

Expte. N° 13-05324218-3/1 "ANDRES FLAVIO DAMIAN EN JUICIO N° 17.266/92.310 "ANDRES, FLAVIO D. C/MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL P/ORDINARIO" P/ RECURSO EXT. DE PROVINCIAL"

SALA PRIMERA

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Flavio Damián Andrés, interpone Recurso Extraordinario Provincial contra la sentencia dictada por la Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Segunda Circunscripción Judicial, en los autos N° 17.266/92.310, caratulados "Andrés, Flavio Damián c/ Municipalidad de San Rafael p/ Ordinario".

I.- ANTECEDENTES:

El Dr. Flavio Damián Andrés promovió demanda de daños y perjuicios en contra de la Municipalidad de San Rafael, por la suma de pesos \$350.000 o lo que en más o en menos surgiera de la prueba a rendirse

Corrido el traslado de ley, comparece la Municipalidad de San Rafael, negando los hechos invocados por el actor. Opuso defensa de prescripción.

En primera instancia se resolvió rechazar la defensa de prescripción y también la demanda de daños y perjuicios interpuesta por el actor.

Habiendo apelado el actor, la Cámara resuelve admitir parcialmente el recurso interpuesto.

II.- AGRAVIOS:

El recurrente sostiene que la sentencia ha incumplido con la forma de la sentencia.

Sostiene que se ha incumplido con lo prescripto por los arts. 1740 y 1741 del CCCN, en cuanto al resarcimiento integral. Entiende que la determinación resarcitoria del daño por pérdida de chances ha sido exigua. Explica que la Cámara condena a pagar un monto que es obtenido tomando como base el ingreso promedio per capita de la población, lo que alcanza los \$ 16.485 mensuales en el último trimestre del año 2019, conforme informa el INDEC en su sitio Web, y que ello no es lo que razonablemente obtendría una mediana empresa, ni siquiera lo que ganaría un encargado del negocio. Sostiene que el a quo no debió recurrir a índices o datos, sino a la prueba ofrecida por su parte, en particular la testimonial de personas

que tenían empresas del mismo rubro.

Asimismo, se agravia en cuanto al lapso temporal considerado en la sentencia, explicando que considerar solo la rentabilidad del año que pudo soportar trabajando, es premiar a la contraria por las consecuencias de su propio obrar ilícito. El cierre definitivo del negocio acaeció el 30/09/1998, no debiéndose considerar vicisitudes perjudiciales sucedidas en ese período, como la cesión frustrada del negocio.

Se agravia respecto de lo cuantificado por daño moral, sosteniendo que se ha fijado un monto irrazonable y que nada puede costearse con el mismo. La indemnización debería ser un monto que permita solventar un viaje familiar que comprenda hotelería, traslado, alimentación y recreación a un destino clásico y normal que toda persona de clase media aspira a concretar, como Orlando, o similar.

Sostiene que es arbitraria la sentencia al imponerle costas a su parte por el rechazo de la pretensión de daño emergente, en tanto la contraria no opuso defensa alguna, limitándose a plantear la prescripción de la acción.

Por último, se agravia respecto de la regulación de honorarios a profesionales que no tuvieron regulación en primera instancia y que no apelaron la sentencia.

III.- Este Ministerio Público estima que el recurso extraordinario provincial interpuesto debe ser rechazado.

IV.- A fin de dictaminar se subraya que V.E. ha sostenido que la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación (L.S. 188-311; 188-446; 192-206; 209-348; entre numerosísimos fallos), y que el recurso de inconstitucionalidad es un remedio excepcional ante hechos que la muestren manifiesta, contundente, no siendo procedente cuando sólo media una crítica o ante la mera discrepancia con el fallo impugnado, pues de lo contrario se haría de aquel una instancia ordinaria contraviniendo todo el sistema constitucional recursivo (L.S. 157-398; L.A. 84-257; 89-357; 91-143; 94-343).

Si bien la quejosa ha tachado de arbitraria a la resolución en crisis, no ha evidenciado, fehaciente ni suficientemente (Cfr: Sagüés, Néstor Pedro, Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, t. 2, p. 195; vid. tb.

C.S.J.N., 9/12/86, E.D. 121-276), la configuración concreta, acabada y certera de su planteo. En realidad, discrepa, o disiente, con las conclusiones a las que arribó la Cámara en su sentencia cuestionada, donde aquella afirmó, adecuada y razonablemente, y fundada en las pruebas rendidas, en derecho, y en jurisprudencia, que:

1) No puede interpretarse que el Sr. Andrés se sometió a la norma inconstitucional, lo que determina el cumplimiento del presupuesto de responsabilidad, falta de servicio, y por ello la Municipalidad debe responder.

2) Respecto al rubro pérdida de chances: el actor ha rendido profusa prueba del emplazamiento en la situación idónea para hacer una ganancia con la discoteca “Km.0”: la instalación en un lugar donde antes habían funcionado durante años, otros emprendimientos similares aparentemente exitosos, con una discoteca habilitada, bien montada, dotada de buenas instalaciones sanitarias, iluminación, música, etc. Ha probado la frustración de ese emprendimiento, en aparente relación de causalidad adecuada con la aplicación de la Ordenanza declarada inconstitucional.

3) La cuantificación de la medida concreta del perjuicio en vinculación con el suceso perjudicial, no es sencilla, ya que sólo son indemnizables las chances perdidas en relación de causalidad adecuada con la conducta dañosa. Si bien se ha probado el valor que habitualmente se cobraba por las entradas a las discotecas antes de la sanción de la Ordenanza, y otros comerciantes del ramo relataron a cuánto ascendían sus ingresos netos en la época previa a la vigencia de la norma cuestionada; resulta imprudente trasladar esos resultados al caso del Sr. Andrés, ya que se desconocen datos esenciales, tales como la vinculación jurídica del actor con el inmueble donde funcionaba el emprendimiento, el pago de alquiler, en su caso su cuantía y el plazo al que esa vinculación estaba sujeta; capacidad del local; cantidad de empleados y monto de sus remuneraciones y cargas sociales; costo de servicios esenciales (electricidad, agua, gas) e incidencia de tasas e impuestos municipales, provinciales y nacionales (tasas por comercio e industria, ingresos brutos, ganancias); cantidad de personas ingresadas y facturación efectiva durante el período en que el negocio estuvo en funcionamiento.

4) Entonces, se encuentra probado el perjuicio que ocasionó la vigencia de la Ordenanza que, en forma inconstitucional, fijó el horario de cierre de las discotecas a las 4:00 horas, y el Juez se encuentra facultado a fijar prudencial y equitativamente su monto (art. 90 inc. 7º del CPCCyT). A tal efecto, se considera justo y equitativo adoptar como base de cálculo indicativa el ingreso promedio de la población de nuestro país -que según el más reciente informe del INDEC, asciende a la suma de \$ 16.485

5) En cuanto al rubro de daño moral: La prueba rendida no hace referencia directa a un padecimiento espiritual en el Sr. Andrés del quebranto económico sufrido, sólo existen algunas referencias generales sin embargo no se ofreció prueba alguna de sus ingresos y egresos efectivos durante el lapso que el emprendimiento funcionó. En lo que refiere al acoso y las amenazas que el actor asegura haber soportado de parte de las inspecciones municipales y policiales que actuaban como represalia por la promoción de la acción de inconstitucionalidad, no se los consideró probados.

6) Se considera, que la limitación a la libertad de ejercer su industria lícita, obstructiva de un proyecto vital, y el laborioso mecanismo de remoción de ese obstáculo a través de una acción de inconstitucionalidad, tornan procedente una indemnización significativamente más modesta que la pretendida por el actor.

Del contenido del escrito recursivo se advierte que no logra demostrar las falencias que le endilga al fallo, simplemente es una discrepancia con lo resuelto, y con la valoración de la prueba efectuada; y siendo esta una etapa extraordinaria no se puede pretender un nuevo examen de la causa.

En este sentido, VE tiene dicho que: *“La potestad de seleccionar y valorar el material probatorio configura en principio una facultad privativa del tribunal del juicio, que sólo puede ser revisada en la instancia extraordinaria en los supuestos de arbitrariedad de la sentencia.”* (Expte.: 105303 - BIANCHETTI JORGE ALBERTO EN J22.033 ROBLES ROBERTO ALEJANDRO C/BIANCHETTI JORGE ALBERTO P/DESPIDO. S/INCCAS.” De fecha: 02/09/2013- Ubicación: LS457-070). De igual manera, la justipreciación del daño moral, es una facultad privativa del tribunal de grado, salvo caso de arbitrariedad; lo que no se avisora en la presente causa.

En cuanto al agravio referido a la imposición de costas, se estima que a Cámara hace una correcta aplicación del art. 36 CPCCyT, distribuyendo las mismas entre las partes en proporción a los respectivos vencimientos.

Así, el actor conforme al principio chiovendano de la derrota, fue condenado por el rechazo cualitativo del rubro daño emergente, no habiéndose alegado razones suficientes que justifiquen apartarse del mentado principio.

Finalmente, corresponde desestimar el agravio relativo a la regulación de honorarios, en tanto el recurso debe bastarse a sí mismo, y del análisis del mismo no surge cuáles son los profesionales a quienes se le regularon honora-

rios, y que no correspondía, a criterio del recurrente. Lo que lleva, a su rechazo formal.

En conclusión, se estima que la sentencia se encuentra suficientemente fundada en las constancias de la causa, el razonamiento del Aquo aparece razonable, lógico, coherente y guarda concordancia. Por lo que no se advierte vicio alguno de entidad suficiente para anular la sentencia con la gravedad institucional que ello conlleva.

V.- Por todo lo dicho, y de conformidad a los artículos 3, 27, 28 inciso 1 y 29 de la Ley 8.911, esta Procuración General entiende que habría que rechazar el recurso extraordinario provincial planteado.

DESPACHO, 02 de diciembre de 2020.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General