

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Daño patrimonial. Lucro cesante. Pérdida de la “chance”. **Marco conceptual. Prueba.**

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F

FECHA: 6-6-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en formato papel

OTROS DATOS: Sabio, Diana María y otro vs. Udaquiola Laport, Rubens Osvaldo

SUMARIO:

“Como todo daño resarcible, el lucro cesante debe ser cierto. Es decir, el perjuicio debe surgir de pruebas que proporcionen bases reales, ciertas, no meras conjeturas o hipótesis. Aún cuando pueda admitirse que en la liquidación del lucro cesante quedan comprendidas las ganancias frustradas sobre la base de cálculos que toman en cuenta beneficios probables, el actor debe acreditar las circunstancias objetivas que permiten inferir que las ganancias se habrían previsiblemente logrado ...”.

[...]

“Bien visto, aunque exista mayor dificultad para precisar el contenido del daño, o sea la cuantía del lucro cesante, su resarcimiento se impone como un daño cierto -actual o futuro- porque lo que el damnificado o acreedor prueba es que, al momento del incumplimiento de la obligación, se hallaba emplazado efectivamente en una situación que implicaba en su favor un interés jurídicamente protegido o derecho subjetivo idóneo para producir las ganancias. Podrá ser más o menos aleatoria esta suerte de prognosis póstuma acerca del monto de las utilidades que se hubiesen podido obtener, en concreto, de no acaecer el incumplimiento de la obligación, pero no lo es el derecho subjetivo a percibirlas. Nótese que en tales casos la liquidación del contenido del lucro cesante deberá necesariamente referirse a ganancias razonablemente esperables del negocio que ha frustrado el incumplimiento de la obligación (lo que, en el ámbito contractual, se denomina daño al interés positivo o de cumplimiento) para hacer una proyección hacia el futuro”.

[...]

“Las chances traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza que gozaba el damnificado, o el acreedor, de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser más o menos dificultoso estimar su medida porque lo perdido, lo frustrado es, en realidad la probabilidad, la posibilidad, y no el beneficio esperado,

como tal. El lucro cesante, como daño, debe ser probado por quien lo alega, ya que la ganancia no es una utilidad eventual o hipotética sino concreta ...”.

[...]

“... la chance configura un daño actual -no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable y puede ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad; la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la chance misma que debe ser apreciada según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda identificársela con el beneficio perdido ...”.

“...en la pérdida de chances coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que no mediar el evento dañoso (hecho ilícito o incumplimiento contractual) el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero también incertidumbre, definitiva ya, de que aún manteniéndose la situación de hecho o de derecho que presupone la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido o la pérdida se habría evitado”.

TEXTO COMPLETO:

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes junio de dos mil ocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente, resultó el siguiente orden de votación: Zannoni - Galmarini - Posse Saguier.

A la cuestión propuesta el Doctor Zannoni, dijo:

1. La sentencia dictada a fs. 371/377 rechaza la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, que promovieron Diana María del Carmen Sabio y Juan Osvaldo Gentilini contra Rubens Osvaldo Jesús Udaquiola Laport. Impone las costas a los actores.

Según los términos de la demanda, el accionado, conocido artísticamente como Osvaldo Laport, contrató los servicios de los actores "para una combinación de enseñanza vocal musical, producción discográfica y representación artística". La enseñanza vocal musical estaría a cargo de la coactora Sabio,

conocida artísticamente como Diana María, y la producción discográfica y representación artística la llevaría a cabo el coactor Juan Osvaldo Gentilini, quien tendría a su cargo interesar a los sellos discográficos para la realización de una producción, es decir un fonograma, con canciones ejecutadas por Laport. Acompañaron un "acuerdo de gestión" suscripto entre Gentilini y el representante del demandado, señor Barbarro, el 15 de marzo de 2002 con un plazo de vigencia de 120 días, aunque afirmaron que a su vencimiento las partes resolvieron verbalmente prorrogar por todo el tiempo que fuese necesario (punto 8° de la demanda a fs. 102 vta.). Dijeron los actores que "invertimos nuestro tiempo y nuestro esfuerzo en la enseñanza de la música y el canto para el demandado. Realizamos, además de las tareas de índole pedagógica, todas las de un productor discográfico. Llegamos a un acuerdo con el señor Laport, el que se extendería indefinidamente a fin de que éste desarrollara su actividad artística como cantante y showman. Pero, incumpliendo su palabra, desmereciendo todo nuestro esfuerzo y menoscabando nuestra tarea, intempestivamente y con mala fe, cortó el vínculo que nos unía y [...] entró en negociaciones con otro representante artístico, señor Barbari, pasando por alto el contrato de

producción discográfica por el cual los suscriptos seríamos sus productores discográficos, de acuerdo a lo pactado verbalmente con el accionado y su representante. La pérdida de chance por dicho incumplimiento no sólo nos ocasionó daños y perjuicios, sino daño moral y psicológico con el consabido menoscabo en el ambiente artístico" (n° 47 de la demanda, fs. 108 vta./109).

Los actores estimaron en \$ 500.000 -o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse- "el resarcimiento por las tareas realizadas, la pérdida de chance, los daños y perjuicios y el daño a la imagen en el ambiente musical, con más el lucro cesante por lo que podríamos haber obtenido en el manejo del demandado como artista, como así también como productores y como autores y compositores", haciendo hincapié en que Osvaldo Laport es un artista que puede vender millones de discos en el mundo, máxime cuando la difusión de su persona está respaldada por unas catorce telenovelas en las que fue y es protagonista y que fueron emitidas y se emiten en unos cuarenta países (n° 45 de la demanda, fs. 108).

2. La sentencia que, como dije, rechaza la demanda, analiza en primer término el denominado "acuerdo de gestión" que suscribieron el 15 de marzo de 2002 Juan Gentilini y Marcelo Barbarro en representación del aquí demandado. Mediante este documento -cuyo original se halla reservado en el sobre grande 10.573 y en fotocopia agregado a fs. 76 de autos-, se dio poder al primero para "gestionar y producir un conjunto de temas musicales en virtud de la grabación y posterior edición de una placa discográfica". Además Gentilini se comprometía a "hacer los acercamientos para una posterior comercialización con una compañía discográfica en su país de origen;; para la grabación, edición y distribución de una placa discográfica interpretada por el señor Osvaldo Laport". Se estableció que el convenio tendría una duración de 120 días a partir de la firma, es decir del 15 de marzo de 2002.

Así, pues, el acuerdo que vinculó al coactor, Juan Gentilini, con el demandado expiró el 15 de julio de 2002. Y, en lo relativo a la prueba de los minuciosos hechos descriptos en la

demanda -a los cuales me remito aquí- que habrían conducido a grabar un CD, y a promocionar a Laport en diversos shows, ellos constituirían, según la versión de los actores, la ejecución, o principio de ejecución, de un contrato verbal que los vincularía sine die con Laport, destaca el sentenciante que tal contrato verbal obviamente no puede ser acreditado sólo por testigos (arg. art. 1193 del Cód. Civil). Por lo demás, agrega, los testimonios prestados en la causa a ofrecimiento de los actores, a lo sumo permitirían dar por probado que Laport tomó clases con Diana María, lo que por otra parte, aquél admitió al contestar la demanda. Además, del testimonio de Ida Terkiel, profesora de canto, resulta acreditado que Laport ya había tomado clases con anterioridad (declaración de fs. 207).

3. Apelada la sentencia, los actores producen el memorial que está glosado a fs. 386/400, contestado por el demandado a fs. 405/407.

4. Debo comenzar por señalar que en dicho memorial, aunque extenso, los agravios son pocos y se reiteran aspectos puntuales de la versión de los hechos, o se critican argumentos dados por el demandado en su alegato, o se afirma axiomáticamente que el sentenciante no tuvo en cuenta los usos y costumbres de la actividad artística y la de un productor artístico -usos y costumbres que, por otro lado, los actores no probaron u ofrecieron probar-, etcétera. Sin embargo están contestes en que "el único y verdadero objeto de esta demanda" es "lo que los actores perdieron de ganar con el trabajo realizado en su carácter de productores artísticos, por incumplimiento del convenio verbal por parte del demandado" (ver décimo primer agravio a fs.399). En suma, el objeto del pleito es el reclamo que hacen los actores del lucro cesante o al menos la pérdida de chances derivados del incumplimiento de un contrato verbal por parte del demandado quien, con otro productor artístico, el señor Berbari, utilizó el material grabado -el "demo"- y contrató su edición y distribución con la firma discográfica BMG.

5. Como todo daño resarcible, el lucro cesante debe ser cierto. Es decir, el perjuicio debe surgir de pruebas que proporcionen bases reales, ciertas, no meras conjeturas o hipótesis. Aún cuando pueda admitirse que en la

liquidación del lucro cesante quedan comprendidas las ganancias frustradas sobre la base de cálculos que toman en cuenta beneficios probables, el actor debe acreditar las circunstancias objetivas que permiten inferir que las ganancias se habrían previsiblemente logrado (art. 902 y sigtes., Cód. Civil) de no acaecer el hecho perjudicial (Conf., Trigo Represas, Félix A., Prueba del daño emergente y del lucro cesante, en: "Revista de Derecho de Daños" 4-58 y jurisprudencia que cita en notas 42 y siguientes).

En este punto destaco que -como también lo hace el sentenciante- los actores no han intentado probar siquiera que alguna empresa discográfica (BGM, por ejemplo) haya efectivamente editado el material grabado con la intervención del mencionado señor Berbari. Y era a su cargo la prueba frente a la negativa del demandado que en su responde, negó haber firmado un contrato con una empresa discográfica. Tampoco ofrecieron probar la autenticidad del video que supuestamente anunciaba la firma de tal contrato.

6. Como hace un momento anticipábamos, las ganancias frustradas pueden comprender sólo las sufridas durante un tiempo anterior a la sentencia, como sucede cuando se reclama en virtud de un valor esperado por el acreedor ante la mora en el cumplimiento de la obligación (daño al interés positivo o al interés de cumplimiento del acreedor al que alude el art. 508 del mismo Código). Pero también pueden trascender ese marco acotado y traducirse en la frustración, temporal o definitiva, de ganancias futuras por la inejecución definitiva de la obligación, imputable a culpa del deudor (por ejemplo, en el caso del art. 889 del Cód. Civil).

Es obvio que las ganancias frustradas en supuestos como los planteados no son susceptibles de prueba como tales, porque, por definición son ganancias, lucros o utilidades esperadas o esperables que no se han producido, a diferencia de la cuenta indemnizatoria por daños emergentes que computa gastos, erogaciones en general, o la pérdida total o parcial de bienes que existían efectivamente en el patrimonio del damnificado. Podemos aceptar que a diferencia del daño emergente, existe una mayor dificultad para

estimar el lucro cesante, lo que significa probar su cuantía, es decir el contenido de este tipo de daño. Una ganancia frustrada es una ganancia que no ingresó al patrimonio, una ausencia de utilidad, un valor que se debe definir a partir de lo negativo, "con el resultado de que [...] se presta más fácilmente a una apreciación equitativa" (Visintini, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, trad.: A. Kemelmajer de Carlucci, Bs. As., Astrea, t. 2, p. 207).

7. Bien visto, aunque exista mayor dificultad para precisar el contenido del daño, o sea la cuantía del lucro cesante, su resarcimiento se impone como un daño cierto -actual o futuro- porque lo que el damnificado o acreedor prueba es que, al momento del incumplimiento de la obligación, se hallaba emplazado efectivamente en una situación que implicaba en su favor un interés jurídicamente protegido o derecho subjetivo idóneo para producir las ganancias. Podrá ser más o menos aleatoria esta suerte de prognosis póstuma acerca del monto de las utilidades que se hubiesen podido obtener, en concreto, de no acaecer el incumplimiento de la obligación, pero no lo es el derecho subjetivo a percibirlos. Nótese que en tales casos la liquidación del contenido del lucro cesante deberá necesariamente referirse a ganancias razonablemente esperables del negocio que ha frustrado el incumplimiento de la obligación (lo que, en el ámbito contractual, se denomina daño al interés positivo o de cumplimiento) para hacer una proyección hacia el futuro.

En el caso a estudio, no se ha probado que las supuestas gestiones realizadas por Juan Gentilini ante sellos discográficos hayan culminado en un proyecto exitoso. Recalco la ausencia de prueba ya que no se requirieron los informes del caso a las empresas y compositores que los actores involucraron, al demandar, en esas gestiones. Si finalmente, todas ellas hubiesen sido infructuosas -como parecen haberlo sido, pues Laport no obtuvo que ningún sello editase sus canciones- me pregunto cuál es el lucro cesante cierto. ¿Hubo acaso una pérdida de chances?

8. Las chances traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza que gozaba el damnificado, o el acreedor, de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una

ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser más o menos dificultoso estimar su medida porque lo perdido, lo frustrado es, en realidad la probabilidad, la posibilidad, y no el beneficio esperado, como tal. El lucro cesante, como daño, debe ser probado por quien lo alega, ya que la ganancia no es una utilidad eventual o hipotética sino concreta (conf., CNCiv., Sala D, 2/11/95, DJ, 1996-I-515). O sea, no se trata de una mera posibilidad de lucro sino de una probabilidad fundada, objetiva, de obtener ganancias que han quedado frustradas (esta Sala, 12/7/77, ED, 78-378; C1° Civ. y Com. La Plata, Sala 3°, 14/2/95, citado por Trigo Represas y López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, t. I, p. 463, en nota 336). A todo evento, para que proceda la estimación prudencial del resarcimiento por lucro cesante con arreglo al citado art. 165 del CPCC es menester que se haya probado la existencia del daño y su conexión con el hecho, pues la discrecionalidad sólo se refiere al quantum de la reparación (conf., Fenochietto, Carlos E., Código Procesal comentado, 2° ed., t. I, pág. 169, comentario al art. 165 No. 5 y sus citas).

9. Se ha resuelto, en tal sentido, que la chance configura un daño actual -no hipotético-resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable y puede ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad; la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la chance misma que debe ser apreciada según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda identificársela con el beneficio perdido (CSJN, 4/12/86, Fallos: 229-XX; CNCCom, Sala B, 7/2/89, LL, 1989-D-288; CNCiv, Sala M, 16/3/94, LL, 1995-D-75; ídem, Sala F, 21/11/2002, sentencia libre 350.962 (voto de la doctora Highton de Nolasco), etc.

Tengo dicho que en la pérdida de chances coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que no mediar el evento dañoso (hecho ilícito o

incumplimiento contractual) el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero también incertidumbre, definitiva ya, de que aún manteniéndose la situación de hecho o de derecho que presupone la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido o la pérdida se habría evitado.

Con agudeza ha señalado Geneviève Viney que mientras en la reparación del lucro cesante lo aleatorio puede afectar o estar referido a la evolución futura de un daño actual, en la frustración de chances lo aleatorio traduce el contenido mismo del daño (Viney, La responsabilité, en: Ghestin, Jacques [director]: "Traité de droit civil," Paris, 1982, pág. 339 y sigtes., n° 279). El tema no ha escapado al debate doctrinario desde antaño, según se ponga el acento en la incertidumbre definitiva acerca de si se hubiese logrado la ganancia esperada, o en la certeza de la esperanza misma. Se ha advertido que las chances son, por definición, una esperanza dependiente de circunstancias contingentes. Señalaba Demogue que no es posible afirmar que quien reclama por ella habría logrado emplazarse en la situación idónea para obtener la ganancia; en tanto, Lalou replicaba que la pérdida de la esperanza misma era indiscutible. Es que - como ya lo hemos anticipado- una cosa es la incertidumbre de la ganancia a la que el damnificado aspiraba y otra es la certidumbre de la probabilidad perdida (Demogue, René, Traité des obligations en general, Paris, 1925, t. IV, n° 387;; Lalou, Henri, Traité pratique de la responsabilité civil, Paris, 1949, No. 146).

Por eso, la chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico y ello exige el análisis de la relación de causalidad como presupuesto del deber de responder (arts. 901 y siguientes del Cód. Civil). El hecho ilícito o el incumplimiento contractual según sea el caso, deben ser la causa adecuada para que el damnificado haya visto frustrada una probabilidad cierta (Conf., Colombo, Leonardo, Indemnización de la pérdida de las probabilidades de obtener éxito en una causa judicial, LL, 107-15 y ss., especialmente, p. 16, No. 3), aún prescindiendo del resultado final incierto. Ha resuelto en este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la pérdida de chance

exige una probabilidad suficiente de beneficio económico que supere la existencia de un daño eventual o hipotético para constituirse en un perjuicio cierto y por ello resarcible (Fallos, 321:3437).

10. En este contexto considero que, más allá de la inexistente prueba de un contrato verbal que habría unido a las partes, los actores no han logrado demostrar ni un lucro cesante cierto ni la frustración de chances que sean imputables a Laport. Es decir, que haya existido una pérdida de utilidades o de una esperanza de lograrlas, a causa de uno o más incumplimientos del demandado.

Por lo expuesto, voto por confirmar la sentencia apelada. Si se comparte mi criterio, las costas de esta instancia deben ser impuestas a los actores, apelantes, pues no hallo mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).

Buenos Aires, junio de 2008.

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada. Las costas de esta instancia se imponen a los actores, apelantes, pues no se halla mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC).