

NEUQUEN, 7 de febrero de 2024.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: **"HEREDIA TERRAZAS CARLOS EMILIO C/ MAÑUECO MARIA V Y OTROS S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)", (JNQC11 EXP N° 544338/2021)**, venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 192/195, dictada el día 26 de junio de 2023, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) En su memorial de hojas 203/208 -presentación web n° 9154, con cargo de fecha 7 de septiembre de 2023-, la recurrente señala que la jueza a quo ha rechazado la demanda por entender que no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el hecho y el accionar de la demandada.

Sostiene que no se ha debatido en autos que la conductora embistió en forma antirreglamentaria al actor y que, producto de ello, generó un daño injusto, pero la magistrada de grado entiende que el daño que alega el demandante y el que se produjo no es causalmente adecuado.

Entiende que esa conclusión es contradictoria, y agrega que la postura de la sentenciante de primera instancia implica que el daño que alega el actor obedece a otra causa y no al siniestro automovilístico del cual se reconoce la autoría a la demandada. Cataloga como absurda esta hipótesis, ya que el razonamiento derivaría en que el actor inicia una acción judicial (con los gastos que ello conlleva) para obtener un hipotético enriquecimiento.

Vuelve sobre el hecho dañoso, detallando que la camioneta de la demandada embistió por detrás al rodado del

actor, reclamándose por los daños que existen en el baúl, ópticas y paragolpes.

Dice que los testigos indicaron que, previo a la fecha del accidente, el rodado del demandante estaba en perfectas condiciones y que con posterioridad al accidente se encontraba dañado. Luego, continúa su argumentación la recurrente, el perito informático acreditó la veracidad de las conversaciones entre la aseguradora y la parte actora, pero la jueza de grado le quitó trascendencia manifestando que las tratativas prejudiciales no revisten la calidad o condición de reconocimiento de derechos.

Afirma que, al contrario de lo dicho por la jueza a quo, las conductas y manifestaciones de quienes después son parte en un litigio tiene un importante valor y permiten determinar -entre otros- donde radica el hecho generador del litigio y que es lo que determina la intervención del sistema de justicia.

Insiste en que la aseguradora citada en garantía puso a disposición su canal de reclamo, condujo al actor en todo el proceso de reclamo y hasta efectuó un ofrecimiento para reparar los daños ocasionados por su asegurada.

Critica que la sentencia de grado haya determinado que la confesión ficta del titular registral del rodado nada aporta para acreditar la relación de causalidad. El argumento de que la titular registral no participó personalmente del siniestro se dirige, en todo caso, a sortear el tema de la antijuridicidad de la maniobra, o de la mecánica, pero no sobre la relación de causalidad.

Sigue diciendo que si bien la prueba informativa, por si sola, no resulta suficiente para acreditar la relación de causalidad, debe ser interpretada conjuntamente con la totalidad de la restante prueba, dado que los presupuestos son fuente de

indicio de que efectivamente existe una correlación entre el accidente y el daño.

Explica que elementos quiso incorporar a la causa al solicitarle a la aseguradora las constancias internas generadas por el reclamo del actor.

Considera irrazonable que la sentencia se asiente solamente en la pericia mecánica, que fue realizada defectuosamente y respecto de la cual existen serias inconsistencias.

Manifiesta que el perito no ejecutó su examen en forma adecuada, ya que solamente observó el vehículo de la demandada, sin tener constancia de si fue reparado, o no, pero no inspeccionó ocularmente el rodado del actor. Destaca que, al contrario de lo sostenido por la jueza de primera instancia, su parte no consintió en ningún momento que la pericia se realizara de tal modo, habiendo puesto a disposición los datos de contacto para concertar la cita, con carácter previo a la presentación de la pericia.

De todos modos, sostiene la apelante, la pericia da por tierra con la versión del choque propuesta por la demandada, quién alega que fue tan sutil que no se abrieron los air bags, ya que el informe pericial indica que ello no puede ser determinado con los elementos aportados al momento de la inspección.

Extrae corolarios sustantivos y dkelógicos.

En forma subsidiaria se agravia por la imposición de costas.

Sostiene que ha tenido razones valederas para presentarse en juicio, como así también que la citada en garantía es una firma que goza de enorme solvencia económica y que abona en forma mensualizada la labor de sus abogados. Cita el precedente "Almonacid" del Tribunal Superior de Justicia.

Pone también de manifiesto que la jueza de grado ha rechazado la pretensión de pluspetición.

b) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado del memorial en hojas 209/210vta. -presentación web n° 9276, con cargo de fecha 18 de septiembre de 2023-.

Dice que hay una gran diferencia entre los relatos del siniestro formulados por ambas partes, ya que no es lo mismo impactar súbita y violentamente, que tocar con la patente delantera el paragolpes, no cumpliendo el actor con su carga de acreditar la relación causal entre los daños reclamados y el siniestro que denunció.

Destaca que las pruebas son concluyentes en que los daños que presenta el vehículo Chevrolet no han sido ni pudieron haber sido generados por una camioneta Honda CRV.

Recuerda que los testigos no han presenciado el accidente.

Defiende lo dicho por la jueza de grado respecto a que las tratativas informales no pueden ser tomadas como reconocimiento de hechos o de derechos, y que mal puede probarse un hecho por la confesión ficta de una persona que no ha sido participe en él.

Alega que el perito tiene la experticia para conocer si un vehículo fue reparado o no, y que su parte preguntó sobre el punto, respondiendo el experto que no se observan reparaciones en paragolpes y guardabarros.

Sigue diciendo que el actor no requirió la inspección ocular del rodado de la demandada al realizar el ofrecimiento de prueba.

En cuanto a la apelación subsidiaria, señala que el apelante no fundamenta por qué la jueza de grado debió apartarse del principio objetivo de la derrota.

c) La parte demandada no contesta el traslado del memorial.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, y analizadas las constancias de la causa, entiendo que no asiste razón al recurrente.

El trámite de este expediente presenta un déficit probatorio notorio, por lo que la solución de la controversia debe ser hecha en base a los elementos de prueba conducentes, y por aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

Esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha sostenido: *"El art. 377 del CPCyC textualmente dice: "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 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".

"Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, reseña que la carga de la prueba es un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes. Es por cierto una distribución, no el poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo de cada litigante.

"Agrega el autor que vengo citando que este instituto se ocupa de señalar a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales, por ello, la carga no importa la obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias de la producción o no de la prueba (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. III, pág. 949/953).



"Enrique M. Falcón cita el art. 1.315 del Código de Napoleón, el que prescribía: "El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación", explicando que el demandante tiene la carga de la afirmación y de la prueba de los hechos constitutivos de su derecho, y el demandado las cargas respectivas del supuesto de la norma favorable a él, es decir, de los hechos que son impeditivos de la producción de los efectos de la norma favorable al demandante, o de las que, tras de haberse comenzado a producir efectos, los extinguen o los concluyen (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. II, pág. 650/651) - cfr. autos "Estepa S.A. c/ Sahiora S.A.", expte. n° 475.865/2013, 21/2/2017; "Herederos de Goizueta Héctor c/ Ducoin", expte. jnqci5 n° 471.109/2012, 18/2/2020).

En estos actuados las partes son contestes en el acaecimiento del hecho dañoso, ocurrido el día 13 de julio de 2020, en la intersección de Ruta Nacional n° 22 -a esa época- y calle Teniente Eduardo O'Connor en el ejido de esta ciudad de Neuquén.

También son contestes las partes en que el vehículo de la parte demandada embistió por detrás al vehículo de la parte actora.

Ahora bien, la parte actora solamente señala que fue impactado súbita y violentamente en la parte trasera de su automotor, en tanto que la demandada relata que, advirtiendo que el semáforo estaba en rojo, aminora la marcha hasta detenerse detrás del vehículo del actor, a una distancia aproximada de un metro, se distrajo y soltó el freno, lo que hizo que el vehículo, con caja automática, se desplace hacia adelante, tocando con su parte delantera el paragolpes trasero del automotor del actor. Agrega que el golpe fue mínimo, que su

automotor sólo sufrió la dobladura de la patente, y que el auto del actor ya tenía daños en la parte trasera.

No intervino en el accidente la Dirección de Tránsito, y no se cuenta en autos con testigos presenciales del siniestro, en tanto que el perito en accidentología informa que no cuenta con elementos como para poder determinar cómo fue la mecánica del hecho.

Luego, no conocemos la mecánica total del accidente ya que no existe controversia en que hubo un golpe propinado por el vehículo de la demandada en la parte trasera del automotor del actor, pero no conocemos ni las características ni la intensidad de ese contacto.

Ahora bien, señala el perito en accidentología: *"Si comparamos las fotografías adjuntadas a la causa con un automóvil no chocado, observaremos que el del actor presenta tres impactos (dos en el paragolpes y uno en la tapa del baúl, claramente marcados) mientras que el resto del paragolpes no presenta casi daños.*

"Se puede observar en la fotografía de lado el perfil del paragolpes y como se encuentra abollado en los extremos.

"Si lo comparamos con el perfil del frente de la camioneta (fotografía lado derecho), observamos que es plano, por lo que en caso de choque hubiera hundido el paragolpes en el centro completamente hasta que el capot se incruste en la tapa del baúl, produciendo deformaciones en la parte vertical de la misma y destruyendo completamente el paragolpes.

"Por todo lo expuesto no es posible determinar la correlatividad de los daños con el accidente relatado..." (informe de hojas 56/57vta.).

Agrega el perito que no se observan reparaciones en paragolpes y guardabarros del vehículo de la demandada.

Frente a este dictamen del perito y ante la inexistencia de prueba que permita conocer la mecánica completa del accidente, forzoso es concluir en que los daños que presenta el vehículo de la parte actora, cuya reparación persigue mediante la presente acción, no guardan relación causal adecuada con el hecho dañoso.

Y esta conclusión no se ve conmovida por los testimonios brindados en la causa, los que solamente dan cuenta de que el vehículo del actor antes del accidente no presentaba daños, ni por las cotizaciones de repuestos y mano de obra para efectuar las reparaciones, y menos aún por la confesión ficta de una codemandada. Sobre este último punto, esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha dicho que la confesión ficta y su relación con los hechos alegados por la contraria debe ser valorada en concordancia con la restante prueba incorporada a la causa. *“Ello significa que dicha prueba debe valorarse teniendo en cuenta las demás pruebas producidas y que si estas últimas demuestran lo contrario de lo que se presume de la confesión ficta, debe estarse a lo realmente demostrado en la causa. O lo que es lo mismo, la confesión ficta en modo alguno puede prevalecer sobre la restante prueba”* -cfr. autos “Felipe c/ Rubio”, expte. jnqla4 n° 474.142/2013, 5/4/2018; y “Lafit c/ Centro de Medicina Integral del Comahue S.A.”, expte. jnqla6 n° 511.164/2017, 17/11/2022).

En autos, es la prueba pericial la que desmiente a la confesión ficta, debiendo destacarse que el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino que se trata de un análisis razonado, con bases científicas y conocimientos técnicos (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, “M.L., J.M. c/ Ecohábitat S.A.”, 8/9/2021, JA 2022-I, pág. 10).

No paso por alto los cuestionamientos e impugnaciones que la parte actora ha planteado respecto de esta prueba pericial, relacionados con el hecho que el perito no

inspeccionó personalmente el vehículo de la parte actora, sino que emitió su dictamen en base a las fotografías acompañadas con la demanda. Pero ellas no tienen entidad como para restar valor convictivo al dictamen del experto.

Es cierto que el perito mecánico no inspeccionó el vehículo de la parte actora, como sí lo hizo con el de la demandada, pero, conforme lo sostiene la jurisprudencia, *"la pericia no pierde valor probatorio por el hecho de que el experto no haya podido inspeccionar el vehículo, pues tal inspección no resulta indispensable para determinar los daños cuando el perito cuenta con otros elementos que le permiten emitir su dictamen"* (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala C, "Boero c/ Maglione", 5/3/2008, TR LL AR/JUR/4439/2008).

No obstante ello, entiendo conveniente señalar que no es necesario que la parte ofrezca o requiera la inspección ocular del vehículo, dado que ello forma parte de las operaciones que deben efectuarse en el marco de la práctica de la pericia (art. 471, CPCyC). En casos como el de autos, la regla es la inspección de los vehículos, medie o no requerimiento de parte, y la excepción la emisión del dictamen en base a fotografías.

En autos, el perito ha podido brindar su dictamen en base a los registros fotográficos acompañados por la parte actora y, como ya se señaló, tal extremo no invalida el informe pericial.

Luego, la parte actora requirió expresamente la inspección de su vehículo y ello fue proveído de conformidad por la oficina judicial (hoja 60vta., proveído de fecha 25 de noviembre de 2021), pero esta resolución nunca fue notificada al perito en accidentología, no obstante estar ello ordenado expresamente: *"Notifíquese"*.

Sin embargo esta irregularidad procesal ha quedado purgada por el llamado de autos para sentencia (hoja 191), consentido por ambas partes. Conforme se ha dicho en autos "Azcurra c/ Pesoa" (expte. jnqcil n° 540.117/2020, 2/2/2022), *"...al haber consentido la parte el llamamiento de autos para sentencia (fs. 108) se cerró la etapa instructoria, incluido el debate sobre las nulidades que hubieran podido cometerse en el curso del proceso, las que no podrán hacerse valer una vez consentido el llamamiento de autos; convalidándose, por ende, los supuestos vicios procesales previos al dictado de aquella resolución, y precluyendo el derecho del interesado para su impugnación (cfr. López Mesa, Marcelo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", Ed. La Ley, 2012, T. IV, pág. 109; Quadri, Gabriel H., "El recurso de nulidad (en materia civil y comercial)", LL 0003/801069)".*

Finalmente, y para despejar toda duda sobre la conclusión del perito, es claro que la parte trasera del vehículo del actor presenta abolladuras en los extremos del paragolpes, cuando, de haber sucedido el siniestro conforme lo relata el actor, se tendría que haber hundido completamente el paragolpes en el centro, lugar que justamente no aparece dañado. Y estos extremos no van a cambiar con la inspección ocular del automotor.

Consecuentemente, habré de propiciar la confirmación de la sentencia de primera instancia, en cuanto rechaza la demanda.

III.- La parte actora se queja de la imposición de las costas del proceso, alegando razón fundada para litigar.

Esta Sala II tiene dicho que: *"El principio objetivo de la derrota es la regla que rige en materia de distribución de las costas procesales. Quien resulta vencido en el pleito tiene que hacerse cargo de los gastos del proceso, incluidos los de su contraria, a la que obligó indebidamente a*

litigar. Y este principio rige plenamente en el ámbito laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador” (cfr. autos “Bruno c/ Casino Magic Neuquén S.A.”, Expte. JNQLA4 n° 503.546/2014, 14/10/2020; “Olave c/ Sucesores de Rosales Luis”, Expte. JNQLA4 n° 502.183/2013, 10/2/2021).

“También se ha sostenido en torno a la razón fundada para litigar, que es el motivo que invoca en definitiva el apelante para solicitar la dispensa parcial en el pago de las costas del proceso, que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho que la expresión razón fundada para litigar contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio (Sala E, 22/3/2011, “Dos Santos c/ La Estrella S.A. Cía. de Seguros de Retiro”, LL AR/JUR/6428/2011).

“Esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha sostenido que las razones para creerse con derecho a litigar deben resultar de carácter objetivo y no ser meramente subjetivas pues -en principio- es de toda lógica que quién se presenta a un litigio lo hace -la más de las veces- con el convencimiento de encontrarse con razón para ello y que en muchas ocasiones el resultado del pleito no refleja una irrazonabilidad del planteo (autos “Leoman S.R.L. c/ Banco Prov. del Neuquén S.A.”, Expte. JNQCI2 n° 451381/2011, 1/3/2016; “Azcurra c/ Pesoa”, Expte. JNQCI1 n° 540117/2020, 2/2/2022)” - cfr. autos “Giandana c/ La Segunda ART S.A.”, expte. jnqla2 n° 515225/2019, 28/6/2023; “Schell c/ Moño Azul S.A.”, expte. jnqla3 n° 517.371/2019, 15/9/2023-.

Analizado lo ocurrido en autos y, si bien he señalado la existencia de un déficit probatorio importante, encuentro que han existido tratativas extrajudiciales entre el

actor y la aseguradora citada en garantía (hojas 160vta./174vta.), que incluyen una propuesta conciliadora de un pago de \$ 111.000, el que luego fue cancelado sin explicar el motivo.

Si bien esta conducta no importa reconocimiento de hechos y/o derechos por parte de la aseguradora, sí tiene entidad suficiente como para generar en el actor el convencimiento de que le asistía razón para demandar y, así obtener el resarcimiento cancelado en el marco de las tratativas extrajudiciales.

Conforme lo dicho, encuentro que en autos contamos con aquellos elementos objetivos que configuran una razón fundada para litigar.

Es por ello que ha de modificarse la imposición de costas de la primera instancia, las que se distribuyen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

IV.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, distribuyendo las costas de la primera instancia en el orden causado; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se distribuyen en un 10% a cargo de la parte demandada y en un 90% a cargo de la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en la suma de \$ 55.215 para el letrado Alejandro Monzani; \$ 50.700 para el letrado Juan José Marcos Quarta, y \$ 28.170 para el letrado Sandro Fabián Ochoa (art. 15, ley 1594).

El juez José NOACCO dijo:



Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar parcialmente** la sentencia dictada el día 26 de junio de 2023 (hojas 192/195), distribuyendo las costas de la primera instancia en el orden causado; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en un 10% a cargo de la parte demandada y en un 90% a cargo de la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

PATRICIA CLERICI

JOSÉ NOACCO

**Jueza
Juez**

**VALERIA JEZIOR
Secretaria**