**Expte. Nº 1751/0 - "Corbalán Rosa Sandra c/ GCBA s/ daños y perjuicios" – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES – SALA III – 23/06/2014**

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de junio del año dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 289 y fundado a fs. 306/314 contra la sentencia de fs. 282/285, dictada en los autos "CORBALÁN ROSA SANDRA c/ GCBA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXPTE. Nº EXP 1751/0, quienes votan en el siguiente orden: Dr. Esteban Centanaro, Dra. Gabriela Seijas y Dr. Hugo Zuleta, al tiempo que resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada, el Dr. Esteban Centanaro dijo:

I. A fs. 2/9 la Sra. Rosa Sandra Corbalán –en representación de su hija menor de edad S. d. l. A. C.- promovió demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA).-

Al relatar los antecedentes de la causa, expresó que el 2/5/1999 autorizó a su hija menor de edad a concurrir junto con familiares adultos responsables a la feria de Mataderos, quienes, una vez allí, se dirigieron al Parque "Doctor Juan Bautista Alberdi". Explicó que la menor de edad se encaminó, junto con otros niños, a los juegos ubicados en el predio y que, mientras la menor se encontraba dentro del juego denominado "Gusanito", una de las maderas cedió y provocó su caída al piso desde una altura aproximada de 2,20 metros, produciéndole una herida cortante en el hueco axilar derecho, como consecuencia de la presión y deslizamiento de dicha región de su cuerpo contra la parte rota del listón.-

Manifestó que la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad surgía indubitablemente puesto que, como titular exclusivo de la propiedad, posee un deber de vigilancia y cuidado respecto de los aparatos destinados a juegos infantiles ubicados en una plaza. Indicó que la accionada debe responder conforme los lineamientos establecidos en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.-

Finalmente, en lo que respecta al reclamo resarcitorio solicitó: 1) Incapacidad sobreviniente: $ 12.000, 2) Lesión estética: $ 10.000; 3) Daño Psicológico: $ 8.320 y 4) Daño moral: 15.000.-
Finalmente ofreció prueba.-

II. A fs. 24/35 contestó demanda el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la que corresponde remitirse en honor a la brevedad.-

III. A fs. 270 se presentó la accionante denunciando que la menor había asumido la mayoría de edad.-
A fs. 273 la Srta. S. d. l. A. C se presentó en la causa.-

IV. A fs. 282/285 el magistrado de grado dictó sentencia. Allí rechazó la demanda incoada e impuso las costas a la actora en su condición de vencida. Seguidamente reguló los honorarios de la dirección letrada de la parte demandada en la suma de pesos tres mil ($ …) y los correspondientes al perito médico y la perito psicóloga en la suma de pesos trescientos cincuenta ($ …) a cada uno.-

Para así decidir sostuvo que el propio acaecimiento de los hechos que habrían provocado las consecuencias dañosas denunciadas no había sido adecuadamente demostrado por la actora. En este sentido remarcó que para responsabilizar al GCBA era imprescindible que la accionante demuestre, por un lado, que la caída ocurrió en el momento y lugar que se invocó en la demanda y que dicha caída se hubiese originado como consecuencia del desgaste del juego denominado "Gusanito" y, a su vez, que tal hecho sea la causa fuente del daño que demanda, extremos no cumplidos en la causa.-

En este orden de ideas resaltó que los testigos ofrecidos no presenciaron el hecho que originó la demanda, sino que éstos habrían tomado conocimiento de aquél mediante el relato de la propia accidentada o de un tercero. En este sentido manifestó que es vasta la jurisprudencia que entiende que la referida declaración es carente de valor.-

Continuando con el estudio de la prueba, resaltó que si bien del informe presentado por el perito médico podría afirmarse que la actora habría tenido que soportar los problemas de salud que fueron relatados en el escrito de demanda, lo cierto era que lo expuesto por el perito no bastaba para tener por demostrado que los hechos acaecieron como se indicó en la demanda.-

Con respecto a la causa penal agregada, destacó que tampoco permitía tener por probado que los hechos ocurrieron de acuerdo con lo indicado por la actora. En la mencionada causa prestaron testimonio los mismos testigos que los ofrecidos en sede judicial, el informe emitido por el agente de la Policía Federal no proporcionaba mayores datos acerca del modo en que se produjo el hecho y en las fotografías agregadas no podía afirmarse que los listones de madera que faltaban en el juego guardaran relación con el accidente que habría sufrido la actora en la fecha, lugar y forma denunciada.-

Por último, mencionó que en las actuaciones penales se había aducido que las constancias allí reunidas no permitían habilitar la convocatoria de los encartados a prestar declaración indagatoria, en consecuencia, la falta de comprobación del hecho que pretendidamente habría originado el daño cuyo resarcimiento se persigue en esta sede, no hacía más que avalar la omisión señalada sellando, de modo negativo, la suerte de la demanda incoada.-

V. A fs. 289 apeló la parte actora y fundó su recurso a fs. 306/314.-

Cuestionó sustancialmente que el sentenciante de grado no hubiese tenido por probado el hecho dañoso denunciado en base a las pruebas que, según entiende, conducen a esa conclusión.-

En este sentido manifestó que el informe pericial que obra en la causa penal da cuenta del estado de precariedad de las maderas del juego y los testimonios allí brindados acreditan suficientemente el acaecimiento del hecho dañoso. Subraya que las declaraciones brindadas por los testigos presenciales del hecho, junto con la historia clínica y el informe pericial demuestran la existencia del hecho.-

Expresó que el a quo no meritó suficientemente la prueba pericial producida, por cuanto el perito médico indicó que la lesión tenía directa relación con el accidente y la perito psicóloga informó el trauma que importó, para la entonces menor, el acaecimiento del infortunio.-

Finalmente, y para el caso que se confirme la sentencia, se agravió de la imposición de costas decidida en la instancia recordando que su actuación ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos. Invocando el segundo párrafo del art. 62 del CCAyT solicitó que sea eximida de las costas.-

VI. A fs. 337/341 el GCBA presentó la réplica del memorial de agravios.-

En primer lugar solicitó la declaración de deserción del recurso de apelación interpuesto al entender que no existía una crítica concreta y razonada del fallo.-

Subsidiariamente explicó que las pruebas testimoniales aportadas a la causa no acreditaban suficientemente la mecánica de los hechos descriptos en la demanda, en tanto los testigos no fueron presenciales, sino que basaron su testimonio en dichos de terceros.-

En el mismo sentido afirmó que no existe prueba alguna que permitan inferir que los hechos acontecieron como sostiene la actora en su demanda.-

Hizo reserva del caso federal y peticionó que se rechace el recurso de apelación interpuesto.-

VII. Preliminarmente, debe recordarse que todos aquellos puntos que no han sido objeto de agravio se encuentran firmes y por lo tanto no compete a este tribunal su revisión ni estudio. En efecto, no puede soslayarse que "... todos aquellos puntos o tópicos de la sentencia que no han sido motivo de cuestionamiento, deben considerarse consentidos y, como consecuencia del principio dispositivo, cobra plena virtualidad el brocárdico tantum devolutum quantum appellatum (ínsito en los artículos 242 y 247 del CCAyT), que demarca los límites de actuación de la alzada sobre la base de existir un elemento condicionante: el agravio" (sala II in re "G.C.B.A. c/ González, Aurelio s/ ejecución fiscal" –Expte. Nº: EJF 18.974, 27/3/01; "G.C.B.A. c/ Titular Plan de Facilidades Solicitud 029607 s/ ejecución fiscal" -Expte Nº EJF 99.324, 3/4/01; entre muchos otros). De manera concordante, es oportuno destacar 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 las que sean "conducentes" para la correcta composición del litigio (confr. artículo 310 del CCAyT y doctrina de Fallos: 272:225; 274:486; 276:132 y 287:230, entre otros).-

VIII. Sentando lo anterior, cabe expedirse sobre la petición efectuada por el GCBA con relación a que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. En tal contexto, resulta oportuno precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 del CCAyT, el escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. En este sentido, se encuentra conteste la jurisprudencia en cuanto a que no puede considerarse como verdadera expresión de agravios el escrito en el que el recurrente se limita a disentir con el juzgador formulando meras apreciaciones, sin puntualizar los errores u omisiones en los que se habría incurrido. Así, "[l]a crítica concreta y razonada del pronunciamiento en recurso que debe contener el memorial de agravios ha de consistir en la indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuye. En ausencia de fundamentos determinantes de la sentencia adversa a las aspiraciones del recurrente, no hay agravios para atender en la alzada, las apreciaciones genéricas sobre la prueba, sin precisarse el yerro o desacierto en que incurre el juzgador en sus argumentos, las impugnaciones de orden general y la remisión a escritos anteriores no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación" (CNCiv., sala C, 17.03.1972, 43-172).-
Sin embargo, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado para entender en el recurso, aplicando un criterio amplio en favor del recurrente, cuando existiere incertidumbre respecto de si corresponde decretar su deserción por no cumplir el escrito con lo normado por el mentado artículo 236 del CCAyT, atendiendo a la gravedad que comporta tal situación para quien se considere agraviado (confr. esta sala II "Staropoli, Santiago c/G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA) s/Incidente de apelación s/Medida cautelar", expte. Nº572, 14/03/2001). En atención a lo expuesto, considero que debe rechazarse la pretensión del GCBA relativa a que se declare desierto el recurso introducido por la parte actora.-

IX. Ello así, cabe recordar que el objeto de la presente demanda versa sobre la reparación de los daños y perjuicios que habría padecido la actora como consecuencia de la caída del juego "Gusanito" cito en el parque "Doctor Juan Bautista Alberdi" de esta Ciudad, a causa del mal estado de los listones de madera.-

En este sentido, vale mencionar que ante estas situaciones, corresponde obtener un convencimiento categórico acerca de la producción misma del evento generador del daño, puesto que si su acaecimiento no logró ser acreditado en debida forma, resultaría inoficioso expedirse respecto a la imputación y extensión de responsabilidad a la parte demandada.-
En este contexto, adelanto que en las presentes actuaciones no ha quedado debidamente acreditado el hecho dañoso alegado, es decir la caída del juego como consecuencia del mal estado de sus listones de madera.-

La solución precedente -concordante con la decisión del magistrado de grado- se alcanza sobre la base de los argumentos que seguidamente se expondrán.-

X. Como punto de partida, y tal como mencioné al votar en la causa "Ottolenghi, Eduardo Martín c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)", Expte. Nº 7878/0, Sala II, la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos del proceso. En el ámbito local, las pautas que deben seguirse en lo tocante a este punto se encuentran en el artículo 310 del código de rito local -concordante con el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, en cuanto se dispone que "...los/las jueces/zas forman su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".-

Las citadas reglas de la "sana crítica", aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las "máximas de experiencia", es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad (conf. PALACIO, LINO ENRIQUE, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, Tº IV, núm. 421, págs. 414 y sigtes).-

En este contexto, y con el objeto de analizar la prueba testimonial, cabe recordar que el juez goza de amplias facultades para valorar, en un marco de libertad -no de discrecionalidad- conforme a las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales.-

Asimismo, se ha expresado que la apreciación de la eficacia del testigo debe ser efectuada atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones y aquellas no son sino las del correcto entendimiento humano, extraídas con recto criterio de la lógica y basadas en la ciencia, experiencia y observación de los demás elementos agregados a la causa, siendo así que la fuerza probatoria de la declaración de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y en particular con la explicación que pueda dar del conocimiento de los hechos, ya que es condición esencial de su validez, al punto que el propio código impone al juez exigirla y la declaración que adolece a ese vicio carece de atendibilidad (CNEsp. Civ. y Com., Sala I, "De Maio c/ Rico", ED, 81-334; íd. "Farías Omar c/ Patiño Julio César s/ sumario", sentencia del 9/02/1983; CNCiv., Sala H, "Pereira Oscar c/ Corradi Daniel y ot. s/ daños y perjuicios", sentencia del 25/06/1993).-

Con tales premisas en mente, encuentro que los testimonios brindados no alcanzan para demostrar que la actora se encontraba en el juego denominado "Gusanito" y que, producto del rompimiento de una de sus maderas, cayó al piso provocándose una herida en el hueco axilar.-

Al brindar su testimonio, la Sra. P.L.C. expresa que "estaban en el pasto a unos metros de los chicos, dos metros, tres metros" [pregunta 16] y que vio "llegando a S.sosteniéndose el brazo derecho, y le pregunta que le pasa, y le dice que estaba en el juego "el gusanito" cree que se llama, no sabe, que tiene una base o el piso de madera, que ella estaba caminando y se fue para abajo" [pregunta 9] (cfr. fs. 94/95). Las descripciones efectuadas por la testigo no sólo carecen de precisión acerca del lugar y modo en que se habría producido la caída, sino que además constituyen reproducciones de relatos efectuados por terceras personas. Es decir, la testigo no estaba siquiera observando a la distancia a la actora, limitándose a repetir las circunstancias de tiempo, lugar y modo que le fueran relatada.-

Lo mismo sucede con el testimonio brindado por la Sra. M.E.N. [v. fs. 96/97] cuando contesta que "…le llega el turno a S. se cae con una madera que es la que se clava en el brazo, en ese momento ella no la ve, pero van otras mamás que estaban con otros nenitos, y mismo los nenitos que estaban ahí que la acompañaron" (el subrayado fue agregado) [v. pregunta 5] y luego cuando se le pregunta donde se encontraba ubicada indica que "cree que serían dos metros, estaban cerquita de ellos, más de dos metros no sería, hay un arenero y atrás está el juego. Pero como había mucha gente están sentados en la parte del pastito" [v. pregunta 11].-

Junto con lo anterior, cabe remarcar que ambas testigos mantienen un vínculo de familiaridad o afinidad con la actora [v. pregunta primera de fs. 94 y 96] y si bien es cierto que en nuestro derecho positivo no se regulan expresamente situaciones como las descriptas, lo cierto es que el tribunal se encuentra obligado a efectuar una evaluación rigurosa de las declaraciones de las personas comprendidas en las generales de la ley, toda vez que la imparcialidad requerida podría verse comprometida.-

En consonancia con lo mencionado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, sala C, en los autos "Amirante, Eduardo F. contra Guerrico, Alejandro", de fecha 11/04/1991, señaló: "… la circunstancia de estar comprendidos en una categoría de las generales de la ley, como en cualquier otra, no debe conducir a desechar de plano y "a priori" la eficacia de los testimonios como si carecieran de todo poder de convicción. No se trata de testigos inhábiles en razón de ser excluidos por la ley o por carecer de los requisitos del art. 426 del Cód. Procesal, o por incapacidad. Las circunstancias a que se refiere el art. 441 no significan una tacha ni una presunción "iure et de iure" de inidoneidad. Sólo producen sospechas de imparcialidad que hacen que los testimonios deban ser apreciados con mayor rigor crítico al aplicarse las reglas de la sana crítica…".-

Como colofón de lo expresado, no cabe más que concluir en que las declaraciones de los testigos, al no ser lo suficientemente categóricas y convincentes, no logran acreditar el hecho dañoso.-

XI. Descartadas las pruebas testimoniales, corresponde analizar si la restante prueba producida en autos alcanza para acreditar el hecho dañoso.-

Con relación a las constancias que obran en la causa penal, vale mencionar que el informe pericial médico de fs. 11 y vta. no contiene ninguna precisión con respecto al evento que causó la lesión, toda vez que la profesional interviniente se limitó a describir la herida. Tampoco hecha luz la pericia efectuada por un empleado -en carácter de perito ad hoc- en tanto fue realizada 15 días después de acaecido el hecho, las apreciaciones efectuadas por el agente carecen de rigor técnico y las fotografías acompañadas sólo muestran la falta de dos tablones en el juego, escena que no coincide con la relatada por los testigos que aseguran que el listón cedió y se partió cuando la actora se encontraba arriba del juego.-

La prueba pericial médica efectuada en autos y que obra a fs. 124/125 también carece de certezas acerca del hecho que produjo la herida. Obsérvese que al contestar la pregunta referida a si la lesión presentada por la actora tiene una relación directa con el accidente, el galeno se limitó a contestar afirmativamente, sin fundamentar científicamente su apreciación. De tal modo entiendo que la pericia no permite establecer con suficiente certeza cuál fue la causal de la herida que presenta la actora.-

Finalmente los datos contenidos en la pericia psicológica [v. fs. 143/146] tampoco permiten tener por probado el hecho dañoso en tanto allí sólo se plasman las consecuencias psicológicas que tendría la actora como consecuencia de una caída desde la altura y la cicatriz que tiene como consecuencia de aquella. El informe carece de detalles acerca de las circunstancias y modo en que acaeció el hecho.-

XII. En tal contexto, se recuerda que quien no prueba los hechos pertinentes pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (confr. Fassi, Santiago C. – Maurino, Alberto L., "Código procesal civil y comercial anotado y concordado", ed. Astrea, tomo III, Buenos Aires, 2002, pág. 415; Cám. Cont. Adm. Fed., Sala II, "Zurutuza José Miguel c/ Dir. Gral. de Fabricaciones Militares s/ empleo público", del 12/08/97; "Miguel A. c/ E.N. s/ retiro policial", del 14/9/93; entre otros muchos).-

En el artículo 301 del CCAyT se establece que cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende. La actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. Esa actividad procesal es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quién a su vez puede llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (confr. arg. CSJN, "Kopex Sudamericana S.A.I.C. c/ Bs. As., Prov. de y otros s/ daños y perjuicios", del 19/12/95).-

En el sub lite, tal como ha observado el magistrado de grado, no se ha demostrado el hecho que pretendidamente habría originado el daño que se alegó para que el demandado deba indemnizar a la parte actora. Para que proceda esta indemnización -resultante de la pretendida responsabilidad del demando- es imprescindible que quien invoca el derecho a un resarcimiento demuestre, por un lado, la existencia del hecho dañoso (en el caso, que la caída ocurrió en el momento y lugar referido y que se originó como consecuencia del rompimiento del listón) y, a su vez, que tal hecho sea la causa fuente del daño que aquélla alega haber sufrido (en el caso, que las lesiones fueron consecuencia de la referida caída). En este orden de ideas, es oportuno recordar que la tarea de la función judicial debe ser facilitada por las partes, que tienen el deber procesal de aportar las pruebas de los hechos que alegan (confr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1972, pág. 193).-

Además, cabe señalar que si no hay hecho, como se desprende de los presentes autos, no hay indemnización, pues quien alega el perjuicio o el hecho que lo habría originado -como se mencionó- tiene a su cargo la prueba de su existencia (confr. CNCiv., Sala D, "Méndez, Sebastián A. y otros c/ Shopping Sur S.A.", del 02/10/99).-

Es decir, si el hecho en que la parte actora fundó su pretensión no se probó en el sub examine por medio alguno, mal podría achacarse la responsabilidad a la parte demandada, cuestión por la cual corresponde confirmar la decisión de grado.-

XIII. Así las cosas, corresponde abocarse al tratamiento del segundo agravio expuesto por la actora relativo a la imposición de costas decidida en la instancia.-

No se encuentra controvertido que la actora ha resultado perdidosa en esta causa. En este sentido vale mencionar que las costas son, en nuestro régimen procesal, corolario del vencimiento (art. 62 del CCAyT). Se imponen no como una sanción sino como el resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, los que deben ser reembolsados por el vencido con prescindencia de la buena fe con que haya actuado.-

En tal marco, encuentro que si bien la accionante ha obtenido el beneficio de litigar sin gastos, esto no la exime de la condena en costas, sino que difiere su obligación para el momento en que mejore su fortuna [art. 78 del CCAyT y doctr. causa "Trucco Margarita Teresa c/ GCBA s/ Beneficio de Litigar sin Gastos", Expte. Nº 4268/1, sentencia interlocutoria del 8/8/2006].-
Consecuentemente, y no encontrando razones para apartarme del principio objetivo de la derrota, estimo que corresponde confirmar la decisión de la instancia [art. 62 del CCAyT].-

XIV. Por las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: 1) rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y –en consecuencia- confirmar la sentencia en lo que fue materia de agravios; 2) imponer las costas de esta instancia a la actora en su condición de vencida (arts. 62 del CCAyT).-

A la cuestión planteada Gabriela Seijas dijo:

I. Los antecedentes de la causa han sido objeto de adecuada síntesis en los considerandos I a VI del voto del doctor Esteban Centanaro, a los que cabe remitir por razones de brevedad. Sin embargo adelanto que disiento con la solución propuesta.-

II. Creo oportuno señalar que el imperio del artículo 1113 del Código Civil –mencionado como fundamento de la responsabilidad por la actora en su presentación inicial– 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 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).-

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", Fallos: 308:1118).-

III. Que en los términos del artículo 2340, inciso 7º del Código Civil el "Parque Doctor Juan Bautista Alberdi" así como los juegos accesorios de utilidad común −entre los que se encuentra el juego denominado "El Gusanito"− conforman parte del conjunto de bienes bajo el dominio público, en este caso, de la Ciudad de Buenos Aires. Siendo así, cabe destacar que "el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado lato sensu) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizadas sin riesgos" (v. Fallos: 315:2834 y 326:1910).-

En ese 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).-

Por lo demás, si bien la noción de riesgo contenida en el artículo 1113 no se encuentra definida por el texto legal, y tampoco parece posible elaborar un catálogo exhaustivo de cosas peligrosas, para averiguar si una cosa es o no riesgosa es necesario analizar sus características. En efecto, la "peligrosidad" en relación a las cosas −tal como la "ilicitud" y la "culpabilidad" respecto de las conductas−, son valoraciones que debe efectuar el juez (v. Matilde Zavala de González, "Responsabilidad por riesgo", Hammurabi, Buenos Aires, seg. ed., 1997, p. 57/58).-

IV. Sentado lo expuesto, del informe pericial técnico sobre el juego "El Gusanito" y de las imágenes que lo acompañan se desprende −como parte de aquel− la existencia de una plataforma compuesta por tablones de madera −ubicada a 2,20 metros de altura− en la que faltaban dos (2) tablas. También se ha probado que el resto de las maderas que la conformaban estaban resecas y flojas (v. fs. 18/18 vta. de la causa penal).-

Por otra parte, tanto de las declaraciones testimoniales −sin perjuicio de que los testigos no hayan presenciado la caída− como de las constancias de atención médica en el Hospital "Donación Santojanni" es dable tener por probado que S. A. C. sufrió un accidente el 2 de mayo de 1999 en el interior del "Parque Doctor Juan Bautista Alberdi" donde se encontraba el juego denominado "El Gusanito" (fs. 10/10 vta., 19/19 vta., 20/20 vta., 24/24 vta., 47/50 y 59/62, de la causa penal 46090; fs. 94/95, 96/97 vta, del expte. ppal.).-

Los hechos sucedidos deben ser analizados, entonces, a la luz del artículo 1113 párrafo 2, parte 2ª, CCiv. de modo que a la víctima le basta con acreditar el contacto con la cosa riesgosa y el daño sufrido, e incumbe a los demandados la alegación y prueba de alguna de las eximentes.-

Suele decirse que cuando la responsabilidad se imputa sobre la base de un factor objetivo de atribución las mencionadas eximentes se cifran en la fractura del nexo causal. En realidad, tal afirmación es sólo una verdad a medias, pues incluso en ese supuesto también podría el sindicado como responsable excusar su responsabilidad demostrando la concurrencia de una causa de justificación, o la ausencia de daño resarcible, o bien -naturalmente- probando que no se presentan en el caso los presupuestos necesarios para la aplicación del factor objetivo del que se trate (v.gr., que la cosa en cuestión no es riesgosa ni viciosa). Con lo cual la verdadera diferencia entre un sistema subjetivo y uno objetivo de responsabilidad estriba, simplemente, en que en el primer caso la culpa -o, en su caso, el dolo- será criterio de imputación de responsabilidad, o, cuanto menos, el demandado podrá eximirse probando que ha obrado diligentemente, lo cual le está vedado, en cambio, en el segundo supuesto (ver Sebastián Picasso, "Obligaciones de medios y de resultado", JA 1996-II-713, y "La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios", LL 2000-C-991).-

Como sea, lo cierto es que, en el caso, el Gobierno se escudó, al contestar la demanda, en la falta de deber de cuidado por parte de los padres de la actora, para luego añadir que es una obligación ciudadana advertir a las autoridades de los deterioros en los bienes del dominio público.-

Ahora bien, para que se configure la ruptura total o parcial del nexo causal, deben aportarse pruebas que no den lugar a dudas sobre esa ruptura, no bastando las meras inferencias sin el debido respaldo probatorio. Las características del lugar en que el hecho ocurrió llevan a desechar la posible concurrencia de culpa de los padres.-

En efecto, el estado del juego basta para desvanecer la alegación de culpa in vigilando de los progenitores, más allá de que en el caso ni siquiera se ha acreditado la violación de ese deber de vigilancia. Resulta insuficiente invocar la culpa de los progenitores por no cuidar y controlar debidamente a una menor de edad atento a que en el caso se presentan elementos de juicio que descartan esa falta de cuidado. En particular, que la entonces niña se encontraba en un lugar de esparcimiento con juegos adecuados a su edad, en compañía de familiares adultos, mientras desarrollaban actividades recreativas en un sitio destinado por el Gobierno a esos fines.-

De esta manera, toda vez que la demandada no acreditó ninguna causal de eximición como la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, la certeza sobre la fecha y el lugar donde se produjo el evento dañoso, sumado al grave riesgo debido al estado deficiente en que se encontraba el juego denominado "El Gusanito" −comprobado con el informe pericial efectuado tres días después del accidente−, constituyen elementos suficientes para tener por probados los hechos alegados en la demanda, y como consecuencia, responsabilizar al GCBA por los daños causados por el "vicio" de la cosa en los términos del artículo 1113, segundo párrafo del Código Civil.-

Es en este aspecto en particular en el que disiento con el voto de mi estimado colega preopinante por cuanto la exigencia de un testigo presencial de la caída implicaría desconocer los preceptos y principios sobre la responsabilidad antes desarrollados. A mayor abundamiento la relación de causalidad, en este tipo de supuestos, puede considerarse demostrada por aplicación del principio res ipsa loquitur. Frente al acaecimiento de hechos en los cuales "las cosas hablan por sí mismas", existe evidencia que permite inferir la relación causal. En efecto, la prueba sobre el alto potencial dañoso de la cosa, la presencia de la niña en el sitio, la circunstancia probada de que sufrió un accidente en el momento señalado, sumado al incumplimiento de mantenerla en condiciones de utilidad y la falta de comprobación de una causa ajena como la culpa de la víctima o de un tercero, son indicios suficientes que corroboran que el suceso ha ocurrido tal como relata la actora y no de otra manera.-

V. Con respecto a la cuantificación de los diferentes rubros, en forma preliminar, resulta conveniente destacar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Carlos A. Calvo Costa, Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). Son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Ramón D. Pizarro–Carlos G. Vallespinos, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida en relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima que por lo tanto, podrán ser subsumidas dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.-

Desde luego que esa conclusión no impide que, a efectos de lograr mayor claridad expositiva, el análisis parta de la consideración puntual de cada uno de los rubros reclamados en la demanda y reconocidos por la sentencia de grado. Cabe compartir, en ese sentido, lo señalado por Pizarro y Vallespinos respecto de que la utilización de expresiones tales como "daño estético", "daño psíquico", "daño por incapacidad", etcétera, para describir formas de perjuicios patrimonial y moral no autónomas, "no significa que ellas no puedan tener una buena utilidad para la valoración cualitativa y cuantitativa de ciertos perjuicios, imponiendo al juzgador el deber de considerar por separado, fundadamente, las diversas facetas y repercusiones patrimoniales y morales de la acción lesiva" (Pizarro–Vallespinos, Obligaciones, cit., t.4, p. 297).-

VI. En relación a las sumas solicitadas por el rubro incapacidad física sobreviniente −tal como se señaló− cabe destacar que la integridad física representa un valor económico en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de la lesión sufrida por la víctima (Pizarro y Vallespinos, "Obligaciones", cit., t. 4, p. 305).-

Ello así, de la prueba pericial médica, no surge que el hecho haya generado en S. A. C. una incapacidad de carácter permanente que justifique una indemnización por este rubro.-

Nótese que el perito traumatólogo Dr. Alberto A. Ríos, destacó que la probabilidad de secuelas invalidantes producto de la lesión son escasas y que las limitaciones funcionales manifestadas −al momento de la pericia− no presentaban carácter definitivo (124/125 vta.).-

Siendo así, la incapacidad transitoria destacada por el experto en su dictamen pericial −sin perjuicio de su repercusión en la esfera moral de la víctima−, no alcanza para probar el perjuicio patrimonial alegado en el escrito de inicio.-

VII. Por otro lado, con respecto a la lesión estética reclamada de manera autónoma en la demanda (fs. 5 vta.) cabe destacar que el desmejoramiento estético no constituye una categoría independiente, sino el origen de daños resarcibles. Las secuelas estéticas determinan el resarcimiento de un daño patrimonial en lo que atañe a la perdida de ventajas económicas conexas a la actividad laboral y la vida de relación, y un daño moral en tanto la disminución repercute en la esfera síquica del sujeto.-

Así el daño estético es indemnizable y puede traducirse en daño material por frustración de beneficios económicos esperados o en daño moral por los sufrimientos de ese orden que puede engendrar. En palabras de Matilde Zavala de González, el daño resarcible no es el perjuicio estético como tal, sino el moral o patrimonial que tiene en aquél su origen (Resarcimiento de daños, Daños a las personas 2ª, Hamurabi, 2da edición ampliada, 4 reimpresión, p. 163).-

Sentado lo expuesto, cabe señalar que la lesión estética incide principalmente en la psiquis de quien la padece, en virtud de los sufrimientos y mortificaciones que le ocasiona, por lo que su indemnización procede a título de daño moral. Pero también puede ocasionar a la víctima detrimento de carácter patrimonial, lo que hará procedente, además, su reparación a título de daño material, ya como daño emergente –gastos destinados a su disminución, mejoramiento o eliminación-, ya como lucro cesante -disminución de ganancias ciertas o probables pérdidas de ingresos originados en las mayores dificultades en la vida de relación-.-

Teniendo en cuenta que la actora es una mujer que al momento del hecho tenía 7 años y que años después la cicatriz en su axila no había perdido notoriedad, estimo ajustado a derecho conceder por este rubro la suma de diez mil pesos ($10000) solicitada en la demanda.-

VIII. En cuanto al resarcimiento por el daño psicológico, la licenciada Alicia Carrizo concluyó que a partir del accidente la niña no evolucionó normalmente. Añadió que el hecho ocasionó en la actora un trastorno de ansiedad por estrés post-traumático y recomendó como necesaria "la realización de un tratamiento psicológico con la finalidad de reestructurar y fortalecer los recursos internos para que la niña se inserte nuevamente con la plenitud física recompuesta en el ámbito que le es propio…". A su vez, estimó para dicho tratamiento la duración de un año, con una frecuencia de dos veces por semana y un costo aproximado de cincuenta pesos ($50) por sesión (fs.143/146 vta.).-

El GCBA impugnó el porcentaje establecido por la experta en ese punto y, asimismo, destacó que la terapia recomendada pudo realizarse en un hospital público en forma gratuita (fs.181/182 vta.).-

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en reconocer el derecho de la víctima, de obtener la mejor asistencia terapéutica posible (v. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T. 2a., págs. 93/94). En este sentido, cabe destacar el criterio del Superior Tribunal de Justicia de esta ciudad en el caso Bottini Carmen Beatriz c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bottini Carmen Beatriz c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. Médica), expte.4245, del 7/4/06, ocasión en la que el Dr. Casás sostuvo que "mientras que no se compruebe la irrazonabilidad de los gastos, los actores tienen derecho a ser atendidos con el profesional de su elección que más confianza les merezca".-

En consecuencia, atento que la experta psicóloga estimó que S. d. l. A. C necesitaba asistir a tratamiento para paliar el trastorno de estrés post-traumático surgido como consecuencia del accidente, y toda vez que goza del derecho de elegir la institución y los profesionales a los que somete su atención, corresponde fijar una indemnización por el rubro bajo análisis conforme las conclusiones destacadas en el informe pericial, es decir, por un total de cinco mil doscientos pesos ($5200), más los intereses.-

IX. El daño moral es aquél que incide sobre lo que la persona es, lo que se traduce en perjuicios existenciales, que significan descompensaciones que menoscaban injustamente la vida de las personas (v. Matilde Zavala de González, Tratado de daños a las personas, Resarcimiento del daño moral, Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 1). Asimismo, 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 estado anímico perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (v. Ramón Daniel Pizarro, Daño Moral, Ed. Hammurabi, 2º edición, pág. 43).-

A 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, y atender a sus padecimientos, su dolor físico, miedos, angustias y sufrimientos.-

Por otro lado, en cuanto a la suma a otorgarse en concepto de daño moral, se ha expresado que "a los fines de la fijación del quantum del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la edad de la víctima, la entidad del sufrimiento causado y que no tienen necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste" (cf. Fallos: 321:1117, en el mismo sentido Fallos: 330:563; 329:4944; 326:847; 325:1156; entre muchos otros).-

En el caso, de los informes periciales −médico y psicológico−, se destacan los dolores que en su niñez padeció S. d. l. A. C como consecuencia de la herida en su hueco axilar, así como sus dificultades en el contacto con los demás producto del miedo a que se burlen de la cicatriz atrófica −de 9 cm de longitud por 2 cm de ancho− secuela del accidente (fs. 124/125 vta. y fs.143/146 vta.).-

En este contexto, en atención a los padecimientos de la víctima destacados en las conclusiones de los expertos, entiendo que considerando el sexo y edad de la actora, resulta razonable fijar en diez mil pesos ($10000) el resarcimiento por daño moral, más intereses.-

X. Por último, en lo relativo a la tasa de interés aplicable, el 31 de mayo de 2013 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 leyjes 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)".-

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. Por los argumentos expuestos y, en caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo: 1) Hacer lugar al recurso de apelación de la actora y, en consecuencia, ordenar al GCBA pagar a la Sra. S. d. l. A. C, en concepto de daños y perjuicios, la suma de veinticinco mil doscientos pesos ($25 200), más sus intereses, calculados conforme lo desarrollado en el considerando X; 2) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por no existir razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (cf. art. 62 del CCAyT); 3) Postergar la regulación de honorarios, por razones de economía procesal, hasta el momento de aprobarse la liquidación definitiva.-

El Dr. Hugo R. Zuleta adhiere al voto de la Dra. Seijas.-

Por los fundamentos expuestos, por mayoría, se RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación de la actora y, en consecuencia, ordenar al GCBA pagar a la Sra. S. d. l. A. C, en concepto de daños y perjuicios, la suma de veinticinco mil doscientos pesos ($25 200), más sus intereses, calculados conforme lo desarrollado en el considerando X del voto de la Dra. Seijas; 2) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por no existir razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (cf. art. 62 del CCAyT); 3) Postergar la regulación de honorarios, por razones de economía procesal, hasta el momento de aprobarse la liquidación definitiva.-

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-

Fdo.: Zuleta – Seijas - Centanaro