------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los dos días del mes de septiembre del año dos mil ocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Günther Enrique Flass y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"C. R. , S. c/ B. , A. D. G. s/ Daños y Perjuicios"*** (Expte. N° 42/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 283 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 251/254 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht dijo:----------

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, en función de sendos recursos de apelación intentados: por el demandado contra el decisorio (v. fs. 259) y por considerar altos los honorarios regulados (v. fs. 260) y por los actores a fs. 261, todos contra la sentencia que luce agregada a fs. 251/254 y vta., los que fueran concedidos según providencia de fs. 262.----------

------Los agravios deducidos por los actores lucen en la pieza procesal de fs. 270/273 y vta., y conforme el traslado conferido por la providencia de fs. 274, no merecieron la réplica de la contraria.----------

------También advierto que, según constancia de la Actuaria de este Cuerpo que se agrega a fs. 279, el demandado apelante de fs. 259 no expresó agravios, atento lo cual y por imperio del art. 266 del C.P.C. y C., adelanto mi opinión en el sentido que sea declarado desierto a su respecto.----------

------2. Los actores apelantes esencialmente se agravian del rechazo de la reparación por ellos pretendida en orden a tres rubros, ellos son: daño material, privación de uso y desvalorización del rodado (v. fs. 270/273 y vta.). A partir de allí desarrolla su crítica al decisorio, citando en apoyo de su postura abundante jurisprudencia y doctrina que –afirma– le asisten y a la que me remito en

homenaje a la brevedad procesal, para concluir el ocurrente peticionando se revoque la sentencia apelada.----------

------3. Debo advertir –en relación al primer agravio deducido por el apelante– que el mismo no puede prosperar, pues lo decidido por el sentenciante en orden al daño material irrogado al actor, el monto condenado es congruente con el desarrollado a fs. 17 en su pretensión original, no advirtiéndose motivo alguno que permita flexibilizar el principio que surge del art. 34 inc. 4º del rito provincial.----------

------De la misma forma, huelga señalar que la diferencia de montos entre lo pretendido por el actor a fs. 17 en concepto de daño material y lo presupuestado por el experto a fs. 208, se debe esencialmente al aumento de costos habido entre la fecha de la factura de fs. 10 y la pericia de fs. 203/216 (v. fs. 216 pto. 4. c. 19.), no permitiendo tal circunstancia –como adelanté – flexibilización alguna de la congruencia indicada. Por ello, el primer agravio no debe prosperar, y así lo voto.----------

------Por todo lo dicho, y en función de las facultades que me otorga el art. 477 del rito, las probanzas acumuladas en autos, la conducta procesal asumida por el demandado en orden a la prueba pericial y admitiendo que debo arribar a mi conclusión con ponderada cautela, calibrando y estableciendo el mérito de la prueba referida (v. MIDÓN, Marcel S., "*Tratado de la Prueba*"; Ed. Librería de la Paz; Córdoba; 2007; p. 631 y ss.) entiendo no le asiste razón al quejoso, no debiéndose acceder al rubro pretendido y que motivaran su primer agravio.------

------Así lo voto.----------

------En relación a su apelación por la ausencia de condena en orden al rubro "privación de uso", cuadra señalar que el lucro cesante es la efectiva privación de una ganancia o ventaja esperada en que ilegítimamente resultó frustrado el damnificado. Su procedencia requiere la prueba razonable de que tal privación ha existido (SCBA., "Ac. y Sent.", 1966-II, 227; causa 53.996 del 18-6-91, cit. en "*Guiñazú, Bernardo Amado c. Autopistas del Sol S.A.*" Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II**,** sent**.** 15/04/2008). En ocasión de promover su demanda, el propio actor al describir el reclamo por tal rubro a fs. 17 y vta., refirió esencialmente su reclamo por "lucro cesante", invocando la supuesta condición de taxi del vehículo de su propiedad, circunstancia no

certificada por el Municipio de Trevelin. Tal situación –no haber invocado específicamente el rubro "Privación de uso"– impiden acceder al rubro y la circunstancia de haber informado como lo hizo el citado municipio, tornaría ilegítimo el reclamo por lucro cesante en su condición de vehículo de alquiler. Por ello, su segundo agravio no debe prosperar y así lo voto.----------

------Diferente suerte debe necesariamente tener el tercer agravio del apelante, por cuanto la disminución del valor de venta del automotor surge de la propia pericia y corresponde estar a ella, toda vez que fue oportunamente deducida la pretensión por tal rubro en ocasión de entablarse la demanda (v. fs. 17vta./18).---

------En su consecuencia, el rubro deberá prosperar en la suma de $ 171,19.- conforme lo señala la experticia a fs. 216 pto. 4. c. 22. Así lo voto.----------

------Con respecto a la apelación deducida contra los honorarios regulados en la sentencia en crisis, efectuados los cálculos pertinentes en base a las disposiciones arancelarias de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 61 del Dec. Ley 2.200, entiendo que los emolumentos fijados son ajustados a derecho y deben ser confirmados.--------

------A la misma cuestión, el Dr. Flass dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht, reseñado acabadamente los hechos antecedentes y planteos expuestos a esta Alzada voy a abordar directamente las cuestiones traídas a decisión del Tribunal.----------

------Con carácter preliminar entiendo debe ser tratado el recurso de apelación de la parte demandada, que al no haber expresado agravios, coincido con el Dr. Früchtenicht, el mismo habrá de ser declarado desierto.----------

------Dicho lo precedente corresponde atender a los agravios de la parte actora.---

------Primer agravio de la actora: El daño material:----------

------Se queja el actor recurrente en cuanto a que la sentencia n° 05/2000 (fs. 251/254 vta.) restringe la indemnización del daño material a lo efectivamente pagado dejando de lado el mayor valor que surgiría de la experticia(fs. 270); que el a quo resta valor probatorio a ella por haber sido hecha mucho después de la colisión y sin tener a la vista el vehículo siniestrado; afirma que el decisorio implica premiar *"al moroso, al chicanero"* (sic); destaca que la experticia no fue impugnada por las partes; que los daños bien pueden ser determinados mediante fotografías y que el sentido común corrobora la posibilidad del perjuicio.----------

------Considero dirimente para decidir el presente agravio la circunstancia de que el actor en su escrito de demanda (fs 17) reclamó solamente $3.813 y el sentenciante se restringió a dicha suma declarando procedente el rubro exactamente por $3.813. Dice PALCIO *"El principio dispositivo impone que sean las partes, exclusivamente, quienes determinen el thema decidendum, debiendo el juez, por lo tanto, limitar su pronunciamiento a las alegaciones formuladas por aquellas en los actos de constitución del proceso" (PALACIO, Lino Enrique "Manual de derecho procesal civil XII° ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1996 pág. 65)* bien se puede sintetizar lo dicho con la alocución latina *"tanto petitium quanto devolutum"*. La Sala F de la Cámara Nacional Civil ha tenido oportunidad de expedirse a este respecto y ha dicho *"Es así como el requisito de precisar el monto reclamado se relaciona con la congruencia, la que aparte de contar con formulaciones normativas expresas, tiene fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues si la sentencia excede cualitativa o cuantitativamente el objeto de la pretensión o se pronuncia sobre cuestiones no incluidas en la oposición del demandado menoscaba el derecho de defensa en juicio de la otra parte, a quien, a raíz de ese proceder, viene a privarse de toda oportunidad procesal útil para alegar y probar acerca de temas que no fueron objeto de controversia" (CNCiv. F 28/3/80 ED 90-364)* ----------

------Hay una circunstancia que no puedo dejar de advertir: El actor ha acompañado con su escrito de demanda la factura n° 0002-00000001 (fs. 10) donde consta que la reparación del vehículo costó un total de $3.813. En su escrito de demanda dice que dicha suma correspondía tanto al "valor de reposición de repuestos" como a "chapa y pintura" (fs. 17). Cuando en el mismo escrito reclama "privación de uso" expresamente dice "El tiempo que el vehículo estuvo en reparación fue de veinte días tal como quedará acreditado en la etapa correspondiente". Consecuencia de lo dicho es que el propio accionante reconoce haber hecho reparar el vehículo con anterioridad a la demanda y que tal reparación le irrogó un total de $3.813 que es lo que, en definitiva, reclama de allí que ninguna fuerza condicionante pueda tener la frase "ello sin perjuicio del resultado de la pericia mecánica que solicitaré en el acápite correspondiente". El principio de integralidad en el resarcimiento exige que a la demandada se la debe indemnizar con las sumas efectivamente gastadas en la reparación mas los intereses pertinentes –tal como hizo el a quo–. Pretender una suma mayor

resultante de una pericia efectuada casi cuatro años después implica un evidente enriquecimiento incausado.----------

------No escapa al conocimiento de este sentenciante que entre el momento de la efectiva reparación y el de la experticia de fs. 203/216 se ha producido una evidente depreciación monetaria. Si la actora no hubiera efectuado y pagado las reparaciones podría pretender esta suma mayor pues eso sería lo que necesita para reparar en forma contemporánea mas habiendo ya efectuado y pagado las reparaciones con anterioridad a la demanda, pretender cobrar los montos que surgen de la experticia implica aspirar a una repotenciación de deudas, actualización o indexación prohibidas por el derecho. Es esto lo que tuvo en cuenta el a quo al apreciar la experticia y no la intención de beneficiar *"al moroso, al chicanero"* que le atribuye el recurrente. Obiter dicta, tanto la norma adjetiva como subjetiva contemplan mecanismos expresos para punir la mora o las dilaciones procesales y entre ellas no se encuentra el incremento injustificado del resarcimiento por daño emergente.----------

------Segundo agravio de la actora: La privación de uso y el lucro cesante:--

------La sentencia de grado rechaza el rubro privación de uso por entender que en realidad se trataba de una indemnización de lucro cesante y no se había probado acabadamente la pérdida de ganancias futuras, sobre todo teniendo en cuenta que la Municipalidad de Trevelin informó que el vehículo siniestrado no estaba inscripto como taxi. El actor recurrente reconoce que el rubro debió titularse "lucro cesante" y no privación de uso pero se agravia por entender que no hay incompatibilidad entre ambos. Sostiene que debió considerarse probado el lucro cesante mediante los testimonios brindados en autos sin que la falta de registración como taxi en la municipalidad fuera óbice para ello.----------

------Asiste razón al recurrente en cuanto dice que el lucro cesante no es incompatible con la privación de uso pues se trata de rubros indemnizatorios distintos pero hasta aquí solamente llegan sus aciertos.----------

------La privación de uso es el daño que tiene lugar por no haber podido la víctima o su grupo familiar utilizar una cosa a cuyo goce tenía derecho. En ocasiones la jurisprudencia lo ha considerado probado *in re ipsa (C.Contenc. Adm. Tucumán, Sala I 7/2/2003, "Tapia Garzón, José A. c. Municipalidad de San Miguel de Tucumán", JA 2005-II- síntesis)* y ello debido a la dificultad que hay en probarlo no

obstante, quien lo reclama, tiene la carga –al menos– de describir el perjuicio sufrido, aportar al juzgador datos concretos respecto a como utilizaba el bien, para que fines, con que frecuencia, aportar pruebas respecto al valor locativo de una cosa similar para que pueda mensurarse la privación, etc. La omisión a esta carga no puede ser suplida por el juzgador pues el juez ha de conocer el derecho, no los hechos, estos últimos deben ser traídos al proceso por las partes. Dice PALACIO *"Como consecuencia del principio dispositivo, la aportación de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y defensas constituye una actividad que les es privativa, estando vedado al juez la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes"* (*PALACIO, Lino Enrique "Manual de derecho procesal civil", XII° ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, pág.* 65/66).----------

------El actor en autos se ha limitado a titular un rubro como "privación de uso" y a renglón seguido describe lo que claramente es un lucro cesante. Sabemos que la reparación ha insumido veinte días y que el Sr. C. R. se dedicaba al transporte oneroso de pasajeros, mas no nos ha dicho si aparte utilizaba el vehículo para fines personales o familiares, si lo hacía cuanto duraba dicho uso o con que frecuencia era requerido, tampoco nos informa cuanto cuesta en la zona el alquiler diario de un vehículo similar. En síntesis no ha aportado a la causa ninguno de los hechos necesarios para la procedencia del resarcimiento, en consecuencias, su pretensión no puede tener resultado favorable.----------

------Ahora bien, no obstante haberlo calificado como "privación de uso", tal como lo dije, el actor ha descrito lo que sería un lucro cesante, corresponde analizar entonces la procedencia de este último rubro.----------

------El lucro cesante es la ganancia cierta que el damnificado iba a obtener y que ya no podrá hacerlo por la ocurrencia del daño, a diferencia de la indemnización por privación de uso, el lucro cesante ha de ser objeto de prueba expresa pues *"no se presume"* y el actor debe acreditar *"una probabilidad suficiente de beneficio económico" (CSJN Sandler Héctor c. Estado Nacional" JA 1999-IV. Síntesis*). Es consecuente la doctrina en afirmar que tratándose de un supuesto de responsabilidad extracontractual, se encuentra positivizado en el art. 1069 del C.Civ. en cuanto dispone que el daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito.----------

------Conforme a las probanzas de auto, parecerá efectivamente acreditado –con los testimonios– que el actor explotaba como taxi al automotor siniestrado pero con igual fuerza y mediante el informe de la municipalidad de Trevelin (fs. 113), también surge que no estaba habilitado para ello y fue por esta última circunstancia que el a quo rechazó la pretensión.----------

------El transporte urbano de pasajeros es un servicio público de competencia local. Es la administración pública municipal la encargada de vigilar la seguridad del servicio, equidad del precio, etc. y en tal sentido se dictan normas cuyo cumplimiento es obligatorio para quienes pretenden brindar el servicio de forma tal que si no lo hacen, su actividad se torna ilegítima como también será ilegítima la ganancia que ella produzca. En nada influye la mayor o menor minuciosidad con que el municipio haya decido regular el servicio. Muchas o pocas, las normas locales deben ser cumplidas a riesgo de ilicitud.----------

------El art. 1068 CC dispone que habrá daño cunado hubiese mal causado a *"la persona, a sus derechos o facultades"*. Queda claro para mí que la ley protege tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos. En doctrina se debate si los intereses simples también se encuentran alcanzados por la tutela y es una disputa que no presenta interés en la presente causa. Lo que está fuera de discusión es que la ley no resguarda la expectativa derivada de un interés ilegítimo. No puede haber indemnización por la pérdida de las ganancias ilícitas que el actor pretenda obtener.----------

------Sin perjuicio de que lo dicho anteriormente es motivo suficiente para rechazar la pretensión debo destacar que el actor no ha logrado acreditar acabadamente la ganancia frustrada. Ha probado, si, que explotaba un servicio de taxis pero no ha demostrado cuales hubieran sido sus ganancias durante el tiempo que demandó la reparación. En lo concreto, el actor tenía la carga de acreditar cuantos eran sus ingresos y sus egresos en un período determinado de tiempo para que el magistrado pueda calcular eficientemente las ganancias frustradas. Nada de eso hizo. ----------

------Lo expuesto me convence de la improcedencia del agravio y en consecuencia voy a votar por confirmar la sentencia de grado.----------

------Tercer agravio de la actora: La desvalorización del automotor:----------

------La sentencia recurrida rechaza el rubro de desvalorización del automotor en atención a que no se ha logrado probar la afectación de las llamadas "partes vitales". Se queja el recurrente por entender que el *a quo* se ha apartado infundadamente del dictamen pericial.----------

------En la experticia de fs. 203/216, el experto explica con extrema minuciosidad que *"… en un choque de la importancia de esta puede producir daños observables a simple vista, incluso por personas carentes de conocimientos técnicos en la materia, como el desajuste en el ensamblaje de los distintos paneles, el cambio de la coloración o brillo de la pintura, aplicada con métodos diferentes a los empleados en las fábricas terminales, vicios corrientes que suelen advertirse en vehículos cuyos desperfectos han sido reparados y a pesar de ello trasuntan esas secuelas del accidente. Claro está que en esos casos, la venta del automotor en el mercado de vehículos usados puede dificultarse ante la desconfianza del eventual comprador que teme, justamente, las futuras consecuencias de los daños sufridos, como ser corrosión, ruidos parásitos, resquebrajaduras de las capas de masillas, etc."* A continuación el experto efectúa minuciosos, detallados y prolongados cálculos concluyendo en que la disminución del valor venal sería de $171,19 lo cual equivale al 1,49% del precio actual del automotor.----------

------Ha dicho la jurisprudencia: *"Si bien las conclusiones del experto no obligan al juez , la sana crítica aconseja no apartarse de ellas cuando se fundamentan en principios técnicos inobjetables (o no objetados) y no existen en el juicio elementos que las desvirtúen (CNECC, IV 29/3/68, ED 26-146) "…la apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial, si bien es una facultad exclusiva de los jueces, no es por ello arbitraria; pues deben tener en cuenta las pautas establecidas en el art. 477 para valorar sus conclusiones y poder apartarse de ellas –si correspondiere– mediante argumentos bien fundados (CNCiv. C 18/2/75 ED 62-137).* Ciertamente que el dictamen del perito no tiene fuerza de prueba legal pero para apartarse de ella el juez debe tener razones fundadas, pues el informe requiere la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre de derecho.----------

------Por lo expuesto, encuentro razón al actor recurrente en el sentido de que se debe declarar procedente el rubro desvalorización del vehículo y así lo voto.-------

------Pasando el tratamiento del recurso interpuesto contra los honorarios regulados en la sentencia venida en recurso, entiendo que los mismos deben ser confirmados, en razón de que efectuados los cálculos pertinentes en base a las

disposiciones arancelarias de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 39 y 61 del Dec. Ley 2.200, resultan ajustados a derecho.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo:----------

------Tal como lo vengo diciendo, propongo al Pleno: **I.- DECLARAR DESIERTO** el recurso interpuesto a fs. 259 (art. 266 CPCC). **II) CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia que luce agregada a fs. 251/254 y vta., revocándola sólo en cuanto a lo antes indicado y, en su consecuencia, condenar al Sr. Alejandro Digby Godfrey Brand a abonar también a los actores la suma de $171,19 en concepto de disminución del valor de venta del vehículo, con más los intereses establecidos en la sentencia, desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago; **III.- IMPONER** las costas de esta Alzada al demandado vencido (art. 68 del C.P.C.C) y, **IV.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. , teniendo en cuenta el monto cuestionado en esta Instancia, en la suma de $200 (art. 14 Dto. Ley 2200), con más el IVA pertinente.----------

------A la segunda cuestión, el Dr. Flass dijo:----------

------Propongo: 1) DECLARAR DESIERTO el recurso interpuesto a fs. 259 (art. 266 CPCC). 2) CONFIRMAR parcialmente la sentencia nº 05/2000 (fs. 251/254) revocándola sólo respecto a la indemnización por disminución del valor venal que ha de declararse procedente en la suma de $171,19, con más los intereses establecidos en la sentencia, desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago. 3) IMPONER las costas de esta instancia al demandado (68 CPCC). 4) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. en la suma de $200, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------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.- DECLARAR DESIERTO** el recurso interpuesto a fs. 259 (art. 266 CPCC).----------

------**II.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia que luce agregada a fs. 251/254 y vta., revocándola en cuanto no hace lugar al reclamo en concepto de disminución del valor de venta del vehículo, rubro que prospera y, en su consecuencia, se condena al Sr. A. D. G. B. a abonar también a los actores la suma de $171,19, con más los intereses establecidos en la sentencia, desde la fecha del accidente y hasta el efectivo pago.----------

------**III.- IMPONER** las costas de esta Alzada al demandado vencido (art. 68 del C.P.C.C).----------

------**IV.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. , teniendo en cuenta el monto cuestionado en esta Instancia, en la suma de $200, con más el IVA pertinente, por la labor efectuado en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------**V) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haber sido recusado el Dr. Benjamín Moisá y haberse se alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

REGISTRADA BAJO EL N° 27 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2008. CONSTE.

Zulma Graciela Albornoz, Secretaria