

SENTENCIA NÚMERO: 71

En la Ciudad de Córdoba a los 24 días del mes de Abril de Dos Mil Trece, se reunió la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nominación, integrada por los Dres. Jorge Eduardo Arrambide, Verónica F. Martínez de Petrazzini y María Mónica Puga de Juncos, a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados "AREVALO, ELISA INES contra EMPRESA TAMSE Y OTRO - Abreviado - Daños y Perjuicios - Accidente de Tránsito - Recurso de Apelación" (Expte. 1488687/36), venidos en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora, Sra. Arevalo Elisa Inés, en contra de la sentencia número doscientos noventa y cinco del treinta y uno de Mayo de Dos Mil Once, dictada por la señora Juez de Primera Instancia y 38° Nominación en lo Civil y Comercial que en su parte resolutive dispuso: 1) *Rechazar la demanda interpuesta por la señora Elisa Inés Arevalo D.N.I. 14.747.701 en contra de la empresa T.A.M. S.E. y del señor Cristian Alejandro López D.N.I. N° 24.892.031; y en consecuencia rechazar la citación en garantía de "Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros".* 2) *Imponer las costas a la actora señora Elisa Inés Arevalo D.N.I. 14.747.701.* 3) *Regular los honorarios profesionales del Dr. Carlos Santiago Cabral en la suma de pesos cuatrocientos dieciocho con treinta y dos centavos (\$ 418,32). Establecer los estipendios de los Dres. Andrea Espinola y Luciano Monferini, en conjunto y proporción de ley, en el importe de pesos dos mil quinientos ochenta y cinco con treinta y siete centavos (\$2.585,37). No regular en ésta oportunidad los estipendios de la letrada apoderada de la actora, Dra. Rosalba Passaro.* 5) *Regular los emolumentos profesionales del Perito Oficial José Oscar Alveroni en la suma de pesos un mil cuarenta y cinco con ochenta centavos (\$ 1.045,80). Protocolícese y hágase saber.*

El Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

- 1.- ¿Resulta procedente el recurso intentado?.-
- 2.- En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Efectuado el sorteo de ley se fija el orden de la votación en la siguiente forma: Dra. Verónica Francisca Martínez de Petrazzini, Dr. Jorge Eduardo Arrambide y Dra. María Mónica Puga de Juncos. -

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA.-

EL DRA. VERÓNICA FRANCISCA MARTÍNEZ DE PETRAZZINI DIJO:

1).- Que la actora a través de su apoderada, Dra. Rosalba Passaro, expresa agravios en la presentación de fs. 163/173. Expone bajo un primer agravio que la argumentación desarrollada por la a quo para arribar a la conclusión que desestima la

demanda, parte de una serie de hipótesis equivocadas por lo que la conclusión deviene errónea e infundada. La califica de falacia argumental. Cita doctrina. Manifiesta que el agravio central se relaciona directamente con la supuesta falta de prueba para acreditar los hechos invocados. Dice que el argumento base para la desestimación de la demanda fue que la parte actora tenía la responsabilidad de acreditar la intervención del Colectivo IVECO - dominio EVY 748, interno 224 de la línea R2 - en la producción del daño, esto es, que existió un contacto con la cosa riesgosa, que fue dicho contacto el que ocasionó los perjuicios, que el titular dominial era la empresa TAMSE y que era conducido por el co demandado, Sr. Cristian A. López. En fin, critica que la a quo tenga por cierto que no ha quedado probada la relación causal entre el hecho dañoso y lo reclamado. Continúa diciendo que ninguno de los dos demandados han comparecido, ni contestado la demanda, ni se les receptó la absolución de posiciones pese a estar debidamente notificados. De tal modo queda configurada la solución del art. 222 del CPC con el apercibimiento del art. 225 del CPC. Cita doctrina y jurisprudencia. Continúa manifestando que existió responsabilidad por parte del chofer de la unidad y que considera que en autos existe un adecuado nexo causal entre el hecho y el daño. Afirma que le perjudica el hecho de que la a quo dictó la resolución sin la más mínima contemplación de las pruebas aportadas por el quejoso en desmérito (sic) de quienes ni han comparecido. Como conclusión señala que la ficta confessio debe valorarse en el conjunto de pruebas pero sus consecuencias sólo pueden ser destruidas si hay pruebas en contrario. Frente a tal afirmación manifiesta que no existiendo pruebas la solución dada por la a quo contradice los lineamientos del CPC, la doctrina y la jurisprudencia planteada. Por último, plantea un segundo agravio relativo a la imposición de costas. Critica la aplicación del principio de derrota (art. 130 del CPC). Lo tacha de injusto. No aprueba que el rechazo de la pretensión, motivado en un razonamiento irracional de la a quo, pueda ser la causa para obtener un enriquecimiento ilícito por parte de la contraria. Hace reserva del caso federal. En suma solicita se haga lugar a la apelación revocando la sentencia, con costas.-

II).- A fs. 177 se da por decaído el derecho dejado de usar por no evacuar el traslado del co demandado, Sr. Cristian Alejandro López. -

A fs. 179/181 el Dr. Luciano Monferini, en representación de la demandada TAMSE, contesta el traslado corrido. Solicita que atento los agravios planteados se declare desierto el recurso toda vez que los mismos no son mas que una mera disconformidad subjetiva con lo resuelto por la a quo. Subsidiariamente contesta los agravios. Manifiesta que la actora persigue con el recurso planteado suplir sus

deficiencias probatorias. Continúa diciendo que no surge a lo largo del proceso ni un indicio que permita tener por ocurrido el hecho con la intervención de vehículo y menos aún que sea propiedad de su representada, lo que en fin determina el destino mismo de la resolución. Por otro lado aclara que lo expuesto en relación a la validez y eficacia de la confesión ficta no pueden ser llevado al extremo que se pretende. Cita jurisprudencia. En fin, solicita se rechace el recurso declarándolo desierto, con costas. A fs. 187 se da por decaído el derecho dejado de usar por no evacuar el traslado de la citada en garantía, Protección Mutua de Seguros del Transporte Público de Pasajeros.-

III. La sentencia recaída en efecto rechaza la demanda por considerar, en resumidas cuentas, que incumbía a la actora acreditar intervención del Colectivo IVECO, Dominio EVY 748, Interno 224 de la Línea R” en la producción de los daños, el contacto con la cosa riesgosa y que dicho contacto fue lo que ocasionó los perjuicios que dice padecer, como que este era de propiedad de la co demandada TAM S.E. y que era conducido en la oportunidad por el Sr. Cristian A. López. Y que esta orfandad probatoria de la actora, no es superada por la confesional ficta de los demandados, mientras que la demás prueba fue enderezada a demostrar los daños y no ese nexo causal y legitimación pasiva.-

IV. Los agravios reseñados en general se centran en calificar de errónea la apreciación de la no contestación de la demanda y la absolución de posiciones que afirma el apelante ratifican los hechos relatados en la demanda, no contestados por el rebelde.

Le asiste razón en forma parcial al apelante. Aunque ello no anticipa solución favorable al recurso. Doy razones:-

IV.1. Cabe distinguir dos situaciones a dilucidar en el análisis de la cuestión. En primer lugar, los hechos en que se funda la demanda de daños y cómo han sido objeto de prueba. En segundo lugar, los daños causados, para recién luego, proceder a fijar su vinculación causal o nexo entre ambos, y el factor de atribución que se imputa al que se pretende responsable.-

En este caso y sólo respecto a este último punto, se ha de considerar el funcionamiento de la regla de derecho aplicable al posicionamiento jurídico en este litigio (art. 1113, CC). En esta posición se encarama el razonamiento de la juez, en tanto se encargó de deslindar ambas situaciones, cuando refirió que es imprescindible que el reclamante acredite fehacientemente la existencia propiamente del evento dañoso y la participación de la cosa dañosa en el mismo para que resulte aplicable el factor objetivo

de atribución fundado en el riesgo que deriva de la cosa conforme ese artículo. En ese sentido, no resulta suficiente fundar la demanda en el factor objetivo de responsabilidad que surge del art. 1113 C.Civil segundo párrafo y apartado para trasladar la carga a la demandada de demostrar la eximente, si previamente no se demuestran el hecho dañoso y el nexo causal antedicho que involucre a quienes se le atribuye tal responsabilidad. Insistimos: el tema pasa por la prueba de la intervención concreta de la cosa que dispara la presunción objetiva, que es cosa distinta.

Ya respecto a lo primero, surge de la sentencia relacionada que la a quo no consideró suficiente a los fines de la prueba, la absolución de posiciones que resultara en confesión ficta por falta de comparendo de ambos demandados.-

Pero también ha de decirse que ningún mérito hace la sentencia, del hecho traído en agravio que resulta previo a esto y que es la falta de contestación de la demanda por parte de ambos codemandados rebeldes.

El relato de la demanda alude a una mecánica del hecho ocurrido el 24 de agosto de 2006 las 18:05, por el cual se atribuye responsabilidad objetiva a la co demandada TAM S.E. y subjetiva al conductor Sr. López y que proporciona al Tribunal la noción de cómo ocurrieron los hechos de los que se derivan los daños, esto es, la mecánica del accidente en que se vio involucrado el actor y los co demandados en la versión del primero.

También surge de la demanda que el actor identifica al demandado como conductor, Cristian Alejandro López, DNI 24.692.031, el que se encontraba conduciendo el transporte público de pasajeros que se atribuye en propiedad a la TAM S.E.. Atribuye por este hecho la responsabilidad al mismo, en tanto sostiene, actuó con negligencia, imprudencia al luego de una parada provisoria para descender y subir pasajeros, se abre a la izquierda en forma negligente incrustándose en el vehículo de la actora.-

El incumplimiento de la carga de contestar la demanda de acuerdo al art. 192 y 316 párrafo segundo C.P.C.C. torna aplicable el apercibimiento dispuesto en la primer norma, de modo que el tribunal acepte como ciertos los hechos expuestos por el actor, sin que para ello sea necesario la existencia de pruebas corroborantes, puesto que de ese modo no asumen la categoría de hecho controvertido, según las circunstancias. La exigencia se relaciona con los hechos personales del demandado. (conf. VENICA, "Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, T. II, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1998, pág. 286). Ahora bien, esta presunción, como se encarga de decir la jurisprudencia más favorable a la posición de la actora, si bien acarrea consecuencias al accionado, sólo

alcanza a considerarse una presunción *iuris tantum* de verdad de los hechos afirmados en la demanda que se puede considerar que el demandado debió o podía conocer (conf. Cámara Apelaciones Río Cuarto, Sem. Jur 971, 10/2/94, citado por VENICA, ob. cit. pág. 289). Es así que ha dicho la doctrina precisando la cuestión que *“contrariamente a lo que se cree, el actor no puede descansar y permanecer inmóvil en la litis. Bien ha dicho un autor, que cuando resulta aplicable una presunción, ello no implica que se invierta la carga de la prueba, sino que el onus probandi se mantiene intacto. ‘Lo que sucede es que varían los hechos a probar. El beneficiado por una presunción legal sustancial o jurisprudencial no está exento de actividad probatoria, porque la carga de la prueba no se desplaza hacia su adversario, sino que su carga radica, justamente, en probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción. De lo contrario, si no cumple con tal carga la presunción no se aplicará. Si el art. 1113 del Cód. Civil invirtiera la carga de la prueba, entonces el damnificado nada tendría que probar, ya que la actividad probatoria se trasladaría al dueño o guardián de la cosa. Pero ello no es así. Necesariamente el damnificado deberá probar la participación de la cosa en el hecho dañoso, el riesgo o vicio de la cosa –a menos que se lo presuma como sucede en el caso de los automotores-, y asimismo, la relación de causalidad entre tal participación y dicho daño, para que se pueda presumir la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa”*. (LEGISAMÓN, Héctor E., “Una acertada aplicación de las presunciones judiciales en materia de accidentes de tránsito, LL, 1999-D-211, citado por TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, “Tratado de la Responsabilidad Civil T. III, Ed. La Ley, Bs.As. 2005, pág. 862, el destacado en negritas nos pertenece).

En este marco, resulta que la decisión soslaya la falta de contestación de la demanda que, como se sostuvo, pone a los hechos alegados en esa pieza procesal fuera de la controversia, a lo que se aúna en cuanto a la existencia del hecho y su mecánica, la presunción que surge de la confesión ficta de ambos demandados, esta última sí, juzgada insuficiente por la sentenciante.

Por lo tanto, no se podía rechazar la demanda como se hizo, en única consideración de la prueba confesional rendida, sin merituar el valor de esta confesional aunada a la falta de contestación de la demanda y las presunciones que de allí derivan. En este sentido, el hecho en sí y la mecánica del mismo, importan hechos personales o de conocimiento directo del actor, que atribuye a los demandados, y al respecto cabe señalar que han resultado incontrovertidos en un primer momento por falta de contestación de la demanda, y en un segundo momento, probados por la confesión ficta

(fs. 103/105), prueba que será valorada conforme los demás elementos incorporados, según el sistema de prudente arbitrio al que adhiere nuestro sistema procesal. También, el Tribunal debe considerar el ajuste de la pretensión al derecho vigente y demás circunstancias del caso.-

Establecido ello, resulta que la decisión no valora adecuadamente esas circunstancias (falta de contestación de la demanda y la ausencia de los demandados – TAM S.E. a quien se afirma como propietaria del vehículo dañado y el conductor- a la confesional).

Si por el juego de la presunción que subyace en la sanción a la falta de contestación de la demanda del art. 192 y 316 2do. párrafo C.P.C.C. así como la que en el mismo sentido contiene el art. 222 del mismo código se han probado los hechos personales que el actor afirma en su demanda, la sentencia debió profundizar en la responsabilidad que se adjudica a cada demandado, lo que no hizo, y que es diversa. En contra de la TAM S.E., responsabilidad objetiva por el carácter adjudicado de dueño de la cosa. En contra del Sr. López, por su responsabilidad por el hecho propio como conductor a quien se adjudica el factor causal de haber sido negligente e imprudente en esa conducción y en ese sentido, responsable del daño.

De esta segunda situación, deriva también que se ha dejado de lado al juzgar la presunción hominis o judicial que deviene del hecho de haber sido el demandado quien embistió por el costado al actor, puesto que se incorpora a la arteria –según el relato de la demanda-, en violación al art. 58 de la ley 9169 que obliga al que se incorpora a la circulación a hacerlo sin peligro para los demás usuarios y con la obligación de ceder el paso a otros vehículos.-

Probado así el hecho dañado, resulta que se ha de entrar a las demás condiciones necesarias para atribuir la responsabilidad, que en el caso es diversa para cada demandado.

IV.2. En cuanto a la que se adjudica objetivamente a la demandada TAM S.E.. La Sentencia atacada alude tangencialmente a la falta de acreditación entre los demás puntos, de que el titular dominial del Colectivo IVECO Dominio EVY 748 era la co-demandada citada. El apelante no argumenta en particular al respecto, sino que se apoya en la falta de contestación de la demanda para tener por probado todo lo que allí se refiere. Encuentro que en este punto, no existen elementos idóneos de prueba para adjudicar la responsabilidad objetiva que se pretende a la co demandada TAM S.E..

La prueba debe juzgarse según la naturaleza de la cuestión a demostrar, puesto que si bien en principio la elección de los medios de prueba es una facultad privativa de los litigantes, ello encuentra la limitación que surge de la ley, cuando exige una prueba determinada para ciertos actos. Es el caso, v.gr., de los arts. 975, 996, 1193 C.Civil entre otros. Y también el de autos, puesto que el régimen de propiedad de automotores está basado en un sistema registral cuya inscripción es constitutiva del derecho, por oposición al régimen declarativo. En efecto el art. 1° Dto. Ley 6582/58, t.o. Dto. 1114/97 y ratificado por ley 14.467 establece que *“la transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor”*.

Los automotores son cosas muebles registrables, de allí que *“...la presunción de propiedad del artículo 2412 del Código Civil, sentado sobre la base de la máxima que en materia de muebles ‘la posesión vale por título’, no resulta aplicable en materia de automotores, siendo reemplazada por ‘la inscripción vale título’”* (ABREUT DE BEGHER, Liliana *“Transmisión de dominio de los automotores”*, R.D.P. y C., Automotores – I, 2009-2 Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 185). Esto significa que para acreditar la titularidad de un automotor, se requiere probar la inscripción a nombre de aquél a quien se le adjudica. No hay otro modo que el que surge de esa registración, como se dijo, constitutiva del derecho real; y de tal hecho objetivo así acreditado surge la responsabilidad que deriva por el hecho dañoso del art. 1113 C.Civil. De tal modo, en el régimen vigente de propiedad de automotores, la forma del acto jurídico de adquisición de la propiedad del mismo, resulta esencial y no disponible por las partes, en tanto encuadra en la excepción a la libertad de las formas de los actos jurídicos (art. 974 C.Civil) que indica, que *“Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”*. Por lo que interpretado *a contrario sensu*, la transmisión o adquisición del dominio de un automotor ha de ser demostrada conforme el art. 1° Dto. Ley 6582/58 citado, porque *“En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo”* (art. 976 C.Civil). En el caso, el hecho a probar es la titularidad por parte de la co demandada del automotor involucrado en el hecho dañoso. Esta prueba, incumbía al actor desde que es un hecho fundante de su demanda, tanto el accidente en sí (lo que está fuera de discusión), como en el caso, para derivar la

responsabilidad del propietario, ésta titularidad. Por lo tanto, esa prueba producida por la no contestación a la atribución de propiedad que se realiza en la demanda en cabeza de la co demandada TAM S.E. es inidónea según lo previsto en el Dto. Ley 6582/58 reformado por la Ley 22.977 y arts. 974, 976 y cc C.Civil), y tampoco resultan hábiles, por idéntico fundamento, las presunciones que emanan de la absolución de posiciones del demandado. Por lo que en el punto, aunque por estos fundamentos, la demanda contra la TAM S.E. merece rechazarse y no resultan estimados los agravios.

IV.3. La responsabilidad que se atribuye al conductor demandado, Sr. López, deriva del nexo causal que su conducta negligente e imprudente establece con la configuración del daño, sobre la que ya hemos abundado. Se hace preciso dejar sentado en esta etapa, que las únicas pruebas arrimadas al proceso aparte de la confesión ficta de fs. 103/105 resulta la pericia mecánica obrante a fs. 85/92, puesto que ninguna otra de las arrimadas, incluso como documental, fueron o bien reconocidas, o motivo de probanza que les de valor convictivo. En efecto, las demás fotos que no obran certificadas, no han sido objeto de prueba corroborante alguna. Tampoco los presupuestos de reparaciones de fs. 15/17, no fueron motivo de reconocimiento por aquél al que se le atribuye.-

Por lo que frente a la demanda notificada y declaración de rebeldía, el tenor de las preguntas de la confesional, confirman los hechos tal como resultaron narrados en la demanda, puesto que *“con mayor razón se impone el valor de plena prueba de la confesión ficta, si el demandado ni siquiera ha respondido la demanda, con lo cual se genera una presunción favorable a la pretensión esgrimida, que la inasistencia a la absolución de posiciones no hace sino corroborar”* (ZAVALA DE GONZALEZ, M., “Doctrina Judicial, solución de casos, T. 4, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001, pág. 266). Y frente al régimen de presunciones ya reseñado, aparecen suficientemente acreditados los extremos fácticos de la demanda del actor tal como fueron reseñados.-

Ahora bien, ello no empuja a afirmar que en verdad, la actividad probatoria del actor ha resultado bastante escasa, nula en el caso del demandado rebelde. En efecto, el actor no realizó ningún esfuerzo más allá de pedir se certifique la inasistencia del absolvente a la confesional. No intentó prueba corroborante de ningún tipo. Especialmente reprochable es que no haya ofrecido testigo presencial alguno del hecho, no trajo a juicio a ni siquiera al conductor del automóvil dañado. Tampoco a los autores de los presupuestos en que se funda la demanda. Ninguna actividad ha intentado para demostrar los rubros reclamados, ni la actividad de la que pretende lucro cesante.-

Se puede decir que efectivamente el actor se ha apuntocado en la presunción que deriva de la incontestación de la demanda, corroborada por la que surge de la confesional ficta, y ha evitado toda colaboración más allá de ello en la diligencia de la prueba.-

IV.4. Que de tal forma, el actor debía limitar su actividad a establecer la ocurrencia del hecho, determinar los daños, con su cuantía, y la relación de causalidad adecuada de ellos con el hecho. De los elementos detallados la pericia mecánica no supe las carencias probatorias reseñadas, puesto que si bien detalla el valor del bien al momento de la pericia (\$ 17.500), así como afirma que de la unidad en examen “el mismo demuestra haber sido objeto de un accidente”, no detalla ni precisa ningún elemento que sea útil a fin de cuantificar los daños. Afirma que los ha habido, y que el auto ha sufrido una depreciación monetaria sobre la que abundaremos, pero no dice nada más.

Entrando a la segunda cuestión propuesta al principio, cabe concluir que no es posible establecer que los daños que se reclama, o los detallados en los presupuestos acompañados en la demanda hayan sido consecuencia de este accidente, ni que esos precios allí consignados puedan ser tenidos en cuenta como elementos ciertos y suficientes, pues se trata de documentos privados que no han sido reconocidos ni traducen suficiencia técnica como para justificar vinculación directa de todo lo detallado con el hecho.-

Idéntica suerte han de correr los demás rubros reclamados, puesto que ninguno de ellos fue objeto de comprobación concreta.

En cuanto al *daño emergente*, esto es la reparación del vehículo en primer lugar, ya se dijo, el actor no ha traído como testigo al autor de ningún presupuesto y tampoco el punto ha sido objeto de las preguntas formuladas al perito, que nada dice sobre ello más allá de decir que el automotor demuestra haber sido objeto de un accidente. Las fotografías adjuntadas a la demanda no fueron objeto de la pericia, ni tampoco lucen corroboradas por ningún medio probatorio, más allá de la confesional que alude a la correspondencia de estas con los daños causados pro el accidente, pero nada dicen en cuanto a la magnitud de la reparación o sus costos. Más allá de eso no cabe atribuir de ningún material probatorio los precios y aún más, la efectiva correspondencia de los daños registrados, con el hecho dañoso que se atribuye al demandado. Ya se dijo de lo acotado de los medios de prueba incorporados, especialmente merece destacarse, a fuerza de ser reiterativos: la actora ni siquiera hizo reconocer los presupuestos base de su demanda y la prueba científica –pericia mecánica- nada dice sobre el punto para

arrimar al juzgador un elemento más fehaciente sobre la extensión y cuantía de los daños que reclama en juicio.

Luego se reclamó *lucro cesante* basado en una reparación de veinte días y el traslado de la actora y su hija y traslado del Sr. Díaz para sus tareas de gasista, pero tampoco se acreditó la necesidad de detención del vehículo por ese término, puesto que el punto no fue objeto de pericia. En cuanto a las tareas y necesidad de traslado, la documental que se adjuntó a la demanda no fue corroborada. No se prueba por lo tanto, por ningún modo, las necesidades de traslado que se invocan. No se reclama tampoco una valoración prudencial, sino que la demanda se basa en circunstancias que se sostienen sólo por la mención del actor, y no se trata de cuestiones que atengan a las circunstancias propias del demandado que resulten así corroboradas por su confesión ficta, en función de lo cual la cuantía de estos daños no ha sido debidamente acreditada. Y si bien a veces la paralización del vehículo para repararlo es un hecho que no merece prueba puesto que deriva del curso normal de las cosas, ello es cuando se estima el tiempo de reparación en base a daños ciertos y comprobados, y se puede estimar la pérdida que ello ocasionaría al propietario o usuario.

IV.5. Una cosa es probar el hecho, y otra, la cuantía de los daños, especialmente en nuestro sistema ritual, que acota la posibilidad de diferimiento de la cuantía de los daños sólo a la fijación prudencial del tribunal de éstos en el supuesto que no se pudiere cuantificar los daños *por imposibilidad no imputable a prueba* (art. 334 C.P.C.C.), o cuando ello no haya sido posible determinar *pese a la diligencia puesta por aquél a quien incumbe la carga* (art. 335 inc. 3 del mismo código). Como ha dicho la doctrina, “*se desprende de los arts. 334 y 335 inc. 3º, que la desidia del interesado, omisión de la prueba del quantum, a pesar de contar con los medios necesarios que, razonablemente le permitían la acreditación de ese extremo, lleva al rechazo de la pretensión, aunque estuviera demostrada la responsabilidad del contrario y la existencia del daño*” (VENICA, Oscar H., “Código Procesal Civil y Comercial Comentado”, T. III, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pág. 230).

Aclaro que no pierdo de vista la necesidad de agotar las instancias para llegar a reconocer en la justa medida un derecho subjetivo que surge de las constancias de autos para tratar de arribar a una solución equitativa. Pero en el caso, se juzga que no se puede dejar pasar por alto la notable incuria de la parte al intentar probar los extremos de su demanda. Para arribar a la conclusión -esto es la existencia del hecho tal como se relata en la demanda respecto a la primera cuestión-, se hubo de valer solamente del

juego de la presunción que dimana de la rebeldía y de la *ficta confesio*. Ahora, esta no ampara la comprobación de la verdadera existencia de los daños y su extensión y cuantía de la reparación que se pretende. Ni siquiera de los daños habidos con motivo del hecho, puesto que ello equivaldría a premiar la conducta negligente del actor que no ofreció prueba para corroborar los extremos de su demanda, cuando a esa fecha, era conocido por éste el monto del daño, por lo que debía ofrecer los medios de prueba para acreditarlos, en tanto no le cabía alegar ninguna dificultad para producirlos puesto que como daños emergentes del hecho, existían al momento de demandar. A su vez, para fijarlos conforme algún criterio prudencial en base a la equidad, no se cuenta con ningún otro elemento que las fotos agregadas en la pericia, la que a su vez muestran el automotor ya reparado. Los presupuestos no se consideran en tanto no obran reconocidos (art. 248 C.P.C.C.).

Por ello es que si bien se reconoce que cabe ser flexible en la valoración de la prueba, ello no ocurre en supuestos como el de autos, donde no se puede predicar ninguna dificultad para ofrecerla, puesto que tratándose de daños materiales, no existía impedimento alguno para ofrecer medios idóneos para acreditarlos en juicio, y la duda recae no sólo sobre la cuantía de los daños, sino también específicamente, sobre su extensión. Es que *“el daño debe ser puesto de relieve no sólo a los efectos de la procedencia misma de la reparación, sino también para fijar su extensión y límites. Ello es así porque debe indemnizarse el daño causado, todo ese daño y sólo el. ...como regla y salvo presunciones legales, no basta la prueba de que se han producido daños, si se ignora qué circunstancias, modalidades y gravedad revisten. Es decir, la carga probatoria del daño debe satisfacerse en concreto, no de un modo vago, genérico e impreciso.* (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilda, “Doctrina Judicial”, Solución de casos 7. Ed. Alveroni, Córdoba 2010, pág. 54/55).

Si bien se registran posiciones y fallos a nivel nacional que autorizan la fijación de quantum en la etapa de ejecución de sentencia aún frente a la inacción probatoria de la víctima del hecho dañoso, ello es reflejo de los ordenamientos procesales que así lo ameritan. En cambio, nuestro sistema lo admite en forma más restringida, como bien se ha encargado de aclarar el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, cuando se dan los recaudos del art. 333 y 334 C.P.C.C., en forma simultánea, es decir, se haya probado la existencia de la obligación y su exigibilidad, la duda recaiga sólo en la cuantía del daño, y la omisión de fijación del quantum obedezca a imposibilidad no imputable de prueba (art. 334 íb).-

La conclusión anterior es la que emana de la doctrina del fallo “Amarilla Lidia c/ Roberto Gatti – Ordinario” Sala C. y Com., 16/II/2002, Act. Jur. enero 2006, t. 92, pág. 5.924), donde dijo: *“Si no existen montos justificados del daño demandado, ni bases objetivas acreditadas, resulta inaplicable el art. 333. En algunas hipótesis, puede entonces fijarse el monto de la condena prudencialmente, en los términos de los arts. 333 y 335, cuando se reúnan las condiciones en ellos exigidas.... La ausencia de alguno de esos tres extremos provoca la inaplicabilidad de lo autorizado –excepcionalmente- por los arts. 334 y 335. En su virtud, si ha habido negligencia de la actora para acreditar el quantum de la obligación demandada, su pretensión no puede prosperar”*. En igual sentido, se ha expedido la Cámara 8va. de Apelaciones en lo Civil y Comercial: *“El actual sistema procesal de Córdoba no permite diferir la estimación cuantitativa de los daños al estadio ejecutorio y sólo habilita a una fijación prudencial del monto si su determinación no ha sido posible ‘pese a la diligencia puesta por aquél a quien incumbe la carga’ (art. 335 Cód. Procesal). Valoraciones prudenciales no pueden ser sólo conjeturales, con la dosis de arbitrariedad que ello aparejaría, aleatoriamente gravitante a favor o en contra de cualquiera de las partes. En el caso, aún prescindiendo de que ha mediado negligencia en el accionante, de todos modos el presupuesto sobre desperfectos en el vehículo no puede aportar algún indicio por su carencia de autenticidad; y no puede el órgano jurisdiccional realizar averiguaciones que incumbían al pretensor”* (Cám. 8va. Apel. Civ y Com. Cba., 09/IX/2003, Act. Jur. Nº 40, 10/XI/2003, t. 40, pág. 2399).-

El caso no permite a mi criterio, abundar en situaciones que pudieran reportar excepción a la norma ritual en el tema para, en criterio prudencial del tribunal, atribuir un monto en concepto de daño material, puesto que a ese esfuerzo, se interpone la falta de diligencia en la producción de la prueba, cuando esta no reportaba ninguna dificultad, y remane así sin definición probatoria, la extensión de los daños y su cuantía.-

Por lo que estimo que el rubro daño material demandado debe ser rechazado.-

IV.6. Respecto del daño que se reclama por pérdida de valor venal resulta éste el daño que la reparación y sus huellas dejan en el vehículo frente a su posterior reventa. Y resulta de la comparación del valor del vehículo reparado, con el que tenía previo a la reparación. Este daño ha de resultar como consecuencia de lo dicho, por defectos que la reparación no puede subsanar, y que deja rastros en la estructura del vehículo tales que no son reversibles por el arreglo y que influirán en su valor de venta posterior. Como tales, debían ser acreditados. Y no existe prueba alguna de los mismos.

Se alegaron graves secuelas estructurales que no resultaron acreditadas. La pericia mecánica alude en forma genérica, a una pérdida del valor venal que cuantifica en una depreciación entre el diez y el quince por ciento, según el caso, pero no justifica los guarismos. Al respecto se ha dicho que: *"En la actualidad no se da la situación fáctica que se tenía en vista entonces, dado que desde que se pusieron de moda los talleres con cámara de pintura y la selección de tonalidades originales por computadora, no es normal que un trabajo de pintura muestre tonalidades diferentes a la pintura original del vehículo. En consecuencia, el criterio actual es que es de la esencia de la reparación en concepto de desvalorización del automotor, que se haya demostrado que se afectaron partes vitales de la estructura, pues los meros desperfectos de carrocería -chapa o pintura- por sí solos no autorizan a declarar fundada una reclamación de este tipo"* (López Mesa, Marcelo "Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito" - pág. 656 - Rubinzal Culzoni - Santa Fe - 2.005). No se ha demostrado en la única prueba rendida (pericial mecánica) que ello haya acontecido.-

Y en el punto, cabe destacar que la acreditación de los daños y su cuantía, no depende de hechos o situaciones sobre los que el demandado pueda considerarse que con su incomparecencia y rebeldía, ha corroborado, porque no dependen ni de su participación personal, ni de su conocimiento. La sentencia ha de reconocer daños cuando se los tenga por acreditados como reales, ciertos o verdaderos. Y ello no ocurre por el juego de presunciones que sirven para tener por cierto el hecho, pero no la extensión de los daños en un pleito donde no se ha acreditado ninguna huella de los mismos.-

Y si no se acreditó el valor de la reparación, ni el daño persistente eventualmente en el vehículo luego de ella, menos se acreditó el tiempo que ello demandara.

IV.7. Es oportuno precisar, en este capítulo de evaluación de los daños lo que ya se dijo en el sentido de que el incumplimiento de la carga de contestar la demanda de acuerdo al art. 192 y 316 párrafo segundo C.P.C.C. torna aplicable el apercibimiento dispuesto en la primer norma pero sólo en tanto y en cuanto se vincula con los hechos personales del demandado (conf. VENICA, ob. cit., 286), de lo que surge una presunción *iuris tantum* de verdad de esos hechos afirmados en la demanda que se puede considerar que el demandado debió o podía conocer (doctrina ya citada *supra*).

El actor no se exime así de probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción, y según se ha detallado, aquí no han sido demostrados. En el caso,

el juego de presunciones que invoca en la apelación el actor, si bien bastan para considerar –al contrario que lo fue la anterior instancia-, la existencia de los hechos y del siniestro en los extremos fácticos de la demanda según el art. 113 C.Civil, no es suficiente para acreditar la calidad de dueño de la codemandada TAM S.E., ni la cuantía de los daños y su extensión.

IV.8. Ninguno de los daños cuya reparación se solicita fue objeto de prueba. Y no hay reparación sin daño concreto. El daño es el presupuesto esencial de la responsabilidad civil resarcitoria: sin daño no hay porqué indemnizar; además, el daño es el único presupuesto indispensable, pues hay casos en que la reparación puede ordenarse aunque no haya relación causal, antijuricidad o culpabilidad, pero nunca si está ausente un daño, real o potencial.

Por eso, la inexistencia de un daño resarcible –o su falta de prueba lo que en el mundo del derecho es lo mismo- obsta a la declaración de responsabilidad. En suma, desde una perspectiva práctica, el daño es el presupuesto primario, pues el problema del resarcimiento recién comienza a plantearse a partir de la producción de un perjuicio. En sentido cronológico sólo ante un daño se indagan los demás presupuestos de la responsabilidad. (Cám. 8ª. C.y C. , S. 118/97, S.J. T. 77- 1997 - B, pág. 691).-

Por ello, aunque con fundamentos diversos, entiendo la sentencia recaída merece mantenerse. A la primera voto por la negativa.-

EL DR. JORGE EDUARDO ARRAMBIDE, DIJO:

Que comparte los argumentos expuestos por la Sra. Vocal preopinante, por lo que adhiere a su voto.

LA DRA. MARÍA MÓNICA PUGA DE JUNCOS, DIJO:

Comparto la solución que propugna mi colega del primer voto respecto a todos los aspectos de la responsabilidad que debe abordar en el sub examen para sostener la conclusión de la a quo mas no evidentemente sus escuetos fundamentos.

Solo quiero dejar a salvo, sin que esto altere de modo alguno mi total adhesión a su voto sobre el rechazo del recurso, que consideraciones en torno a la prueba de la titularidad exigida como condición para que la víctima del daño se legitime en el reclamo no la hemos compartido en los autos “Arias c/ Noriega”. Para así opinar hemos ponderado que *“la prueba de la legitimación se torna innecesaria cuando ésta ha sido expresa o tácitamente reconocida, ya que los elementos no controvertidos en la litis quedan al margen de la carga probatoria”* (“Resarcimiento de daños. 3. El proceso de

daños”, Hammurabí, Bs.As.1993, pág.174). Entonces, la eventualidad de no respaldarse el dato en un registro puede en otro caso hacer variar la conclusión, mas no es este. -

Son contundentes los razonamientos de mi colega, clara la manera de deslindar el alcance de la presunción derivada de la falta de contestación respecto al presunto responsable directo y al principal como indirecto, y ha mostrado con debido sustento la incuria de la presunta víctima que no ha probado el hecho principal: el contacto con la cosa riesgosa. -

Por supuesto adhiero a la solución que propone.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA:

LA DRA. VERÓNICA F. MARTÍNEZ DE PETRAZZINI, DIJO: -

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora Elisa Inés Arévalo en contra de la Sentencia número doscientos noventa y cinco de fecha treinta y uno de mayo de 2011 (31/V/2011). II) Costas a la recurrente (art. 130 y 136 C.P.C.C.). III) Regular honorarios al Dr. Luciano Monferini en el equivalente al treinta y cinco por ciento del punto medio de la escala correspondiente del art. 36 C.A. sobre lo que ha sido motivo de recurso, con respeto al mínimo legal de ocho jus (art. 40 C.A.). No regular honorarios en esta instancia a la Dra. Rosalía Passaro (art. 26 C.A. a contrario sensu). IV) Tener presente la reserva de caso federal formulada.-

EL DR. JORGE EDUARDO ARRAMBIDE, DIJO: -

Comparto lo expresado por la Vocal que me precede en voto. Adhiero a la solución brindada al caso.-

LA DRA. MARIA MÓNICA PUGA DE JUNCOS, DIJO:-

Comparto la solución propiciada por la Vocal Dra. Martínez de Petrazzini, votando en consecuencia en idéntico sentido. -

Por todo ello y disposiciones citadas;-

SE RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora Elisa Inés Arévalo en contra de la Sentencia número doscientos noventa y cinco de fecha treinta y uno de mayo de 2011 (31/V/2011). -

II) Costas a la recurrente (art. 130 y 136 C.P.C.C.).

III) Regular honorarios al Dr. Luciano Monferini en el equivalente al treinta y cinco por ciento del punto medio de la escala correspondiente del art. 36 C.A. sobre lo que ha sido motivo de recurso, con respeto al mínimo legal de ocho jus (art. 40 C.A.). No regular honorarios en esta instancia a la Dra. Rosalía Passaro (art. 26 C.A. a contrario sensu). -

IV) Tener presente la reserva de caso federal formulada. -
Protocolícese, hágase saber y dése copia.-