo que no medió en la especie vínculo causal entre el servicio de mantenimiento que brindó y el evento dañoso y, por ello, pidió ser absuelta. i. Unánimemente la doctrina exige una serie de condiciones indispensables para que la responsabilidad en general haga surgir el deber de indemnizar: (i) hecho del agente, positivo o negativo; (ii) violación del derecho ajeno; (iii) perjuicio efectivo, es decir, daño; (iv) imputabilidad y (v) nexo causal entre el daño y la consecuencia (cfr. Morello, en ?Indemnización del daño contractual?, Buenos Aires-La Plata, 1974, pág. 138; Bustamante Alsina, en ?Teoría general de la responsabilidad civil?, Buenos Aires, 1997, pág. 86; Borda, en ?Tratado de Derecho Civil argentino-Obligaciones?, Buenos Aires, 1967, tº. I, pág. 127; Belluscio-Zannoni, en ?Código Civil y leyes complementarias?, Buenos Aires, 2002, tº. 2, pág. 617). El nexo causal -es su existencia o inexistencia lo que decide la suerte del recurso- es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Resulta entonces necesario establecer un nexo de causalidad entre el efecto dañoso y el hecho que suscita la responsabilidad, sin que para ello alcance con comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro: para que sea su causa eficiente es menester que tenga, por sí y objetivamente considerado, la virtualidad de producir semejante resultado. En esa línea, el primero de los autores citados señala que para que una responsabilidad pueda ser declarada y atribuida a una persona como sujeto pasivo del deber resarcitorio, no es suficiente que se haya comprobado la existencia de un daño y también la existencia de un hecho imputable al autor por culpa o dolo, o de un hecho dotado por la ley de la calidad suficiente para constituir un factor atributivo de responsabilidad a una persona determinada: faltaría aún que este hecho aparezca como habiendo sido la causa del daño, pues es evidente que esta exigencia es condición indispensable para que el perjuicio le sea atribuido a la persona en cuyo ámbito de actuación o autoridad éste se produjo. Esta Sala ha discurrido por ese carril: en lo que concierne al asunto aquí examinado ha

dicho que probada la existencia del hecho generador de la responsabilidad, es indispensable demostrar la relación causal entre ese hecho y el daño para poder hacer efectiva la obligación de indemnizar que el autor contrae a favor de su víctima (esta Sala, ?Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno?, 1.11.16; íd., ?Squadra Valle Alto Competición S.A. c/ Urretavizcaya, Roberto?, 3.11.16; íd., ?Brazzi, Facundo c/ Banco Hipotecario S.A.?, 20.12.16; íd., ?Pedrozo, Pascuala c/ Alra S.A.? 22.12.16; íd., ?Campusano, María Laura y otro c/ Castaño, Ariel?, 24.8.17). De allí que en el sistema de la responsabilidad civil se enuncie como un elemento o presupuesto esencial la relación de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otra o por la cosa de otro (v. Cazeaux-Trigo Represas, en ?Derecho de las Obligaciones?, La Plata, 1969, , tº. I, pág. 245; Salas, en ?Código Civil anotado?, Buenos Aires, 1981, tº. I, pág. 279; Zannoni, en ?El daño en la responsabilidad civil?, Buenos Aires, 1982, pág. 69, nota 57; Llambías, en ?Tratado de Derecho Civil-Parte general?, 20ª ed. actualizada por Patricio J. Raffo Benegas, Buenos Aires, 2009, tº. II, pág. 250, nº 1405; también Borda, en op. cit. tº. II, pág. 440, nº 1630). Pues bien. ii. Torres del Libertador S.A. y la quejosa a que me refiero se vincularon por el contrato de fs. 169/172 (original reservado en el sobre de documentación correspondiente a estos obrados) en virtud del cual esta última se obligó ?...a prestar el servicio de mantenimiento y asistencia técnica (...) al único ascensor ubicado en el edificio de la calle Virrey Ceballos ...? (cláusula 1º). Ascensores Guillemi Orge S.R.L. una vez por mes, entre otras cosas debió ?Efectuar limpieza del solado de cuarto de máquinas, selector o registrador de la parada en los pisos, regulador o limitador de velocidad, grupo generador y otros elementos instalados, tableros, controles, techo de cabina, fondo del hueco, guidores, poleas de desvío y /o reenvío y puertas. Efectuar lubricación de todos los mecanismos expuestos a rotación deslizamiento y/o articulaciones, componentes de los equipos. Verificar el correcto funcionamiento de las cerraduras de puertas, interruptores de seguridad, sistema de alarma, parada de emergencia, frenar, regulador o limitador de velocidad, poleas y guidores de cabina y contrapeso. Constatar el estado de tensión de los cables de tracción o accionamiento, así como sus amarres, control de maniobra y de sus elementos componentes, paragolpes hidráulicos y operadores de puertas...? (misma cláusula, 2º párrafo); y una vez por semestre a ?Constatar el estado de desgaste de los cables de tracción y accionamiento, del cable regulador o limitador de velocidad (...) Efectuar las pruebas correspondientes en el aparato de seguridad de la cabina y del contrapeso? (misma cláusula, 3º párrafo). (i) Fuera de discusión se encuentra que el 17 de diciembre de 2007 el ascensor provisto e instalado por Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. fue puesto en servicio en el edificio mencionado, y que el 23 de junio de 2008, seis meses y seis días después de autorizada su utilización, el artefacto se desplomó. No es necesario, ahora, hacer referencia a qué fue lo que causó la caída del ascensor: esa cuestión fue suficientemente analizada en la sentencia, se sustentó en los informes y dictámenes periciales a los que allí se aludió, y la conclusión a la que se arribó no fue rebatida en vía de apelación. Como tampoco lo fue que el colapso de la instalación (así dicho con el sólo objeto de simplificar la exposición, vista la firmeza que adquirió el juzgamiento de lo anterior) no fue súbito sino producto del progresivo ?aflojamiento de la fijación de las guías de las arcatinas (son poleas de reenvío) a la mampostería, por aflojamiento de la arcatina/polea al cabezal del pistón (lado izquierdo), o por colapsado de dicha arcatina? (pericia ingenieril, específicamente fs. 970, respuesta al punto 2.1.5.). (ii) Por cierto que no dejo de advertir que el mismo perito dictaminó que ?...la caída del ascensor debe atribuirse primeramente a factores ajenos al mantenimiento de la unidad? (fs. 972, respuesta al punto a), y de esta frase se sirvió la quejosa para sostener la apelación (en fs. 1183 vta, último párrafo; y en fs. 1184, primera oración). A mi juicio, esa sola oración no alcanza para exonerar a Ascensores Guillemi Orge S.R.L., demostrado como resultó que lo que provocó el siniestro fue ?...la rotura/deformaciones de componentes mecánicos, originados por una serie de probables causales (probables solicitaciones mecánicas extremas, probable aflojamiento de fijaciones, diseño probablemente incompatible de componentes mecánicos y fijaciones respecto a las solicitaciones extremas, resistencia estructural de la mampostería probablemente inadecuadas)? (pericia, loc. cit.). No alcanza, digo, porque en tanto progresivo, el deterioro de los componentes y el aflojamiento de las fijaciones a que aludió el perito debieron ser advertidos por quien, en seis oportunidades (recordemos que por seis meses y seis días el ascensor funcionó), en cumplimiento de lo pactado en la cláusula 1º del contrato al que aludí en el subcapítulo (ii) efectuó, mensualmente, las tareas de mantenimiento, entendidas como el ?conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc. puedan seguir funcionando adecuadamente? (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2º acepción de la voz a que aludo). Es exactamente esto lo que se pactó: entre otras cosas, lo reitero, una vez por mes Ascensores Guillemi Orge S.R.L. se obligó a ?Efectuar limpieza de (...) poleas de desvío -las denominadas ?arcatinas?- (...) Constatar el estado de (...) paragolpes hidráulicos...? y cada seis meses, también entre otras labores, debió ?Efectuar las pruebas correspondientes en el aparato de seguridad de la cabina y del contrapeso? (v. nuevamente el contrato reservado de fs. 169/ 172, cláusula 1º); y fue precisamente esto lo que se incumplió. Pues a la luz de cuanto llevo expuesto ¿pudo, acaso, pasar desapercibido para el dependiente de esta codemandada el progresivo deterioro de las arcatinas, el aflojamiento a que aludió el perito y, principalmente, ?que la cabina del ascensor no poseía un sistema de paracaídas para el caso de rotura de los cables de tensión?, cuando a los seis meses debió controlar el funcionamiento del aparato de seguridad que debió hallarse instalado en la cabina? (aclaro

aquí que lo recién entrecomillado es cita textual de lo invocado por la apelante en la segunda oración de la foja 1183). Sólo dos respuestas pueden darse a esa interrogación: o nada fue observado, o sí lo fue y se silenciaron tanto el desgaste de las arcatinas y el susodicho aflojamiento de las fijaciones, cuanto la ausencia del sistema de seguridad. Mas se adopte una u otra respuesta, la solución no varía: en mi opinión queda demostrado el incumplimiento de lo pactado en el referido contrato, la culpa -por acción o por omisión- en que se incurrió y, por derivación, la relación de causalidad entre ese incumplimiento y el resultado dañoso (arts. 512, 902, 903, 904 y cctes. del Código Civil vigente en la época de acaecimiento del siniestro; ahora arts. 1725, 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial). Así lo sostengo, puesto que si por hipótesis se considerara que no existió nexo causal inmediato (art. 903 del viejo Código), porque es evidente que no fue la codemandada cuyo recurso examino quien fabricó y montó el ascensor y, por ende, que el perjuicio que la parte iniciante soportó es sólo una consecuencia mediata, aún así a mi juicio Ascensores Guillemi Orge S.R.L. debe responder, probado como quedó que de haber obrado su dependiente con cuidado y previsión (art. 902 del Código Civil) o, según la letra del art. 904, "empleando la debida atención y conocimiento de la cosa", nada de lo que después ocurrió habría sucedido. Como bien lo han expresado Belluscio y Zannoni (en op. cit., tº. 4, pág. 74, ap. 2), "la imputabilidad establecida en el art. 904 se aplica a las consecuencias de los actos lícitos e ilícitos, y desde este ángulo abarca el dolo y la culpa" (lo subrayado es mío; v. en este sentido, Llambías, en op. cit., 20ª ed. actualizada por Patricio J. Raffo Benegas, tº. II, pág. 254, nº 1411; también Borda, en op. cit., tº. II, pág. 440, nº 1630). Es mi opinión, pues, que el recurso que introdujo Ascensores Guillemi Orge S.R.L. no debe prosperar.

2. De los dos primeros agravios expresados por Torres del Libertador S.A. Por una cuestión de orden metodológico, atenderé ahora las dos primeras quejas que interpuso la actora Torres del Libertador S.A. quien se agravió del rechazo parcial del rubro daño emergente y del rechazo íntegro del rubro lucro cesante.

i. El rechazo parcial del rubro daño emergente (referido al cambio, luego del siniestro, del original sistema de propulsión hidráulica por uno convencional y a la construcción e instalación de una sala de máquinas) fincó sobre tres extremos: (i) la ausencia de adjunción a las facturas emitidas por Fontanelle Constructora S.R.L. que acompañó la actora, del certificado de obra que demostrara el concepto por el que aquéllas se emitieron; (ii) la falta de descripción, en la pieza de inicio, de los trabajos que habría realizado aquélla y de la mano de obra que ocupó; y (iii) la falta de prueba, tanto pericial contable cuanto informativa y testimonial, demostrativa de la ejecución de los susodichos trabajos y de las sumas erogadas por materiales y mano de obra. Nada de esto fue rebatido en el recurso y, por el contrario, la quejosa se limitó a reiterar cuanto antes había narrado en la pieza inaugural de la litis: en ésta dedicó una única oración (en fs.153 vta., capítulo III, párrafo primero) mientras que aquí lo hizo con mayor extensión. Dos conclusiones derivan de lo anterior. (i) La primera y principal es que el recurso se encuentra desierto. Para formar convicción sobre esto alcanza con advertir que, tal y como fue concebida, la pieza recursiva sólo trasunta una mera discrepancia respecto de lo que fue juzgado, sin que exista una sola línea que persuada del desacierto o error en que pudiera haber incurrido el sentenciante de anterior grado. Cabe señalar que el memorial debe contener una exposición jurídica que efectúe un análisis serio, razonado y crítico de la resolución apelada tendiente a demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Deben precisarse así, los errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones, lo que es así, pues en una expresión de agravios no basta el quantum discursivo sino la qualitae razonativa y crítica (art. 265 del Cód. Procesal). No alcanza el disenso con la sentencia, pues disentir no es criticar, al punto que el recurso debe bastarse a sí mismo. Esto es así, pues tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haber sido interpretados los hechos de modo distinto de lo apreciado por el juez, si bien constituyen modalidades propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial. Por el contrario, la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que el juez de la primera instancia basa su pronunciamiento y la indicación de las circunstancias fácticas y razones jurídicas en virtud de las cuales el apelante tacha de equivocadas las conclusiones del fallo, son presupuestos esenciales para que el acto procesal intentado configure una auténtica expresión de agravios, de lo que se sigue que discutir el criterio de valoración judicial sin apoyar la oposición o dar base jurídica a un enfoque distinto, no es expresar agravios (esta Sala, "Tetra Pak S.R.L. c/ Gemmo América S.A.", 12.4.16; íd., "Pfeiffer Romina Constanza y otros c/ Crucero Este S.A.", 23.8.16; íd., "Alvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.", 3.11.16; íd., "Somnitz, Evelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles", 24.11.16; íd., "Cornejo, Cristián c/ Dátola, Christian", 22.12.16; íd., "Rulloni, Mario Alberto c/ Aglioletto S.A.", 3.4.18). Bueno es recordar que, según enseña la doctrina, la expresión "crítica razonada" implica que "El apelante debe fundamentar la expresión de agravios sobre la base de los errores en que ha incurrido la sentencia, según su apreciación. A tal efecto, no interesa si esos errores son de hecho o derecho; en la primera hipótesis se las pone de manifiesto teniendo en cuenta lo alegado y probado en la causa, y en la segunda, la argumentación jurídica está dirigida a rebatir la tesis jurídica del sentenciante?". Y en lo que concierne a la "crítica concreta" señala que "el análisis crítico del fallo debe ser efectuado punto por punto -se entiende que nos referimos a aquellos que lesionan el interés del apelante-; no olvidemos que la omisión de crítica acerca de alguno de ellos implica el consentimiento. No se considera expresión de agravios la mera disconformidad o

discrepancia...? (cfr. Serantes Peña-Palma, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, Buenos Aires, 1983, tº. I, pág. 629; también y en esa misma línea Fenochietto-Arazi, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, Buenos Aires, 1983, tº. I, pág. 835; Guasp, en ?Derecho procesal civil?, 2º ed., Madrid, 1956, pág. 1427; Cúneo Libarona, en ?La deserción de instancia por falta de expresión de agravios?, publ. en La Ley 1978-B-483; Podetti, en ?Tratado de los recursos?, Buenos Aires, 1958, pág. 614; Colombo, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, 4º ed., Buenos Aires, 1975, pág. 445, nota 385). Ninguno de ambos extremos aparecen cumplidos por la apelante. (ii) La segunda, que si no se compartiera lo anterior de todas maneras la solución que, a mi juicio, corresponde dar a esta porción de lo recurrido no variaría, porque aún dando por cierto (por ser de pura lógica) que fue necesaria la construcción de una sala de máquinas para instalar el ascensor provisto por Maldatec S.A. al que habíasele dotado de un sistema de propulsión diverso de aquél con que contaba el ascensor siniestrado, ninguna prueba produjo la demandante para demostrar la extensión y costo de los trabajos (rectius: el perjuicio) que, según relató, fueron realizados. Es sabido que si bien quien incumple una obligación debe indemnizar el perjuicio que ocasiona, el damnificado debe probar la existencia del daño que invoca. Esta prueba es indispensable y no puede otorgarse indemnización si falta esa comprobación: ocurre que la sola existencia material del daño es irrelevante si no se la comprueba apropiadamente, y es por esto que ha sido juzgado por el más Alto Tribunal de la Nación que la acción indemnizatoria requiere la prueba de la existencia real y concreta de los daños y, por lo tanto, la falta de prueba del daño patrimonial resulta un escollo insalvable para el progreso de la pretensión resarcitoria (Fallos 183:247; 205:635; 216:241; 303:3013; 314:147; 316:2894, entre otros). En esa línea se ha pronunciado esta Sala (v. entre muchos ?Richelme, Luís Pablo c/ Telecom Argentina S.A. -Arnet-, 6.11.09; íd., ?Autelli Construcciones S.R.L. c/ Meller S.A.?, 9.8.10; íd., ?Budani, Carlos María c/ BMW de Argentina S.A.?, 16.5.12; íd., ?Serviu S.A. c/ Serus Construcciones S.R.L.?, 27.12.16; íd., ?Elmadjián, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Francés S.A.?, 3.3.17; íd., ?VA-NO-LI S.A. c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A.?, 10.8.17) y así lo sostiene la doctrina, que enseña que la prueba del daño incumbe al damnificado que pretende hacer valer la responsabilidad del deudor y por tanto, él debe aportar la demostración del hecho constitutivo del derecho a cuyo reconocimiento pretende (cfr. Alsina, en ?Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial?, Buenos Aires, 1942, tº. II, pág. 192; Bustamante Alsina, en ?Teoría General de la Responsabilidad Civil?, 4º ed., Buenos Aires, 1983, nº 170, página 86; Llambías, en ?Tratado de Derecho Civil-Obligaciones?, Buenos Aires, 1968, tº. I, pág. 310; Trigo Represas-López Mesa, en ?Tratado de la Responsabilidad Civil?, Buenos Aires, 2004, tº. I, pág. 459; Pizarro-Vallespinos, en ?Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones?, Buenos Aires, 1999, tº. 2, pág. 623). Insisto, pues, en que el daño requiere de la prueba concreta, directa y propia de su existencia, pues como tal no se presume; de manera que corresponde a quien lo aduce suministrar los elementos de hecho que le den sustento al menoscabo patrimonial que se reclama, ya que ni siquiera el reconocimiento del hecho generador exime al que pretende el resarcimiento de la prueba de su existencia y extensión. Esto, porque según lo dispone el art 377 del Código Procesal, la carga de la prueba actúa como un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes; es una distribución que no se refiere al ?poder de probar?, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del ?riesgo de no hacerlo?, no supone, por lo tanto, ningún derecho del adversario, y es por ello mismo que cada parte soporta la carga de probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende; de manera que si no lo hace pierde el pleito, si de esa carga no satisfecha depende la suerte de la litis (CSJN, in re: ?Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Buenos aires, Provincia de y otros? 19.12.95; esta Sala, ?Sistemas Analíticos S.A. c/ Becton Dickinson Argentina S.R.L.?, 1.11.16; íd., ?Cellular Time S.A. c/ Telefónica Móviles Argentina S.A.?, 3.11.16; íd., ?Caran Automotores S.A. c/ Volkswagen Credit Compañía Financiera S.A.?, 14.2.17; íd., ?Charrúa, María Juana c/ Assist Card Argentina S.A. de Servicios?, 13.6.17; íd., ?Ringer S.R.L. c/ Telefónica de Argentina S.A.?, 4.7.17; íd., ?Intellect Posware Solutions Group S.R.L. c/ Y.P.F. S.A.?, 16.5.17; íd., ?Actividad Médica S.A. c/ Well Being S.A.?, 19.10.17; íd., ?Toy Store S.A. c/ Prisma Medios de Pago S.A.?, 28.12.17). Es por todo esto, ante la ausencia de prueba corroborante del extremo, que la desestimación del agravio vertido por la actora en cuanto a este asunto viene, en mi criterio, impuesta. ii. El rechazo del rubro lucro cesante reconoció igual sustento; esto es, la ausencia de prueba conducente del extremo. (i) Por definición, lucro cesante es tanto como la eventual ganancia neta que el damnificado pudo haber obtenido de no haber mediado el obrar antijurídico del autor del daño. Empero, la frustración de la ganancia asume el carácter de daño resarcible sólo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico, de modo que para indemnizar el lucro cesante debe existir tal probabilidad objetiva, debida y estrictamente comprobada con prueba directa y propia, de ventajas económicas justamente esperadas dejadas de percibir, de las ventajas económicas justamente esperadas conforme las circunstancias del caso. Ergo, su reparación no se apoya en una simple posibilidad de ganancia ni puede constituir para el acreedor un enriquecimiento sin causa o una pena para el que debe abonarlo, sino que debe haber certidumbre en cuanto a la existencia, presente o futura, del daño, aunque no fuera determinable todavía su monto, toda vez que daño cierto es el que se presenta como indudable o con un alto margen de probabilidad (esta Sala, ?Scoccia, Carlos Alberto c/ Federación Patronal Seguros S.A.?, 19.8.14; íd., ?Kuper,

Néstor Daniel c/ Círculo de Suboficiales de Gendarmería Nacional?, 1.11.16; íd., ?Squadra Valle Alto Competición S.A. c/ Urretavizcaya, Roberto?, 3.11.16; íd., ?Servir S.A. c/ Serus Construcciones S.R.L.?, 27.12.16; íd., ?Elmadjián, Verónica Noemí c/ BBVA Banco Francés S.A.?, 3.3.17; íd., ?Dispañal soc. de hecho de Serral, Luis Alberto y Nasra, Sergio Omar c/ Cartonk S.R.L.?, 22.6.17, íd., ?VA-NO-LI S.A. c/ Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A.?, 10.8.17; íd., ?Graziano, Carlos Ignacio c/ Aseguradora Federal Argentina S.A.?, 29.8.17; íd., ?Stambule, Rubén c/ Caja de Seguros S.A.?, 19.10.17; íd., ?Rinaldi, Daniel Darío c/ Aseguradora Federal Argentina S.A.?, 13.3.18). (ii) En un único párrafo y sustentado en un tabla, en la pieza de inicio la demandante dijo explotar en alquiler las oficinas del inmueble de marras, y explicó que al tiempo en que acaeció el siniestro debió re-pactar con la inquilina NSS S.A. el canon locativo ?...sufriendo esta parte (Torres del Libertador S.A., se entiende) un lucro cesante producto de la reducción de los alquileres a consecuencia de no contar con el servicio de ascensor, de \$ 297.530,10, suma esta que corresponde al periodo comprendido entre septiembre de 2008 y julio de 2009, fecha en la que quedó restablecido el servicio de ascensor pertinente? (sic, fs. 154 in capit). Resta mencionar, sobre esto, (i) que la tabla a que aludí, que arroja por resultado aquella suma corre al pie de la misma foja y ocupa su dorso, consta de tres columnas, e ilustra de la diferencia, mes a mes, de lo que según los alquileres contratados pudo percibir la iniciante, y lo que efectivamente cobró; (ii) que la aludida inquilina -en verdad, su nombre es IPLAN Telecomunicaciones NSS S.A.- informó detalladamente acerca de los contratos de locación que suscribió y de cuánto sufragó a la actora en concepto de canon locativo correspondiente a las unidades que detalló, y en lo que ahora interesa destacar señaló que ?...además de la revisión del canon debido a variaciones económicas (revisión periódica autorizada por los propios contratos) en las negociaciones mantenidas entre Torres del Libertador S.A. e IPLAN para determinar el canon locativo aplicable a los periodos posteriores a la caída del ascensor ocurrida en el año 2008, se tuvieron en cuenta los inconvenientes sufridos y la falta de funcionamiento del ascensor en cuestión? (fs. 825/829); y por último (iii) que en vía pericial contable se corroboró la veracidad de cuanto se desprende de ambos listados (v. fs. 924, respuesta al punto 2, en fs. 924, y anexo ?A? de fs. 908 y listado de fs. 917/921). (iii) Lo que indudablemente se extrae de todo ese material probatorio es que, como bien lo señaló la sentencia, en el periodo durante el cual el edificio careció de ascensor, los alquileres no sólo no redujeron sino que incrementaron su precio. Fue éste el argumento central que llevó al primer sentenciante a desestimar la procedencia del rubro en cuestión, al que añadió la ausencia de debido respaldo y fundamentación de lo informado por la locataria IPLAN Telecomunicaciones NSS S.A. que arriba transcribí, y la falta de demostración de la ?situación de mercado? sobre cuya base la actora sustentó su reclamación. Tales consideraciones no aparecen idóneamente rebatidas en el recurso. En efecto: nada fue allí explicado acerca de cómo arribó la demandante a la cifra con la que cuantificó el lucro que, según ella, perdió por causa del siniestro de que trata este expediente; tampoco se ilustró al tribunal acerca de la mencionada ?situación de mercado? cuyo conocimiento, sin duda alguna, hubiera permitido conocer, por comparación y en caso de haber existido, si cual fue afirmado se produjo una merma real en el precio de los alquileres. Es esa falta de prueba concreta, directa y propia lo que obsta a la procedencia de esta parte de lo recurrido porque, por ello, resulta que cuanto fue expuesto en ese segundo agravio no pasa de ser una mera declamación, carente de demostración. Así pues, iguales consideraciones a las formuladas en el apartado (ii) del capítulo anterior me llevan a proponer, también, la desestimación de este segundo agravio expresado por Torres del Libertador S.A. 3. Del último de los agravios expresados por Torres del Libertador S.A. y de aquél levantado por Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. Ambas apelaciones versan sobre las costas devengadas en la primera instancia. Mientras que la codemandada de que se trata, en la pieza de fs. 1173/1175 postuló que los gastos del juicio sean íntegramente cargados a la actora por haber incurrido en pluspetición inexcusable, la demandante en una única y escueta frase dijo agravarse ?por la distribución de las costas...? (sic, fs. 1179). i. La voz ?pluspetición? alude a la pretensión que excede los límites del derecho reconocido en la sentencia; empero, para que sea ?inexcusable? se requiere, además, la malicia, la temeridad o la negligencia grave en quien haya pedido más de lo que en derecho le corresponde (cfr. Fenochietto-Arazi, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, Buenos Aires, 1983, tº. 1, pág. 282, nros. 1 y 2; también Fassi, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes?, Buenos Aires, 1980, tº. I, pág. 280, nro. 662). Y a esto se suma, como segunda exigencia de procedencia de la articulación, que la parte demandada haya admitido el monto de la reclamación hasta el límite establecido en la sentencia: en tal sentido Fenochietto y Arazi (en op. y loc. cit.) traen a colación un fallo de la Sala F de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil publicado en E.D. 86-561, que resolvió que, no obstante la pluspetición del actor, no se le impondrán las costas si el demandado solicitó el rechazo liso y llano de la demanda, sin reconocer que debe alguna suma. Es esto último lo que aquí ocurrió: la ahora quejosa Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. respondió la demanda y solicitó el rechazo de la pretensión en todos sus términos (v. fs. 431/439), e igual tesitura -bueno es destacarlo- adoptó Ascensores Guillemi Orge S.R.L. (fs. 446/452). Por todo esto es que el planteo formulado por la recurrente Ascensores Guillemi Joaquín S.R.L. es desechable. ii. Como también lo es la articulación que, como última queja formuló la actora. Porque al no haber siquiera mencionado cuál habría sido, según su parecer, el error en que habría incurrido la sentencia al discernir las costas de

la forma en que lo hizo y, por ende, cuál es el agravio que lo decidido sobre este asunto le causó, esta parte de la apelación se muestra desierta (art. 265 del ordenamiento ritual). iii. En la situación de autos, que encuadra en la norma del art. 71 del ordenamiento ritual, la pauta para distribuir las costas de manera prudente y equitativa aparece dada por la medida del éxito o del fracaso de cada litigante (cfr. Fenochietto-Arazi, en op. cit., pág. 279, nro. 1; Palacio, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado bibliográficamente?, Buenos Aires, 1997, tº. III, pág. 169, nro. 78.1.4.; Arazi-Rojas, en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales?, Buenos Aires, 2007, pág. 348, nro. 1). Tiene dicho esta Sala (in re: Osplad s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Rodríguez Busson, Darío César?, 18.3.08; en ?Servi Grúas H.V. S.R.L. c/ Braga, Rafael Caspar?, 1.4.09; y más recientemente en ?Ringer S.R.L. c/ Telefónica de Argentina S.A.?, 4.7.17) que la distribución proporcional del costo del proceso se fundamenta principalmente en la equidad, lo que puede colegirse fácilmente al observar que la norma emplea la voz ?prudencialmente? para señalar la situación excepcional que atraviesa el principio objetivo. Repárese en que son numerosos los pronunciamientos en los que la Corte Suprema Nacional invocó razones de equidad (v. entre muchos, Fallos 308:1058; 170:80; 175:116; 180:107; 199:259; 204:205; 215:235; 218:668; 218:677; 219: 95; 220: 1010; 220:1465; 220:1237; 222:39; 223:417; 230:304; 235:178; 242:73; 243:227; 265:160; 294:9; 296:729; 300:471; 302:334; 302:1611; 302:979; 302:1316; 303:1596; 303:639; 303:1532; 304:586; 304:1316; 304:1731; 306:1409; 307:2027; 307:665; 307:141; 310:1934; 311:767; 311:1602). Es por esto que las costas deben distribuirse en proporción al éxito obtenido en el pleito, debiendo tenerse en cuenta la postura asumida por las partes en relación a la mayor o menor medida en que prosperan las aspiraciones controvertidas, tomándolas en su conjunto y no aisladamente. No obstante esto, el art. 71 del Código Procesal no exige al juez adoptar una solución estrictamente matemática a los fines de establecer, en casos como éste, la imposición de las costas: lo que la norma sienta es una pauta proporcional al éxito obtenido no predeterminada rigurosamente, sino que brinda al magistrado la alternativa de compensar las costas o distribuirlas entre los litigantes y, aún en este supuesto, el reparto no ha de ser exclusivamente aritmético sino prudencial (quedó recién dicho) de conformidad con las particularidades de la causa. Con ese sustento, atendiendo a las mencionadas particularidades que exhibe el expediente y a lo que cada uno de los contendientes demandó, respondió y finalmente obtuvo, es mi opinión que en cuanto a este asunto la sentencia debe, también, ser confirmada. 4. De las costas devengadas en esta segunda instancia. Si cuanto llevo dicho es compartido por mis distinguidos colegas resultará que, por no haber prosperado ninguno de los recursos, la sentencia será íntegramente confirmada. En este escenario parece lógico imponer, por su orden, las costas derivadas de lo actuado en esta instancia (art. 71 del Código de rito). IV. La conclusión. Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrando, desestimar los recursos introducidos por las partes y confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus términos. Con costas de Alzada por su orden. Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Heredia y Vassallo adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Desestimar los recursos introducidos por las partes; (b) Confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus términos. (c) Costas de Alzada por su orden. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). Gerardo G. Vassallo Juan R. Garibotto Pablo D. Heredia Julio Federico Passarón Secretario de Cámara 029754E