



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de marzo de dos mil cuatro, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dres. Esteban Centanaro, Carlos F. Balbín y Horacio G. Corti para conocer en los recursos de apelación judicial interpuestos a fs. 713, 717, 719 y 723 contra la sentencia de fs. 706/711, dictada en los autos caratulados: “MARTIN HORTAL CARLOS ALBERTO contra GCBA (DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS) sobre DAÑOS Y PERJUICIOS”, expte. 3868/0, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Esteban Centanaro, Dr. Carlos F. Balbín y Dr. Horacio G. Corti, resolviendo plantear y votar la siguiente cuestión: ¿es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el Dr. Esteban Centanaro dijo:

I. En el presente caso, la parte actora promueve demanda (fs. 65/71) por daños y perjuicios contra el Consorcio de Propietarios de la calle Amenábar n°2095, esquina Juramento, y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Obras Públicas) por ante la Justicia Nacional en lo Civil, por la suma de cuarenta y seis mil quinientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 46.554,00), o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más sus intereses y costas.

Relata que el 23 de mayo de 2000, siendo aproximadamente las 11.00 hs., transitaba a paso normal por la calle Juramento y las cercanías de la esquina que esa calle forma con Amenábar, por la vereda correspondiente al Consorcio demandado de la calle Amenábar n°2089/95, esquina Juramento n°2584/96, cuando tropezó con uno de los varios pozos o grietas formados en la acera mencionada a causa del hundimiento de muchos baldosones con los que está construida esa vereda.

Manifiesta que el tropiezo derivó en una violenta caída, provocándole graves lesiones que obligaron a un largo y doloroso tratamiento.

Agrega que la principal lesión —con muy graves secuelas— consistió en la triple fractura de la rótula de la pierna izquierda.

Destaca la responsabilidad que le cabe al Consorcio demandado, impuesta por la Ordenanza Municipal n°33.721, como así también, la obligación de resarcir a cargo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en su calidad de propietario de las veredas que forman parte del dominio público. Además, resalta la inacción culposa de los demandados como causa eficiente de su obligación de resarcir los daños ocasionados.

Finalmente, realiza un detalle de los daños sufridos, ofrece prueba y funda en derecho su pretensión.

II. A fs. 79/85 se presenta el Consorcio de Propietarios de la calle Amenábar 2095 y contesta la demanda. Realiza las negativas de rigor y afirma que con fecha 19 de agosto de 1999 se solicitó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires la reparación de la vereda, iniciándose las actuaciones administrativas n.º48074/99, sin embargo niega que la vereda en cuestión estuviera sin reparar desde el tiempo que se inició la actuación administrativa y el supuesto accidente del actor.

Solicita además, que se cite en garantía a Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. y como tercero a la empresa TELECOM por haber efectuado tareas en la calle Juramento entre Amenábar y Ciudad de la Paz, motivando la rotura en algunas baldosas en todo el tramo de la cuadra.

III. A fs. 103/121 se presenta el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contesta la demanda. Luego de las negativas de rigor destaca que el caso de autos es un supuesto clásico de responsabilidad por el hecho de un tercero por quien no se debe responder. Agrega que el daño que dice haber sufrido el actor no es producto de obrar alguno reprochable a su mandante.

IV. A fs. 153/155 se presenta Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. y contesta la citación en garantía. A su vez, a fs. 170/175 se presenta Telecom Argentina STET France Telecom S.A. y contesta la citación de tercero.

V. A fs. 271 se remiten los autos a la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El juez de primera instancia del fuero hace lugar parcialmente a la demanda, condenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y al Consorcio de Propietarios de la calle Amenábar 2089/95, esquina Juramento 2584/96, haciendo extensiva la condena a Boston Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, a abonar la suma de diecisiete mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos (\$17.854), con más sus intereses.

Para así decidir, el magistrado de grado consideró, en su erudito y fundado pronunciamiento, que tanto el Consorcio de Propietarios, en su carácter de frentista y constructor de la vereda donde se produjo la caída del actor, como la Ciudad, titular del poder de policía, incurrieron en una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, y se encuentran solidariamente obligados a reparar los perjuicios sufridos por el demandante. A su vez, sostuvo que no se ha acreditado que el tercero citado — Telecom Argentina STET France Telecom S.A.— tenga responsabilidad alguna en los hechos que motivan la presente acción.

VI. Se presentan los recursos de apelación fundados por el actor (fs. 713), por las demandadas - Consorcio de Propietarios de la calle Amenabar 2089/95, esquina Juramento



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

2584/96 (fs. 717), y el Gobierno de la Ciudad (fs. 719), como también por la empresa aseguradora Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. (fs. 723). Los recursos fueron interpuestos en tiempo oportuno y debidamente fundados (fs. 734/736, 738/740 vta., 742/749, 751/761 vta.).

VII. La parte actora se agravia por cuanto considera escaso el monto fijado por el sentenciante de grado para resarcir el daño moral.

A su vez, el Consorcio de Propietarios de la calle Amenábar 2095 se queja por que: A) el juez de grado fija la condena en forma solidaria con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Señala que si bien, por la Ordenanza Municipal n°33721, la responsabilidad primaria y principal para la construcción, mantenimiento y conservación de la vereda fue delegada al propietario frentista, este precepto tiene su excepción en los casos en que la acera fuere afectada por obras de empresas de servicios públicos, y el frentista efectúa la denuncia pertinente ante la autoridad de aplicación, como entiende que fue lo que sucedió en el caso de autos. B) estima excesivos los montos fijados en concepto de incapacidad física sobreviniente y daño moral. C) Finalmente, se agravia de tasa de interés fijada.

El Gobierno de la Ciudad se agravia por cuanto considera que: A) no se ha acreditado el nexo causal necesario que posibilite la imputación de responsabilidad a ninguno de los demandados. B) Culpa de la víctima: señala que surge del expediente que el propio actor sufría de hipertensión dejando al descubierto la real causa del accidente. C) Rubros indemnizatorios. a) Incapacidad: señala que hubo un error en el informe pericial, el cual surge al comparar el porcentaje asignado al actor —10%— cuando al establecer los máximos y los mínimos legales para contrarrestar la impugnación de la actora el perito indicó un porcentaje que va del 0 al 5% de la T.O. En consecuencia, solicita la reducción del porcentaje. b) Daño moral: señala que no surge prueba alguna de que el actor haya padecido algún menoscabo de índole espiritual que justifique la indemnización de este concepto. c) Gastos de tratamiento kinesiológico y de traslado: considera que no quedaron acreditados los gastos de traslado. D) Además, se agravia de la tasa de interés fijada por el sentenciante de grado.

Por su parte, Boston Compañía Argentina de Seguros S.A.: A) Se agravia de la atribución de responsabilidad efectuada al Consorcio demandado. B) Luego se queja de los montos indemnizatorios concedidos en concepto de incapacidad física sobreviniente y daño moral. C) Finalmente, se recurre la tasa de interés fijada.

VIII. Por razones de método corresponde determinar en primer término el o los responsables, si los hubiera, del accidente sufrido. El Consorcio de Propietarios de la calle Amenabar n°2095, esquina Juramento, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se agravia

por cuanto el juez de grado fija la condena en forma solidaria con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Señala que si bien por la Ordenanza Municipal n°33721, la responsabilidad primaria y principal para la construcción, mantenimiento y conservación de la vereda fue delegada al propietario frentista, este precepto tiene su excepción en los casos en que la acera fuere afectada por obras de empresas de servicios públicos, y el frentista efectúa la denuncia pertinente ante la autoridad de aplicación, como entiende que fue lo que sucedió en el caso de autos. El Gobierno de la Ciudad recurre a esta instancia por cuanto considera que no se ha acreditado el nexo causal necesario que posibilite la imputación de responsabilidad a ninguno de los demandados —sosteniendo la culpa de la víctima— pues, a su entender, surge del expediente que el propio actor sufría de hipertensión dejando al descubierto la real causa del accidente. Por su parte, Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. también se agravia de la atribución de responsabilidad efectuada al Consorcio demandado.

Atento la metodología enunciada se procederá a analizar la eventual responsabilidad de los condenados en primera instancia o, lo que es lo mismo, deberemos considerar el factor de atribución de la obligación de reparación de los daños que se causaren a peatones por el mal estado de las veredas.

Diversas opiniones existen dentro de la calificada doctrina nacional – que no son coincidentes entre sí. Así Brebbia (Brebbia Roberto H, en su artículo “*Responsabilidad por el daño sufrido por un peatón a consecuencia del mal estado de la acera*”, *Revista La Ley 1988-E*, pág. 507 y ss.) enseña que, no puede fundarse la responsabilidad del Consorcio en lo dispuesto por el art. 1113, apart. 2º, 1ª par., que trata del daño con cosas, no sólo porque la presunción de culpabilidad que establece también funciona contra el dueño o guardián, sino porque la génesis del daño se encuentra en el vicio de la cosa y no en la acción del hombre con la cosa; agrega, como fundamento del derecho del damnificado a obtener una indemnización el de la culpa (real) del consorcio accionado; vale decir, determinar si es aplicable al caso en examen el principio general de responsabilidad vigente en materia de daños y perjuicios legislado en el art. 1109 del Cód. Civil.

Señala, luego, que si bien la ley 11.545, que impone a los propietarios frentistas el deber de construir y conservar las aceras, en cuyo defecto actuará la Municipalidad (art. 1º), como así también la ordenanza 33.721, que en su art. 2º, inc. b) hace responsables a dichos propietarios del mantenimiento y conservación de las veredas, comprendiendo tal obligación por el uso normal originado por la circulación peatonal o vehicular en los accesos, no establece ninguna presunción de culpa por los daños que pudieran generarse a los transeúntes a raíz de su circulación por las aceras; por lo que debe estarse a tal efecto a la regla principal vigente en materia de responsabilidad por culpa, que exige que ésta deba ser acreditada por el damnificado; sostiene asimismo que la infracción al deber de conservación y mantenimiento de las veredas que los propietarios frentistas tienen según la



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

legislación local, sólo podrá ser tenida en cuenta como base de la inferencia de culpabilidad, en el caso de que el incumplimiento aparezca debidamente acreditado; advirtiendo que a tal efecto no bastará que la acera presente deficiencias sino que será necesario que la Municipalidad, en su carácter de titular del dominio público sobre las calles y veredas, haya advertido a los propietarios frentistas la necesidad de su arreglo.

Acota, asimismo, a los efectos de apreciar la eventual culpa del propietario, que las veredas de la Ciudad de Buenos Aires —así como también, las de otras ciudades del país— son permanentemente objeto de destrucciones forzosas por parte de los diversos entes encargados de los servicios públicos (luz, gas, obras sanitarias, etc.), con el fin de proceder a instalaciones o reparaciones propias de tales servicios, por lo que el deber conservación que tienen los frentistas se encuentra, en la práctica, materialmente dificultado en su ejercicio, hasta el punto de que a veces les resultará a los propietarios muy difícil determinar cuál es el verdadero estado normal de las aceras y si están en condiciones de ser arregladas o no.

Por su parte Compiani (Compiani, María Fabiana, en la voz *Acera*, en la *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Directores Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, Tomo I, pág. 135) sostiene que las aceras pertenecen al dominio público del Estado municipal (Conf. arts. 2339, 2340 inc. 7º y 2344, Cód. Civ.). Conforme ello, las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (ley argentina 11.545, respecto de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires). Agrega que las municipalidades, 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. En cuanto al factor de atribución, 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, entendiendo por tal un defecto de fabricación o funcionamiento de la cosa que la hace impropia para su destino normal, resultando aplicable el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, Código Civil. Otro sector de la jurisprudencia la considera objetiva, pero con base en el deber de seguridad y garantía.

Continúa afirmando que, en cuanto al propietario frentista, se ha discutido su responsabilidad como guardián de la cosa viciosa. La opinión mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia argentina conceptualiza al guardián como la persona que tiene, de hecho, un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa.

Agrega que la ley obliga al frentista propietario a mantener en buen estado la vereda, por lo tanto, puede ser considerado guardián de la misma, aun cuando el desgaste se produzca por el uso normal originado por la circulación peatonal o vehicular en los accesos para tal fin.

La mencionada autora sostiene que en todos los casos, la municipalidad será igualmente responsable al pertenecer la vereda a su dominio. Tanto el frentista propietario como la municipalidad podrán eximir su responsabilidad cuando el vicio provenga de caso fortuito o del hecho de un tercero por quien no deban responder.

Acota, además, que el art. 1113 de Código Civil impone una obligación indistinta de reparar los daños: el dueño o guardián son responsables concurrentemente, pero no solidarios.

Sagarna, (Sagarna, Fernando Alfredo, en su comentario en *Revista La Ley 1999 C*, 521) 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. A nuestro criterio la cosa es el terreno que contiene el pozo, y éste es el vicio que la hace impropia para su destino, es decir, una vereda con una excavación es impropia para caminar, una calle con un bache lo es para circular, etc.; agregando que el pozo constituye el vicio de la cosa (conf. art. 2164, Cód. Civil), y si ese pozo provoca perjuicios, el supuesto se encuadra en el art. 1113, párr. 2º, 2ª parte, del Cód. Civil cuando responsabiliza al dueño o guardián de la cosa que genera riesgo o es viciosa. Y no puede dudarse de que una vereda con pozos, baldosas salientes, ondulaciones prominentes, y otras deformidades, es intransitable o transitable con inconvenientes (...) determinado que la cosa no es el pozo sino el terreno que lo contiene y la normativa aplicable ante hipótesis de daños causados por la excavación, cabe dilucidar quién es el responsable por esos perjuicios cuando son ocasionados en las aceras de la Ciudad. Continúa expresando que las veredas constituyen un bien del dominio público, según lo impone el art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil, al establecer que: "*Quedan comprendidos entre los bienes públicos: (...) 7º Las calles, (...) y cualquier otra obra pública, construida para utilidad o comodidad común (...) y ellas pertenecen al Municipio, por ende es éste el encargado de dictar toda la normativa inherente a la construcción, mantenimiento y conservación de las aceras. En efecto, el Municipio titular de la vereda debe ejecutar las normas que regulan la materia y, en su caso, implementar los mecanismos adecuados a fin de reparar aquellas aceras en mal estado. Expresa luego que (...) el titular frentista debe respetar las normas municipales que imponen el referido deber de conservación de las veredas, el que implica el mantenimiento higiénico de la misma y un estado físico adaptado a la normativa a fin de prevenir accidentes*".

En este tipo de procesos, el actor debe acreditar, entre otros extremos, la calidad del legitimado pasivo: titular del inmueble frentista, tenedor, propietario del dominio público, empresa ejecutora del pozo, obrero que trabajó en la excavación, etc., el factor de atribución objetivo, el riesgo creado por la acera viciosa con la depresión dañosa, el hecho



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ilícito, la relación de causalidad entre el evento y los daños, y los perjuicios sufridos por el damnificado.

Sostiene el mencionado autor que para liberarse de responsabilidad, el accionado dueño o guardián de la cosa debe acreditar, entre otros puntos, la ausencia de legitimación pasiva, que el hecho acaeció de otra forma, el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el que no debe responder, el caso fortuito, la inexistencia de los daños que se invocan, etcétera.

Por su parte, Spota (Spota Alberto G., *Responsabilidad por el hecho de la cosa del dominio público*, E.D., 134, págs. 725 y 726) expone que el daño sufrido por un peatón — como consecuencia del mal estado de la acera— y que reconoce la causa adecuada (o nexos adecuados de causalidad, para emplear la terminología del art. 906, cód. civ., ref. 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.

El mencionado tratadista se pregunta, en el artículo citado, si al lado de la responsabilidad del propietario del bien público —municipalidad respectiva— también debe considerarse que el propietario frentista es responsable indistinto, asumiendo la condición de guardián jurídico de la cosa del dominio público. Al respecto, considera que la respuesta debe darse sobre la base del concepto de guardián jurídico de las cosas inanimadas. Entiende que lo es quien obtiene mayor provecho de la cosa, y en el supuesto de la acera, no procede aseverar que el propietario frentista sea el guardián jurídico de ese medio de comunicación peatonal. Concluye, entonces, que resulta inaplicable el art. 1113 del Cód Civ. Agrega que si una ley pronunciada por el congreso como legislatura local, como ocurre con la ley 11.545 y la ordenanza municipal 33.721, impone al frentista el deber conservar las aceras, ello plantea una delegación del deber de reparar el bien dominical al usuario de la cosa pública como lo es el frentista. La restricción administrativa, que no se rige por el Código Civil sino por el derecho administrativo (art. 2611, Cód. Civ.) aquí excede del deber de padecer tal restricción pero no de efectuar la prestación, con la salvedad de tratarse de una contribución por mejoras, o bien de una contribución coactiva a erigir una obra pública necesaria para la mejor utilización de los bienes privados.

Las discrepancias doctrinales también se han reflejado en los fallos; por un lado la jurisprudencia sostiene que si bien la ley 11.545 y las ordenanzas municipales 33.721 y 33.930 (Adla, 1920-1940, 229; XXXVIII-B, 1711; XXXVIII-A, 825) ponen en cabeza del propietario frentista la responsabilidad primaria y principal de la construcción,

mantenimiento y conservación de las aceras y veredas, de ello no se deriva necesariamente una presunción de responsabilidad ni de culpa, por cualquier accidente que se derive del estado de las aceras. En efecto, el frentista no debe responder por los daños que sufran los peatones si la rotura de la acera obedece a causas justificadas ajenas a su control. (*conf. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, sala I 17/10/1996 "De Fortuny, Nuria E. c. Kohal S.R.L. y otro" LL 1997-C, 750*).

Otra postura considera que la obligación de los propietarios frentistas surge del art. 1º de la ley 11.545 respecto de la construcción y conservación en buen estado de sus aceras, lo mismo se establece en la ordenanza 33.721 (ADLA, 1920-1940, 229); al determinar que la "responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas compete al propietario frentista", comprendiendo tal obligación el desgaste por el uso normal originado por la circulación peatonal o vehicular en los accesos para tal fin (art. 2º, inc. b) (*conf. Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil, sala G 19/05/1982 Fandiño, Guillermo J. c. Patera, María I. y otros*).

IX. Reseñadas de este modo sucinto las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, corresponde expresar mi opinión sobre este medular tema, que en definitiva determinará la suerte de estos actuados.

A fin de resolver el tema debatido en estos autos, debe aplicarse lo normado por el art. 1113, 2do. párrafo, del Código Civil, lo establecido por la ley 11.545 y la Ordenanza 33.721 de la entonces M.C.B.A , siendo oportuno poner de resalto que, de acuerdo al nuevo artículo 1113, 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.

Como bien sostiene Aída Kemelmajer de Carlucci (*Código Civil y leyes complementarias*, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo Zannoni, Astrea, Bs. As. 1994, T.5, pág 469) se ha resuelto que en virtud del art. 1113 debe responsabilizarse a los propietarios frentistas por las lesiones sufridas por un peatón debido a la falta de conservación en buen estado de la acera frente al inmueble de su propiedad aunque estas forman parte de dominio público del Estado.

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, p. 42).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Como bien sostiene 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, por lo demás, que los peatones que tienen derecho y obligación de transitar por el lugar que por ley 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.

Se ha decidido jurisprudencialmente que caminar por la vereda, 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).

Si bien es cierto que la Ciudad es la propietaria de la acera, siendo éstas de dominio público de la misma (conf arts. 2339, 2340 inc 7 y 2344 del Código Civil) y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (Ley 11.545), también es cierto que la Comuna ha delegado por medio de la Ordenanza 33.721 de la entonces M.C.B.A., la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de la veredas a los propietarios frentistas. Este precepto tiene su excepción en los casos en que la acera sea afectada por obras de empresas de servicios públicos debiendo las mismas y la municipalidad, entregar al propietario frentista constancia del deterioro ocasionado, pudiendo acreditar de ese modo que está exento de responsabilidades ante cualquier circunstancia en que se le formularan imputaciones. En el art. 17 de la ordenanza antes mencionada, se establece que en los casos que la acera presente desperfectos por obras de los servicios públicos, el frentista deberá formular la denuncia ante la autoridad de aplicación.

La ley 11.545 en su art. 2° establece que cuando la vereda se vea afectada por obras de empresas de servicios públicos, tanto éstas como la Municipalidad entregarán al propietario frentista una constancia del deterioro ocasionada, comprobante que no ha sido alegado ni acreditado como prueba en ningún momento del juicio, por el consorcio demandado. Esa misma ley en su art. 17, inc a) y c) estipula que en el hipotético caso de incumplimiento de la entrega del comprobante, el propietario frentista deberá efectuar la denuncia correspondiente ante la autoridad de aplicación aportando todos los datos para la identificación del causante, lo cual tampoco acreditó el demandado, por lo que corresponde confirmar lo decidido por el juez de grado en este sentido.

Más aún, es del caso aclarar que el consorcio demandado efectuó una presentación

ante el Gobierno de la Ciudad en el expediente N°48074/99, el que lamentablemente no fue encontrado. Del informe de fs. 525 surge que, más allá del extravío, el personal técnico de la repartición Obras y Mantenimiento, procedió a inspeccionar la acera en cuestión, constatando que la misma se encuentra transitable. Ello fue reconocido indirectamente por el mencionado accionado a fs. 702 al expresar que “*Sin perjuicio de ello, cabe dejar aclarado que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es la propietaria de las aceras, siendo éstas de dominio público del estado municipal y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado*”, por lo que, se reitera, la excusa presentada por el propietario frentista no puede prosperar, más aún teniendo en cuenta que en autos se ha acreditado que las obras que Telecom habría realizado y que eventualmente serían la causa del deterioro de la vereda, fueron efectuadas en la acera de enfrente.

Tengamos en cuenta que la denominada presunción legal de culpa, obedece a razones de política legislativa que condicen con la regla del *favor victimae* (...) el causante del daño, está precisado a producir prueba adversa a esa presunción legal (...) la falta o insuficiencia de esa prueba compromete su responsabilidad (...) la ley 17711 al reformar el art. 1113 del Código Civil consagró una presunción legal de culpa del guardián y de dueño no guardián. (Conf. Alterini, Atilio A. y López Cabana Roberto, *Temas de responsabilidad civil*. Ed. Ciudad Argentina y Departamento de publicaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As. 1995, pág. 111/12).

Es decir que no habiéndose probado adecuadamente el hecho del tercero o de la víctima debe hacerse lugar a la responsabilidad.

Por otro lado, no obstante efectuar el Gobierno una delegación al frentista, la Comuna resulta ser propietaria de las aceras y guarda para sí el ejercicio del poder de policía, que le impone el deber de asegurar que las veredas tengan una mínima y razonable conformación, para evitar que la deficiente conservación de la cosa, se transforme en fuente de daños para terceros. Por tal razón la responsabilidad que pueda atribuirse al frentista no releva la correspondiente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuestiona en estos autos la inexistencia de causalidad basándose en que la prueba vertida no es suficiente para acreditar la mecánica del accidente. Afirma la existencia de discordancias entre el testimonio de la dicente Pertino y el testigo Comaleras, con el relato inicial del actor y lo informado por el SAME. De las constancias de autos no surgen dichas discordancias ni puede presumirse el hecho de la víctima por estar medicado con cardioaspirina. Establecida la existencia del hecho dañoso, como ocurre en estos obrados, cabe considerar lo atinente a la responsabilidad cuestionada tanto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como por el consorcio.

El argumento que se formula a fin de desvirtuar la presunción de responsabilidad que pesa sobre la accionada no es acertado.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Como bien sostiene el Dr. Kiper en su ilustrado voto en autos "Molledo de Dickson Nelly María c/ Empresa Distribuidora Sur SA y otro s/Daños y perjuicios" - CNCiv - Sala H - 25/04/2001" no es posible pretender poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar las precauciones cuando se supone que quien camina por una vereda, lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y, por ende, en condiciones aptas para ello. Por lo demás, tampoco se trata de un supuesto en el que se advierta algún grado de imprudencia de parte de la damnificada, al caminar por la Ciudad medicado con cardioaspirina, desde que las circunstancias en que la víctima sufrió la caída, esto es, tropezó con un pedazo de baldosa que estaba suelto -tal como puede observarse en una de las fotografías acompañadas por la actora- no autorizan a que pueda efectuarse algún reproche a la damnificada, desde que es indudable que el deterioro de la vereda pudo pasar inadvertido. En tal situación, y no existiendo en autos elementos de convicción que permitan eximir total o parcialmente de responsabilidad a la emplazada, sólo puede compartirse la decisión del *a-quo* sobre el punto.

Más aún, del ejercicio del poder de policía resulta imperativo el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que el dueño o guardián de la cosa riesgosa adopte las medidas de seguridad apropiadas para evitar que la deficiente instalación o conservación de la cosa se transforme en fuente de daños a terceros, máxime si se advierte que el uso y goce de los bienes del dominio público por los particulares importa la correlativa obligación de la autoridad respectiva de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgo (conf. C.S. causa P. 73 XIII. "Posse, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios" del 1 de diciembre de 1992). De conformidad con el inciso 7° del art. 2340 del Código Civil, "*las calles, caminos, plazas, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*" son bienes del dominio público. No puede dudarse que pesa sobre el Gobierno de la Ciudad el deber (y no solamente el derecho) de controlar que la vía pública -y en especial las aceras, que son cosas de su propiedad- permanezca 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 (conf. CNFed. Civ., y Com. Sala II, marzo 13. 92, "Springer de Miguel, Ernestina M. c/ Cruces Hermanos S.A. y otros", Doctrina Judicial 31-3-92, p. 483; 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). En ese orden de ideas se ha resuelto que si la cosa cuyo riesgo o vicio produjo el daño se encontraba en la vía pública y en tanto las aceras forman parte del dominio público del Estado y se encuentran bajo la guarda de la Municipalidad (arts. 2339 y 2340, inc. 7° y 2342 del Código Civil), es éste el factor de imputación jurídica para que aquélla responda por el perjuicio ocasionado en la órbita del art. 1113 del Código

Civil, pues era su deber mantener en condiciones la vereda para evitar perjuicios a terceros, tanto dentro de las funciones de policía que le atañen, cuanto por ser la vía pública parte del dominio público del Estado. El Estado debe controlar que las personas puedan transitar por la vía pública sin peligro, pues tiene el deber de atender a la seguridad y salubridad de los habitantes (conf. CNCiv., Sala K, R. 32.331, del 7-5-99).

En consecuencia, por todo lo expuesto en cuanto a la atribución de responsabilidad, corresponde confirmar lo resuelto por el señor juez de primera instancia.

X. Ahora bien, en cuanto a los montos indemnizatorios fijados por el magistrado de grado, la actora considera escaso el referido al daño moral. A su vez, el Consorcio de Propietarios de la Calle Amenábar 2095 estima excesivos los montos establecidos en concepto de incapacidad física sobreviniente y daño moral. Por su parte, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicita la reducción de las sumas fijadas en concepto de incapacidad, y considera que no se encuentra acreditado el daño moral y los gastos de tratamiento kinesiológico y de traslado. Asimismo, Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. se agravia de los montos concedidos en concepto de incapacidad física sobreviniente y daño moral.

XI. Todos los apelantes cuestionan el monto otorgado en concepto de daño moral (\$7.000). Como es sabido, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación, sujeta a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuren en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (conf. CNCiv. Sala F “Pescio, Lucía María c/ MCBA s/ daños y perjuicios” 30/04/01).

Ahora bien, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará al actor en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino se trata de otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de sus vidas a fin de mitigar sus padecimientos.

En el caso, deben ponderarse las especiales características del accidente, la entidad de las lesiones sufridas por la actora, así como la alteración del ritmo normal de vida que todo lo reseñado razonablemente origina. Es indudable que todo ello debió provocarle sentimientos de dolor, angustia, desazón que deben ser reparados. Asimismo, debe tenerse en cuenta la edad de la víctima al momento del accidente (74 años) y sus actividades deportivas (ver informes fs. 486/487 y 531/532). Consecuentemente, propongo elevar a pesos diez mil (\$ 10.000) la indemnización por este rubro.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

XII. El Gobierno de la Ciudad y el Consorcio de Propietarios encuentran excesivo el monto indemnizatorio fijado en concepto de incapacidad (\$10.000).

La Gobierno funda su queja señalando que hubo un error en el informe pericial, el cual surge al comparar el porcentaje asignado al actor —10%— cuando al establecer los máximos y los mínimos legales para contrarrestar la impugnación de la actora el perito indicó un porcentaje que va del 0 al 5% de la T.O.

Cabe señalar que a los fines de evaluar la incapacidad, debe ésta apreciarse en función de pautas razonablemente generales, constituidas por las actividades del sujeto, encuadrables en la normalidad actual o presumiblemente futura de toda persona; comprendiendo no sólo un aspecto estrictamente laboral, sino también todas aquellas consecuencias que afecten a la personalidad de la víctima integralmente considerada (conf. CNCiv., Sala "B", LL 124-228; 134-1035; id., Sala "D", ED 64-159, entre muchos otros); aun fuera del ámbito propiamente económico y productivo, abarcando aspectos tales como la vida social, de relación y de esparcimiento (v. CNCiv., Sala "B", 14/09/994, D. LL., 10/04/995, p. 14/5). La estimación cuantitativa no puede efectuarse mediante procedimientos reductibles a la fría aplicación de fórmulas matemáticas.

En orden a su determinación, resultan pautas relevantes las circunstancias personales del damnificado, su sexo, edad, estado civil, profesión, etc.

No debe olvidarse que la finalidad de la indemnización es permitir al damnificado permanecer en la misma situación económica que tenía antes del accidente, lográndose de esta manera una compensación íntegra, inherente a la plena capacidad, que repare la merma de las posibilidades genéricas, mas debe evitarse que se produzca un enriquecimiento sin causa, mediante el otorgamiento de una indemnización excesiva.

En el caso la actora ha visto lesionada su integridad física. En el informe pericial de fs. 620/625 se determina una incapacidad parcial y permanente en la integridad física del actor evaluada en el 10%. En la contestación pericial de fs. 649 el experto sostiene que "...se ha determinado un valor superior a los establecidos en los Baremos referidos, considerando que el actor presentaba, previamente a su accidente, una actividad deportiva que representaba una importante faceta en su vida de relación". El juez es libre de valorar la prueba pericial mediante su sana crítica, valoración que se hará con su libre criterio, basado en sus conocimientos personales, en normas generales de su experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta la entidad de la lesión sufrida por la víctima, la secuela resultante de la misma, el porcentaje de incapacidad determinado, la edad de la actora y sus restantes condiciones personales, propongo confirmar el resarcimiento por este rubro en la suma de pesos diez mil (\$10.000).

XIII. Los gastos kinesiológicos, de traslado y de medicamentos son aquellos orientados, al restablecimiento de la integridad psicofísica de la víctima del hecho. En efecto, dado que la integridad de la persona constituye uno de sus bienes fundamentales, debe reconocerse la facultad de lograr cuanto sea preciso para recuperar la salud o la incolumidad dañada, en cualquier grado que resulte lesionada y con prescindencia de las utilidades económicas que la víctima lograba o no con el ejercicio de sus aptitudes. Como señala Zavala de González, estando en juego la asistencia a la persona, el límite a la razonabilidad de los gastos médicos y de farmacia es mucho más lato que cuando se trata de la simple reparación de un bien material ("Resarcimiento de daños", t. 2, página 119). Se ha entendido con frecuencia que los gastos médicos y de farmacia constituyen una consecuencia forzosa del accidente, de modo tal que el criterio de valoración debe ser flexible, no requiriéndose, por ende, prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Lo fundamental es que la índole e importancia de los medios terapéuticos a que responden los gastos invocados guarden vinculación con la clase de lesiones producidas por el hecho, es decir, que exista la debida relación causal. En efecto, los gastos de farmacia no siempre pueden ser suficientemente documentados. En el contexto descripto, la jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuación con la importancia del tratamiento (C.N. Civil, Sala E, 20/9/85, L.L. 1986-A-469; ídem, Sala F, 13/8/79, L.L. 1979-D-447). La presunción sobre la realidad del desembolso aun en defecto de prueba conlleva a la fijación judicial del monto pertinente, sobre la base de las circunstancias del caso. Así se ha dicho que para la determinación de los gastos farmacéuticos efectuados a consecuencia de un accidente, deben gravitar factores tales como: lugar donde fue atendida la víctima, importancia y extensión de las lesiones sufridas, ausencia total de comprobantes, que determinarán el obrar prudente del magistrado en la ponderación del monto a fijarse, haciendo justo y equitativo uso de lo dispuesto por el artículo 165 de la ley ritual. (C.N. Esp. Civ. y Com., Sala IV, 30/4/82, E.D. 106-117). En otras palabras, la prueba de los gastos médicos y de farmacia no debe exigirse con un criterio riguroso y el juez se halla facultado para fijarlos razonablemente (C.N.Fed. Civ. y Com., Sala III, 29/6/82, E.D. 106-118, S-142). Sin embargo, la valoración judicial debe ser severa y prudente cuando se carezca de demostración certera sobre la cuantía de los desembolsos (Zavala de González, "Resarcimiento de daños a las personas", página 145). Tal presunción, aplicable a erogaciones de diversa índole, resulta rebatible por la prueba en contrario, cuya producción incumbe a quien alega la improcedencia del reclamo, contrariamente al curso natural y ordinario de las cosas. De todas maneras, ante la ausencia de toda constancia de dichos gastos, la indemnización debe otorgarse con prudencia, evitando que se configuren situaciones de enriquecimiento indebido.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por ello, teniendo en cuenta la entidad de las lesiones sufridas por la actora, los controles posteriores, apreciadas desde sus condiciones personales, y valoradas las pruebas aportadas en autos por el magistrado de grado a los que me remito "*brevitatis causae*", estimo prudente confirmar el monto fijado en primera instancia.

XIV. En cuanto a la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el criterio adoptado por esta sala en el precedente (Paletta Aldo D. c/ GCBA s/ Revisión cesantías o exoneraciones de empleo público, expte. n°RDC-99, sentencia de fecha 26/02/04).

En consecuencia, corresponde aplicar la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina para calcular los intereses en el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de ese año; mientras que deberá recurrirse a la tasa pasiva que publica el BCRA para fijar los intereses devengados en periodos anteriores al 6 de enero de 2002 y posteriores al 30 de septiembre de ese año.

Por las consideraciones expuestas, si mi voto fuese compartido propongo que se confirme la sentencia en lo que ha sido materia de agravios, con las modificaciones referidas a los rubros de daño moral y la tasa de interés aplicable. Imponer las costas a la demandada (art. 62 CCAyT).

El Dres. Carlos F. Balbín y Horacio G. A. Corti, por los fundamentos expuestos por el Dr. Esteban Centanaro adhieren al voto que antecede.

En mérito a las consideraciones vertidas, jurisprudencia citada y normas legales aplicables al caso; el Tribunal **RESUELVE**: a) Confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia. b) Elevar el monto de la indemnización por daño moral a diez mil pesos \$10.000. c) Aplicar la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina para calcular los intereses en el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de ese año; mientras que deberá recurrirse a la tasa pasiva que publica el BCRA para fijar los intereses devengados en periodos anteriores al 6 de enero de 2002 y posteriores al 30 de septiembre de ese año. d) Imponer las costas a la demandada (art. 62 CCAyT).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Esteban Centanaro
Juez de Cámara

Carlos F. Balbín
Juez de Cámara

Horacio G. Corti
Juez de Cámara