

-----En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de octubre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: “B., H. O. c/ C., D. F. s/ DAÑOS y PERJUICIOS” (EXPTE. N°: 103 - AÑO: 2015 CANO), venidos en apelación

a esta Alzada.-----

-----Practicado a fs. 469 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT - FLASS -PETRIS.-----

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 445/449 vta.? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

-----**A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:-----**

-----Llegan los presentes autos a esta Alzada a fin de atender el recurso de apelación concedido a fs. 453, articulado por el demandado y enderezado contra la sentencia definitiva que se agrega a fs. 445/449 vta., la que decidió hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por H. O. B. contra D. F. C. y en su consecuencia condenó a este último a abonar al actor la suma que indica y por los rubros que individualiza en su Considerando Cuarto, en el plazo que prescribe, con los intereses que determina y bajo el apercibimiento que menciona; rechazó la acción contra la citada en garantía; impuso las costas del proceso al vencido y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron en este proceso.-----

-----Los agravios deducidos por el demandado apelante lucen en el memorial que se agrega a fs. 462/463vta., y conforme al traslado que se ordenase a fs. 464, no merecieron la réplica del actor apelado (cfr. informe de la Actuaría de fs. 467).-----

-----Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 468, y practicado a fs. 469 el sorteo que dispone el art. 271, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 ambos del rito provincial, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna

provincial.-----

-----En ocasión de deducir su recurso el apelante, se agravia en orden a la condena dispuesta por el sentenciante en cuanto al rubro lucro cesante y la ponderación realizada por aquél a fin de determinar la extensión de aquél. En apoyo de su postura impugnativa refiere que el vehículo del actor que participó de la colisión dominio *** ** no se encontraba al momento del evento habilitado como remise, circunstancia que surgiría palmaria del informe acompañado por el municipio local a fs. 174. Invoca en su favor que en el caso de haber prestado servicio de transporte dicho vehículo, tal actividad sería ilegítima y cita el art. 1066 del Código Civil vigente al momento de la colisión. Se explaya acerca de la carga de la prueba, cuestiona la extensión del lucro cesante así condenado, para finalmente solicitar se revoque el decisorio apelado en cuanto fue materia de agravio.-----Sin perjuicio de estimar confusa la cita del art. 1066 del anterior Código Civil pues refiere la antijuridicidad o ilegitimidad del daño causado en relación a su imputación al autor y no al daño reparado, entiendo oportuno señalar que tengo para mí que el lucro cesante, en tanto daño material específico, traduce y representa la frustración de un enriquecimiento patrimonial a consecuencia del hecho lesivo imputable a otro. Éste último impide a la víctima obtener determinados beneficios económicos, erigiéndose en “...la ganancia de que fue privado el damnificado.” (cfr. art. 1069 Cód. cit.). Comprende la ganancia frustrada a la víctima de aquel acto lesivo, que se ve en su consecuencia privada de beneficios económicos que hubiera obtenido de no haber acaecido aquel evento dañoso que se imputa a otro.-----

-----Tales ganancias supuestas y expectables pueden presumirse y no cabe exigir prueba directa y concluyente, cuando la naturaleza y destino del automotor revela una finalidad económicamente productiva y aquella frustración de ganancias esperadas deviene del curso normal de las cosas.-----Tal presunción de frustración de ganancias expectables surgirá, como lo vengo diciendo, del destino de producción económica del vehículo, circunstancia que en el supuesto de autos se acreditará mediante la respectiva habilitación municipal. En nuestro caso, y conforme al certificado que se agrega a fs. 22, aquélla habilitación refiere el automotor dominio *** **, hecho que aparece congruente con el informe

proporcionado por la Municipalidad de Esquel (v. fs. 174).-----

-----Así las cosas, estimo que quien destina su vehículo al servicio de remises al margen de las ordenanzas municipales que la reglamentan (en nuestro caso Ordenanza Municipal Nro. 265/06 ME) no puede reclamar indemnización por lucro cesante relativo a los días en que no pudo trabajar con el automóvil a causa del accidente (en idéntico sentido, v. CApel de Junín; sentencia del 29.04.1977; publ. JA, 1978 n° 27.288, citado por MEILLI, Gustavo Raúl en “Efectos jurídicos de los accidentes de tránsito”; Ed. Ariel; Buenos Aires; 1978; p. 196; nota 570).-----

-----Sucede que en tal supuesto, el dueño del vehículo destinado al servicio de remises carece de título para seguir obteniendo ganancias. Por lo tanto éstas no podrían considerarse verdaderamente expectables o esperables en derecho. A mayor abundamiento, sostiene Zannoni que: “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 damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derechos, es decir, título, al tiempo en que acaece el eventos damni.” (v. ZANNONI, Eduardo A.; “El daño en la responsabilidad civil”; Ed. Astrea; Buenos Aires; 1987; p. 74).-----

-----Siendo que el actor al demandar (v. fs. 24 pto. (V) pretendió el lucro cesante con fundamento en la actividad de remisa que dice desarrollaba con el vehículo siniestrado, y no habiendo acreditado suficientemente -tal era su carga- la habilitación municipal de aquél para la actividad invocada; siendo también que quien omite probar no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo se expone al riesgo de no formar la convicción del juez y a la perspectiva de una sentencia desfavorable, es que el agravio debe ser acogido favorablemente en esta Alzada, debiendo revocarse parcialmente la sentencia puesta en crisis en tanto condena el pago de aquél lucro cesante (v. Considerando Cuarto pto. c) de fs. 448 y vta.). Así lo voto.-----

--Resta referir las costas de esta instancia. Atendiendo el resultado obtenido y habiéndose garantizado con suficiencia el derecho de defensa del actor apelado, entiendo que ellas deben imponerse al actor vencido en esta Sede (art. 69 CPCC). Así lo propongo al Pleno.-----

-----**A IGUAL CUESTIÓN, el DR. FLASS, dijo:**-----

-----El Dr. Früchtenicht reseñó con suficiente detalle los hechos, planteos y

pretensiones. Corresponde analizar los agravios expresados.-----

-----La demandada se queja exclusivamente respecto al rubro lucro cesante. Explica que el actor tenía dos automotores de la misma marca y que el siniestrado no estaba habilitado a trabajar como remis. Advierte que el informe de la municipalidad alude al otro automotor del actor, no al que protagonizó la colisión. Además impugna el testimonio del Sr. Gutiérrez por estar comprendido en las generales de la ley conforme el mismo testigo reconoció.-----

-----Dicho lo precedente corresponde analizar el agravio expresado.-----

-----He de comenzar diciendo que el lucro cesante es de prueba estricta, no cabe presumirlo. “ ... no puede concebirse como hipotético o eventual. Es por su naturaleza un daño cierto que solo puede ser reconocido cuando se acredita por prueba directa sobre su existencia y cuantía (CNAp. Civ. Sala C Bettendorf, José A. c/Ruiz Mauricio y otros s/Sumario 21-12-90 pag. Revista de Derecho de Daños nº 4 “La Prueba del daño - I” pag.455).-----

-----Corresponde al actor demostrar con claridad y certeza cuanto ganaba antes del hecho lesivo y cuanto dejó de ganar a consecuencia de ello.-----

-----En el caso que nos ocupa el actor debía demostrar varias cosas: 1) que tenía habilitación para trabajar como remis; 2) que efectivamente trabajaba como remis; 3) que en el mes o en los meses anteriores al siniestro ganaba una cierta suma de dinero; 4) que después del siniestro sus ganancias disminuyeron y 5) cual fue la disminución que tuvieron tales ganancias.-----

-----Un primer obstáculo que encuentro para la procedencia del rubro es que el actor no logró demostrar la habilitación para explotar como remis el automotor siniestrado. En efecto, según informe municipal el actor tenía un automotor habilitado como remis, pero era un Chevrolet Corsa Dominio IJH-522, mientras que el siniestrado era dominio *** ****.-----

-----Quizás sea cierto que el actor explotaba como remis el automotor siniestrado, tal como informa la agencia “L.T.”, pero no es menos cierto que, al no contar con habilitación municipal, las ganancias que hubiera podido obtener no eran legítimas y tampoco lo era la expectativa de ganancias frustradas. El derecho a la reparación, solo es reconocido cuando el interés frustrado por el daño se encuentra jurídicamente protegido o es digno de llegar a serlo. René Padilla definía al daño como la “lesión disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido”. En igual sentido dice Busto

lago que “El daño o perjuicio que las normas jurídicas tienden a evitar, no es cualquier daño, sino únicamente aquel que frustra expectativas aseguradas por el derecho”.-----

-----Entiendo que, no habiendo acreditado el actor que tenía derecho suficiente a explotar como remis el automotor siniestrado, no puede pretender resarcimiento por lucro cesante, pues no logró demostrar que tenía derecho a dicho lucro.-----

-----Sin perjuicio de lo dicho, encuentro otra objeción a la procedencia del rubro y es la falta de prueba suficiente sobre la disminución del lucro.-----

-----Para demostrar el cese de un lucro que se percibe mensualmente, es necesario acreditar cuanto se ganaba en el mes o meses anteriores (según se trate de una actividad con variaciones estacionales o no) y cuanto se percibió en el mes o meses posteriores al siniestro. El cálculo surgirá de restar esto a aquello.-----

Concretamente: el siniestro se produjo el diecisiete de octubre de 2011 y la privación de lucro se extendió por veinte días. El actor tenía la carga de demostrar cuanto ganó en septiembre, cuanto ganó en octubre (ya que durante 17 días de ese mes pudo explotar el vehículo y solo se vio privado los catorce días restantes de dicho mes) y cuanto ganó en noviembre (pues solo se vio privado de explotar el vehículo seis días de este mes).-----

-Lo único que logró demostrar el actor fue cuanto ganaba por día y solo de manera aproximada, pues su empleado, el Sr. G.ijo que “Mas o menos por día hacíamos como quinientos pesos” pero aclara que ello era “...según los sectores” a los que les tocaba viajar. Lo mismo corresponde decir del testimonio del Sr. I. quien se expidió sobre los ingresos del actor solo atendiendo al promedio de lo que, más o menos, ganaban todos los demás choferes de remis.-----Es necesario

destacar que la prueba precisa de las ganancias efectuadas no era ni imposible ni muy dificultosa. El mismo testigo I. cuenta que la agencia de remis registraba los viajes efectivamente realizados por cada automóvil. Además, en la actualidad, es relativamente simple probar los ingresos con las declaraciones realizadas ante el organismo recaudador de tributos.-----

-----Donde sí encuentro una total orfandad probatoria es respecto a las sumas que, efectivamente, ganó el actor después del siniestro, las cuales darían plena certeza de la disminución.-----

-----Atento a la falta de prueba respecto a la legitimidad del lucro supuestamente frustrado, así como también respecto a la verdadera cuantía del perjuicio, entiendo que la sentencia en crisis debe ser reformada excluyendo la indemnización de lucro cesante por las razones expuestas. Coincido con el distinguido colega que me precedió. Así lo voto.-

-----Resta referirme a las costas de la presente instancia las cuales deben imponerse al actor vencido en autos conforme principio objetivo de la derrota del que no encuentro motivos para apartarme. Así lo voto y lo propongo al Pleno.-----

-----**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo: ----**

-----Conforme a lo manifestado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: I.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia apelada, revocándola en cuanto condena por el rubro lucro cesante, el que se rechaza; II.- IMPONER las costas de esta Alzada al actor (art. 69 C.P.C. y C.); y III.- REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. R. S. en el 3,6 % del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts de la Ley del Arancel) por su actuación en esta instancia, haciendo constar que en caso de no alcanzarse los mínimos legales previstos, el honorario se elevará a la suma de 8 JUS (art. 6bis y 7 de la ley cit.) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.-----

-----**A IGUAL CUESTIÓN, el DR. FLASS, dijo:-----**

-----Por lo anteriormente expuesto propongo al Pleno: 1) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de grado, revocándola en cuanto hace lugar al rubro lucro cesante, el que debe ser rechazado. 2) IMPONER las costas de esta instancia al actor. 3) REGULAR los emolumentos profesionales de la Dra. R. S. en un 3,6% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna y con más el IVA si correspondiere (art. 13 del arancel). En caso de resultar, al momento de su cuantificación, inferior a la suma de 8 Jus, el mismo será automáticamente fijado en dicha suma, ello conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.-----Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:--

-----**S E N T E N C I A**-----

-----**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, **resuelve:**-----

-----**I.- CONFIRMAR** parcialmente la sentencia apelada, **revocándola** en cuanto condena por el rubro lucro cesante, el que se rechaza.-----

- **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada al actor (art. 69 C.P.C. y C.).-----

-**III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. R. S. en el 3,6 % del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 8, 13, 18 y ccmts de la Ley del Arancel) por su actuación en esta instancia, haciendo constar que en caso de no alcanzarse los mínimos legales previstos, el honorario se elevará a la suma de 8 JUS (art. 6bis y 7 de la ley cit.) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.-----**IV.- REGÍSTRESE,**

notifíquese y devuélvase.-----La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.-----

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE
SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2015. CONSTE.