



**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

En la Ciudad de Buenos Aires a los 2 días del mes de septiembre de 2014, se reúnen en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en los recursos interpuestos contra la sentencia recaída en autos “**H. C. E. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios (excepto resp. Médica)**”, *EXP. 28505 /0*. Habiéndose practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Jueces de Cámara MABEL DANIELE - ESTEBAN CENTANARO – FERNANDO JUAN LIMA. Los magistrados actuantes resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada la **JUEZA MABEL DANIELE** dijo:

**ANTECEDENTES:**

**1.** Que el Sr. H. C. E. promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante “GCBA”), reclamando la percepción de la suma de pesos doscientos noventa y tres mil (\$293.000), con más sus intereses y costas, en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios. A estos efectos relató que sufrió un accidente de tránsito mientras circulaba en su motocicleta, por la Av. Fernández de la Cruz mano hacia el oeste, en esta Ciudad.

**1.1.** Expuso que el día 13 de septiembre de 2007, siendo aproximadamente las 22.00 horas, circulaba con su motocicleta Gilera Smash por la citada avenida, en doble sentido de circulación, sobre la mano que discurre hacia el oeste y al llegar a la intersección con la Av. Martínez Castro se encontró –según afirma– en la más absoluta oscuridad, frente a una boca de alcantarilla absolutamente abierta y sin tapa, a la cual se le habían colocado unas maderas comunes, no refractarias, dentro de su circunferencia y sin ninguna señalización previa. Dijo que, al intentar eludir el pozo golpeó en primer término, con la parte izquierda de su cuerpo contra el armazón de maderas referido, perdiendo el equilibrio y cayendo pesadamente al pavimento, golpeándose contra la cinta asfáltica y su propio ciclomotor. Manifestó que su cuerpo quedó a unos tres metros hacia adelante del lugar del impacto, perdiendo temporalmente el conocimiento y quedando a pocos centímetros del cordón. Señaló que, como consecuencia de ello, mientras algunos transeúntes y automovilistas “generaban una especie de vallado” para evitar que fuera arrollado por otros vehículos, arribó al lugar -a los quince minutos aproximadamente- personal policial e inmediatamente después se hizo presente una ambulancia del SAME con la cual fue trasladado al Hospital Piñero y luego derivado al Sanatorio UOM, donde quedó internado. Fundó la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en los arts. 1112, 1113 del Cod. Civ. y en la ley 24.449. En este sentido adujo que la demandada es objetiva y solidariamente responsable, tanto por la deficiente prestación del servicio de seguridad vial e infraestructura del tránsito, como por aplicación de la teoría de riesgo creado. Expresó que a raíz del accidente sufrió fractura de mano derecha, con fractura de tercer

metacarpo, fractura expuesta del dedo anular de mano izquierda con desplazamiento y fractura de dos metatarsos, habiéndosele colocado cuatro clavos en esta última extremidad. Agregó que en la rodilla derecha, sufrió politraumatismos, por lo que se le debió efectuar, mediante cirugía, un drenaje de hematoma. Asimismo, manifestó que, a pesar de tener el casco reglamentario colocado, padeció pérdida temporal del conocimiento con traumatismo de rostro. Continuó relatando que el 18/09/07 fue operado en su extremidad superior e inferior y que, al momento del inicio de la presente demanda, presentaba rigidez de mano izquierda con locación funcional de la misma en cuarto y quinto dedo. También indicó que presenta actualmente una cicatriz palmar en IV dedo, disminución de tonicidad y tropismo en mano izquierda, con dolor en la palpación de la referida extremidad, con rigidez del cuarto dedo y limitación funcional en la mano izquierda.

**1.2.** En cuanto a los daños reclamados, peticionó los siguientes rubros indemnizatorios: (1) Incapacidad civil genérica: reclamó la suma de \$95.000; (2) Perdida de Chance de Ascenso Laboral: \$25.000 (3) Lesión estética y futuro tratamiento estético, plástico y reparador: solicitó la suma de \$35.000. (4) Daño Psicológico y futuro y tratamiento psicoterapéutico: reclamó la suma de \$25.000; (5) Futuro Tratamiento médico en general: \$20.000 (6) Gastos Médicos, farmacéuticos, de traslado, asistencia y compañía.: \$3.000. (7) Gastos de arreglo de motocicleta: \$700. (8) Privación de uso de motocicleta: \$200. (9) Daño Moral: \$90.000. Lo que arroja un total de: \$293.900. Ofreció prueba en apoyo a su postura y solicitó se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda, con más sus intereses, costos y costas.

**2.** Que a fs. 26/43 se presentó el GCBA y contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas. En síntesis, efectuó una negativa expresa de los hechos expuestos por la parte actora, desconoció la prueba documental adjuntada, argumentó culpa de la víctima en la producción del accidente y cuestionó el reclamo patrimonial así como la liquidación de daños incluida en la demanda. Sobre este último particular, refirió –respecto a la incapacidad civil genérica- que su parte desconoció que el Sr. H. presentara alteración y disminución de la integridad y contextura física con motivo del accidente que se denuncia y que tomando como base la descripción que hizo del siniestro, la lesión denunciada carece de toda proporción con las secuelas, gastos y daños. Requirió el rechazo de la suma pedida en este rubro, por resultarle improcedente. En punto a la pérdida de chance de ascenso laboral, indicó que no surge del libelo de demanda ninguna constancia que acreditara en qué forma se afectaron las posibilidades de ascenso de la actora y que la misma, tan solo se limitó a valorar las mismas sin saber sobre qué base se habría determinado la respectiva suma. También, manifestó que la lesión que dice haber padecido no podría afectarle en sus posibilidades de ascenso, toda vez que ellas estarían incluidas en el primer rubro solicitado. Por eso, pidió el rechazo de la suma pretendida en ese rubro. Impugnó el monto reclamado por lesión estética y futuro tratamiento estético, consignando que, para el caso de existir, el actor no presentó constancia médica alguna que lo constatará. Cuestionó, asimismo, el daño psicológico y futuro tratamiento psicoterapéutico por entender que no aportó ninguna prueba y que la problemática que dijo haber sufrido, no tendría suficiente entidad como para provocarle daño alguno y que de ser tan grande el daño sufrido por el accionante, no se entendió



**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

por qué motivo no tenía documentado el diagnóstico de su afección. Desconoció la existencia de gastos médicos y tratamientos futuros por la suma de \$20.000, ya que no los habría efectuado por haber recibido atención gratuita en el pasado y que podría recibir, eventualmente, en el futuro. Expresó que el Sr. H. no tenía ningún derecho a una indemnización respecto al rubro “daño moral”, toda vez que negó que el actor se encontrara afectado moralmente y que pudiera reclamar por ese concepto \$90.000. Rechazó los rubros “reparación de la motocicleta” y “privación de uso” por entender que el actor no especificó los daños sufridos ni acompañó ningún presupuesto ni factura alguna correspondiente al momento del supuesto hecho. Tampoco alegó ni intentó demostrar que se hubiera visto privado del uso del vehículo. Finalmente planteó la cuestión constitucional y federal, ofreció prueba en apoyo de sus dichos y solicitó se dicte sentencia, rechazando la demanda con costas.

3. Que la jueza de grado a fs. 450/455 vta. rechazó la demanda e impuso las costas a la actora vencida. Para así decidir, luego de realizar un relevamiento sobre la prueba producida en el expediente sostuvo que no se encontraba probado que el accidente denunciado se hubiera producido en el contexto y en la forma señalada por el actor en su demanda. En segundo lugar entendió que ni de las pruebas periciales ni de las constancias de la causa penal se desprendía una relación de concausalidad que permita sostener que el daño que sufrió el actor fuera consecuencia de la caída provocada al intentar eludir las maderas. Agregó también que de la prueba producida en autos no se podía probar la mecánica del accidente y por ende los elementos reunidos en la causa resultaban insuficientes para sustentar la pretensión de condena. Finalmente reguló los honorarios de los peritos médico e ingeniero en la suma de \$500 para cada uno.

4. Que a fs. 459 la parte actora apeló y a fs. 474/486 vta. expuso sus agravios. En resumidas cuentas se agravio porque la sentencia consideró no probada la existencia material del hecho conforme el relato de la demanda lo cual a su entender se encuentra acreditado por las constancias de la causa penal y las declaraciones testimoniales de la presente causa. Asimismo se agravio también por la omisión de considerar el carácter no actuado y antedatado del acta policial la cual contradice a la prueba testimonial. Por otro lado manifestó que la sentencia de grado no tuvo en cuenta la presunción en contra del GCBA por la omisión de respuesta por parte del Ente de Mantenimiento Urbano Integral en la causa penal así como la deficiente contestación de los informes por parte del GCBA en autos. Se quejó también la recurrente por la desestimación que hizo la jueza a quo del testimonio de Paz de Rosa como testigo ocular y auditivo presencial del hecho, por la falta de consideración del testimonio de Pedro Antonio Romero para acreditar la existencia de la cosa peligrosa y por la desestimación del testigo Ahumada para comprobar la existencia fehaciente de la cosa riesgosa. También manifestó su disconformidad con la sentencia por el apartamiento de

las conclusiones a las cuales había arribado el perito ingeniero en cuanto a la inexistencia de la tapa de boca y su versión de los hechos así como tampoco tuvo en cuenta las conclusiones presentadas por la perito médica. Finalmente se agravió por la imposición de las costas a su parte.

5. Que a fs. 461 el perito ingeniero Jorge Acuaroni apeló sus honorarios por bajos, y a fs. 464 hizo lo propio la perito médica, Dra. Adriana P. Riva.

6. Que el GCBA contestó la expresión de agravios a fs. 488/493 vta. solicitando que se confirme la sentencia apelada con costas. Para ello consideró en forma coincidente con la sentencia de grado que el actor no había podido acreditar mediante la prueba producida el hecho denunciado ni que este tuviera relación causal con los daños alegados.

7. Que a fs. 494 pasaron los autos al acuerdo.

#### **CONSIDERANDO:**

8. Que en primer lugar cabe recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren los que sean “conducentes” para la correcta composición del litigio (conf., C.S., Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230 entre otros). En tanto, del resultado de su análisis puede volverse inoficioso el tratamiento los restantes planteos.

9. Que establecido ello, cabe señalar –tal como lo he sostenido en reiteradas oportunidades- que el fundamento de la responsabilidad del estado se halla en los principios que hacen a su propia existencia. El derecho a la reparación nace por la relación directa entre la actividad legítima o ilegítima estatal (o de cualquiera de sus agentes) y el daño ocasionado. Se resume en la premisa de que todo perjuicio injustamente causado por el estado debe repararse.

El sustento no es otro que la teoría del sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas, porque los artículos 4 y 16 *in fine* de la Constitución Nacional determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial por el acto legítimo o ilegítimo de cualquier órgano, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes a través de una indemnización, que estando a cargo del estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado.

El reconocimiento de los derechos individuales y su restablecimiento mediante una indemnización, en los casos en que el estado los hubiere violado, son condiciones de la existencia misma del estado jurídico y de las autoridades legítimas. Y esto es así por cuanto de lo contrario se desconocerían los derechos individuales consagrados en la Constitución Nacional. En consecuencia, la reparación es una



**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

respuesta a los derechos asegurados y al valor justicia (esta Sala, “Consortio de propietarios Olazábal 2546/50 c/ GCBA s/ daños y perjuicios”, expte. EXP 5845/0, sentencia de fecha 4-05-2006, cons. 6º de mi voto).

Así, los principios de derecho público contenidos en los arts. 1112 y 1113 del Código Civil, resultan analógicamente aplicables en virtud de la responsabilidad que, apoyado en tales consideraciones, compete al estado por los daños sobrevinientes en el ejercicio de sus funciones (conf. in re “Villareal Roberto c/ GCBA s/ daños y perjuicios”, expte. 625, sentencia del 26-06-2003, del voto del Dr. Eduardo Ángel Russo al que adherimos los restantes integrantes de la sala).

*"Fiorini ha sostenido también que las normas constitucionales presupuestan la responsabilidad estatal, en especial el artículo 100, que asegura la demandabilidad del Estado, y el artículo 16, sobre la igualdad ante la ley. «La demandabilidad estatal, consagrada en el artículo 100, y el tratamiento de igualdad sin privilegio, se extienden operativamente sin ninguna excepción. El Estado, que impone sanciones a los particulares ante el incumplimiento normativo, sería inconcebible que las excluya cuando se refieren a hechos, a conductas o actos provenientes del Estado. El principio de la demandabilidad implica el de la responsabilidad, que se extiende también a las constituciones y leyes provinciales por mandato del art. 31 C.N. [...] la responsabilidad reparatoria se encuentra implícita y expresa en varias normas constitucionales: artículo 15 (reparación por la ley que libere a los esclavos); 16 (toda carga del Estado debe imponerse por igual); artículo 17 (inviolabilidad de la propiedad: El daño irresarcible sería una aberración); artículo 19 (soberanía de la voluntad individual, mientras no afecte o perjudique a un tercero); artículo 28 (prohibición al legislador de alterar los principios y derechos consagrados, con normas reglamentarias); artículo 18 (inviolabilidad de la defensa de tales derechos). Y todo ello porque «La Constitución consagra la organización nacional para afianzar la justicia, que es darle a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se sustrae o vulnera»” (REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, Buenos Aires, Eudeba, 1969).*

Asimismo, para que la responsabilidad del estado resulte procedente deben presentarse en el caso sus presupuestos. Los elementos del concepto clásico de este tipo de responsabilidad son: a) un daño cierto, b) antijuridicidad en el hecho u omisión dañosa, es decir, que haya existido un defectuoso o irregular funcionamiento del servicio, la llamada “falta de servicio” que produce el daño, c) que ese daño haya sido ocasionado por o pueda ser imputado al funcionamiento (defectuoso) del servicio o accionar irregular del presunto responsable (relación de causalidad).

**10.** Que expuesto lo anterior, corresponde ahora entrar en el tratamiento de los agravios manifestados por el actor, los cuales por razones metodológicas he de agrupar, toda vez que los mismos pueden resumirse en la disconformidad que expresa la parte por la valoración que la jueza de grado realizó sobre las distintas pruebas producidas en el expediente.

En particular la actora se queja porque en la sentencia de grado no se tuvieron en cuenta, a favor de su pretensión, las declaraciones de los testigos ni los informes periciales así como tampoco se valoraron positivamente las constancias documentales agregadas mediante la incorporación de la causa penal.

Cabe recordar que la Sra. jueza de grado entendió que no podía hacerse lugar al reclamo del actor porque no se encontraba acreditado en forma suficiente, según su criterio y apreciación, que el accidente relatado en la demanda se hubiese producido en la manera expuesta, y que por otro lado, tampoco podía encontrarse probado el nexo de causalidad entre los daños y una conducta omisiva o negligente del GCBA.

Ahora bien, más allá de ello, es menester destacar que la sentencia de primera instancia sí tuvo por acreditado que el pozo o boca de alcantarilla se encontraba cercado por un armazón de madera y que contra dicha estructura fue que impactó el actor. No obstante, la jueza de grado no tuvo por probado que la calle se encontrara en completa oscuridad y por lo tanto entendió que el obstáculo debía ser visible y su falta de evasión fue enteramente imputable al actor.

Es por ello que, partiendo de la base de que la propia sentencia de grado reconoció la existencia de un objeto en la vía pública contra el cual colisionó el accionante, entiendo que debe circunscribirse el examen de la prueba producida a los efectos de analizar si de la misma puede desprenderse que la señalización contra la que impactó el actor era reglamentaria y si efectivamente la misma estaba en condiciones de ser advertida por los transeúntes, sobre todo en horas de la noche.

**11.** Que también hay que destacar que no se encuentra discutida en autos la obligación de mantener en buen estado de conservación los bienes públicos que le corresponde al titular de los mismos, en este caso el GCBA. La ausencia o la prestación deficiente de esta tarea esencial de mantenimiento puede perfectamente encuadrarse como una falta de servicio con capacidad de generar responsabilidad estatal en caso de verificarse la presencia del resto de los presupuestos. Es por ello que viene al caso recordar las normas que rigen la materia a efectos de precisar cuales son las obligaciones de mantenimiento de la estructura vial en cabeza del GCBA.

Así, el Código de Tránsito y de Transporte de la CABA, aprobado mediante la ley local 2148, expresamente establece en su art. 2.1.1 que: “[c]orresponde a la autoridad encargada de la estructura vial, o al concesionario, la responsabilidad de mantenerla en perfectas condiciones de seguridad para la circulación.

Asimismo esa norma establece que: “[t]oda obra o dispositivo instalado en la vía pública debe ajustarse a las normas técnicas más avanzadas de seguridad vial, propendiendo a la diferenciación de vías de circulación para cada tipo de tránsito y a la eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas”.

Por otro lado resulta una obviedad que el correcto mantenimiento presupone la inexistencia de obstáculos en la calzada, no obstante, el art. 2.1.7 del citado Código establece que: “[c]uando la seguridad o fluidez de la circulación estén comprometidas por situaciones u obstáculos anormales, la Autoridad de Aplicación debe actuar de inmediato advirtiendo claramente el riesgo o la obstrucción y si así correspondiera, coordinar su accionar con las demás dependencias u organismos competentes, a efectos de garantizar la seguridad y normalizar el tránsito. **Las obras**



**Sala II**

"H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)", EXPTE: EXP 28505 / 0

**inconclusas en calzadas y aceras deben ser reparadas por el organismo responsable de la estructura vial, con cargo a aquellos que debían realizarla**" (el resaltado es propio).

Finalmente en materia de señalizaciones el art. 2.3.10 dispone que: "[I]as obras que dificulten la circulación vial deben señalizarse suficientemente e iluminarse en horas nocturnas, o cuando las condiciones meteorológicas o ambientales lo exijan mediante balizas provistas por el constructor de la obra". El art. 2.3.5 también viene al caso en cuanto el mismo dice que: "[I]as señales viales deben ser perfectamente visibles, legibles y de alta reflectividad en cualquier circunstancia climática o de luminosidad" (el subrayado es propio).

12. Que del análisis de las constancias del expediente tengo para mí que la señalización improvisada para advertir la ausencia de la tapa de la alcantarilla (armazón de madera cuya existencia no se encuentra discutida en esta instancia) devino totalmente insuficiente a la luz de la normativa recientemente señalada.

Así, es dable advertir que de los testimonios adjuntados a la causa (testigos Paz da Rosa fs. 114/115 y Pedro A. Romero, fs. 131 y vta) se desprende que la visibilidad en el lugar del hecho a la hora en que sucedió era escasa. De hecho el testigo Paz de Rosa manifestó: "*la visibilidad es bastante escasa... ocurrió el accidente y estuvo varios días sin ningún farol que ilumine el sector*", y P. Romero declaró: "*...me bajé vi que había una persona tirada cerca del cordón. Había un chico joven alterado... no había mucha visibilidad*". Asimismo de este último testimonio también surge que las condiciones meteorológicas no eran las mejores ya que había una llovizna fina. Por otro lado, el testigo Ahumada que si bien no se encontraba en el momento del hecho dijo conocer la zona por residir allí, manifestó que la señalización de la boca de tormenta se limitaba a la presencia de "*unos palos metidos en el agujero y nada mas, no había nada que indicara que había peligro... (sic)*".

Cabe agregar también que las fotografías acompañadas con la demanda que han sido reconocidas por los testigos, se observa que las maderas desperdigadas alrededor de la boca de tormenta carecían de material refractario que permitiera su adecuada visualización nocturna. Asimismo, del informe presentado por el perito ingeniero (fs. 325/328) también se refiere que, a pesar de existir postes de iluminación, la visibilidad nocturna en la zona no era suficiente.

Por todo lo expuesto considero que, a diferencia de lo sostenido por la Sra. jueza de grado, el armazón de madera colocado para advertir la falta de la tapa de la boca de tormenta, no constituía una señalización adecuada y por lo tanto no puede colegirse que existió culpa de la víctima en no haber advertido el mismo. Máxime si se tiene en cuenta que las condiciones meteorológicas no eran buenas y que la calzada se encontraba mojada por la lluvia, todo lo cual hacía mucho más difícil para el accionante la posibilidad de una maniobra evasiva exitosa.

Que además en lo que hace a la existencia del nexo o relación de causalidad y su alcance, cabe recordar que dentro de las teorías que se han elaborado a

la hora de examinar la presencia de este requisito, la más aceptada en la actualidad es la denominada tesis de la causalidad adecuada o idónea. Según esta postura la causa es idónea si lleva al operador de modo irreversible y autónomo al daño (cfr. BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, La Ley, Buenos Aires, p. 280 y ss.).

Esta teoría, según también lo explica Borda, entiende que “*todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede*” (cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, “Obligaciones”*, 8ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 206 y 207, n° 1317 d.).

En este caso y acorde a las constancias de autos no tengo dudas que entre el daño sufrido por el actor y la presencia de un objeto peligroso y mal señalado en la vía pública, lo cual es enteramente imputable al GCBA, existió un nexo de causalidad adecuado.

Es por ello que considero que existe responsabilidad por parte del GCBA por la señalización insuficiente, cumpliendo entonces de modo defectuoso su obligación de mantenimiento en estado óptimo de la calzada. Asimismo entiendo que si se encuentra probado, que el daño sufrido por el actor se debió en forma exclusiva a la presencia de este obstáculo en la vía pública y por ende, considero que se encuentran reunidos todos los presupuestos que hacen a la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad, es decir, daño, incumplimiento por parte del GCBA en el adecuado mantenimiento de la calle (falta de servicio) y relación de causalidad adecuada entre uno y otro.

**13.** Que sentado lo anterior corresponde ahora entrar en el tratamiento de los distintos rubros que componen el daño alegado por el actor.

#### **13.1. Incapacidad sobreviniente.**

Conforme lo dicho por esta sala en otros precedentes, la indemnización por incapacidad sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores (ver. Feltrin Liliana Irma y otros contra GCBA sobre Daños y Perjuicios (excepto resp. medica) expte. 13239/0, sentencia del 11/12/2012).

En consecuencia, adquieren especial relevancia las condiciones personales de la víctima del hecho dañoso. Esto es, la proyección que el perjuicio tiene en la esfera laboral, la edad, la preparación, la incapacidad laborativa, estado civil y demás circunstancias personales, susceptibles de ser apreciadas a los fines de estimar el resarcimiento.

En efecto, para establecer el quantum indemnizatorio no existen fórmulas matemáticas ni procedimientos objetivos, rígidos e inflexibles, sino que estos responden al prudente arbitrio de los magistrados en la valoración de los elementos de





**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

juicio allegados a la causa (CSJN, Fallos: 183: 247; 191: 264; CNCiv., Sala A, “Pagano, Rosa Alicia,” de fecha 19-09-89, entre muchos otros).

Finalmente, no debe perderse de vista que el daño, para que resulte indemnizable, además de guardar relación causal respecto del acto que lo generó, debe ser cierto y no eventual; subsistente al tiempo del reclamo y producir un quebranto patrimonial de quien lo invoca (conf. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. III, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 620-1).

Corresponde entonces, analizar las constancias del expediente a fin de meritar la procedencia de este rubro y la razonabilidad de la suma peticionada por el actor que estimó su incapacidad sobreviniente en la suma de \$95.000.

Así, del informe del perito médico obrante a fs. 411/415, surge que el actor sufrió traumatismo de ambas manos con fractura del 3er metacarpiano en la mano derecha y fractura de cabeza del 4º metacarpiano y del 5º metacarpiano en la mano izquierda. También observó que a raíz de estas lesiones un adelgazamiento del dedo anular y el eje ligeramente desviado, además dijo que se encontraba disminuida la movilidad del dedo anular y que no podía hacer pinza pulgar anular. También expuso que la mano izquierda no cierra totalmente y que no puede hacer puño. El perito observó que el Sr. H. sufrió un hematoma traumático de rodilla derecha por el cual se tuvo que realizar un drenaje quirúrgico proceso que le dejó una cicatriz de 7 cms. Por otro lado concluyó que del examen de la columna cervical se constataba limitación de la movilidad activa y pasiva de grado moderado a la palpación contractura de los músculos paravertebrales.

Cabe señalar que según la pericia, el examen psiquiátrico arrojó como resultado angustia, depresión, cambio de carácter, alteraciones del sueño e irritabilidad marcada.

En síntesis, todo ello llevó al perito a estimar un 44% de incapacidad física y un 10% de incapacidad psicológica. Finalmente, en cuanto al tratamiento paliativo de las lesiones, el experto también aconsejó que el actor debería realizar terapia psiquiátrica y psicofarmacológico (éste último a criterio del psiquiatra tratante) cuya duración estimó en no menor a un año tomando en cuenta una sesión semanal (con costo estimativo de cada sesión entre \$100 a \$120).

Tomando en cuenta que el actor al momento del accidente contaba con 49 años y que se desempeñaba como operario metalúrgico, siendo que las lesiones sufridas tienen impacto directo en su actividad laboral, y toda vez que no encuentro motivos para apartarme de las conclusiones a las que arribó el perito médico, entiendo que corresponde asignar como indemnización para este rubro la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y DOS MIL (\$162.000).

**13. 2. Pérdida de chance de ascenso laboral.**

La CSJN ha dicho que el resarcimiento de la denominada “pérdida de chance” exige acreditar la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente (cfr. Fallos: 311:2683, 312:316).

En el caso la actora alega que el beneficio económico del que se vio frustrada es el que podía derivarse de un eventual ascenso laboral, lo cual lógicamente presupone un incremento salarial. Ahora bien, tomando en cuenta por un lado las circunstancias personales y particulares del actor, y por otro lado las distintas constancias adjuntadas al expediente, entiendo que no se encuentra suficientemente acreditado que el actor tuviera efectivamente una probabilidad suficiente de obtener un ascenso laboral.

Es mas, no se encuentra probado que efectivamente existiera esa posibilidad y que de haberse dado la misma fuera ocupada por otro trabajador. Es decir, que se trata de meras conjeturas hipotéticas carentes de un fundamento sólido que permita realmente apreciar si las posibilidades de obtener un ascenso efectivamente eran tales.

Por lo tanto entiendo que corresponde rechazar la procedencia de este rubro indemnizatorio.

### **13. 3. Lesión estética y futuro tratamiento estético, plástico y reparador.**

Que en relación a este rubro no se aprecia de la prueba producida que efectivamente haya quedado una lesión estética merecedora de un tratamiento especial. No se observa de la documental agregada ni de la pericia médica una recomendación que avale lo peticionado por el actor en este punto, por ende estimo que no corresponde asignar un resarcimiento específico y autónomo, distinto al otorgado en el considerado 13.1.

### **13.4. Daño psicológico y tratamiento psicoterapéutico.**

Entiendo que este rubro se encuentra subsumido en el punto 13.1 por lo que corresponde remitirse a lo allí dicho.

### **13.5. Futuro tratamiento médico en general.**

Este rubro se encuentra también incluido en el resarcimiento por incapacidad sobreviniente desarrollado en el punto 13.1.

### **13.6. Gastos médicos, farmacéuticos, de traslado, asistencia y compañía.**

Que en relación a este punto cabe manifestar que no se encuentran agregadas al expediente constancias que acrediten fehacientemente los gastos incurridos por el actor por estos rubros.

No obstante lo anterior, siendo lógico presuponer que por motivo del accidente el actor, y particularmente por la gravedad de las heridas, debió incurrir en gastos adicionales no previstos, estimo que corresponde fijar la suma de MIL PESOS (\$1.000) por los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado.

### **13.7. Gastos de arreglo de motocicleta y privación de su uso.**



“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

Al igual que en el *sub item* anterior tampoco se encuentra acreditado en el expediente los comprobantes de gastos de taller mecánico que permitan tener por cierto lo que reclama el accionante por este particular.

En efecto el actor intentó que el perito ingeniero estimara los daños sufridos a la motocicleta (ver fs. 325) pero éste en su pericia omitió expedirse sobre el particular y posteriormente la parte actora no impugnó el informe con lo cual no puede tenerse por probado que se haya incurrido efectivamente en gastos de arreglo de la motocicleta.

En cuanto a lo reclamado por la privación de uso entiendo que corresponde remitirse al *sub item* anterior toda vez que ya se encuentran resarcidos los gastos de traslado.

### 13.8 Daño moral.

Con respecto a este rubro, cabe recordar que el daño moral se trata de *“una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”* (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, Resarcimiento de daños, t. 2.a., p. 49). Señala la misma autora que *“constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto como consecuencia del suceso, opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal”* (op. cit., pp. 554-5).

En cuanto a la prueba de estos daños si bien deben ser acreditados, al igual que los demás presupuestos de la responsabilidad, *“dicha prueba operará normalmente por vía de presunciones judiciales u hominis (o sea, por inferencias efectuadas a partir de otros elementos) atento la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma material, rotunda y directamente perceptible a los sentidos que el caso del daño patrimonial”* (op. cit., p. 565).

Lo cierto es que evaluando las constancias obrantes en la presente causa, quedó acreditado que las lesiones sufridas por el Sr. H. le generaron padecimientos espirituales que justifican un resarcimiento. Basta observar para ello que debió padecer varias intervenciones quirúrgicas en sus manos y rodilla con las molestias que ello implica, sobrellevar las posteriores curaciones y así igualmente resignarse a tener una pérdida de funcionalidad.

Por lo señalado y del análisis de las pruebas aportadas a estos actuados considero que este rubro debe ser resarcido. Ello, en tanto los padecimientos morales resarcibles en el caso son los que se estiman propios de la edad y otras circunstancias de la víctima, en relación con la experiencia sufrida y con su consecuente alteración en su estado anímico.

Por lo demás, sobre la cuantificación del resarcimiento, corresponde señalar que la misma queda librada al juicio prudente de los magistrados, aunque se debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones en la persona en sus esferas existencial y psíquica, en sus padecimientos, en su dolor físico, sus miedos, angustias y sufrimientos.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a lo peticionado por el actor en este punto y fijar una indemnización de CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS PESOS (\$ 48.600).

**14.** Que en función de lo expresado en el considerando anterior, entiendo que corresponde revocar la sentencia de grado y condenar al GCBA a pagar una indemnización a la parte actora de PESOS DOSCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS (\$211.600).

En cuanto a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo con el fallo plenario de esta Cámara en la causa “Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)”, EXP 30370/0, del 31 de mayo de 2013, los intereses deberán calcularse desde la fecha del hecho y hasta la fecha de esta sentencia, aplicando una tasa pura del 6% anual, y desde la sentencia hasta el efectivo pago aplicando 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).

**15.** Que en lo concerniente a la apelación por bajos de los honorarios regulados a la perito médica y al perito en ingeniería civil y toda vez que se revoca parcialmente la sentencia de grado en cuanto a los montos de condena, corresponde diferir su tratamiento para cuando medie liquidación definitiva.

Finalmente, toda vez que no se advierten motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 62 y 249 CCAyT), corresponde aplicar las costas de ambas instancias a la demandada vencida

Asimismo corresponde diferir la regulación de honorarios del resto de los profesionales intervinientes hasta que exista base firme.

En mérito a lo antedicho, propongo al acuerdo: **1.** Hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia apelada por los argumentos aquí expresados, condenando al GCBA a pagar al actor la suma de PESOS DOSCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS (\$211.600) con sus intereses. **2.** Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (art. 62 CCAyT).

Así voto.

El Dr. ESTEBAN CENTANARO DIJO:

**1.** Que adhiero al relato de los hechos y a la solución propiciada por mi distinguida colega preopinante, con excepción de lo expuesto con relación a los fundamentos generales de la responsabilidad del Estado y al rubro privación de uso de



**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

la motocicleta. Asimismo, me permitiré agregar algunas consideraciones con relación a la pérdida de chance.

2. Luego, cabe recordar que, tal como se ha expuesto, la codificación es el último paso en la evolución legislativa siendo el código una ley que se caracterizaría por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la sistematización y, para la mayor parte de la doctrina, la exclusividad (conf. RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, § 213, p. 226/7; en el mismo sentido, LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, § 215, p. 153/4).

Sin embargo, la exclusividad de contenido en la actualidad va siendo dejada de lado, puesto que algunos códigos, además de regular el derecho civil, también legislan el comercial y algunos una sola parte del derecho privado civil y mercantil, como por ejemplo, los contratos. En otras palabras, el principio de exclusividad de contenido no se presenta de manera absoluta en ningún código y ello sucede, asimismo, en nuestro derecho, en el que el Código Civil argentino contiene numerosas disposiciones relativas a temas diversos y que no sólo regulan las relaciones entre los particulares sino que también resultan aplicables a las de éstos últimos con el Estado.

Es así que el Código Civil contiene numerosas normas destinadas a legislar sobre derecho administrativo; baste, a título de ejemplo, la mención de los artículos 33, 823, 912, 1112, 1117, 1442, 1443, 1502, 1810, inc. 2º, 2185, inc. 4º, 2261, 2262, 2339, 2340, 2341, 2342, 2344, 2415, 2572, 2575, 2611, 2637, 2639, 2644, 2646, 2738, 2750, 2839, 3083, 3545, 3545, 3589, 3879, 3951 y demás concordantes.

En este lineamiento, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de referir respecto de la aplicación de normas de orden civil “*Que no obsta tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos -entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica ni menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellos, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate... Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasa a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo...*” (CSJN, Fallos: 329: 759, in re “*Barreto Alberto Daniel y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*”, del 21/03/06).

Sentado lo que antecede y como lógico corolario, deberá abordarse el examen de los elementos que desembocan en el deber de reparar y, concretamente, el

nexo de causalidad entre el evento y el daño sufrido por el actor desde la óptica apuntada en el párrafo precedente.

**2.1.** En lo que atañe a los fundamentos de la responsabilidad, ya me he expedido en los autos “*Martín Hortal Carlos Alberto contra GCBA (Dirección General de Obras Publicas) sobre daños y perjuicios*”, (Expte N° EXP-3868/0), sentencia del 8 de marzo de 2004, así como en los autos “*Ortíz, María Angélica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Obras Públicas) y otros s/ daños y perjuicios*” (Expte. N°: 3737/0), sentencia del 23 de junio de 2.004.

Allí se recordó que la responsabilidad primaria por los daños causados por el vicio o mal estado de las aceras compete a la Municipalidad, en su carácter de titular del dominio público de tales bienes (arts. 2339 y 2340 del Código Civil) (BREBBIA, ROBERTO H., *Responsabilidad por el daño sufrido por un peatón a consecuencia del mal estado de la acera*, LL 1988-E, pág. 507 y sigtes., al comentar un fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

Desde otra óptica, Compiani (COMPIANI, MARÍA FABIANA, en la voz *Acera*, en la *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Directores Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996, T° I, pág. 135) sostiene que las aceras pertenecen al dominio público del Estado municipal (arts. 2339, 2340, inc. 7°, y 2344, Código Civil). Conforme ello, las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (ley 11.545, respecto de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires). Agrega que los municipios, a su vez, han delegado en los propietarios frentistas (ordenanza 33.721 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas. La municipalidad toma únicamente a su cargo el arreglo de las aceras que resulten deterioradas por las obras de pavimentación, repavimentación y recapado de calles y avenidas o por trabajos relacionados con el alumbrado público, señalización luminosa, demarcación y corte de raíces de árboles plantados por la comuna.

Continúa exponiendo que la Municipalidad será igualmente responsable por la cosa viciosa al pertenecer la vereda a su dominio, aunque podrá eximir su responsabilidad cuando el vicio provenga de caso fortuito o del hecho de un tercero por quien no deba responder.

En cuanto al factor de atribución, señala que, mientras un sector de la jurisprudencia, coincidiendo con la postura que funda la responsabilidad en la teoría del riesgo, considera que la génesis del daño se encuentra en el vicio de la cosa -entendido como un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal- y haciendo aplicable el art. 1113, 2° párrafo, 2ª parte, del Código Civil; otro sector de la jurisprudencia, aún cuando la considera de naturaleza objetiva, lo hace con base en el deber de seguridad y garantía.

SAGARNA, explica que un pozo, una zanja, una excavación o una depresión -según las características- integran un todo que es el terreno, sea éste la vereda, la calzada o un inmueble cualquiera. Así, la cosa es el terreno que contiene el pozo, y éste es el vicio que la hace impropia para su destino (SAGARNA, FERNANDO A., “Responsabilidad por daños causados por pozo en la acera”, LLC1999-C, pág. 521).

Agrega este autor que el pozo constituye el vicio de la cosa (art. 2164, Código Civil) y, si ese pozo provoca perjuicios, el supuesto se encuadra en el art. 1113,



**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

2º párrafo, 2ª parte, del Código Civil, en cuanto responsabiliza al dueño o guardián de la cosa que genera riesgo o es viciosa. Y no puede dudarse que una vereda con pozos, baldosas salientes, ondulaciones prominentes y otras deformidades, es intransitable o transitable con inconvenientes.

Determinado ello, prosigue su exposición sosteniendo que, en tanto las veredas constituyen un bien del dominio público (art. 3340, inc. 7º, del Código Civil), resulta responsable el municipio en su carácter de “dueño” de la cosa causante de los daños que pudieren producirse al peatón, mientras que, el propietario frentista, responderá en tanto “guardián” de la porción de acera correspondiente al inmueble del que es titular.

Desde otra perspectiva y sobre la misma temática, SPOTA expone que el daño sufrido por un peatón -como consecuencia del mal estado de la acera- y que reconoce la causa adecuada (o nexo adecuado de causalidad, para emplear la terminología del art. 906 del Código Civil, según texto otorgado por la ley 17.711) en el riesgo o vicio de la cosa, pero no en un evento fortuito, o en el hecho de tercero, o en la culpa exclusiva de la víctima, torna responsable al dueño de tal cosa, juntamente con el guardián jurídico de la misma. Agrega que la construcción de la acera implica una obra pública que tiene una individualidad y una cualidad especial que perdura, no sólo en el período de la construcción, sino durante toda la vida de la obra hasta que sea desafectada (SPOTA, ALBERTO G., "Responsabilidad por el hecho de la cosa del dominio público", E.D. 134, págs. 725/726).

En suma, en el caso que nos ocupa, en que la responsabilidad pretende atribuirse al dueño o guardián de una cosa viciosa o riesgosa, forzoso resulta aplicar lo normado por el 2º párrafo del art. 1113 del Código Civil.

Al respecto, resulta oportuno poner de resalto que, de acuerdo al nuevo art. 1113 citado, si el daño hubiese sido causado por el vicio o riesgo de la cosa, el dueño o guardián de ella sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Resulta conveniente tener en cuenta que con esta fórmula se ha agregado al sistema original previsto por el Código Civil, la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa.

Ahora bien, se ha sostenido que, mientras de algunas cosas se puede decir que son peligrosas, de ninguna se puede decir, en cambio, que no lo sea en absoluto. En efecto, la pólvora está siempre pronta a estallar; es peligrosa. Un bastón sirve de apoyo al hombre para caminar, pero puede ser el objeto con el que al caerse se lesione clavándose la punta; puede ser peligroso (BUSTAMENTE ALSINA, JORGE, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1997, núm. 1042, pág. 414).

Así, sentado ello, cabe destacar que la opinión doctrinaria mayoritaria sostiene que el carácter inerte de la cosa no es un elemento que habrá de excluir su carácter riesgoso, pues el análisis de dicha característica no pasa por la determinación de si la misma se presenta pasiva o, por el contrario, en actividad, sino que, más bien, es la conclusión, a partir del estudio de las características de la cosa, respecto de si "*ofrecía un riesgo especial, intrínseco, normal o extraordinario*" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, M.,

*Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 42).

El riesgo de la cosa ha de ser la causa del daño, y ese riesgo supone una “*probabilidad de daño abstracta, que computa anticipadamente un número indefinido de sucesos perjudiciales en función de la aplicación de la cosa a su destino normal*” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pág. 45). No altera dicha conclusión la circunstancia de que exista algún acto que desencadene esa potencialidad de riesgo en el caso concreto: así, la falta de adopción de medidas de seguridad (CNCiv., Sala H, en autos “*Molledo de Dickson, Nelly M. c/ Empresa Distribuidora Sur S.A. y otro*”, del 24/4/00, del voto del Dr. Claudio Kiper, publicado en LL 2001-D-693).

**2.2.** En ese mismo orden de ideas, tal como sostienen Trigo Represas y López Mesa (TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. – LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Bs. As., 2004, Tº IV, pág. 78), pesa sobre la Municipalidad el deber de controlar que la vía pública y en especial las aceras no se conviertan en cosas riesgosas y que permanezcan en condiciones tales que las personas puedan transitar por ellas sin peligro, pues el Estado tiene el deber de atender la seguridad y la salubridad de los habitantes (en sentido coincidente, Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala II, en autos “*Springer de Miguel, Ernestina M. c/ Cruces Hermanos S.A. y otros*”, del 13/3/92, publicado en LL 1992-E-522; CNCiv. Sala G, Agosto 14-984, “*David, Lidia M. c/ Obras Sanitarias de la Nación*”, E.D. 12/12/84; CNCiv. sala C, Agosto 30-983, “*Ruiz, Manuel y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”, rev. E.D. 9-11-83).

Y la constatación del incumplimiento de ese deber por parte de la Ciudad no se ve alterado por la mera invocación –huérfana de todo sustento probatorio– de que la caída se produjo por imprudencia de la actora. Es que, como lúcidamente expone el Dr. POSSE SAGUIER en su erudito voto en autos “*Pescio, Lucía María c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios*”, no puede pretenderse que los peatones que tienen derecho y obligación de transitar por el lugar que por ley les está destinado a la circulación, puedan considerarse obligados a prestar una atención tan precisa sobre el suelo que transitan, en lugares que han de suponerse debidamente alisados y expeditos a tal efecto. La misma reflexión le cabe –en el caso de autos– a quien transitaba en su motocicleta.

En similar sentido se ha decidido que caminar por la vereda –entiéndase, en el sub lite, transitar en motovehículo–, aunque sea por un lugar conocido, no implica aceptar un altísimo riesgo de dañosidad, ni que pueda considerarse temeraria la conducta que provoca serias lesiones físicas y psíquicas. Por lo tanto, no es legítimo presumir que la víctima haya querido sufrir el daño, máxime al recordar que la falta a la que alude el art. 1111 del Código Civil no es, en principio, sinónimo de culpa, sino más bien de infracción, y no hay vestigio de ésta en el hecho de caminar por la vía pública (CNCiv., Sala G, R. 224.985, del 22-9-97, Publicación: J.A. del 17/6/98, N° 6094, pág. 42).

Es decir que, no habiéndose probado adecuadamente el hecho de la víctima –cuyo onus probando recaía al GCBA que lo alegó–, forzoso resulta concluir en la exclusiva responsabilidad que, en el evento de marras, le cabe al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.





**Sala II**

“H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)”, EXPTE: EXP 28505 / 0

3. Finalmente, en cuanto a la privación de uso de la motocicleta, corresponde recordar que implica, en sí, un daño resarcible sin que –en este caso- sea impedimento para fijar la indemnización la falta de elementos probatorios que precisen su exacta magnitud, desde que el monto retributivo puede establecerse con sujeción a los parámetros del art. 148 del rito, debiéndose tener presente que cabe disminuir el monto de los gastos previsibles de mantenimiento, que no soporta durante el lapso de indisponibilidad.

El perjuicio derivado de la privación de uso del rodado, se presume con la sola acreditación de su indisponibilidad durante un determinado lapso, ya que, como se ha sostenido con reiteración, quien tiene un vehículo (en el presente una moto) seguramente lo utiliza para su trabajo o esparcimiento, de manera que su privación constituye un daño representado por el costo de sustitución del vehículo (L. 100.102 CNCivil, Sala A 1999/08/02 – *Baiardi, Pedro D. y otro c. Gómez Quiroga, Juan M. y otros. Voto del Dr. Hugo Molteni*, LL 13/4/00).

Sentado lo expuesto, en virtud de la inmovilización que sufriera la motocicleta del actor a partir de la instrucción policial, a la luz de las constancias de fs. 11 de la causa N°215 venida *ad effectumvidendi*(Expte. N° 39.844) desde el Juzgado Correccional N° 1, Secretaría N° 51 (que ordena la restitución al propietario actor), y del acta de secuestro de fs. 10 de la misma causa-apartado B de la Fiscalía N° 6, es que considero prudente otorgar al actor un resarcimiento por este ítem de pesos doscientos (\$200).

Cabe señalar que, si bien de fs. 8 y 19 resultantes de la peritación de la moto surgen los daños sufridos por la cosa, no ha quedado comprobado en autos que los mismos se hubieran reparado, por lo cual no cabe deducir inmovilización alguna del rodado ni –por ende- privación de su uso, máxime si se tiene en cuenta que los perjuicios allí descriptos no aparecen como impedientes del uso de la cosa.

4. En otro orden de cosas, y tal como he tenido oportunidad de explicar (“*González, María Norma y otros c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios*”, EXP N° 4062/0, de fecha 15/04/2008), la frustración de una chance es la pérdida de la posibilidad de un beneficio probable futuro, integrante de la facultad de actuar del sujeto en cuyo favor de la esperanza existe. Privarlo de esa esperanza, conlleva un daño aún cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de este daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal.

El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Se trata de la llamada “*perted’un chance*” definida por la doctrina francesa como “la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable” o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismo términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado.

De allí que se afirme que la indemnización otorgada por pérdida de chance apunta a un daño futuro, a un eventual beneficio malogrado que es indemnizable en cuanto implica una "probabilidad suficiente" de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable (conf. CNCiv., sala A, "*Zaidenvoren, Gabriel A. c/ Farrel, Gerardo E. y otro*", del 12/03/1999, LL, T° 1999-E, p. 951).

Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una 'chance', de una probabilidad, coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría –en el caso- continuar con la realización de pericias. Pero, a la par, incertidumbre, definitiva ya, de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, el beneficio se habría en realidad obtenido, o si la pérdida se habría evitado. La dificultad proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; la parte demandada ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuentes de apoyo en el futuro. Es decir la 'chance' representaría la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe.

Asimismo, se ha sostenido que la pérdida de chance debe ser indemnizada sólo cuando alcanza cierto grado de probabilidad, lo que arroja un pronóstico de certeza sobre su posible efectivización, no siendo indemnizable si representa una posibilidad general y vaga. El criterio con que debe juzgarse la chance debe ser estricto, puesto que de otro modo se estarían indemnizando "castillos en el aire" (conf. LÓPEZ MESA, MARCELO J. – TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del Daño*, p. 84/92; MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD LEÓN, TUNC, ANDRÉ, en *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, To. 1, Vol. I, p. 307, núm. 219; CN. Civ., Sala E, "*Tótora, Graciela Elvira c/ Promofilm S.A. s/ Daños y perjuicios*", 21/09/04).

En este caso, la parte actora ha expresado que "*El actor –padre de familia numerosa y único sostén de la misma-, metalúrgico de profesión, perderá, como consecuencia del episodio de la causa, toda chance de ascenso profesional, siendo significativo que aún le restaban, por lo menos, quince años de vida útil laboral por delante al momento del episodio de la causa*" (v. fs. 5 vta.).

Al respecto, más allá de cualquier reparo liminar que podría hacerse en cuanto al modo genérico de introducir el rubro en ciernes, coincido con mi colega preopinante en que no ha acreditado ninguna posibilidad que pueda identificarse específica y concretamente en una *pérdida de chance*, concepto bien diferente al del lucro cesante – que el reclamante no ha peticionado de modo autónomo-.

En tal orden, como bien se ha explicado (DEBRABANDERE, CARLOS MARTÍN, *La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo*, La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2, N° 1, febrero 2009, pág. 18 y ss), resulta ampliamente aceptada la diferencia entre ambos ítems resarcitorios. Si bien tienen en común que integran el resarcimiento patrimonial de un eventual damnificado, éstos gozan de elementos tipificantes que permiten una clara distinción entre uno y otro.



**Sala II**

"H. C. E. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MEDICA)", EXPTE: EXP 28505 / 0

En el marco del lucro cesante existe un concreto perjuicio patrimonial como incorporación futura, incuestionable y valuable (CCAyT, Sala I, "*Boeykens, María I. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios*", EXP 3983/0, 26/09/07; "*Lastreti, Christian Daniel y otros c/ G.C.B.A. (Dirección General de Obras Públicas) y otro s/ Daños y perjuicios*", EXP. 3529, 17/05/07; "*Molina, Fabiana Andrea c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios*", EXP 4369/0, 5/05/08, entre otros). Por ejemplo, el dueño de un negocio que con motivo de un accidente no puede atenderlo y, por tanto, permanece con las puertas cerradas al público. Existía una ganancia que se ha privado de obtener como consecuencia directa de la falta de explotación de su comercio. En cambio, la pérdida de "chance" resulta una probabilidad de incorporación al patrimonio que no puede precisarse tan concretamente *a priori*. Lo que se indemniza –como se dijo antes- es la actual posibilidad frustrada de obtener el beneficio y no el beneficio en sí mismo esperado.

Por su parte, ZAVALA DE GONZÁLEZ especifica que en el lucro cesante se pierden ganancias o beneficios materiales; en el caso de la "chance" el objeto de la pérdida radica, en cambio, en la oportunidad misma de obtener esas ganancias o beneficios (que pueden ser también espirituales). En ambos casos hay un juicio de probabilidad, pero en la "chance" las ventajas se miran sólo de modo mediato, porque no se analiza la mutilación de ellas sino la de la ocasión de lograrlas (ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, Tº 2a Daños a las personas, "ob. cit.", p. 245/246).

En el lucro cesante el sujeto ya se encontraba o se habría encontrado con toda previsibilidad en condiciones de acceder, a las ventajas económicas de que se trata (por ejemplo, la prestación de un servicio de cumplimiento diferido por razón de un plazo suspensivo), mientras que en la hipótesis de la "chance" la víctima sólo cuenta con un determinado contexto idóneo en cuyo desenvolvimiento es probable que habría llegado a la situación instrumentalmente apta de consecución de los lucros o beneficios.

O finalmente, dicho de otro modo, el lucro cesante no indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de ganancias futuras, sino que implica la privación por parte del damnificado de la obtención de determinados lucros, a cuya percepción le asistía un derecho, a la época del acaecimiento del hecho dañoso (AGOGLIA, MARÍA M., *El Daño Jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 66; ZANNONI, EDUARDO, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 74).

Además, el art. 301 del CCAyT refiere que "[I]ncumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...". Por tanto, para obtener la procedencia del reclamo, debió la actora acreditar el presupuesto de hecho en función de la carga probatoria que le asistía. Este *onus probandi* no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante. Es una circunstancia de riesgo en que quien no prueba los hechos que debe demostrar pierde el pleito, si de

ellos depende la suerte de la litis. Puede deshacerse de ésa, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que hacen a la admisión de su derecho (conf. FASSI, SANTIAGO C. Y MAURINO, ALBERTO L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, To. 3, Astrea, p. 415, comentario al art. 377).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo incluir en la indemnización que se otorgará al actor, la suma de pesos doscientos (\$200) en concepto de reparación por privación de uso de la motocicleta.

Así voto.

El DR. FERNANDO JUAN LIMA DIJO:

Que adhiero al relato de los hechos efectuado en el voto de la Sra. jueza MABEL DANIELE, así como con la solución que propone para el caso, con excepción de lo expuesto con relación al rubro privación de uso.

Al respecto, adhiero a lo propiciado por el Sr. juez ESTEBAN CENTANARO, en el punto 3 de su voto.

Así voto.

Por las razones expuestas el Tribunal **RESUELVE**: **1.** Hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia apelada por los argumentos aquí expresados, condenando al GCBA a pagar al actor la suma de PESOS DOSCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS (\$211.800) con sus intereses. **2.** Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (art. 62 CCAT).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Dr. Esteban Centanaro  
Juez de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mabel Daniele  
Jueza de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fernando E. Juan Lima  
Juez de Cámara  
Contencioso, Administrativo y Tributario  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires