



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

En la Ciudad de Buenos Aires, el 5 de mayo de 2014, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, para entender en el recurso de apelación judicial interpuesto por la demandada en los autos **“PROTO, OLGA LEONOR C/ GCBA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXP 25507/0**, contra la sentencia de fs. 421/429. El tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada GABRIELA SEIJAS dijo:

I. El 12 de septiembre de 2012 Elena A. Liberatori hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Olga L. Proto contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de reclamar la suma de ciento dos mil pesos (\$102 000), más intereses y costas, en concepto de indemnización de los perjuicios que sufriera a raíz de su caída en la acera de la avenida San Isidro al 4635 de esta ciudad (v. fs. 1, apartado I). La señora Proto fundó su pretensión en los artículos 33, 43, 1112 y 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Citó jurisprudencia, ofreció prueba y practicó liquidación.

Para así decidir, tras valorar la prueba producida, la juez de grado consideró demostrado que el 25 de agosto de 2006 la actora sufrió una caída en la acera de la avenida San Isidro a la altura del número 4635, la que se encontraba en deficiente estado de conservación, y que a raíz de ello, sufrió fracturas en su fémur izquierdo y muñeca derecha.

Concluyó que el GCBA debía responder por los daños por haber prestado de modo deficiente el servicio público referido a la conservación en buen estado de las aceras y por incumplir el deber de cuidado que derivan de su carácter de propietario de las veredas de la ciudad (cf. arts. 1112 y 1113 del Código Civil, respectivamente).

Así las cosas, a la luz de las probanzas de autos, cuantificó los rubros de la indemnización reclamada en: a) treinta mil pesos (\$30 000) como reparación de la incapacidad sobreviniente; b) ocho mil pesos (\$8 000) en concepto de lucro cesante; c) quince mil pesos (\$15 000) por el daño moral; d) mil quinientos pesos (\$1500) en concepto de gastos de farmacia; y e) quinientos pesos por los gastos de traslado. En total, estableció que el resarcimiento debido ascendía a cincuenta y cinco mil pesos (\$55 000), más sus intereses calculados en base al coeficiente resultante del promedio de la tasa de descuento de documentos comerciales a 30 días publicada por el Banco de la Nación Argentina y la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina.

En cuanto a las costas, las impuso a la demandada vencida por no encontrar razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (cf. art. 62 del CCAyT).

II. La sentencia de primera instancia fue apelada por el GCBA (v. fs. 432/432 vta.). Sus críticas, en síntesis, se vinculan con: a) la propia existencia del hecho y de responsabilidad de su parte; b) la incapacidad física determinada; c) el reconocimiento de lucro cesante; d) la procedencia del daño moral; e) la indemnización de gastos de farmacia; f) el otorgamiento de una suma excesiva por gastos de traslado; g) la fecha desde la que se establecen los intereses, así como la tasa establecida; y h) la imposición de costas. Asimismo, para el caso de mantenerse la condena, solicitó que se ordenara la aplicación del artículo 22 de la ley 23982 y 399 de la ley 189 (v. fs. 444/459 vta.).

La actora contestó agravios (v. fs. 461/473 vta.), escrito al que cabe remitirse en honor a la brevedad.

Nidia K. Cicero, en su carácter de Fiscal ante la Cámara, sostuvo que las cuestiones sobre la existencia de relación de causalidad y sus circunstancias, la ponderación de los elementos probatorios, la cuantía de los rubros otorgados, la imposición de costas y los hipotéticos planteos formulados resultaban ajenas al ámbito de su intervención. En cuanto al tema de los intereses, propició que el recurso fuera rechazado y recordó su posición en los autos “*Di Roco, Rosalinda Elisa c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)*”, EXP 33449/0, donde sostuvo que



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

correspondía aplicar la tasa activa nominal anual vencida publicada por el Banco de la Nación Argentina a partir del 1º de enero de 2005 a obligaciones como la de autos (v. fs. 321/323 vta.).

Realizado el sorteo pertinente, se ordenó el pase de autos al acuerdo.

III. Al fundar su recurso, el GCBA planteó que la historia clínica del Hospital Pirovano aludía a la existencia de un *“accidente de tránsito”* (v. fs. 445), no se había acompañado *“prueba fotográfica certificada de las ‘raíces’”* y lo afirmado por el perito ingeniero agrónomo en cuanto a los trabajos realizados en el lugar se basaban en testimonios de vecinos no identificados (v. fs. 445 vta.). Sostuvo además que los testigos aportados eran *“parciales e interesados”* (v. fs. 446/448 vta.).

El análisis de la prueba producida en su conjunto permite concluir que carecen de asidero las afirmaciones de la demandada. En efecto, el conocimiento previo de la actora de los tres testigos aportados, por sí solo, resulta insuficiente para desmerecer sus declaraciones en la medida que existen suficientes presunciones graves, precisas y concordantes acerca de la verosimilitud de sus relatos, apreciados a la luz de las reglas de la sana crítica. En todos ellos existen coincidencias acerca de las circunstancias de tiempo y lugar. En tal sentido, no resulta irrazonable que pudieran observar la caída, pues se trataba del encargado del edificio en el que se encuentra el local donde trabajaba la actora (vgr. Félix R. Ulloa, v. fs. 250/251), del taxista que la esperaba (vgr. José Di Paolo, v. fs. 277/277 vta.) y de una vecina que salía de una casa lindera a la peluquería de la señora Proto (vgr. Silvia M. E. Díaz, v. fs. 278/278 vta.).

En el mismo orden de ideas, de la observación de la fotografías obrantes a fs. 23/24 –cuya autenticidad no ha sido desconocida por el GCBA– se advierte la realización de trabajos en la vereda en cuestión. Ello, sumado a los testimonios aportados, torna verosímil la afirmación del perito ingeniero agrónomo Juan L. Núñez sobre la existencia de irregularidades o desniveles en la superficie de la acera vinculados con las raíces de un álamo (v. fs. 305, respuesta a punto b, y 328).

Así las cosas, la mera referencia que se realiza en la historia clínica en cuanto a que la actora fue ingresada luego de ser traída por una ambulancia de SAME “*luego de accidente de tránsito*” (v. fs. 203), no es suficiente para desvirtuar el relato de la actora en cuanto al lugar y forma de ocurrencia del hecho.

IV. En lo atinente al fundamento de la responsabilidad, si bien la actora aludió en la demanda a que “*mantener la acera con las baldosas desniveladas por las raíces de un árbol importa un ejercicio defectuoso de sus funciones que implica una falta de servicio*” (v. fs. 4, sexto párrafo), no brindó mayores precisiones acerca del posible incumplimiento de las obligaciones previstas en la ordenanza 33721 y sus normas reglamentarias.

Sin embargo, ello no excluye el deber de reparar. El imperio del artículo 1113 del Código Civil –también mencionado por la actora en su presentación inicial y por la juez de grado en su sentencia– libera de apuntalar la imputación por riesgo con otro factor de atribución. No es necesario justificar una condena por riesgo con la presencia de falta de servicio o de un actuar negligente, circunstancias que –por regla– no pueden presumirse.

En efecto, no es posible soslayar que la disposición contenida en el artículo 43 del Código Civil, en cuanto establece que “[l]as *personas jurídicas* [entre las que, conforme lo normado por el art. 33 del mismo cuerpo legal, se incluye al Estado nacional, las provincias y los municipios] *responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’*”.

La norma transcripta, conjugada con el artículo 1113, permite admitir la responsabilidad del Estado por los daños causados con las cosas (segundo párrafo, primera parte) o bien por los derivados del vicio o riesgo de las cosas que se encuentran bajo su dominio (segundo párrafo, segunda parte).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

En esa dirección, y sin que ello importe desconocer la existencia de principios específicos de derecho público, la jurisprudencia ha recurrido en forma permanente al articulado civil en diversos aspectos.

Es que ante la ausencia de normas propias del derecho público que regulen la materia, la Corte Suprema ha señalado que se aplican *subsidiariamente* disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrar el plexo de principios de derecho administrativo (Fallos: 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231).

Al respecto, es dable recordar que el mandato del *“alterum non lædere”*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace en lo atinente a él el Código Civil –en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes– no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (doctrina de Fallos: 306:2030; 308:1118; 320:1999; 327:857, entre otros). En ese sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “[l]a responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero” (cf. *“Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina”*, en Fallos: 308:1118).

Por otro lado, sabido es que *“las calles, plazas, caminos, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común”* (art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil), en tanto revisten medios de vialidad urbana, se encuentran afectados al uso público y forman parte del dominio público municipal. De ello se desprende que cualquier accidente que ocurra en las calles o aceras, si encuentra como factor determinante el riesgo o vicio que ellas contengan, necesariamente generará la responsabilidad civil de la comuna, en tanto a ésta le corresponde su guarda jurídica.

En este contexto, cabe recordar que la invocación del supuesto de responsabilidad contemplado en el artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil,

requiere acreditar que el daño fue causado por la infraestructura que depende del GCBA y que, además, no se verifican las causales de eximición allí contempladas (cf. voto de Luis F. Lozano en la causa “*Speroni, Domingo c/ GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado*”, Exp. 5983/08, del 26/03/2009, considerando 4º).

En igual sentido, la Corte Suprema ha señalado que aunque los conceptos de riesgo o vicio no son asimilables, pues el primero presupone la eventualidad de que una cosa llegue a causar daño y el segundo un defecto de fabricación o funcionamiento que la haga impropia para su destino normal, en el supuesto de que no concurrieran las causales de exoneración de responsabilidad, la acreditación de una bastaría para determinar la admisibilidad de las indemnizaciones reclamadas. Esto es, al damnificado sólo le incumbe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando –cuando se trata de cosas inertes– la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio (cf. Fallos: 314:1505).

Constituye un criterio jurisprudencial reiterado que si bien es cierto que la Ciudad es la propietaria de las aceras, siendo éstas parte de su dominio público (cf. arts. 2339, 2340, inc. 7º, y 2344 del Cód. Civil) y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (ley 11545), no lo es menos que la Comuna ha delegado por medio de la ordenanza 33721 de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas a los propietarios frentistas.

No obstante, el Estado local, propietario de las aceras, guarda para sí el ejercicio del poder de policía que le impone el deber de asegurar que tengan una mínima y razonable conformación para evitar que su deficiente conservación se transforme en fuente de daños para terceros. Por tal razón, la responsabilidad que pueda atribuirse al frentista no releva la correspondiente al GCBA (Cámara del fuero, Sala II, “*Gass, Susana T. c/ GCBA s/ daños y perjuicios*”, EXP 2121/0, del 8/10/2009; Sala I, “*Suárez, Mónica A. c/ GCBA s/ daños y perjuicios*”, EXP 9169/0, del 14/11/2008; entre muchos otros).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

En síntesis, cuando se atribuye responsabilidad por el *hecho de las cosas* poco importa la indagación de la conducta del responsable. Pues, si el imputado actuó con mayor o menor diligencia no define ni agrega nada, lo que cuenta es qué daños derivan del riesgo o vicio de la cosa. Si esa es la causa del daño, poco interesa la eventual presencia de una falta o de la prestación de un servicio defectuoso por parte de la demandada.

V. Con respecto al *hecho de la víctima* a la que alude la demandada (v. fs. 448, cuarto párrafo, y fs. 450 vta., segundo párrafo *in fine*), cabe señalar que si bien es cierto que la señora Proto tenía una limitación funcional previa en su rodilla izquierda (v. fs. 346, respuesta del experto al punto de pericia 2 de la demandada), no se ha acreditado que ésta tuviera incidencia en la caída. En contraste, es dable estimar los desperfectos presentes en la acera podían generar daño, por cuanto no puede desconocerse su calidad de obstáculos para el tránsito seguro de los peatones, quienes – más allá de la alegada amplitud de la vereda– veían restringido su paso al menos en el sector en cuestión. Vale destacar que el desnivel se encontraba muy próximo al local donde trabajaba la actora lo que incrementaba el potencial riesgo de que ocurriera un accidente en virtud de la frecuencia con la que aquélla podía circular por dicha vía.

En tal sentido, se ha dicho que *“no es posible exigir al peatón que asuma una conducta de atención excepcional mientras camina por lugares que deben suponer un mínimo de alisado y normalidad, sencillamente por tratarse de una vereda urbana. Tampoco puede pretenderse que la circunstancia de transitar por un lugar conocido importe aceptar condiciones extraordinarias de riesgo, o sea calificable en términos de la demandada en una conducta temerarias o que haya querido ocasionarse un daño”* (Cámara del fuero, Sala II, *“Baldovino, Carmen Elsa c/ GCBA s/ daños y perjuicios”*, EXP 1421/0, del 18/10/2005). La misma Sala ha sostenido que: *“Aun cuando es dable esperar de todo transeúnte un caminar prudente, la postura que propician las codemandadas no se hallaría alejada de sostener que cualquier peatón no podría sino*

al transitar por una vereda pública levantar la vista del piso, la que debería seguir de manera ininterrumpida sobre la acera, es decir, sin realizar ninguna otra acción al caminar, lo que claro está no resulta atendible. Adviértase que, de seguirse el criterio que postulan, se lograría trasladar, en definitiva, el vicio o riesgo del obstáculo a la libre acción de caminar por un espacio público destinado a ese fin, tornándose así la última una tarea de suma atención o riesgo” (“Milberg, Ricardo c/ GCBA s/ daños y perjuicios”, EXP 8243/0, del 25/09/2009).

Por lo demás, hay consenso doctrinario y jurisprudencial en torno a que la eximente alegada debe ser probada por el sindicado como responsable para destruir la presunción que gravita sobre él, debiendo estarse, ante la duda, por mantener esta última (Ramón D. Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 256).

De lo expuesto se colige que el defectuoso estado de la vereda ha constituido la causa del daño sufrido por la actora en tanto fue un factor determinante para provocar su caída, sin poder exigírsele mayor atención o agilidad que la desplegada.

En consecuencia, las meras afirmaciones de la demandada resultan insuficientes para configurar el hecho de la víctima que exonera de responsabilidad.

VI. El GCBA cuestionó la procedencia y el monto de la indemnización concedida en lo relacionado con la incapacidad sobreviniente de la actora.

En su informe, el perito médico Julio César Julián manifestó que la señora Proto había sufrido a raíz de la caída la fractura de su fémur izquierdo y la muñeca derecha. Asimismo, afirmó que *“la actora no presenta secuelas ‘funcionales’ y/o neurológicas derivadas del evento sufrido sobre el miembro inferior izquierdo y presenta limitación mínima a consecuencia de dolor al esfuerzo máximo sobre su muñeca derecha pero sin que impida el movimiento”* (v. fs. 358 vta., punto 5) y que, con anterioridad al hecho, le había sido extirpada la rótula izquierda (patelectomía).

Por otra parte, aclaró que no era necesario retirar el implante de material de osteosíntesis que presentaba la actora en el fémur izquierdo, que no requeriría nuevas



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

intervenciones quirúrgicas y que *“no se encuentra impedida de realizar su actividad como peluquera...”* (v. fs. 358 vta., puntos 7 y 8).

Sin embargo, determinó una incapacidad total por el principio de la capacidad restante del 25,6% de la total obrera de tipo parcial y permanente (correspondiente a un 20% vinculado con la fractura del fémur izquierdo en su extremidad distal, y a un 7% referido a la fractura de epífisis radial de la muñeca derecha).

Esta contradicción fue apuntada tanto por la demandada (v. fs. 362/362 vta. y 451) como por la propia actora (v. fs. 351 y 369). Ante ello, el experto se limitó a ratificar los porcentajes *“en orden a los daños físicos sufridos”* (v. fs. 358 vta., punto 6) y posteriormente explicó que, de no interpretarse la situación tal como él propugnaba *“el daño sería inexistente a no ser que de ello resultara una secuela”*, por lo que las fracturas no serían daño (v. fs. 364, último párrafo).

Lo cierto es que *“cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas, de manera permanente esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tienen por sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”* (Fallos: 308:1109; 310:1826; 322:2658 y 326:1910).

Una lesión es *incapacitante* cuando no puede corregirse la integridad del menoscabo y subsiste cualquier tipo de aminoración con repercusión vital. A su vez, la *incapacidad sobreviniente* es aquella que se verifica luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando no se ha logrado total o parcialmente el reestablecimiento de la víctima (cf. Matilde Zavala de González, *Resarcimiento de daños: Daños a las personas: integridad sicofísica*, 2ª edición, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, v. 2ª, pp. 70 y 281).

Sobre estas bases, cabe señalar, en primer lugar, que no se encuentra controvertido que, con carácter previo al hecho de autos, la actora carecía de su rótula izquierda y presentaba limitaciones para la flexión de dicha rodilla. Asimismo, más allá del implante de un clavo endomedular acerrojado en el fémur izquierdo, se ha descartado la existencia de secuelas funcionales de carácter permanente. En efecto, no existen elementos para admitir que la fractura en cuestión pueda calificarse como incapacitante, ni menos aún que le haya ocasionado una inhabilidad permanente.

Sentado ello, cabe concluir que la señora Proto no presenta más limitaciones físicas permanentes que aquellas que se vinculan con la fractura de su muñeca derecha. En lo relativo a ella, el experto estimó que “*se vería beneficiada con un tratamiento fisiokinesiológico de corta duración (...) con unas 10 sesiones y a una frecuencia semanal de 2 sesiones con un costo aproximado a \$70.- (setenta pesos) por sesión*” (v. fs. 345, punto 13). Sin embargo, el experto no ha precisado en qué medida la asistencia terapéutica indicada revertiría el cuadro derivado de dicha fractura.

Por otra parte, expresó que, más allá de la aparición de dolor al esfuerzo máximo, “*no se objetiva una incapacidad cierta que impida los movimientos habituales de la mano*”. Asimismo, lo cierto es que determinó “*la incapacidad como fractura*” en el 7% de la total obrera de tipo parcial y permanente (v. fs. 345 vta., punto 17). De las propias respuestas del perito se desprende que precisó el grado de incapacidad a partir de la fractura en sí, y no de la aminoración permanente que ésta habría producido en las capacidades de la actora.

Al respecto, existe un reiterado criterio jurisprudencial que sostiene que no corresponde otorgar indemnización alguna por incapacidad sobreviniente en supuestos de fracturas óseas si de éstas no se derivan secuelas que perduran de modo permanente (cf. CNCiv., Sala K, “*Leuzzi, Nancy M. c/ Cisterna, Jorge L.*”, del 30/09/1999, en RCyS, t. 2000, p. 878; Sala C, “*Cortés, Elva Adelina c/ Durán, Rubén Darío y ot.*”, del 7/04/2008, en La Ley Online y “*Almada, Jesús Carlos c. FEMESA Ferrocarriles Metropolitanos SA*”, del 22/05/2006, en El Derecho, t. 220, p. 236; Sala I, “*Martínez, Rosa c/ Escuela 658 y otros*”, del 14/09/2010, en RCyS, t. 2011-V, p. 173; Sala E, “*Olmos, Mariela Fernanda c/ Sanatorio Franchín y otros*”, del 1/03/2011, en RCyS, t.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

2011-VII, p. 172; entre otros). En tal orden de ideas, se ha señalado en la doctrina que la incapacidad permanente debe ser resarcida aunque la víctima no hubiera dejado de “ganar”, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable. En cambio, las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, que responde a la incapacidad –total o parcial–, pero transitoria, se encuentran comprendidas dentro de la indemnización correspondiente al lucro cesante (cf. Aída Kemelmajer de Carlucci, comentario al art. 1086, en Augusto C. Belluscio [dir.]– Eduardo A. Zannoni [coord.], *Código Civil y leyes complementarias comentado, concordado y anotado*, 1º edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1990, t. 5, p. 218, n. 12 c).

En virtud de lo expuesto, toda vez que no se ha acreditado que la señora Proto experimentara lesiones de carácter permanente, corresponde apartarse de las conclusiones del perito y revocar la indemnización vinculada con este rubro.

VII. La demandada también cuestionó la procedencia de la indemnización de los rubros concernientes a los gastos hospitalarios, farmacéuticos y de traslado (v. fs. 452 vta./453 vta.).

En torno a la admisibilidad de la indemnización por gastos médicos, de farmacia y de traslado rige un criterio amplio. Para su acogimiento no se exigen los comprobantes respectivos, pues se presume su erogación en orden a la entidad de las lesiones inferidas a la víctima y del tratamiento al que fuera sometida. Sin perjuicio de ello, es necesario el apoyo del informe pericial médico o de las historias clínicas originadas en los establecimientos hospitalarios intervinientes.

En este aspecto, al efecto de ratificar la procedencia de la indemnización resultan suficientes la historia clínica acompañada (v. fs. 201/221 vta.) y las conclusiones vertidas por el perito médico en su dictamen (v. fs. 342/347 vta.). Mediante dichas constancias quedan debidamente acreditadas las lesiones sufridas, así como la atención médica recibida por la actora a consecuencia del evento dañoso.

En tal sentido, más allá de que la señora Proto fue ingresada y asistida en un hospital público, debió incurrir en gastos que normalmente exceden las atenciones gratuitas, siendo conteste la jurisprudencia en reconocer su procedencia en la medida que lo justifique el daño sufrido, y quedando librado al prudente arbitrio judicial la determinación de su importancia.

Por consiguiente, entiendo que corresponde confirmar tanto la procedencia como la cuantía del resarcimiento determinado para estos rubros en la sentencia apelada.

VIII. El GCBA criticó la procedencia del resarcimiento del lucro cesante, pues consideró que no se había probado fehacientemente que el local de la actora produjera ganancias y, menos aún, que éstas ascendieran a la suma reconocida (v. fs. 451 vta.).

A la luz de lo manifestado por la perito contadora Cecilia V. Besteiro puede tenerse por establecido que no existió facturación en la peluquería de la actora durante el período comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 3 de julio de 2007 (v. informe de fs. 290/291 vta. y respuesta a la impugnación del GCBA obrante a fs. 383/384 vta.). Esta circunstancia se ve corroborada por los testimonios de Félix R. Ulloa y Silvia M.E. Díaz, los que declararon que, luego del hecho, el local permaneció cerrado por casi un año (v. fs. 250 vta., punto 10, y 278 vta., punto 4, respectivamente).

Por otra parte, sobre la base de las facturas “C” acompañadas (fs. 27/149) – cuya validez fue confirmada por la experta– es posible calcular el promedio mensual del giro del local y establecer una probabilidad objetiva de las ganancias dejadas de percibir durante los meses en cuestión. Al respecto, corresponde señalar que la suma resultante no difiere de la establecida en la sentencia apelada.

En efecto, en las manifestaciones realizadas por la demandada en su expresión de agravios sólo se observa una mera disconformidad con lo decidido basada en apreciaciones subjetivas acerca de la valoración de la prueba producida. En este marco, no se aprecian elementos que justifiquen apartarse de lo resuelto por la magistrada de grado (v. fs. 426/427, apartado V.2).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

IX. También la apelante planteó reparos respecto de la procedencia y del monto indemnizatorio determinado en concepto de daño moral.

Al respecto, es oportuno recordar que el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (Ramón D. Pizarro, *Daño moral*, Hammurabi, 2º edición, p. 43). Más específicamente, se ha señalado que a diferencia del daño patrimonial, que repercute sobre lo que el sujeto *tiene*, el daño moral incide sobre lo que la persona *es*. Implica un *defecto existencial* en relación con la situación de la víctima precedente al hecho (Matilde Zavala de González, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Astrea, 2009, p. 1).

A los efectos de establecer una indemnización por este rubro tiene que preverse que el resarcimiento debe guardar razonable relación con las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos.

En su presentación inicial, tras efectuar enunciaciones genéricas sobre la materia, la actora describió su proceso de rehabilitación. Sostuvo que, a raíz de los daños derivados de la caída, vería negada en forma casi absoluta la posibilidad de continuar desempeñándose en su oficio de peluquera, que debió utilizar bastón y ello le produjo dolores y que le habrían indicado que debía ser operada nuevamente para extraer el material de osteosíntesis (v. fs. 6 vta./8 vta., apartado IV, punto c).

Sin embargo, tal descripción se contradice con las conclusiones expresadas por el perito médico Julio César Julián. El experto descartó que fuera necesario realizar nuevas intervenciones quirúrgicas al efecto señalado, así como que la actora se encontrase impedida de realizar su actividad como peluquera puesto que no se hallaba

afectada la bipedestación y, en cuanto al movimiento de su muñeca derecha señaló que éste no se encontraba impedido y que el tratamiento de rehabilitación que sugiriera sólo tenía por finalidad obtener una mayor funcionalidad (v. fs. 353, puntos 4, 7 y 8).

En este marco, a la luz de las constancias de la causa, cabe descartar que las molestias o angustias que el evento pudo haber generado en la actora hayan adquirido la relevancia necesaria para ser consideradas como daño moral.

Así, no se advierte la existencia de secuelas de la lesión padecida que hubieran generado en la actora la angustia y padecimientos espirituales que justifican el resarcimiento de este rubro. Pues, la simple invocación de molestias, angustias y frustraciones no significa la lesión en las afecciones íntimas, que son las únicas que dan lugar a la existencia e indemnización de este tipo de daño.

En virtud de ello, estimo que corresponde hacer lugar al planteo efectuado en cuanto a que no procede otorgar a la actora la indemnización concedida en la sentencia de grado.

X. Por otra parte, el GCBA cuestionó que los intereses se establecieran desde la fecha del hecho, cuando los gastos realizados por la actora, así como el lucro cesante se dieron con posterioridad. Además, criticó la tasa establecida por considerarla elevada y, en tal sentido, pidió la aplicación de la tasa pasiva (v. fs. 453 vta./455).

Al respecto, cabe indicar que el 31 de mayo pasado en la causa “*Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público*”, EXP 30370/0, la Cámara en pleno, por mayoría, resolvió: “*I) Fijar la tasa de interés a partir de acuerdo plenario en caso de ausencia de convención o leyes especiales que establezcan una tasa especial. II) Aplicar a los montos reconocidos en los decisorios judiciales el promedio que resulte de las sumas líquidas que se obtengan de (i) la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de (ii) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (comunicado 14.290). Ello, desde el momento de la producción del daño o inicio de la mora y hasta el efectivo pago (cumplimiento de la sentencia). Con excepción de aquellos supuestos en los que los jueces fijen indemnizaciones a valores actuales, en los que deberán aplicar una tasa pura del 6% anual por el período comprendido entre la mora y la fecha de la sentencia y, a partir de*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

allí, el promedio de tasas que resulte conforme a la operación que, por mayoría, aquí se establece”.

Por lo tanto, dejando a salvo mi disidencia respecto a lo resuelto, conforme a los fundamentos allí expresados, entiendo que corresponde su aplicación al caso.

XI. La demandada cuestionó que la sentencia de grado no determinara el plazo para el pago y planteó que correspondía la aplicación en el caso de los artículos 399 y 400 del CCAyT y 22 de la ley 23982.

Cabe recordar que la materia relativa a la ejecución de sentencias en causas contra las autoridades administrativas se encuentra regida por el Capítulo II del Título XII del CCAyT. De acuerdo con lo allí establecido, la sentencia firme por la que se condene a la autoridad administrativa a dar sumas de dinero, con excepción de los créditos de carácter alimentario que no sobrepasen el doble de la remuneración que percibe el Jefe de Gobierno, tiene carácter declarativo (cf. arts. 395 y 398 del CCAyT) hasta el 31 de diciembre del año de ejecución del presupuesto en el que se hubiera debido efectuar la imputación mencionada. Mientras tanto, son inembargables los fondos o bienes de las autoridades administrativas y sólo una vez que cesa dicho carácter la sentencia puede ejecutarse de conformidad con lo previsto por los artículos 401 y subsiguientes (cf. art. 400 del CCAyT).

En este marco, toda vez que ni siquiera se ha planteado que la pretensión revista naturaleza alimentaria, no corresponde exceptuarla de la obligación de la previa inclusión presupuestaria y debe desestimarse el agravio esgrimido por la demandada.

XII. En cuanto a las costas generadas, en atención a lo expresado, considero que debe revocarse parcialmente la imposición efectuada por la juez de grado y, disponer que, tanto éstas como las correspondientes a esta instancia, sean impuestas en el orden causado, atento la existencia de vencimientos parciales y mutuos (cf. art. 65 del CCAyT).

XIII. Por los argumentos expuestos y, en caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: **1)** Revocar la sentencia de grado en cuanto dispone el resarcimiento del rubro incapacidad sobreviniente y el daño moral; **2)** Confirmarla en cuanto indemniza el lucro cesante y los gastos de farmacia y traslado; **3)** Disponer que la tasa de interés aplicable sea la precisada en el considerando X; **4)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia al momento procesal oportuno; y **5)** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (cf. art. 65 del CCAyT).

A la cuestión planteada, el Dr. HUGO R. ZULETA dijo:

I.- Me remito al relato de los hechos y al análisis respecto de la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad (considerandos I-V) realizados por la Dra. Seijas. Adhiero a la solución propuesta en cuanto a la confirmación de la sumas indemnizatorias correspondientes a lucro cesante y gastos, a la tasa de interés y a la forma de pago. En cambio, disiento en cuanto al tratamiento de los agravios relativos al daño físico y moral, así como también en la imposición de costas sugerida.

II.- El Gobierno se agravia por el reconocimiento de daño físico indemnizable en la sentencia de grado. Manifiesta, en síntesis, que no existe limitación funcional derivada del accidente en estudio.

Lo expuesto por el Gobierno es correcto. El perito señala que no existe limitación funcional. Sin perjuicio de ello, entiende que las fracturas, *per se*, constituyen un daño físico y, con esta idea, determina un porcentaje de incapacidad.

Ahora bien, atento la magnitud de las fracturas, que derivaron en la necesidad de una intervención quirúrgica y la colocación de una prótesis, en el caso del fémur, y en la existencia de dolor ante determinados movimientos, en el caso de la muñeca, considero razonable la apreciación realizada por el experto médico.

Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial está reconocido que la “integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable” (Fallos: 308:1109, 310:1826; 322:2658 y 326:1910). También goza de aceptación el criterio de cuantificar el daño en base a la disminución de capacidades del afectado; de allí la denominación



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

“incapacidad sobreviniente”. Sin embargo, del hecho de que siempre procede indemnizar cuando existen secuelas incapacitantes no se sigue, como infiere mi colega, que sólo proceda en ese supuesto. El derecho a la integridad física tiene mayor amplitud.

A raíz del accidente sufrido se debió implantar a la actora un clavo endomedular acerrojado. El implante, vale destacar, es permanente.

Las radiografías reflejan la seriedad y lo invasivo del tratamiento necesario a raíz de la fractura. La prótesis acerrojada –atornillada en cuatro puntos al fémur- es identificable sin necesidad de conocimientos médicos. Proclamar el valor intrínseco de la integridad física y, a la vez, sostener que no existe un daño físico indemnizable en el caso sería incoherente.

Por su parte, si bien no cuenta con las particularidades de la herida de la pierna, la fractura padecida en la muñeca por la actora también fue calificada como “lesión de tipo grave” por el experto médico (fs. 346 vta). Toda vez que no existen elementos que permitan desvirtuar esta calificación, entiendo que ambas lesiones deben considerarse de igual entidad.

Por lo demás, no advierto por qué las limitaciones funcionales determinadas por el dolor que producen a la actora ciertos movimientos no habrían de considerarse incapacitantes.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar el agravio de la demandada y confirmar la suma indemnizatoria fijada en primera instancia en concepto de “incapacidad sobreviniente”.

III.- La parte demandada se agravia por la suma reconocida en concepto de daño moral. En este orden, esgrime dos argumentos: a- que los daños padecidos no tienen relación causal con el evento de autos y, en subsidio, b- que la suma fijada es desproporcionada.

Como ha sostenido Alfredo Orgaz, cuando la acción antijurídica “hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial” (*El daño resarcible*, p.184). Jorge Bustamante Alsina se refiere a la “lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas” (*Teoría general de la responsabilidad*, 1980, p.305). Eduardo A. Zannoni entiende que “ellos (el dolor o los padecimientos) serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión o una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico” (*El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As.,p.234).

La actora, a raíz del evento en estudio, ingresó al Hospital Pirovano el 25 de agosto de 2006. “Permaneció internada con tracción esquelética de partes blandas en el miembro inferior izquierdo y yeso antebraquiopalmar derecho. Fue intervenida quirúrgicamente el día 2 de octubre de 2006 en donde se realizó una osteosíntesis sobre el fémur izquierdo mediante clavo endomedular acerrojado. Fue dada de alta con buena evolución el día 10 de octubre de 2006. Al mes aproximadamente se le retiró el yeso”. (fs. 344 vta).

Se encuentra probado, entonces, que la actora estuvo internada e inmovilizada más de un mes. Tuvo que someterse a cirugía, se le tuvo que implantar una prótesis permanente. Permaneció dos meses con la mano hábil enyesada, lo que cobra especial relevancia atento su profesión. Dejó de explotar su negocio por un año y padece, hasta la fecha, dolores en la muñeca lesionada cuando efectúa ciertos movimientos. En este contexto la existencia de sufrimiento o inquietud espiritual es indudable.

Los hechos relatados hallan su causa en las fracturas padecidas por la actora a raíz de la caída en la vía pública. Toda vez que ya se ha establecido la responsabilidad de la accionada por el suceso, no cabe admitir el primer argumento.

En cuanto al monto reconocido, vale efectuar las siguientes aclaraciones:

Por su carácter subjetivo, es difícil determinar la dimensión económica como respuesta al daño moral. Su entidad se traduce en vivencias personales del



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PROTO OLGA LEONOR CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)”, EXPTE: EXP 25507/0

afectado y en general no se exterioriza fácilmente. Para fijar su cuantía, el juzgador ha de sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima del actor, y que no ha experimentado por sí mismo, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense el dolor y el trastorno espiritual sufrido; motivos éstos por los que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa (CNCiv., Sala "L", “Espinosa Jorge c/ Aerolíneas Argentinas”, J.A., 1993-I-13, del 30-12-91).

En este sentido, corresponde considerar las características del hecho dañoso, su duración, las circunstancias personales de la víctima y las secuelas permanentes padecidas.

El principal criterio para evaluar la razonabilidad de la estimación es, entonces, la propia práctica judicial y, en el caso, no se advierte que el *a quo* se haya apartado sustancialmente de ella. Por lo tanto, atento a las dificultades que importa establecer una suma indemnizatoria en concepto de daño no patrimonial, así como que no hay apartamiento sustancial de la práctica judicial, ni se advierte una arbitrariedad manifiesta, cabe estar a lo establecido por el Juez de primera instancia.

IV.- Por último, atento las consideraciones precedentes, y toda vez que la parte demandada resulta vencida, entiendo que debe confirmarse la sentencia recurrida en lo relativo al régimen de costas.

V.- Por lo expuesto propongo al acuerdo que, en caso de compartirse mi voto: a- Se confirme la sentencia de grado, con excepción de lo resuelto con respecto a la tasa de interés. b- se impongan las costas de esta instancia a la demandada, por resultar sustancialmente vencida.

A la cuestión planteada, el Dr. ESTEBAN CENTANARO dijo:

I.- Adhiero al relato de los hechos efectuados por la Dra. Gabriela Seijas así como a la solución propuesta por mi colega con excepción del considerando IX en

cuanto rechaza el daño moral establecido en la sentencia de primera instancia. En este punto, adhiero al considerando III del voto del Dr. Hugo Zuleta.

De acuerdo al resultado de la votación que antecede, por mayoría, se **RESUELVE**: **1)** Revocar la sentencia de grado en cuanto dispone el resarcimiento del rubro incapacidad sobreviniente; **2)** Confirmarla en cuanto indemniza el daño moral, el lucro cesante y los gastos de farmacia y traslado; **3)** Disponer que la tasa de interés aplicable sea la precisada en el considerando X del voto de la Dra. Seijas; **4)** Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia al momento procesal oportuno; y **5)** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (cf. art. 65 del CCAyT).

Regístrese. Notifíquese. Oportunamente devuélvase.

Cámara de Apelaciones CAyT - Sala III