

## Danos Y Perjuicios Peaton Cosas Inertes Prejudicialidad

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Peatón. Cosas inertes. Prejudicialidad

Se

rechaza la demanda de daños y perjuicios iniciada contra la Municipalidad, porque la actora no probó haber tropezado con una alcantarilla en mal estado.

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de marzo de dos mil quince, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos Nº 50.674 - 134.502 caratulados ?Kallus, Beatriz Haydeé c/ Municipalidad de Godoy Cruz p/ daños y perjuicios?, originarios del Décimo Cuarto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de Mendoza, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 231 en contra de la sentencia de fs. 220/223.

Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios al apelante, lo que se llevó a cabo a fs. 242/243. Quedaron entonces los autos para sentencia, luego de que Fiscalía de Estado respondiera la expresión de agravios. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. MÁRQUEZ LAMENÁ, MASTRASCUSA y COLOTTO. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA CUESTIÓN: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO: 1º) La sentencia de primera instancia rechazó la demanda presentada por la Sra. Beatriz Kallus en contra de la Municipalidad de Godoy Cruz. Decidió la magistrada de primera instancia que no estaba probado el hecho que la actora sindicó como dañoso: su caída en una alcantarilla rota existente en la vereda sur de calle Brasil. Coligió que, siendo carga de la accionante la prueba de ese hecho, controvertido puesto que la demandada lo había negado categóricamente, la carencia probatoria existente conduce al rechazo de la pretensión resarcitoria. Evaluó la Sra. Jueza que la prueba rendida no acreditaba los dichos de la actora, con lo que el hecho no pudo comprobarse en juicio. 2º) El decisorio fue recurrido por Beatriz Kallus quien, a través de letrada mandataria, se queja de la consideración de insuficiencia probatoria. Señala que no puede suponer la Sra. Jueza que la caída de la actora debió haber sido vista por algún testigo. Argumenta que los medios de prueba producidos demuestran el accidente que sufriera como peatona en esa vereda de la comuna. Postula que el sumario penal, los informes médicos y la prueba documental sustentan el acaecimiento del hecho que ella denuncia como plataforma de su pretensión indemnizatoria. Reconoce que quien reclama debe probar lo manifestado, pero argumenta que no puede exigirse prueba de testigos. Nos dice que ella vive en Tunuyán y que se encontraba ese día en compañía de su esposo, quien no puede ser testigo por imperativo legal. Fue éste quien la asistió en su infortunio, trasladándola inmediatamente a una clínica para su atención médica. Aduce que la pericia médica, que no fue cuestionada por la demandada, prueba las lesiones que fueron el resultado del accidente. Critica al fallo apelado por no haber ponderado el valor probatorio de la confesión ficta del Intendente municipal. Destaca que oportunamente el auto de admisión de prueba descartó las impugnaciones de su contraria en cuanto a la prueba documental por ella traída, con lo que el valor probatorio no puede estar en duda. Sostiene que la Sra. Jueza no ha considerado que el material probatorio incorporado a la causa tiene estrecha vinculación con el accidente ocurrido. Se trata de prueba con inmediatez temporal con el evento dañoso ocurrido el 28 de julio de 2.007. Reclama de este Tribunal ad quem la revisión del material probatorio del cual emerge que el municipio accionado debe responder por las consecuencias patrimoniales y morales del accidente experimentado por la actora. 3º) El municipio accionado no contestó la expresión de agravios, a pesar de estar debidamente notificado a fs. 246 para hacerlo. Sin embargo, Fiscalía de Estado sí lo hizo (ver fs. 249/250). Propugna este órgano constitucional el rechazo del recurso en tratamiento, sobre la base de que -tal como colige la sentencia puesta en cuestión- no hay prueba del hecho que la actora presentara como base de su reclamo. 4º) En forma preliminar, debo destacar que la apelación no supone una reedición del juicio habido, sino que constituye un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar, sobre la base de la resolución recurrida, el acierto o el error con el que sean valorado los actos desarrollados durante la primera instancia (ver: Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo V, 2º edición actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 73). En esta segunda instancia se revisa el decisorio recurrido, no se renueva el debate. Es decir, se realiza una actividad indirecta y mediata sobre el mismo material trabajado en la instancia precedente (Prieto Castro, Leonardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, Reus, 1950, p. 587; Morón Palomino, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 359). La Sra. Juez a quo ha dado el marco teórico del caso traído a conocimiento. Razonó que el accidente denunciado por la actora se encuadra dentro del sistema de responsabilidad objetiva fundado en el riesgo o vicio de la cosa y que nuestro Código Civil regula en el art. 1.113, segunda parte del segundo párrafo. La actora afirmó que caminando por la vereda sur de calle Brasil, arteria que constituye el límite entre los departamentos de Capital y Godoy Cruz, pisó una alcantarilla que cubría la acequia, que esa rejilla cedió, hundiéndose la reclamante una de sus piernas entre los

hierros que la conforman, lesionándose seriamente el muslo derecho. En base a tal evento, es que reclamó por incapacidad física y daño moral. El encuadre dado por la juzgadora puede ser discutido. Desde el Derecho Público se postularía que no cabe responsabilizar al Estado en base a normas civiles. Se diría que el municipio podría responder sobre la base de la responsabilidad por la falta de servicio. Esta es la posición que, en el ámbito nacional, adoptó la ley 26.944 (B.O. 08/08/14). De cualquier modo, sea cual fuere la posición a la que se adscriba, es acertada la decisión de la magistrada que nos precedió en el estudio y decisión del caso, lo que, según expondré, me llevará a que proponer la desestimación del recurso de trato. Ya sea que miremos la cuestión desde la teoría civilista o desde la administrativista, lo cierto es que -en cualquier caso- quien se presenta como víctima debe probar la plataforma fáctica que presenta como base de su reclamo resarcitorio. Esa carga es innegable pues surge de articular la regla general en materia de carga probatoria (art. 179, CPC) con la negación del hecho que categóricamente la demandada hizo en oportunidad de contestar la demanda (art. 168 inc. 1º, CPC). No es que no exista prueba de lesiones y secuelas físicas. Ese no es el punto. Lo que no está comprobado es que la actora haya caído en una alcantarilla situada en una vereda del Departamento de Godoy Cruz. El municipio accionado negó categóricamente toda responsabilidad y dijo que no le constaba el hecho presentado por Kallus, ni la forma ni el lugar de su ocurrencia, como tampoco sus circunstancias (fs. 36 vta.). Insistió en no saber del siniestro que la actora afirma, ni tampoco las circunstancias de modo, tiempo y lugar, con lo que debía estarse a lo que la prueba indicara (fs. 37). ¿En general, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invoco y que no fueron reconocidos por la contraria. En particular, corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los invoca como base de su pretensión...?, comienza diciendo el art. 179 del CPC. No es una regla particular de nuestro sistema jurídico local, sino que es común en el derecho comparado, tanto nacional o extranjero. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación señala, por ejemplo: ¿Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...? (art. 377). En la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (Ley 1/2000, de 7 de enero) bien se expresa cómo funciona el sistema procesal: ¿Art. 217 - Carga de la prueba. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción?. A estas premisas responde la sentencia bajo análisis. Veremos que, como bien concluye la Sra. Jueza de primera instancia, la demanda está correctamente desestimada por falta de prueba de los hechos fundantes.

El sumario penal venido ad effectum videndi et probandi nada aporta en cuanto a lo que aquí interesa. Fue iniciado a partir de la denuncia policial de la propia actora. Como acertadamente considera la sentenciante, ese instrumento público sólo da fe que la Sra. Kallus se presentó ante la dependencia policial y declaró lo que en el acta dice. Nada más. Prueba que la actora denunció lo que allí se consigna, pues eso fue lo que pasó en presencia del oficial público: la exposición de la denuncia (art. 993, Código Civil). Evidentemente, los jueces no podemos tomar esa declaración unilateral de la actora en su propio beneficio. En tal línea, se ha decidido que: ¿Tienen pleno valor probatorio en el juicio civil las constancias del sumario cumplidas por los agentes policiales en ejercicio de sus funciones, de manera similar a lo previsto para los instrumentos públicos (art. 993 C.C.). Ejemplo de ello son las constancias oculares y gráficos realizados por los agentes policiales inmediatamente después de un accidente de tránsito, que suelen tener gran eficacia para reconstruir la forma como ocurrieron los hechos a partir de las huellas de frenadas de los vehículos, su situación final, etc.?. Pero ¿las exposiciones o declaraciones formuladas por las partes ante la policía con motivo de un accidente no constituyen un medio probatorio en favor de quien las formula, sino en su contra. No hay duda de que la manifestación de uno de los interesados no configura prueba en su propio beneficio. A pesar del carácter de instrumento público del acta labrada en sede policial, pues ello implica autenticidad extrínseca, la misma no hace plena fe sobre la verdad del contenido, es decir, sobre la correspondencia entre lo manifestado unilateralmente por el declarante y la realidad? (Primera Cámara Civil de Mendoza, ¿González?, 03/marzo/2008, LS 170-172). Nuestra Cámara se ha pronunciado en similares términos en los autos Nº 86.033/33.305 caratulados ¿Muratore, Ángel c/ Grippi, Agustín p/ acción revocatoria?, en sentencia del 14 de septiembre de 2.011. ¿Qué otros elementos de prueba existen? La confesión ficta del Intendente de Godoy Cruz -declarada a fs. 136- nada agrega en pos de la pretensión de la Sra. Kallus. Fueron dos las afirmaciones existentes en pliego inserto a fs. 6 vta. La primera, relativa a la responsabilidad del municipio de mantener en buen estado calles y veredas. La segunda, dando por cierto que el día 28 de julio de 2.007 la rejilla situada en la vereda sur de calle Brasil a la altura ... se encontraba rota. La primera es una posición jurídica y no está en discusión que los municipios deban responder por los daños causados por defectos en veredas y calles (ver, de esta Cámara: ¿Farías, Brain Aniceto c/ Municipalidad de Luján de Cuyo p/ D y P?, 28/febrero/2011, LS 129-148). De la segunda posición, aunque se tenga por confesa, no

surge el susodicho accidente. Tan solo emerge el reconocimiento de una rejilla rota, pero nada indica que la Sra. Kallus haya caído allí. En cuanto a esta prueba debo hacer notar algo que parece que pasó inadvertido. Existe disparidad entre el pliego de posiciones ofrecido (fs. 6 vta.) y las posiciones realmente puestas al intendente municipal en oficio tramitado según constancias de fs. 93. Hay otra copia del oficio a fs. 86. En este instrumento, que fue el que se diligenció conforme el art. 186 del CPC, no se transcribieron las posiciones de fs. 6 vta. sino que se colocaron otras, no dos sino tres, menos comprometedoras para la comuna ya que allí ni siquiera se menciona una alcantarilla rota. Me situaré en la postura menos favorable a la demandada, una tesis sólo fundada en un evidente error en la revisión del oficio y en la rigurosa consideración de la firmeza del decreto de fs. 136 que no advirtió la discrepancia de posiciones. Aunque tuviésemos por probado que había una alcantarilla rota en la vereda sur de calle Brasil, de ello no se sigue -salvo salto lógico injustificado- que la actora haya caído allí. Vale aclarar que no se trata de imponerle a la actora una prueba diabólica, sino analizar que las probanzas disponibles y sus argumentos son insuficientes para tener por sucedido el evento que ella presenta como lesivo. Veamos más elementos. La pericia de la ingeniera en construcciones señala que ?en relación a la mecánica del accidente no puedo determinar cómo se ha producido debido a que el lugar del accidente establecido como vereda sur de la calle Brasil a la altura ... no fue posible identificarlo en la inspección ocular ya que en la vereda sur la numeración es impar? (fs. 129). El hecho de que la experta cuando trabajó en el caso (año 2012) no haya encontrado rejillas en mal estado, lo que así consigna en su dictamen, no es significativo atento el tiempo transcurrido desde el hipotético accidente. En esos casi 5 años todo puede haberse reparado, lo sé. Lo que sí es importante es que la altura ... es la vereda norte, vereda par, que no pertenece a Godoy Cruz, sino a Capital. Es de público y notorio el límite geográfico entre los dos departamentos del Gran Mendoza. La actora siempre habla de que el accidente lo tuvo a la altura municipal ... de calle Brasil. Lo hizo tanto en su denuncia policial (ver folio 02, AEV) como en su demanda y señaló ?específicamente en la vereda de Art Decó? (fs. 4 vta.). Bueno, no sabemos donde queda ese sitio que pareciera referirse a un comercio, ¿en la vereda par o impar? ¿Está en la altura ... o cerca de ésta? No lo sabemos. La perito ingeniera nunca pudo encontrar tal altura específica. Además, nos dice que si esa altura existe, aunque no tiene chapa identificatoria que así lo indique, se situaría en Capital, no en Godoy Cruz. Cabe señalar que ninguna de las litigantes observó o cuestionó la pericia. Aclaro que siendo la zona señalada cercana al asiento de esta Cámara Civil, por más que los jueces pasemos por allí todos los días, como es mi caso, no podemos suplir la falta de prueba utilizando nuestro conocimiento particular ni obtener información por gestiones oficiosas, más aún encontrándonos en instancia de apelación (véase: Carnelutti, Francesco, La prueba civil, 2º edición, Bs. As., Depalma, 1982, pp. 15-20; Alvarado Velloso, Adolfo, Proceso y debido proceso, LL 2010-C, 1001). A propósito del lugar del hipotético accidente, más dudas surgen todavía si leemos el informe médico que, como prueba preconstituida, trajo la propia actora con su demanda (ver fs. 2/3). En él se lee ?La paciente Kallus Beatriz... refiere sufrir accidente el 28 De Julio de 2007 mientras se desplazaba por vereda de la ciudad de Mendoza Capital? (fs. 2). La demandante aportó a este juicio un informe que ella misma encargó, en el cual el profesional médico que la evaluó certifica que ella le dijo que se accidentó caminando por una vereda de la Ciudad de Mendoza, no de Godoy Cruz. ¿Será un error? Puede ser, pero decididamente arroja más sombras aún. Ese tipo de informes médicos, una especie de pericia de parte, están contruidos, entre otros abordajes metodológicos, por anamnesis, de lo que deduzco que el médico tomó nota que Kallus le dijo que se cayó en Capital. No tenemos porqué presumir un error en la colección del dato por parte del médico. De todas formas, en la etapa heurística que precede a todo diseño de demanda y planteamiento de acción judicial, si se trató de un error en esa prueba, pues debió descubrirse y enmendarse o señalarse por la propia aportante del documento. Prosigamos. Ciertamente es que, como menciona la Sra. Jueza de la instancia antecedente, las fotografías de fs. 11 no forman parte de un acta notarial, con lo que no sabemos qué lugar sería ese. También le asiste razón a la magistrada cuando llama su atención la ausencia de mención de testigos. ¿No había nadie en esa transitada arteria a las once y media de la mañana de un día sábado? No es que la prueba testimonial sea imprescindible, sino que es la usual en este tipo de casos. Recapitulando, la prueba constituye la actividad procesal de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante, quien a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud displicente. Es la prueba un elemento vital del proceso, quien no cumple con su carga corre el riesgo de no obtener el resultado que pretende (ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, ?Feuermann?, 29/abril/2008, Fallos 331:881; Suprema Corte de Mendoza, ?Antonietti?, 25/agosto/2008, LS 392-001). Es de rigor que la carga de la prueba de los hechos constitutivos compete a quien los invoca como base de su pretensión en los términos del art. 179 del CPC (Suprema Corte de Mendoza, ?Mdalel?, 15/agosto/2003, LS 327-024). Tenemos entonces que no está probado el hecho sindicado como dañoso, lo que fue suficiente para desestimar la demanda en primera instancia y lo es para también rechazar el recurso de apelación en esta oportunidad. Si en verdad todo sucedió como la actora lo relata en su demanda, amarga será su sensación luego de este pleito. Pero lo que deberá entender es que a ninguno de los jueces de ambas instancias logró convencernos de que todo fue como ella lo presentó. No se trata de creer mediante simple fe lo que un litigante alega, sino de verificar que lo afirmado tiene respaldo probatorio. Esa es la labor

del juez frente al hecho controvertido. Cuando el juzgador se encuentra con la afirmación de una parte y la negación de la otra, es necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión. La teoría de la prueba es el conjunto de reglas relativas a la percepción y a la deducción de los hechos por parte del juez. Éste no es libre de apreciar los hechos, sino que lo hace en base a reglas probatorias establecidas por la ley procesal. Cuando el juez no puede fijar o comprobar el hecho controvertido, debe estar a lo que le indican las reglas de las cargas probatorias. Para el juzgador, los hechos que la parte le presenta son desconocidos, por lo que sólo puede llegar a fijarlos a través de la prueba que se le suministra o por la vía de la admisión de la contraparte, como sucedáneo de la prueba, nada de lo cual ha sucedido en este caso (véase: Cernelutti, Francesco, La prueba civil, 2º edición, Bs. As., Depalma, 1982, pp. 15-25). Voto entonces por el rechazo del recurso, afirmando que la sentencia venida en apelación es correcta y debe confirmarse. Sobre la misma cuestión, los Dres. Mastrascusa y Colotto adhieren al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:** Las costas del recurso deben ser impuestas a la actora apelante por resultar vencida (art. 36-I del CPC). Así voto. Sobre la misma cuestión, los Dres. Mastrascusa y Colotto adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: **SENTENCIA:** Mendoza, 25 de marzo de 2.015. **Y VISTO:** El acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:** I. Desestimar el recurso de apelación articulado por la actora a fs. 231. En consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 220/223. II. Costas de segunda instancia a cargo de la actora apelante. III. Regular los honorarios de los Dres. Pedro García Espetxe en la suma de pesos ... (\$ ...) y Margarita Millán en la suma de pesos ... (\$ ...), sin perjuicio de las regulaciones complementarias que puedan corresponder (arts. 2, 3, 4 y 15, ley 3.641). **NOTIFÍQUESE Y BAJEN.** Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO - Juez de Cámara Dra. Graciela MASTRASCUSA - Juez de Cámara Dr. Sebastián MÁRQUEZ LAMENÁ - Juez de Cámara Dra. Alejandra Iacobucci - Secretaria de Cámara Correlaciones: Sosa, Gloria del Valle c/Municipalidad de Morón y otro s/daños y perjuicios - Cám. Cont. Adm. San Martín - 04/09/2014 000973E