En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año dos mil diez, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y presencia de la Sra. Jueza subrogante Dra. Claudia Liliana ABRAHAM, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 23- año 2010)**, venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. 032- año 2007). Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?, **SEGUNDA:** ¿Deben modificarse los honorarios profesionales apelados a fs. 247 y fs. 252?, **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN: el Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1. La sentencia

Sostuvo la sentencia de grado que el actor fundó su reclamo en la lesión sufrida en el índice de la mano izquierda.

Que la causa de la lesión fue un hecho controvertido en autos, pesando sobre el actor probar la existencia del daño y su cuantía, el acto ilícito, la relación de causalidad en el acto ilícito o el incumplimiento contractual.

Sostuvo que la única prueba arrimada al proceso, que hace mención -directa o próxima- a la ocurrencia del hecho referido, es la testimonial prestada por el Sr. C. A. C. de fs. 144, de la que surge que el relato de los hechos lo realiza no por haberlos visto o vivido, sino por lo transmitido por el propio actor. El testigo, no pudo precisar – señaló el decisorio- a quién pertenecía el objeto dañoso ni cómo acontecieron los hechos.

Concluyó el Sr. Juez de la otra Instancia que la actora no demostró el supuesto de hecho del cual hace surgir la responsabilidad del daño sufrido, teniendo en cuenta que la prueba acumulada en la causa hace referencia al perjuicio en sí y su cuantía, no así a los supuestos necesarios para la procedencia de la reparación. Rechazó la demanda con costas.

2. <u>Los agravios de la parte actora</u>

A fs. 267/269 se agravió la parte actora por cuanto el sentenciante aplicó erróneamente el derecho vigente, debiendo haber aplicado la normativa tutelar del consumidor, y consecuentemente las reglas de la responsabilidad objetiva (arg. ley 24.240 y sus modificatorias).

Al respecto sostuvo que el actor se encontraba en el comercio del demandado al momento de los hechos, en ocasión de una relación de consumo, produciéndose la lesión con un objeto de los ofrecidos a la venta por el demandado.

Señaló el agraviado también que el art. 40 de la ley de defensa del consumidor invierte la carga de la prueba, poniendo en cabeza del demandado que el daño no se produjo por vicio o riesgo de la cosa en cuestión.

Fue materia de agravio también la errónea valoración de la prueba, en tanto la factura acompañada en autos a fs. 37 daba cuenta que el actor había concurrido a la ferretería del accionado a comprar fratachos, contrariamente a lo sostenido por la demandada, en el sentido que sólo estaba sacando número. Esa compra quedó acreditada con la factura en cuestión, dejando a salvo que en definitiva la adquisición fue sin cargo.

Finalmente sostuvo que el demandado reconoció el hecho mediante despacho epistolar desde el momento que denunció el infortunio a su aseguradora. Solicita se revoque por contrario imperio la sentencia, con costas al accionado.

Corrido el traslado de ley a fs. 270, el mismo no fue contestado.

3. <u>La relación de consumo</u>

El actor apelante se agravia por entender que el Sr. Juez de la otra Instancia ha omitido aplicar la normativa del caso, esto es, la de defensa del consumidor de la ley 24.240 y sus modificatorias.

Surge de los términos de la demanda por él incoada, que en circunstancias del acaecimiento del ilícito que denuncia se encontraba ”comprando unos elementos de trabajo denominados fratachos”, agregando que a la promoción del reclamo era albañil y constructor, y que era corriente su presencia en la ferretería demandada, ya que allí se abastecía de los “materiales necesarios para las obras que ejecutaba”.

La base de todo el derecho de defensa del consumidor parte del concepto de “consumidor final”, el que con la reforma de la ley ha dado en llamarse en la actualidad ”destinatario final”.

En finas palabras de FARINA, el consumidor o destinatario final es el sujeto de derecho que adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia mediante su posterior enajenación, ni de emplearlos en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado (cfr. FARINA, Juan M., “Defensa del Consumidor y del usuario” 4ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs.As, 2008, p. 51.

Agrega el autor (op. cit, p. 53) que no puede considerarse consumidor o destinatario final a quien adquiere bienes o servicios para revenderlos o cederlos a terceros en propiedad o en uso con ánimo de lucro, siendo esto último, precisamente, el destino que daba a los implementos que allí adquiría.

No cabe duda, pues surge de las propias manifestaciones de la parte, que las adquisiciones que realizaba en el comercio escenario del hecho que denuncia, se relacionaban de forma directa con el objeto de su actividad

lucrativa, o a propósito de la misma. Esto es, no se destinaban a su uso personal o familiar, fuera del ámbito de su esfera laboral. En ese caso, la mencionada norma veda expresamente su tutela.

Como señala CANDELARIO MACÍAS, es consumidor quien con la adquisición de bienes pretende hacerse con el valor de uso de lo adquirido y no emplearlo en su trabajo o actividad para obtener otros bienes o servicios (cfr. CANDELARIO MACÍAS, ""La defensa de los consumidores y usuarios", en Espiau-Espiau (dir), "Las condiciones generales de contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril, p. 11, en op. cit, p. 63). En síntesis, agrega el autor mencionado, el elemento relevante a considerar es el destino final de lo que se adquiere. No realiza acto de consumo quien adquiere bienes o servicios para volver a introducirlos en el mercado quien los adquiere para integrarlos en procesos de producción o comercialización de bienes o servicios para el mercado.

El "consumo final", alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales están alcanzadas por la normativa tutelar. (PICASSO-VÁZQUEZ FERREIRA, "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, 2009, p. 30).

No he de adentrarme en el análisis que el quejoso formula acerca de la inversión de la carga probatoria que dice se enuncia en el art. 40 de la ley de defensa al consumidor, ya que, tal como se resuelve este aspecto de la cuestión, deviene en abstracto hacerlo.

De lo dicho pues, y atento las propias manifestaciones del actor vertidas al proponer su demanda, como así también lo que surge del informe de fs. 117 (el que si bien no hace referencia a la documental cuyas copias lucen a fs. 6/7 y 9/34, refiere a "trabajos realizados" por el actor), tengo para mí que la

ley de defensa del consumidor y sus respectivas modificatorias no resultan ser el régimen legal aplicable al caso en análisis.

4. <u>Falta de valoración de pruebas</u>

Con la factura B N° *********, el agraviado pretende partir del supuesto presuncional que llevaría a concluir que la versión de los hechos formulados por la actora, es la verídica. Pretende además que esta Alzada valore aquello que fue omitido en la otra Instancia, y que consiste en que la demandada, pese a negar por la vía extrajudicial la existencia del hecho, dio cuenta del mismo a su aseguradora.

El principio "*iura novit curia*" me permite partir del supuesto que en el caso es aplicable lo normado por el art. 1113, 2ª. parte del Cód. Civil.

Más allá de las consideraciones articuladas respecto de la inaplicabilidad a este caso concreto de las normas que tutelan al consumidor, sostengo que el caso en análisis consiste en un supuesto de responsabilidad extracontractual de índole objetiva, basada en el riesgo creado, y en modo alguno derivado de un incumplimiento convencional, aun cuando es un hecho incontrovertido en autos que el 19 de agosto de 2006 el actor concurrió al negocio del demandado. La factura de fs. 37 a que hace referencia el actor es una documental negada en cuanto a su autenticidad por el accionado, no habiendo logrado el actor acreditar la veracidad de la misma por otros medios probatorios.

Siendo el marco legal aplicable el de la responsabilidad objetiva, tal cual lo señalado, se impone analizar si el accionante logró acreditar la existencia de los presupuestos inexcusables que la configuran, pues la inexistencia de uno de ellos, impedirá irremediablemente la configuración de tal responsabilidad.

Del análisis de la prueba colectada en autos, tengo que la declaración testimonial de A. C. (fs. 144) no acredita siquiera el supuesto

desprendimiento del disco de la pared donde habría estado colgado. Señala a ese respecto que desconoce cuándo y en qué circunstancias se cortó el actor (ver contestación a la primera repregunta), reconociendo que al ingresar al local vio al actor sangrando (contestación a la primera y segunda repregunta), contradiciendo de esa manera sus manifestaciones anteriores, respecto a que la sierra pertenecía a la ferretería, ya que M., a su ingreso al lugar, no poseía elemento alguno (contestación a la primera, tercera y cuarta pregunta). El tenor de las contradictorias respuestas me permite concluir acerca de la ausencia de credibilidad de sus dichos.

Ninguna otra prueba se ha aportado en autos tendiente a acreditar ni la presencia del factor de atribución riesgo creado, ni la necesaria relación de causalidad entre el supuesto hecho y el daño.

De allí que el daño (causado) no prueba "*per se*" el peligro, sino que es el punto de partida desde el cual se lo indaga, retroactivamente, prescindiendo mentalmente del daño acaecido y que se extraen de la experiencia común (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa*, en "Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales- Parte general- T° II", Ed. La Ley, 2007, p. 720).

En cuanto a la relación causal, en el seno de un sistema de responsabilidad objetiva el daño es imputable al responsable no porque se haya conducido de forma negligente, sino porque el resultado dañoso sobreviene a consecuencia de un evento ocurrido en el ámbito de aplicación de una norma especial (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "Elementos de la responsabilidad civil". Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009. p. 427).

Pero es dable aclarar que la idea de riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material; no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor de atribución: el haber creado el riesgo del cual se

sigue el daño; factor de atribución que, en nuestro caso, no fue ni mínimamente probado.

El mero contacto marca un nexo material de causalidad; para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente. Si esa adecuación no es demostrada (no alcanza con presumirla), en los hechos se está confundiendo causalidad material con causalidad jurídica, pese a que se declame la distinción (vid. LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A.. "El mito de la causalidad adecuada", en La Ley 2008-B, pp. 863/864).

Pero así también, en estos sistemas existen circunstancias de exoneración que se inscriben en el elemento causal y que funcionan como mecanismos de escape o válvulas de seguridad de un objetivismo que de otro modo sería rígido y desnaturalizante o antisocial puesto que llevaría al dueño de la cosa a responder hasta el caso fortuito o la culpa de la víctima (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J, op. cit.p. 428.)

Ello significa que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la cosa riesgosa, cuya titularidad o guarda atribuye a quien demanda, quien a su vez puede eximirse de responsabilidad si acredita la culpa de aquella o la de un tercero por quien no debe responder (LÓPEZ MESA, Marcelo J. op. cit.p. 428).

En esta línea se ha expuesto que *"la relación de causalidad es un elemento necesario, imprescindible en todos los casos de responsabilidad civil. Sin que queden excluidos aquellos que se fundamentan en la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En éstos se prescinde de la culpa pero no del vínculo de causalidad"* (TAMAYO LOMBANA, Alberto, "La responsabilidad civil extracontractual y la contractual", Ediciones Doctrina y ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 92).

Por ello resulta contrario a la ley el proceder de quienes confunden causalidad material con causalidad jurídica; ello ocurre, paradigmáticamente, cuando en los supuestos de responsabilidad objetiva, algunos jueces presumen la existencia de responsabilidad civil del mero contacto con la cosa predeterminada como riesgosa (Cfr. TERRÉ, François – SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edición, Edit. Dalloz, París, 1996, pp. 665 y ss.

Se requiere, entonces, la prueba de la causalidad, no alcanzando con su conjetura. Ello pues, como bien dice la maestra Yvonne LAMBERT, en la prueba de la causalidad jurídica no puede llegarse por vía de la intuición a la arbitrariedad ... (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "De la poursuite à la contribution: quelques arcanes de la causalité", Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 311).

Pero es del caso señalar que dicha relación de causalidad entre el daño y la cosa riesgosa tampoco ha sido acreditada en autos, sellando esa circunstancia la suerte del pleito.

En definitiva, tal cual concluyó el Sr. Juez de la otra Instancia, los presupuestos inexcusables de la responsabilidad no han logrado acreditarse en autos, por lo que debe confirmarse en un todo la sentencia puesta en análisis.

5. <u>Costas</u>

Con respecto a las costas, teniendo en cuenta el principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC) y el modo en que propondré al Acuerdo se dirima la cuestión, corresponde confirmar la imposición de las mismas a la parte actora.

Consecuentemente, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION: La Sra. Jueza de Cámara Subrogante Dra.Claudia Abraham expresó:

I- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el Señor Magistrado preopinante, motivo por el cual no abundaré e ellas, remitiéndome a los argumentos desarrollados al respecto por el Doctor Vivas.

Me centraré para el sustento individual de mi voto, en el análisis de las quejas vertidas por el apelante, siguiendo el orden propuesto por el mismo en la pieza recursiva que luce a fs.267/269 vta. la que no mereció respuesta de la demandada.

Respecto del primero de los agravios elevados a esta Cámara y que resulta el de mayor entidad, se concreta en la crítica al derecho de fondo, lo titula el apelante a fs.276vta.2do párrafo 1, como "Error en la aplicación del Derecho de fondo. Iura novit curia"; entiende que el juez debió aplicar la Ley 22.240 ya que se trata de una ley de orden público, imperativa, irrenunciable y de aplicación.

Invoca el aforismo *iura novit curia* caracterizándolo como el principio por el cual el juez se encuentra facultado a aplicar el derecho de oficio, aunque las partes no lo hayan invocado.

Expresa que el hecho dañoso se produce en ocasión de encontrarse el Sr. M. adquiriendo bienes en el comercio, por lo que a su entender reviste calidad de consumidor según la definición del art.1 de la Ley texto modificado por la Ley 26.361 y el demandado calidad de proveedor de bienes.

Enfatiza que el hecho de que el Señor M. se encontraba en el comercio comprando bienes muebles no es negado ni cuestionado por el propietario del comercio, afirmando que la lesión se produce por un objeto de los ofrecidos a la venta por el demandado.

Transcribe el art.40 de la Ley 24.240 enfatizando que la norma invierte la carga de la prueba a favor del consumidor, por lo que interpreta que debió ser el demandado quien demuestre que el daño no se produjo por vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio o provisión de bienes.

Invoca el art.40 bis de la citada normativa, alegando que en el caso el proveedor de bienes omite el deber de tener la mercadería en condiciones de seguridad, tanto por la caía de la cierra que se zafa del gancho, así como la falta de cubierta de seguridad de la sierra (fs.268 párrafo 4°)

Sostiene con cita del art.6 de la Ley 24.240 que es el vendedor quien debe probar que está exento de responsabilidad.

La lectura del escrito inicial de demanda que luce glosado a fs.45/50 permite afirmar que ninguna invocación existe a la Ley 24.240 y menos aún a una relación de consumo, de la cual se derivaría la aplicación de esa normativa.

No obsta ello al tratamiento en esta alzada, pues si bien la argumentación formulada en la expresión de agravios no fue esgrimida por los apelantes en su escrito de demanda, tratándose de un argumento de derecho dado en apoyo de la pretensión, constituye una posibilidad incluída en el derecho de defensa y la libertad del debate jurídico (SCBA, 24/9/96, RepLL, 1996 – 1945 n°33 y DJBA, 151-6643 citado por LOUTAYF RANEA en su obra "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil2 2° edición actualizada y ampliada Ed.Astrea p.185).

En cuanto a la pretendida aplicación del régimen de defensa del consumidor debo establecer que el "consumo final" alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales están alcanzadas por la normativa tutelar (PICASSO – VAZQUEZ FERREIRA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Comentada y Anotada T.I p.30 y siguientes).

El art.1 de la Ley sustituido por la Ley 26.361 B.O.07/04/2008 delimita el ámbito de aplicación del régimen, dispone :"Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (Sustituido por el art.1° de la ley 26.361, B.O.07/04/3008).

El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente por la confrontación del destino del bien o servicio adquirido –también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida –con el área de profesionalidad del pretendido consumidor, si está fuera de ella, es pues un acto de consumo (confr. PICASSO – VAZQUEZ FERREIRA, op.cit.p.31)

Sentado ello, coincido con el Dr. Vivas en su voto al concluír que no resulta aplicable al caso particular que nos ocupa el régimen de defensa al consumidor. Baste para sostener ello, detenernos en el relato que efectúa el actor en el escrito de demanda (apart.II fs.45/45vta.) y que transcribo: "Que el día 19/08/06 siendo alrededor de las 10,30 hs. Me encontraba en el interior del comercio denominado "F. M." ubicado en la Av. J. M. *** comprando unos elementos de trabajo denominados fratachos. Dada mi profesión de

albañil y constructor, era corriente mi presencia en la ferretería donde me abastecía de los materiales necesarios para las obras que ejecutaba".

Atendiendo al destino de la adquisición y la actividad de tipo profesional del actor es fácil advertir que no reviste carácter de consumidor, o destinatario final del bien, a los fines de la aplicación de la Ley 24.240. Queda claro entonces que se trata de un profesional que compraba un elemento para su trabajo, lo que lo excluye del régimen tutelar del consumidor.

Para seleccionar la situación jurídica merecedora de protección se recurre a la idea de "consumo final". Este concepto indica que el producto es retirado de la denominada "cadena de valor", que supone que un bien o servicio adquiere desde que es concebido, proyectado, diseñado, fabricado, importado o ensamblado, distribuido, y finalmente colocado por el minorista al consumidor; quien ya no lo continúa comercializando sino que lo destina a su uso; ya no alimenta el ciclo económico del bien, sino que éste llega a su fin (conf. Picasso – Vázquez Ferreira, Directores LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Comentada y Anotada t.I p.28 y siguientes).

En definitiva, no resulta posible encuadrar el caso en la normativa que establece el régimen legal de la defensa del consumidor.

Dada la forma en que se resuelve el primer agravio, y excluido el carácter de consumidor del actor concuerdo con el Magistrado preopinante en que deviene en una cuestión abstracta el tratamiento de la aplicación del art.40 de la Ley de Defensa del consumidor que establece la responsabilidad por daños causados por el riesgo o vicio de las cosas.

II. El segundo agravio que formula el recurrente lo titula "Falta de valoración de la prueba". A fs.269, se agravia porque el juez no ha valorado elementos de prueba, mencionando: a) la factura B N°******** realizada por

la F. M. por dos fratachos Algarrobo. Según su postura dicha factura confirma los hechos relatados por la actora, interpreta que es prueba indiciaria para determinar la veracidad de la versión de los hechos.

En b) menciona la CD N°********* señalando que en dicha pieza postal el demandado desconoce la lesión y el monto reclamado más reconoce haber denunciado el infortunio a su Aseguradora.

Por último hace mención a la declaración testimonial de A. C. centrando su agravio en que el juez de grado no ha tomado en consideración dicha prueba.

Analizaré las escasas constancias probatorias anticipando que no he de coincidir con la valoración esgrimida por el apelante.

Tal como quedó trabada la relación procesal, de conformidad con lo dispuesto por el art.381 y cc.del CPCC (antes 377) a la parte actora incumbía (habida cuenta de las expresas negativas del responde (fs.56/57 de la contestación de demanda) acreditar los hechos constitutivos que hacen al presupuesto del derecho pretendido, la existencia misma del hecho y su relación de causalidad con los daños por los que demanda, en razón de que no hay punibilidad si no se da entre el hecho que se imputa y el daño una relación de causalidad.

Tales presupuestos no han sido acreditados en el caso en examen. La accionante adujo un hecho dañoso y la accionada cuestionó la responsabilidad que le fue atribuída, esgrimiendo que el hecho ocurrió por exclusiva culpa del actor, es decir que se lastimó su dedo índice izquierdo con el disco de corte que sostenía en su mano derecha (fs.57vta.).

Cualquiera sea la persona responsable de un acto ilícito, se considere o no aplicable el art.1113 del Código Civil cuando el caso queda aprehendido en el marco de la responsabilidad contractual, nunca el damnificado queda relevado de acreditar las circunstancias en que se produjo el hecho generador del daño que invoca en apoyo de su pretensión.

Es que quien afirma la presencia de un hecho controvertido, y en el caso lo es, asume el "onus probandi" es decir que pesa sobre el actor acreditar los hechos que invoca en la demanda, así como que recae en el demandado la de demostrar la posible existencia de alguna de las eximentes legales.

El citado art.381 del CPCC (antes art.377) se relaciona como vimos con la carga de la prueba, la que pesa sobre la parte que afirme la presencia de un hecho controvertido, aunque no debe perderse de vista que ella juega solo en la formación lógica de la sentencia cuando falta prueba, por insuficiente, incompleta o por frustración de la actividad procesal de las partes. Únicamente entonces se debe acudir a los principios de la carga de la prueba, al verse el juzgador en la necesidad de fijar quién deberá soportar las consecuencias que se producen cuando quien debía probar, no lo ha conseguido (conf. Fenochietto – Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado", T 2 pags.322 y sigs).

La noción de la carga de la prueba ha sido diseñada como una regla de juicio dirigida al juez, que le indica como resolver frente a hechos insuficientemente probados, a fin de evitar el "non liquet". Indirectamente indica a cuál de las partes le interesa la demostración y por lo tanto, asume, el riesgo de la falta de evidencia (Conf. Lorenzetti, Ricardo, "Carga de la prueba en los procesos de daños", LL 1991-A-998).

La orfandad probatoria que domina estas actuaciones situaba el "onus probandi" exclusivamente a cargo de la actora, ante la negativa expresa del hecho por parte de la demandada fs.56 vta.y 57. Debía saber que de su eficaz cumplimiento dependía la acción intentada.

La prueba es el "medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio" (Conf.Couture, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pag.217 Editorial Depalma 1858).

Las presunciones de responsabilidad creadas por la ley tienden a favorecer a las víctimas, relevándolas de la prueba de la culpa, pero ello no implica

que concurra idéntica dispensa en cuanto a la acreditación de los hechos que le dan nacimiento.

Es decir que si bien los hechos presumidos quedan al margen del objeto de la prueba, no ocurre lo mismo con los que configuran la base de la presunción, los que deben acreditarse si no han sido admitidos (Conf.Palacio, Lino Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pag.343).

Por lo tanto, aún cuando fuera admitido que un supuesto como el aquí planteado debería aplicarse el art.1113 del Código Civil como se propicia en la demanda, (fs.47/47 vta.Apartado III) por tratarse de una hipótesis de responsabilidad extracontractual, para que pueda presumirse la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa, y para que opere la inversión de la carga de la prueba, es ineludible que el actor haya comenzado por probar la existencia del hecho y la necesaria demostración de la relación de causalidad.

Esta conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente (Conf.Isidoro H.Goldenberg "La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, p. 49 y sgs.)

Siempre es necesaria la demostración de la relación de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro (Conf.Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p.187).

El Código Civil adopta el sistema de causalidad adecuada (arts.901 a 906), lo que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si ha sido suficiente o idóneo para producirlas, en otras palabras, si ocurrido aquél, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la

fatalidad en la imputación de las consecuencias al hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural (conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. El proceso de daños T.3 P.204).

Por otra parte, para establecer si una cosa es riesgosa es necesario averiguar, frente al caso concreto, las características de la que ha intervenido en el evento dañoso, para saber si ofrecía un riesgo especial, intrínseco, normal y extraordinario, tal como se analizan las características de una conducta acorde con el art.512 Código Civil, para saber si ha sido o no culpable. El riesgo de la cosa nunca es la causa exclusiva del daño, pues éste siempre resulta de una agravación o deformación del riesgo que encierra la cosa: manipuleos o uso erróneo, falta de adopción de medidas de seguridad, deficiencias en la conservación o custodia, es decir actos que desencadenan la potencialidad dañosa (Conf. Zavala de González Matilde, "Responsabilidad por riesgo", 2da.ed. pags.56 y sigs).

Cuando la cosa es inmóvil por naturaleza, corresponde a la víctima dar prueba del rol activo que ha desempeñado no obstante su inercia, lo que equivale a demostrar su comportamiento anormal. No basta entonces con caerse al piso, resbalarse de un trampolín o chocarse con el buzón de la esquina, sino que se requiere además, que la víctima demuestre el carácter "anormal" del estado, posición o comportamiento de la cosa. Empero, cuando se exige que la cosa ocupe una "posición anormal" lo que en verdad se indaga es si la conducta culposa del guardián ha tenido relevancia causal en la producción del accidente (Conf.Prevot, Juan Manuel, "La culpa de la víctima inimputable como eximente de responsabilidad" LL, 2008 –a, 119).

Aquí no solo no se ha demostrado el hecho sino tampoco que la lesión que sufrió M. fuera ocasionada por un elemento de los que se encontraba en la ferretería para la venta.

El testimonio de C. A. C. quien declara a fs.144 no resulta relevante como lo pretende el accionante. Pudo probar solo que M. estaba en el interior de la ferretería con una herida sangrante, pero a poco que se analiza no corrobora la ocurrencia del hecho, ni que la lesión sufrida por M. tuviera causa en el evento relatado en la demanda.

Expresa el declarante: "Sí, yo fui a comparar estaba ahí adentro, M. caminando, sangrando, y le pregunte que le paso y me dijo que se le cayó una hoja de cierra circular (respuesta a la 1ra.pregunta). Al ser interrogado como tomó conocimiento o si pudo visualizar cuando y en qué circunstancias se cortó el actor, responde: "Eso no lo sé, yo no lo ví, lo ví sangrando nada más" (respuesta a la 1ra. repregunta). Se le pregunta como manifestó el testigo que ingresó posteriormente al accidente, como pudo ver si el actor ingresó al local sin ningún tipo de equipaje (mochila o maletín), contestó : "Eso no lo ví, lo ví ahí adentro sangrando nada más" (respuesta a la 2da. repregunta).

El testimonio analizado no aparece sincero ni suficiente, aunado este déficit a que se trata del único testigo, y la inexistencia de otra prueba que corrobore la ocurrencia del hecho y que las lesiones sufridas por el actor tengan como causa el supuesto evento relatado en la demanda.

Sea que el suceso en que se sustentó la acción se lo visualice a través de las normas de la responsabilidad extracontractual o de las que rigen la órbita contractual lo dirimente resulta si demostró el actor o no el contacto que se dijo lesivo entre el disco cortante y su dedo índice, tal extremo resulta crucial para el éxito o la frustración de la demanda. Tanto que si de la aplicación del art. 1113 del Código Civil se trata era menester despejar esa cuestión controvertida; y lo mismo acontece por mérito del art.512 de ese mismo cuerpo legal (arts.901, 906 y cc.de la ley de fondo ya que resultaba preciso, en cabeza del damnificado, demostrar el incumplimiento de la

obligación de indemnidad que hacía al cumplimiento de la prestación achacada a la demandada, deudora de aquélla.

En el caso en que el daño se causa con las cosas, los principios de la responsabilidad objetiva son básicamente 1)existencia de un vínculo del responsable (dominio o guarda sobre cosas) con una actividad o cosa que implique un riesgo para terceros; 2) que ese riesgo se haya concretado en un daño; 3) que el nexo causal entre la actividad riesgosa y el daño no se haya quebrado por la interposición de factores extraños. Por otra parte el daño se encuentra en relación de causalidad directa con la cosa; el accionar humano queda en segundo plano y es absorbido por la presencia de la cosa y lo esencial y decisivo es la incidencia causal de la cosa en el resultado nocivo, al margen de su condición de cosa riesgosa o no. La contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa riesgosa o no por naturaleza, en tanto y en cuanto, por las especiales circunstancias del caso dado, sea idónea para llegar a ocasionar el perjuicio y pueda tener efectiva incidencia causal en su producción (doctr.art.906 del Cód.Civil; conf.LL 1992 –E- 1064; Llambías, J.J. "Tratado...Obligaciones", T.IV-B, pag.276; Bustamante Alsina, Teoría General de la responsabilidad civil", pag.189 y ss.)

En el presente caso tampoco se halla probada la relación de causalidad adecuada (art.906 Código Civil), como uno de los elementos fundamentales y esenciales a los fines de obtener un resarcimiento. Es decir se debió acreditar la existencia del daño, y la relación de causalidad entre el incumplimiento o ilícito que se invoca y el daño por el que se acciona, correspondiendo la prueba a quien lo alega.

"Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, debe demostrar su existencia y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, que la cosa jugó un papel causal, acreditando cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el párrafo 2°, parte 2°, art. 1113, Código Civil

son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián (Cciv.Com y Lab.Rafaela, 9/6/93, JA, 1994-IV, síntesis, fallo citado por Isidoro H.Goldenberg op.cit. pag.46).

Por todo lo expuesto, la demanda no puede prosperar, participando con la solución propuesta por el Doctor Vivas, voto propiciando desestimar los agravios y confirmar la sentencia en lo que ha sido materia de apelación y de agravio.

Con relación a las costas del proceso no advierto mérito alguno para apartarme del principio objetivo de la derrota (art.69 CPCC) Por lo que el agravio debe ser desestimado. Propicio la confirmación de la imposición de costas al actor.

Por ello voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

A fs. 247 apeló honorarios el letrado de la parte demandada y citada en garantía, Ab. D. A. T., sosteniendo que los regulados en Primera Instancia resultan ser irrisorios, no compadeciéndose los mismos con la tarea realizada.

A fs. 252 apeló honorarios el letrado de la parte actora, Ab. M. A. B., por considerar bajos los regulados en la Instancia anterior, sosteniendo que el monto fijado resulta ser el mínimo de la escala, en clara contraposición con lo establecido en los arts. 6,7 8 y concordantes de la ley arancelaria.

La labor y el mérito de la tarea de los Sres. Letrados justifican la elevación de los montos de los emolumentos fijados, en los términos de la escala del art. 6 de la ley arancelaria.

En orden a lo establecido por los arts. 5 y 6 de la ley XIII N° 4 –antes 2.200-, propondré al Acuerdo se eleven y consecuentemente se fijan, los del Ab. D. T. (apelante de fs. 247) en el 18%; y los del Ab. M. A. B. (apelante de fs. 252) en el 6%.

Las costas de Alzada serán soportadas por la actora vencida (art. 69 del CPCC).

Consecuentemente, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION: La Sra.Jueza de Cámara subrogante Dra. Claudia Abraham dijo:

Habiendo apelado los honorarios el Dr. T. y el Dr. B. por considerarlos bajos los regulados en la instancia anterior, participo con la resolución dada por el Magistrado que ha votado en primer término y propicio se eleven los montos de los emolumentos fijados, hallando los propuestos por el Dr. Vivas acordes a la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales (art.6, 7, 9, 14, 19, 47 de la Ley XIII Nro.4 antes Decreto Ley 2200).

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por la distinguida Sra. Jueza de Cámara subrogante, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1) **CONFIRMAR** el decisorio de fs. 241/244;

2) **ELEVAR** y consecuentemente fijar los honorarios del Primera Instancia del Ab. D. T. en el 18%; y los del Ab. M. A. B. en el 6%;

3) **IMPONER** las costas de esta Instancia a la actora vencida, regulando los honorarios del Ab. M. A. B. y de la Ab. M. B. en el 12,5% para cada uno de

ellos, de los que le correspondan por los de Primera Instancia (arts. 5, 6, 13 y 46 , Ley XIII- N° 4 - antes Ley 2.200-).
Así lo voto

A LA TERCERA CUESTION: La Sra.Jueza de Cámara subrogante Dra. Claudia Abraham dijo: En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es propuesto por el Dr.Vivas en su voto a esta cuestión. Tal mi voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse vacante una vocalía (art. 6° Ley V N° 17).

Puerto Madryn, de octubre de 2010.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn, pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) CONFIRMAR el decisorio de fs. 241/244;
2) ELEVAR y consecuentemente fijar los honorarios del Primera Instancia del Ab. D. T. en el 18%; y los del Ab. M. A. B. en el 6%;
3) IMPONER las costas de esta Instancia a la actora vencida, regulando los honorarios del Ab. M. A. B. y de la Ab. M. B. en el 12,5% para cada uno de ellos, de los que le correspondan por los de Primera Instancia (arts. 5, 6, 13 y 46 , Ley XIII- N° 4 - antes Ley 2.200-).
4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL No. De 2010.SDC. CONSTE.