NEUQUEN, 26 de Febrero del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"URIBE MARIA ANGELICA C/ ZUPANOVICH ESTEBAN Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES" (JNQCI3 EXP 501900/2014)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La sentencia de grado es apelada por los demandados, quienes objetan que se haya tenido por probado el hecho dañoso alegado.

Señalan que ninguna prueba existe sobre la participación del perro que se dice que es propiedad de la accionada. No hay testigos presenciales del hecho y, a su entender, existe una errónea valoración de las pruebas rendidas.

Cuestionan el valor que se le dio a los certificados médicos y enfatiza la falta de eficacia probatoria que tiene el acta notarial acompañado a la demanda. Mencionan las diferencias entre las características del perro atacante mencionado en la demanda y el de las fotografías acompañadas al acta referida.

Reprochan que se haya valorado como prueba de la responsabilidad, el hecho de tener por confeso al demandado, dado que el Sr. Zupanovich no ha sido citado en debida y legal forma a la audiencia confesional. Ello así, puesto que no fue citado por cédula al domicilio real, ni medió transcripción del apercibimiento bajo la cual se practicaba.

También los agravia que se haya acogido el reclamo por daño físico y los gastos de farmacia, y explican las razones por las que entiende que el daño no estaría acreditado. Asimismo, invocan que la indemnización por daño moral resulta arbitraria, excesiva e infundada.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta, y solicita se rechace el recurso, con costas.

2.- No se encuentra controvertido que la Sra. María Angélica Uribe, actora en autos, fue mordida por un animal que le provocó heridas en su mano.

Lo que se discute, y sustenta el principal agravio de los demandados, es si se encuentra probado que la mordedura la hubiera realizado un perro perteneciente a la Fundación accionada, o bien, al co-demandado Zupanovich, ya sea en calidad de dueño o guardián.

Es decir, los demandados sostienen que el hecho en el que se basa la acción, no está probado.

Debe tenerse presente que en materia de atribución de responsabilidad, el damnificado tiene la carga de probar el daño y que ese daño cuya reparación se pretende se encuentra en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción, ya que de otra forma se estaría imputando a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala “D” “Gullo Juan Antonio c/Aysa S.A y Otros s/Daños y Perjuicios” del 21/12/17).

En este sentido, también se ha sostenido que “la noción de daño resarcible se vincula con un hecho lesivo que sea su causa adecuada e imputable a otra persona. Ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un

concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad. Así pues el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños" (Zavala de González, Matilde Resarcimiento de daños, Tomo 3, Ed. Hammurabi, pág. 155).

Es decir, que ante la negativa general y expresa de los demandados recae sobre la parte actora la carga de probar la existencia del hecho dañoso y su relación causal, prueba que resulta esencial para la procedencia de una indemnización resarcitoria de daños y perjuicios.

La prueba del daño y de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe al pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del artículo 377 del CPCC (Roberto H. Brebbia, "Hechos y Actos Jurídicos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, P. 141; Roberto A.Vázquez Ferreira, "Responsabilidad por daños elementos" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 226 a 230; Jorge Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot Bs. As., 1993, N 606 y 607, p. 269).

En sentido similar: "Más allá que la tendencia en materia de derecho de la responsabilidad civil sea aligerar la carga de la prueba en beneficio de las víctimas de daños, lo cierto es que ello no autoriza a desnaturalizar el sistema de pruebas. Lo que ha de probarse es la afirmación del hecho por lo que si el "onus probandi" pesa sobre la actora, ante la falta de pruebas del hecho contradicho, debe rechazarse la pretensión(cfr. CNCiv., Sala B, "Sulkowski, Bárbara c/ Empresa de Transportes Aut. Plaza s/ Daños y Perjuicios", del 8 05 02; íd., ídem, "Rodríguez, Luis c/ Valentín Guitelman S.A. s/ Ds.y Ps.", del 22 03 02, L. n 328.001, elDial AAF15)".

Ahora bien, el Juez interviniente considera que el hecho dañoso se halla acreditado. Para así decidir, razona que los testigos Acuña y Larrainzar coinciden en que la Sra. Uribe fue mordida por un perro, lo cual es acorde a lo que surge de los certificados e informes médicos y, además, el demandado Zupanovich quedó confeso, de modo que quedó reconocido, conforme la posición nº 5, que el animal agresor es propiedad de aquél.

No coincido con este análisis, y a mi entender, el recurso de apelación deducido resulta procedente. Daré razones.

3.- En primer lugar, las constancias médicas solo pueden dar cuenta de que la lesión que presenta la actora coincide con la mordedura de un perro. Nada más.

Luego, los testimonios señalados por el Sr. Juez no resultan idóneos, según mi parecer, para probar el hecho controvertido: esto es, que el perro que mordió a la actora era el del demandado. Veamos.

La testigo Acuña dijo que vio cuando la Sr. Uribe *"venía con la mano mordida… le pregunté qué pasó y me dijo que la había mordido el perro del zoológico"* (la declaración está en la hoja 180/181). Es decir, la testigo no vio el hecho, sino que reproduce los dichos de la actora.

Esta circunstancia limita el valor probatorio del testimonio, máxime si se tiene en cuenta que cuando se le consultó por las generales de la ley, su respuesta correspondería a una situación de enemistad con el demandado, en tanto dijo: *"con Zupanovich tuve un altercado, me pegó en una oportunidad, me tiró a un canal de riego; intentó prender fuego mi predio"*.

Sobre la valoración de la prueba testimonial, esta Alzada ha dicho: *"…el testigo puede brindar en su declaración no sólo hechos que conoció por sus sentidos, sino también aquellos que conociera por dichos de terceros o que directamente no conoció, puede aportar opiniones y hasta suposiciones, esto hace a la existencia del testimonio."*

"Sin embargo, distinta es la cuestión ***cuando lo que se evalúa no es ya la existencia del testimonio, sino su eficacia, y su utilidad para el proceso, aspecto en el cual aquellas cuestiones sí comienzan a tener relevancia****."*

"Señala al respecto Devis Echandía: "…el testigo debe limitarse a exponer hechos, pero inevitablemente emite opiniones sobre ciertas calidades del objeto o sobre las condiciones en que se encontraba una persona (como su ebriedad o la ira manifiesta) o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre lo que dedujo de los observados o percibidos, es decir, opiniones que complementan la narración de sus observaciones. ***Pero si el juez le permite exponer simples suposiciones*** *o dar conceptos que sólo corresponde a los peritos, su declaración no deja por esto de ser un testimonio, a pesar de que* ***en esa parte carecerá de valor probatorio****." (Devis Echandia, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1974, t. II, pp. 29)."*

Por su parte, la testigo Victoria Larrainzar, declaró *"… yo estaba en mi casa que está a 200 o 300 metros del zoológico y cuando siento gritos salgo de la cocina, cuando la veo estaba ensangrentada.."*.

Y agregó: *"…la Sra. me decía, pero yo no se si fue un perro de la calle o el de Zupanovich, porque en ese barrio está lleno de perros por todos lados"* (ver hojas 182/183).

La sola lectura de sus manifestaciones, al igual que en el caso anterior, permite colegir que la deponente no presenció el hecho, ni tampoco sabe qué perro lastimó a la actora.

A esta altura, es preciso rememorar las circunstancias precisas del hecho que relató la Sra. Uribe en su demanda. Dijo textualmente que ese día: *"…la amiga de la actora de nombre María Luisa Larrainzar la invita a caminar para ver si llegaban los invitados, en ese momento eran alrededor de las 14hs se pararon en la calle (sin salida-cortada) frente al zoológico a mirar los monos, que en el entorno habían perros medianos y grandes, no pudiendo individualizar si eran de raza, en contados segundos se les acercan los perros y uno de color blanco, pelos cortos salto, con orejas negras (parecía cruza con dogo)y le mordió la mano izquierda"* (hoja 39).

Puede verse que, según afirmó la actora, en el momento del hecho no estaba sola, sino acompañada por su amiga María Luisa Larrainzar. Es probable que el testimonio de esa persona hubiese podido echar luz sobre la existencia del hecho y sus circunstancias. Pero pese a que fue ofrecida como testigo, luego no se produjo la prueba en cuestión.

Nótese que al contestar agravios, la actora afirma que el testimonio de María Luisa Larrainzar se encuentra en la hoja 182, pero allí solo obra la declaración de Victoria Larrainzar, ya señalada.

No desconozco que la actora también acompañó a la causa, a los fines de acreditar el hecho lesivo, un acta notarial de constatación. Sin embargo, juzgo que dicha pieza tampoco reúne valor probatorio.

He dicho al respecto: *"como señalara en autos "Sasso": "…no debe perderse de vista que con relación al contenido de un instrumento público, conforme a lo estatuido por los arts. 993 a 995 del Cód. Civil, hay que distinguir entre distintas declaraciones que efectúa el funcionario, no presumiéndose auténticas y, por lo tanto, no haciendo plena fe "…aquellas declaraciones formuladas por el funcionario que responden sólo a apreciaciones de tipo subjetivo, opiniones individuales, respecto de las cuales no se halla debidamente cualificado por carecer de los conocimientos técnicos o científicos sobre lo material, o bien se trata de hechos de difícil comprobación" (cfr. Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Bellinvia, Andrea Pía c. Pelegrina, Rubén Darío y ots.• 15/12/2010 Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (abril), 274 AR/JUR/86064/2010)".*

"Así, y con relación a las declaraciones del notario se indica que en cuanto a los hechos del mundo exterior "…Son razonamientos del notario sobre hechos o sobre derechos que como todo juicio humano, aun en lo científico, pueden apartarse de lo verdadero. Algunos son históricos o valoración de hechos y otros de naturaleza lógico-interpretativa, es decir, de derecho".

"Estas apreciaciones carecen de autenticidad y, por lo mismo, no cabe impugnarlas mediante acción de falsedad. Son válidos o ineficaces o simplemente exactos o erróneos. Por ejemplo, si afirmara que la distancia más corta entre dos puntos es la línea curva…. La actuación de los notarios en las actas es proclive para las apreciaciones subjetivas, que no están comprendidas en los extremos del art. 993. En las actas el notario debe limitarse a narrar el hecho patente para sus sentidos. Si el requirente desea dejar constancia acerca del

estado de las cosas, lo que procede es que intervengan profesionales o peritos para que emitan aclaraciones y juicios sobre la naturaleza, características y consecuencias de los hechos comprobados….” (cfr. Pelosi, Carlos A. “El documento notarial. Tercera parte. Capítulo IX” Revista del Notariado 758 , 33)”.

“Y en igual sentido: “Fijado el concepto y naturaleza de la autenticidad, conviene empero destacar que tal autenticidad no opera igualmente respecto de todas las partes instrumentales ni de todos los elementos instrumentales. Recogiendo ideas de Núñez Lagos y Rodríguez Adrados cabe distinguir netamente, dentro del instrumento público, los siguientes grupos de elementos, cuya valoración se indica sintéticamente, sin perjuicio de su desenvolvimiento ulterior”:

“a) Actos del propio notario, que el notario afirma (el dictum se sobrepone al factum), fecha del documento, aunque Rodríguez Adrados estima que es más bien un juicio pericial; el lugar de actuación y redacción, la presencia del notario en la audiencia y en la fase estrictamente documental, las actividades propiamente dichas, documentales o predocumentales, del notario (advertencias, reservas, lectura del documento, su propia autorización, etc.)”.

“b) Hechos percibidos por el notario a través de sus sentidos (el dictum se sobrepone también sobre el factum): presencia de personas (comparecientes, testigos, etc.); capacidad natural y libertad física de tales personas; existencia de personas, de cosas (documentos); actos de personas (declaraciones en cuanto hechos, firmas puestas en presencia del notario); hechos propiamente dichos que constituyen el objeto del documento”.

"c) Juicios del notario (con presunción iuris tamtum), identificación de personas, calificación de títulos y de negocios, juicios de notoriedad, etc."

"d) Contenido de las declaraciones (autenticadas)".

"La autenticidad tiene, pues, un dispar alcance respecto de cada uno de los cuatro grupos a los que hemos hecho referencia… sólo es auténtico lo sensorialmente percibido por el notario. La consecuencia es que no lo son los juicios que emita el notario acerca de los hechos percibidos…." (cfr. González Enriquez, Manuel Manrique Romero, Francisco Molleda Fernández-Llamazares, José Antonio, publicado en: Revista del Notariado 707, 1069)…." (cfr. "SASSO ESTEBAN ANTONIO CONTRA E.P.E.N. S/DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP Nº 324626/5)"

"Traídos estos conceptos al caso en estudio, lo único que hace el oficial notificador es consignar que la persona que lo atendió dijo que el demandado vivía allí, pero la veracidad de este dato no se encuentra alcanzada por la fe pública", (autos "SOBARZO MIRTHA NEOMI CONTRA PEREYRA WERFIL S/COBRO DE HABERES", EXP Nº 464380/12).

En el acta acompañada a esta causa, se lee: "la requirente me señala una perra de color blanco dentro del predio del zoológico y me indica que esa perra fue la que la mordió…".

Resulta claro que, a tenor de los lineamientos antes citados, mal podría estar alcanzada por la fe pública la sola manifestación de la actora sobre un hecho que no pudo materialmente ser percibido por el notario.

4.- Resta analizar el cuestionamiento que realizan los quejosos con respecto a la confesión ficta considerada en la sentencia.

Aquí debo inicialmente indicar que no les asiste razón cuando sostienen que la notificación debió realizarse por cédula al domicilio real, y no mediante notificación electrónica.

La notificación al domicilio constituido (que además, a partir de la sanción de la ley provincial 2801, debe ser electrónico), se corresponde con la postura de nuestro Tribunal Superior, que señaló:

"La regla general es que dicha cédula –al igual que todos los actos procesales- debe encontrarse dirigida al domicilio procesal constituido por la parte que debe absolver las posiciones, salvo que ésta se encuentre representada en juicio mediante apoderado, en cuyo caso, deberá dirigirse la notificación al domicilio real.

Esto así puesto que el domicilio procesal constituido es aquél que la misma parte ha fijado para que le sean notificadas todas las actuaciones judiciales.

La excepción a este principio general sólo es dejada de lado en caso de que la parte actúe mediante apoderado, ya que la confesión es un acto personal de quien debe rendirla, que versa sobre hechos personales o de su conocimiento personal.

En este sentido se ha dicho que "La notificación de la audiencia señalada para la absolución de posiciones debe notificarse en el domicilio procesal constituido, si la parte citada actúa personalmente y en el domicilio real de la absolvente, cuando actúe por medio de apoderado, aun cuando

hubiese actuado por derecho propio con anterioridad."(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 30/05/1980, autos "Rubinetti, María J. c/ Espoueys, Daniel s/ sucesión".

Por ello, siendo que la actora actúa por derecho propio en este juicio, la notificación de la audiencia de absolución de posiciones debió dirigirse al domicilio procesal constituido" (R.I. nº 7075/09).

En autos, el demandado actúa por derecho propio, de modo que la notificación al domicilio electrónico constituido, no resulta reprochable.

Sin embargo, le asiste razón al quejoso, en los restantes cuestionamientos.

Es que, a más de que la citación se realizó sin transcripción del apercibimiento contenido en el art. 417 CPCC, lo cierto es que, la posición nº 5, que el juez tomó como una admisión tácita del hecho, no se refería a un hecho personal del absolvente.

Nótese que la posición decía: "para que jure como cierto que dicho animal es de su propiedad". Pero dicha posición para poder tener sentido, debía unirse a las anteriores, especialmente a la posición nº 1, que dice: "para que jure como cierto que el día 21/07/12 a las 14hs aproximadamente la actora fue mordida con violencia por una perra de color blanco, pelo corto, con orejas negras" (hoja 184).

Si las posiciones no se refieren –como en el caso- a hechos personales del absolvente, carece de eficacia la absolución en rebeldía, ni puede servir para obtener una conclusión jurídica aceptable, ni para tener al actor reconociendo hechos de terceros que no entraron en el campo de

su conocimiento (cfr. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos...”, TV-B, p.92).

Ergo, tampoco la confesión ficta, puede tener la virtualidad que se le otorgó en la primer instancia.

Todas estas razones, me persuaden de que en autos no se encuentra probado el hecho por el que se demanda.

Al ser ello así, propicio el acogimiento del recurso de apelación deducido por los codemandados, la revocación del fallo de grado y el rechazo de la demanda deducida en todas sus partes, con costas a la actora perdidosa en ambas instancias (art. 68 CPCC).

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia de fs. 409/415 y, en consecuencia, rechazar la demanda incoada por María Angélica URIBE contra Esteban ZUPANOVICH y Fundación LUAN, en todas sus partes.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora perdidosa (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado a los profesionales letrados, y readecuar los mismos en los siguientes porcentajes, los que se calcularán sobre la base regulatoria de monto de demanda más intereses, determinados desde su interposición y hasta la sentencia: para el Dr. ..., patrocinante del demandado Zupanovich y letrado apoderado de la codemandada Fundación

Luan, en el 22,4%; para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la parte actora en el 11,2% en conjunto y para la Dra. ..., apoderada de dicha parte, en el 4,5% (art. 279 del CPCC y arts. 6, 7, 10, 11 y 20 de la ley 1594).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia, al letrado de los demandados, en el 35% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado y a los letrados de la actora en el 30% de su regulación en dicha instancia (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA