

Expediente Nº EXP 34105/0 “L. M. P. y otros c/ D. V. F. R. y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)”

Ciudad de Buenos Aires, 2 de septiembre de 2016 Vistos los autos del epígrafe de los que;
RESULTA: I) A fs. 47/52 y fs. 57, se presentan María Paula Laterza y Claudio Fabián Floxo, por sí y en representación de su hijo menor de edad Cristian Fabián Floxo, por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 34 e inicia demanda por daños y perjuicios contra “el Sr. Francisco Rodolfo De Vita y/o contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en virtud del accidente que sufriera el menor en fecha 5 de octubre de 2006, mientras circulaba por la vereda de la calle Homero 817 de esta Ciudad y/o contra quien resulte propietario y/o guardián y/o responsable civil de dicho evento dañoso” por la suma de \$100.800 con más intereses y costas, y actualización monetaria. Relatan que el menor Cristian Fabián Floxo, el día 5 de octubre de 2006, siendo aproximadamente las 17:00 hs, circulaba por la calle Homero a la altura del número 817, en dirección a la Av. Directorio, en camino a un cumpleaños junto con dos amigos, cuando tropezó con una varilla de metal que se encontraba clavada en la tierra formando una especie de cantero con otras tres varillas más sujetadas entre sí mediante alambres alrededor de un árbol de grandes dimensiones que se hallaba a la altura y calle señaladas. Continúan narrando que aquel tropiezo produjo la caída del menor, incrustándosele dicha varilla en su rodilla izquierda. Resalta que en el interior de ese supuesto cantero existen cristales de botellas desparramados sobre la tierra. Indican que, como consecuencia de la caída, Cristian sufrió un fuerte dolor en su rodilla izquierda y en su cadera, faltándole la respiración. Refieren que como no podía levantarse, un amigo fue a buscar a la madre. Que los vecinos llamaron al SAME y a “Vital”, habiendo este último trasladado al menor a la Clínica Esperanza y, como dicho nosocomio no contaba con traumatólogo infantil, luego fue reubicado en el Hospital Francés, donde finalmente le practicaron las curaciones del caso y le diagnosticaron “herida circular cortante con pérdida de sustancia. A lo cual le realizaron sutura interior y exterior y le inmovilizaron su pierna izquierda con una valva de yeso” (v. fs. 47 vta.). Reseñan que la inmovilización de la pierna duró más de quince días, durante los cuales no pudo concurrir al colegio, al Instituto de Inglés, ni ejercer actividad física. Atribuyen el accidente al “invento estacionado en la vereda de la calle Homero 817 (...) que perjudicaba el libre tránsito de los peatones que por allí circulaban, ocasionando en este caso en particular un daño que pudo ser evitado.” (v. fs. 47vta.). Indican que la vereda se encontraba en estado antirreglamentario. Imputan responsabilidad al propietario frentista, en primer término, por haber creado un riesgo innecesario construyendo indebidamente cosas peligrosas y, luego, en virtud de lo dispuesto por la ordenanza nro. 33.721 de la M.C.B.A. Hacen responsable al GCBA arguyendo que las aceras forman parte del dominio público del Estado y se encuentran bajo su guarda. Señalan que la obligación del gobierno local de vigilar el estado de las calles y las aceras de la Ciudad, se traduce en requerimientos a los propietarios para que procedan a efectuar las reparaciones pertinentes y a retirar cosas peligrosas de la misma, que alteren su fisonomía y carácter. Efectúan un detalle de las partidas que componen el reclamo indemnizatorio (incapacidad sobreviniente y daño moral) y solicitan el reintegro de los gastos de farmacia y de movilidad. Ofrecen prueba, efectúan la reserva del caso federal, plantean la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 25.561 y de la ley 24.432, y solicitan se haga lugar a la demanda, con costas a su contraria. II) A fs. 62 el titular del Juzgado

Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 34 se declara incompetente, por lo que las actuaciones pasaron a tramitar por ante este fuero local (v. fs. 66). III) A fs. 69 se declaró habilitada la instancia judicial. IV) A fs. 75/79 se presenta por intermedio de mandatario el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y opone la excepción de prescripción de la acción. Corridos los traslados de rigor, la incidencia resultó rechazada a fs. 87. V) A fs. 95/100 se presenta Francisco Rodolfo De Vita, contesta la demanda incoada en su contra y solicita su rechazo con expresa imposición de costas. Reconoce que es propietario del inmueble sito en la calle Homero 817 de la Ciudad de Buenos Aires y afirma que por el hecho de marras ya ha declarado en la causa penal nombrada por los accionantes. Luego de efectuar la negativa de los hechos argüidos por su contraparte, desconoce la totalidad de la documental adunada por la actora e indica que de la lectura del escrito de inicio no surge concretamente como se produce el hecho. Relata que la primera noticia que tuvo sobre los hechos relatados en la demanda fue su citación a declarar en la Comisaria de la zona; que intentó efectuar ciertas averiguaciones sobre el evento de marras, pero que ninguno de los vecinos del lugar le pudo informar sobre la ocurrencia de un accidente en la vereda del inmueble de su propiedad. Expresa que la falta de información, sumada a las contradicciones en el relato de los demandantes y en la documentación que han aportado, lo lleva a concluir que la ocurrencia del hecho es totalmente falsa; o, que de haber acontecido, es falso que haya ocurrido en la acera del inmueble de su propiedad y producto de la existencia de un cantero. Indica que si bien no vive en el inmueble, pasa semanalmente y nunca constató la existencia del corral que señala la parte actora. Manifiesta que si alguna vez existió, no fue construido por él mismo, ni tampoco con su consentimiento. Niega las consecuencias del accidente alegadas por los actores y afirma que por ser vecino de la zona, afortunadamente, suele ver a Cristian desarrollando las actividades propias de un chico de su edad. Argumenta que no tiene ninguna responsabilidad en el evento, por cuanto la acera se encontraba sin ningún tipo de rotura, libre de todo objeto y aseada (v. fs. 98). Ofrece prueba, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda, con costas. VI) A fs. 117/125 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por intermedio de su letrado apoderado, contesta la demanda incoada en su contra y solicita su rechazo, con expresa imposición de costas. Luego de efectuar una negativa categórica de los hechos invocados por los accionantes, denuncia que de probarse en autos que el accidente se produjo, la culpa debe ser atribuida a la madre del menor, por el incumplimiento en los deberes de vigilancia y cuidado. Argumenta que la vereda se encontraba en perfecto estado de conservación y no habría motivo para que el menor “debiera saltar por encima del cantero.” (fs. 118). Sin perjuicio de ello, manifiesta que de probarse los extremos denunciados por los accionantes, “cabría responsabilizar también al propietario frentista, codemandado en autos, en atención que él habría sido quién colocó el cerco que habría sido la causa del hecho alegado.” (fs. 119). Señala que su mandante resulta ajeno a cualquier tipo de responsabilidad que se le intente achacar por el hecho motivo de marras. Que la intención de la parte actora resulta ser la de extender el ejercicio del poder de policía de manera ilimitada, pretendiendo que en virtud de dicha potestad, cualquier daño que hipotéticamente pudiese suceder en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires deba ser indemnizado por su representada. Impugna por improcedentes los rubros y montos reclamados en concepto de indemnización por daños y los gastos acusados. Ofrece prueba, efectúa las reservas del caso y solicita el rechazo de la demanda, con costas. VII) A fs. 135/136 se abre la causa a prueba. VIII) En atención a lo dispuesto

por la Resolución CM nº 502/12 y por las Resoluciones de Presidencia del CM nº 146/2013 y nº 152/2013, las actuaciones fueron remitidas para su ulterior tramitación por ante este Juzgado (v. fs. 291). IX) A fs. 337, en virtud de haber adquirido la mayoría de edad, se cita al Sr. Cristian Fabián Floxo a estar a derecho. Se presenta a fs. 340 y ratifica todo lo actuado por sus padres. Asimismo, cesa la intervención del Ministerio Público Tutelar. X) Producida la prueba que resulta de las constancias del expediente, se pusieron los autos para alegar (fs. 394), habiendo hecho uso de dicha facultad la parte actora (pieza glosada a fs. 405/407) y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (agregado a fs. 409/414). XI) A fs. 402/403 obra el dictamen del Ministerio Público Fiscal. XII) En este estado, pasan los autos a dictar sentencia (fs. 416). CONSIDERANDO: 1º) Que la presente acción pretende obtener una reparación pecuniaria por los daños derivados de un hecho que habría ocurrido el día 5 de octubre de 2006, en la calle Homero a la altura nro. 817, momento en que el entonces menor Cristian Fabián Floxo circulaba en dirección a la Av. Directorio, cuando habría tropezado con una varilla de metal que señalan se encontraba clavada en la tierra formando una especie de cantero con otras tres varillas más sujetadas entre sí mediante alambres, alrededor de un árbol de grandes dimensiones, que se hallaba a la altura y calle mencionadas. Los accionantes sustentan su pretensión indemnizatoria respecto del GCBA arguyendo que las aceras forman parte del dominio público del Estado y se encuentran bajo su guarda. Señalan que la obligación del gobierno local de vigilar el estado de las calles y las aceras de la Ciudad, se traduce en requerimientos a los propietarios frentistas para que efectúen las reparaciones necesarias y retiren las cosas peligrosas de las mismas. Asimismo, atribuyen responsabilidad al propietario frentista en virtud de la Ordenanza 33.721, refiriendo que el co-demandado de autos ha creado un riesgo innecesario al construir una cosa peligrosa. A su turno, el demandado De Vita, cuestiona la efectiva existencia del hecho, el lugar de ocurrencia del evento dañoso, y la atribución de responsabilidad que se le endilga. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires manifiesta que su mandante resulta ajeno a cualquier tipo de responsabilidad que se le intente achacar; ello, en virtud de que la ordenanza 33.721 responsabiliza al propietario frentista, quién además, en la especie, “habría sido quién colocó el cerco que habría sido la causa del hecho alegado.” (fs. 119). 2º) Así las cosas, considero que corresponde en primer término establecer los principios jurídicos bajo los cuales incumbe resolver el entuerto. Preliminarmente aclaro que el presente litigio será estudiado a la luz de la normativa prevista en el Código Civil; ello atento la noción de “consumo jurídico” y la fecha en que se desarrollaron los acontecimientos de marras. En merito a la brevedad, para mayor profundidad, me remito a lo expuesto en los exptes. nro. 39524/0 (sentencia del día 5/08/15) y nro. 42.962/0 (sentencia de fecha 16/12/15). Este criterio, el cual vengo sosteniendo desde la primera oportunidad en que debí pronunciarme sobre la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (confr. “GCBA c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia de La Pampa s/ cobro de pesos” -expediente Nº 26374/0, sentencia del 3 de agosto de 2015-), coincide con el recientemente consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario”, sentencia del 09/12/15. Allí, el máximo Tribunal Federal de la Nación expresó que “(...) la situación planteada debe ser juzgada de conformidad con la redacción que tenía [en ese caso] el segundo párrafo del artículo 997 del código civil, vigente a esa fecha, pues las consecuencias de la situación jurídica generada por la norma provincial impugnada -desde el 1º de enero hasta el 31

de mayo de 2012-, se encuentran alcanzadas por el texto íntegro de esa previsión legal, dado que allí se consumaron. La noción de consumo jurídico impone la aplicación del artículo en toda su extensión.” 3º) Zanjado ello, cabe recordar que las calles son bienes del dominio público del Estado (arts. 2.339, 2.340 inc. 7º y 2.344 del Código Civil) y recae sobre éste la obligación de conservarlas en buen estado, a fin de garantizar la seguridad vial y la libre circulación peatonal de acuerdo con la normativa que regula tal obligación. A ese respecto, el régimen aplicable establece en qué supuestos la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas está en cabeza del propietario frentista y también delimita excepciones a dicha regla (arts. 1º, 9º y 10 de la ordenanza N°33.721/77.) Al respecto también se ha dicho que las deficientes y peligrosas condiciones en que pudiera encontrarse una acera, que alteren su normal transitabilidad, comprometen el deber que pesa sobre la Comuna de atender a la seguridad de los habitantes y controlar que la vía pública se mantenga apta para la circulación, siendo de aplicación al respecto del propietario frentista la normativa del art. 1113 del CCiv., que contempla la responsabilidad del dueño o guardián jurídico de la cosa viciosa (conf. Cámara Nac. en lo Civil, Sala E, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro en Libre 236.179 del 28/5/1998; íd. íd. voto de la Dra. Ana M. Luaces en Libre 382.947 del 17/6/2004, entre otros muchos). El riesgo o peligrosidad de las cosas a que se refiere el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil no alude necesariamente a las condiciones de la cosa misma que es inerte y normalmente no peligrosa, sino a una calidad accidental; ello así, a la víctima del accidente solo le incumbe probar la existencia del hecho y su relación causal con el daño, corriendo por cuenta del emplazado la acreditación de la ruptura de dicho nexos causal. 5º) Que a su vez cabe recordar que estando comprometida la responsabilidad del Estado local, conforme lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Vadell” (Fallos: 306:2030) la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima reposa en la idea objetiva de la “falta de servicio” contenida en el art. 1112 del Código Civil, según la cual “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”. Se trata de un supuesto de responsabilidad directa, toda vez que “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (Fallos 306:2030). Y la determinación de la falta de servicio en cada caso particular “entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño” (Fallos 321:1124). 6º) Que delimitado el marco de actuación que la normativa aplicable impone, vale recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosas oportunidades, ha sostenido que son requisitos ineludibles para la procedencia de un reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita la ejecución irregular de un servicio, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar del Estado y el perjuicio (Fallos 331:1690, entre otros). De acuerdo con esos recaudos, el Tribunal Superior de Justicia señaló las condiciones que habrán de tenerse presente -en situaciones como las que aquí se plantean- las cuales estimo pertinente transcribir a los efectos de su ulterior tratamiento en la presente causa. Al respecto, señaló que: “[p]ara que se

configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que se reúnan los siguientes presupuestos: a) antijuridicidad o ilicitud, consistente en la violación del ordenamiento jurídico, entendiéndose por ello no solo la infracción a deberes impuestos por la ley -en sentido amplio- sino también por la voluntad de las partes; b) la existencia de un daño -patrimonial y/o moral- cierto, concreto y actual; c) relación de causalidad entre el daño sufrido y el hecho -acto u omisión- que lo provocó; d) factor subjetivo -culpa o dolo- u objetivo -sin reproche moral al autor de la conducta- de atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto". A su vez, remarcó que "la relación de causalidad es imprescindible para atribuirle la responsabilidad a un sujeto determinado, ya que no es suficiente la existencia de ilicitud, daño y factor de atribución". Agregó que "[l]a determinación, en un caso concreto, de cuáles fueron las causas eficientes del resultado dañoso, suele ser una tarea difícil, ya que los hechos son fenómenos complejos por la concurrencia o concatenación de distintas circunstancias que actúan como condición del resultado. Sin embargo, no todas las condiciones -negativas y positivas- que contribuyeron a la producción de un resultado pueden generar responsabilidad civil en su autor". Sostuvo que "[p]ara determinar, en el ámbito de la responsabilidad civil, a qué causas atribuirles el resultado dañoso, se han elaborado distintas teorías. Nuestro Código Civil adopta una de ellas: la teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa sería aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado (doctrina art. 901 Cód.Civ.)". Por último, añadió que "para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, es decir considerar si el acto u omisión del presunto responsable era idóneo para producir regular o normalmente ese resultado; y ese juicio de previsibilidad debe hacerse en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto u omisión" (Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 7ª ed. ampl. y puesta al día, nº 591/592, pág. 252, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As.); votos de los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás, en los autos caratulados "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bertilotti, Marta Rosa c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)" [expte. Nº6.584/09], sentencia del 16/07/2010 y en mismo sentido en "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bonicelli, María Vanesa c/ GCBA s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)" [expte. Nº6.583/09], sentencia del 17/03/2010). 7º) Que corresponde 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 (Fallos: 272:225; 274:486; 276:132, entre otros). 8º) Que de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 301 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso. 9º) Que adentrándonos en el estudio de la plataforma fáctica de la cuestión, resulta necesario expresar que los ejes sobre los cuales debe analizarse el reclamo indemnizatorio residen en la determinación, primero, de la existencia del siniestro en las circunstancias de persona, tiempo y lugar señaladas en el escrito de inicio y, luego, de la forma en que se desarrollara. En primer lugar, respecto del lugar de la caída, cabe consignar que de la prueba testimonial producida en autos a fs. 171, preguntada que es la testigo Vanesa María Fusco -a tenor del interrogatorio glosado a fs.

166-, en su respuesta número quinta, explica que en la puerta de su casa había un árbol con plantas, que tenían flores y que existían cuatro fierros largos, un alambrado “que pincha y adentro del árbol había vidrios”. Relató, en lo que aquí interesa, que salió a tirar la basura y vio a un nene tirado al lado del árbol con la rodilla lastimada. Narra que buscó unas sillas y una toalla porque estaba sangrando. Refiere que primero llegó el SAME y atendió al menor hasta que llegó la ambulancia “Vital”, correspondiente a la obra social de los accionantes. Respecto de la persona que colocó el objeto que provocó el accidente del menor, responde que fue el dueño de la casa donde ella alquilaba, refiriéndose al codemandado De Vita (respuesta séptima, décimo tercera y ampliación de fs. 171vta.). Luego, en virtud de un requerimiento formulado por la letrada de los accionantes, la declarante aclara la dirección donde ocurrió el accidente, manifestando que fue en la calle Homero 817, entre Tapalque y Rodo. Indica que en esa dirección ella le alquilaba al Sr. De Vita el dpto. nº 3, aproximadamente desde el año 2004 o antes. En mismo sentido, el testigo Hernán Maximiliano Bianchi (v. fs. 172), requerido que fue para narrar lo ocurrido, indica que iba caminando para el gimnasio con un amigo, que venían de frente unos chicos caminando con una señora, y uno de los chicos se cae, que había un cantero y se lastimó (respuesta cuarta). Luego señala que había unos hierros en el cantero, con unos vidrios rotos adentro. Expone que el chico que se cayó tenía lastimada la rodilla izquierda y que había sangre (respuesta sexta y posterior ampliación de preguntas efectuada por la letrada de la parte actora). Detalla que él fue testigo presencial del accidente, ya que circulaba por la calle Homero desde Rodo hacia Tapalque y que el referido grupo lo hacía desde Tapalque hacia Rodo, por lo que se los encontró de frente; indica que el evento fue a la vuelta de su casa. Asimismo, a fs. 177/205 obran copias certificadas de la causa penal labrada con motivo del hecho de marras, las cuales tramitaron por ante el Juzgado Correccional Nro. 3, Secretaría Nro. 60. De allí surge que la denuncia fue efectuada por la Sra. Laterza al día siguiente del evento (fs. 179). De la declaración testimonial del Sr. Roberto Joaquín Gallego, sargento 1ro. de la Policía Federal Argentina, obrante a fs. 7 de la mencionada causa penal -cuya copia certificada se encuentra agregada a fs. 185-, se desprende que en cumplimiento de las directivas impartidas en la sede donde testifica, a raíz de las actuaciones labradas con motivo del delito de lesiones (art. 94 del C.P.), se constituyó en la “calle Homero frente al número 817, determinado que frente a la puerta del domicilio se encuentra plantado un árbol, el que tiene una especie de corralito consistente en 4 caños unidos por dos vueltas de alambre a diferentes alturas, teniendo un alto total de aproximado de 20 centímetros. Que en su interior crecen algunas matas de pasto y se observan [restos] de desperdicios de variada índole, entre ellos trozos de botellas de vidrio denotando ser de antigua data.(...)”. Refuerzan las pruebas analizadas, las fotografías glosadas a fs. 4/9, acompañadas a un acta labrada por escribano público (v. fs. 3). Allí se puede apreciar claramente el lugar, el estado de la acera y la construcción mencionada por las partes, estimando además que no se han redargüido de falsedad las piezas, por lo cual no encuentro motivo de peso para dejar de valorar la prueba documental anejada a estos autos por los accionantes. Por otro lado, no huelga mencionar que la misma es valorada en conjunto con el resto de la prueba rendida en estas actuaciones. Por otro lado, de la pericia arquitectónica obrante a fs. 219/222, surge que la experta, luego de hacerse presente en la zona, confeccionó un croquis del lugar y describió el cantero de marras. Al respecto señaló que sus dimensiones son mayores a la medida reglamentaria, aunque aclara que ello no entorpece el paso de los peatones

por tratarse de una vereda de 4,30 mts. Indica que “los elementos colocados en el cantero son antireglamentarios, e implican peligrosidad, ya que solamente se puede realizar un reborde de ladrillos de 0,07 mts. de espesor (...) La incidencia del cantero en la posibilidad de caída de los peatones es media, ya que la vereda permite una circulación cómoda de los peatones, por ser bastante ancha (ancho de circulación 2,70mts.) pero los elementos colocados son peligrosos en caso de caídas y antireglamentarios tanto los caños metálicos como el alambre.” (fs. 220 in fine/221 y 222). La pericia no mereció observaciones ni impugnaciones por parte de los demandados, habiendo sido impugnada por la parte actora (fs. 244), cuya contestación fue evacuada por la experta mediante la pieza de fs. 311/313. Allí la perito aclara, en lo que aquí interesa, que al momento de la confección de la experticia (octubre 2011) los cuatro caños que se observan en las fotografías certificadas y los elementos que se nombran en la causa penal como existentes dentro del cantero, ya no estaban. Por ello, en lo que aquí nos ocupa, aclara que le es imposible determinar el alto de los caños con exactitud. Por último, en la pericia médica obrante a fs. 372bis/378, la experta reseña los antecedentes médicos de importancia del accionante relacionados con el evento de marras y, luego de examinar al Sr. Floxo, plasma sus conclusiones, sobre las cuales cabe ahora resaltar la siguiente: “aparece como verosímil el mecanismo causal relatado en autos en relación con el siniestro objeto de la presente Litis, por cuanto las lesiones evidenciadas guardan relación topográfica, cronológica y etiológica con el mismo.” (v. fs. 375vta.; prueba no impugnada por ninguna de las partes). Así las cosas, teniendo en cuenta la prueba rendida en autos en su conjunto, efectuado el juicio de probabilidad, a fin de establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño, no habiendo el propietario frentista acreditado la ruptura del nexo causal, cabe concluir que si se confronta el hecho con sus consecuencias, se constata que aquel resulta idóneo para producirlas. En este contexto, por resultar concordantes los medios de prueba analizados, habré de tener por acreditada la existencia de un cantero con las condiciones detalladas, en un sector de la vereda de la calle Homero a la altura n° 817, que provocó el tropiezo del actor Cristian Fabián Floxo. 10º) Que constituye un criterio jurisprudencial reiterado que si bien es cierto que la Ciudad es la propietaria de las aceras, siendo éstas parte de su dominio público (cf. arts. 2339, 2340, inc. 7º, y 2344 del Cód. Civil) y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (ley 11545), no lo es menos que la Comuna ha delegado por medio de la ordenanza 33721 de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas a los propietarios frentistas (norma no cuestionada por el Sr. De Vita). Por tal razón, y sin perjuicio de las meras manifestaciones formuladas por el Sr. De Vita al contestar demanda, negando la construcción del cantero de marras e incluso su existencia (las cuales no han sido respaldadas por las constancias de autos -sino más bien todo lo contrario, ver sobre el punto la declaración de la Sr. Fusco, ya analizada en autos, la cual no ha sido impugnada por falsedad por ninguna de las partes-), es que se han reunido en la especie los presupuestos de responsabilidad civil, encontrándose así acreditado que el evento de marras compromete la responsabilidad del propietario frentista (art. 1113 del C. Civil). Asimismo, no puedo omitir considerar que el demandado no solo tuvo a su alcance sortear la producción del hecho, no colocando el “cantero” que rodeaba el árbol, evitando así riesgos para los transeúntes. Incluso, es dable destacar que si bien en el sub lite no resulta de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial

de la Nación (ver arts. 1708, 1710, 1711, 1716 y 1717, entre otros), éste regula que los ciudadanos no pueden desentenderse del cuidado de los demás sin reproche jurídico alguno, pues sus disposiciones muestran un nuevo paradigma de interpretación de los derechos con miras a prevenir, no solo reparar, la producción de daños a terceros. Es una decisión valorativa que obliga a los ciudadanos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida, la salud y la integridad física de los habitantes; entre ellos los niños que, por su condición de tal, caminan, corren y juegan en las veredas de la Ciudad y que, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y la sociedad toda; adoptando de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud. 11º) En este contexto -y de acuerdo con las circunstancias del caso-, corresponde también analizar si cabe endilgarle responsabilidad por el hecho al Estado local. Al respecto, adelanto, que considero que en este caso existen factores (causas ajenas) que produjeron la ruptura del nexo causal, y en consecuencia la exoneración de responsabilidad del GCBA: la culpa de terceros por quien el Estado local no debe responder. Ello así pues, demostrada en la especie la intervención del espacio público efectuada por el Sr. De Vita, la culpa del propietario frentista constituyó la causa adecuada del daño, y en consecuencia exoneró de responsabilidad al Estado local, en su carácter de dueño de la cosa -cfr. art. 1113, segundo párrafo in fine-. (v. en este sentido el voto de la Dra. Ana María Conde en autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en `Bertilotti, Marta Rosa c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto resp. Médica)”; T.S.J., expte. nº 6584/09 sentencia del 16/7/10)”. Solo resta elucidar si el GCBA debe responder con fundamento en la falta de servicio, amparado en el deber de reparar, derivado de la negligencia en el ejercicio del poder de policía. Conforme lo sostiene la Corte a partir del leading case “Vadell” del 18/12/1984 (Fallos 306:2030), la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilegítima reposa en la idea objetiva de la “falta de servicio” contenida en el art. 1112 Cód. Civ. (ya recordado en el considerando 5º de esta decisión). La responsabilidad del estado por falta de servicio puede suscitarse como consecuencia de una acción o de una omisión estatal. Este último caso se configuraría, esencialmente, cuando el Estado no adopta decisiones en ejercicio de la policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, que podrían haber evitado la producción de un evento dañoso. La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica, es decir cuando el Estado incumple una obligación legal expresa o implícita (art. 1074 Cód.Civ.), y no un deber genérico o difuso (Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, tomo I, 5ª ed.act., pág. 300/301, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997). En caso de no constatarse este presupuesto esencial de la responsabilidad civil -antijuridicidad o ilicitud-, no existiría deber de responder. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “... la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y

2706). // En este aspecto resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. // Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. // La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ..." (CSJN, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos 330:563). Ahora bien, admitir en este supuesto la responsabilidad estatal equivaldría a sostener que el Estado local es garante de cualquier accidente que sufra un transeúnte en vía pública, aunque la causa del accidente obedezca al actuar negligente de terceros. El Estado local sancionó diferentes normas, entre ellas, la Ordenanza 33.721/MCBA/77, que estableció en su art. 1º que "la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas, compete al propietario frentista". De acuerdo a ello, en el ejercicio del poder de policía, el Estado local tiene el deber de controlar las obras que se realicen en la vía pública. Lo debe hacer estableciendo recaudos y obligaciones a cargo de quienes realicen dichas obras para garantizar la seguridad y adecuada utilización de quienes transitan las calles y veredas, y controlando el cumplimiento de los mismos. Para ello, está facultado para llevar adelante inspecciones, y tramitar los procedimientos sancionatorios ante los incumplimientos de los propietarios y constructores que puedan afectar la libre y segura transitabilidad de transeúntes y vehículos. Pero para responsabilizar a la Ciudad habría que analizar las funciones atribuidas a los distintos órganos y cómo fueron desarrolladas, teniendo en cuenta los medios de que disponen y la previsibilidad del hecho, a fin de establecer si el servicio fue prestado, o no, regularmente. Nada de esto es probado por los accionantes, quienes se limitan a mencionar que el Estado local "tiene la obligación, en cumplimiento de sus fines específicos de vigilar el estado de las calles y las aceras de la Ciudad (...). El ejercicio del poder de policía imponía al Gobierno de la Ciudad el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que el frentista adoptara las medidas de seguridad apropiadas para evitar que el estado alterado de la vereda se transformara en fuente de daños a terceros." (ver fs. 48, ptos a y c). Por regla general, quién invoca un hecho tiene la carga de probarlo. En la presente causa, la actora invocó la responsabilidad del GCBA por negligencia en el ejercicio del poder de policía, pero no aportó ningún medio de prueba que sostenga su pretensión. Incluso cabe sopesar que no se ha invocado ni probado en la causa que el GCBA haya tenido conocimiento de la existencia del cantero antirreglamentario, construido por el propietario frentista (conforme la declaración de la testigo Fusco, no desvirtuada por prueba contraria). En la hipótesis de los actores, pareciera ser que el concepto de poder de policía viene a ser algo así como una función de control continua sobre todas las actividades de cada uno de los habitantes de la Ciudad. Sería como entender que la Administración tiene la obligación de contar permanentemente con agentes encargados de vigilar el cumplimiento de la norma por parte de los administrados, a punto tal que si uno de ellos incurre en un ilícito, el GCBA podría ser responsable automáticamente por los daños provocados. De seguirse esta tesis, no solo sería

imposible gobernar y administrar la Ciudad, sino que también se vulneraría gravemente la garantía de igualdad, toda vez que el GCBA vendría a asumir el pago de una sentencia por un hecho ilícito cometido por un particular, beneficiándolo particularmente en perjuicio del resto de la comunidad, puesto que dicho gasto no podría ser utilizado para la prestación de otros servicios (cfr. voto de la Dra. Conde en autos "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en `Bertilotti, Marta Rosa c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto resp. Médica)"; expte. 6584/09 sentencia del 16/7/10). En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que no se configuran en el caso dos de los presupuestos esenciales e ineludibles para determinar la responsabilidad del Estado local: la antijuridicidad y la relación de causalidad. 12º) Que establecida la responsabilidad del propietario frentista, incumbe determinar la cuantía del monto indemnizatorio. El reclamo de la actora persigue una reparación patrimonial debido a las consecuencias del accidente que identificó con los rubros incapacidad sobreviniente y daño moral; además peticiona el reintegro de los gastos de farmacia y de movilidad. 13º) Funda el rubro incapacidad sobreviniente en la menor capacidad funcional de la pierna izquierda de Cristian "que genera limitaciones de todo tipo e índole a nivel personal", argumentando que la rodilla le duele permanentemente, que ya no puede hacer deportes con la misma aptitud que antes y que posee una limitación en los movimientos de su pierna izquierda con una obstrucción en la capacidad de rotación (cfr. fs. 49). Reclama por este rubro la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000). Cabe recordar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes tanto físicas como psíquicas esta incapacidad debe ser reparada, ello lo es en la medida en que asuma la condición de permanente (Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792). Tal situación no se configura en el sub lite. Ello así pues, en la pericia médica, luego de examinado el Sr. Floxo se informa "(...) miembros inferiores: marcha eubásica, no se evidencian limitaciones funcionales, ni alteraciones anatómicas significativas. Movimientos conservados para ambas rodillas. Marcha Talón-punta, normal. Marcha en tándem normal." (v. fs. 374). Incluso al contestar los puntos de pericia formulados por las partes, el experto refiere que "no requiere tratamiento de rehabilitación, ni quirúrgico" (fs. 377vta.). Se hace constar que la pericia médica obrante a fs. 372bis/378, no ha sido impugnada por ninguna de las partes. En este contexto, habiendo fallado la parte actora al intentar acreditar la concreta existencia de secuelas y su incidencia en la vida de la víctima, de acuerdo con el resultado de la experticia analizada y demás constancias de la causa, considero que no corresponde admitir el rubro en estudio. 14º) Sabido es que la cuantificación del daño moral queda sujeta, más que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como de las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (S.C.B.A., causa Ac. 42.303 del 3.4.90). Asimismo, se ha dicho en reiteradas oportunidades que se configura cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, finalmente, cuando de una manera u otra se ha perturbado la tranquilidad o el ritmo normal de vida del damnificado (conf. CNCiv. Sala "D" en E.D. 61-779; íd., en E.D. 69-377; Sala "E", causas 502 del 26-12-83 y 66.984 del 30-5-90; Sala "F" en E.D. 42-311; Sala "G" en E.D. 100-300). En este punto cabe aclarar respecto al daño estético, que si no hay indicios de que esta secuela provoque o haya provocado perjuicios patrimoniales -como ocurre en este caso- corresponde considerarlo al establecer el daño moral (Fallos 321:1117 y su cita; 326:1673, entre muchos otros). Al respecto

cabe ponderar que el perito médico estimó el porcentaje de incapacidad parcial y permanente en un 3% de la total obrera y total vida, concluyendo que “[e]l actor FLOXO CRISTIAN FABIAN sufrió una caída (...) el 5 de octubre de 2006 en la vía pública que le ocasionó una herida cortante en la rodilla izquierda, la cual fue suturada quedando una cicatriz suprarotuliana de 4,5 de largo x 1,5 cm de ancho, color blanquecino, deprimida, con piel atrófica, otorgándole una I.P.P. del 3% para la T.V. y la T.O.” (fs. 375 in fine/vta.). Asimismo, a fin de cuantificar el rubro en estudio, no puedo dejar de sopesar que Cristian llevará la lesión mencionada toda su vida, atendiendo incluso a su temprana edad. En función de tales pautas y las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que la Dirección de Medicina Forense ha informado que la lesión estética posee carácter permanente y lo que se verifica de la fotografía acompañada a la experticia (v. fs. 372 bis), se cuantifica la reparación en la suma de pesos treinta y cinco mil (\$ 35.000), a valores actuales, en favor de Cristian Fabián Floxo. 15°) Que en este estado corresponde expedirme sobre los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado (movilidad) petitionado por la accionante. Al respecto, los gastos de asistencia médico farmacéutica y otros, deben presumirse cuando resulta razonable su reclamo de acuerdo a las circunstancias del caso, las lesiones padecidas y el tratamiento de que fueron seguidas estas (conf. Daray, Hernán, “Accidente de tránsito”, Astrea, Bs. As., 1984, págs. 469 y ss.). Cabe recordar que la jurisprudencia ha reiterado en innumerables ocasiones que: “[e]stando acreditada la existencia de lesiones debe entenderse que la víctima debió incurrir en gastos médicos, de farmacia y traslados...”, (v. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, in re “B., M. L. c. A., M. A. y otros” del 29/04/2008, publicado en la La Ley Online). En el mismo sentido se ha señalado que “[l]os gastos de traslado y medicamento no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se advierte su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento a que fuera sometida la víctima” (v. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, in re “L., N. O. y otros c. Transportes Automotores Plusmar S.A. y otros”, del 21/12/2007, publicado en LA LEY 28/03/2008, 6 - LA LEY 2008-B, 496). Lo expuesto no significa que se ampare un enriquecimiento indebido, ni que el reclamo sea desproporcionado, pues la índole del gasto y su monto hacen suponer razonables las erogaciones denunciadas (en total \$800). En mérito de lo expuesto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y lo dispuesto por el art. 148 del CCAyT, estimo justo y equitativo admitir prudencialmente el rubro solicitado por la suma de pesos ochocientos (\$ 800), en favor de María Paula Laterza y de Claudio Fabián Floxo. 16°) Que en relación con los intereses reclamados, corresponde aplicar el criterio fijado en el plenario de la Cámara de este fuero en la causa “Eiben”, del 31/05/2013, exp. 30.370/0. En consecuencia, deberán aplicarse a los conceptos que se reconocen en este decisorio, un coeficiente que resulte del promedio 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). Esos intereses se deberán calcular a partir del día 5 de octubre de 2006, excepto el correspondiente al daño moral que se fija a valores actuales. 17°) En torno al planteo de inconstitucionalidad “del art. 4 de la ley 25.561, en cuanto en la modificación del art. 7 de la ley 23.928, impide toda forma de actualización monetaria.” (fs. 51), adelanto que no podrá tener favorable acogida en esta sede. En primer lugar, el artículo 7 de la ley Nº 23.928 (de conformidad con la redacción dada por el art. 4 de la Ley Nº 25.561) establece que “[e]l deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos

cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso de admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto.” A su turno, el artículo 10 de la misma ley (a su vez, sustituido por el art. 4 de la Ley Nº 25.561) dispuso que se mantuvieran derogadas “(...) con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional -inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.” Vista la normativa involucrada para el específico planteo que resta tratar en el presente pronunciamiento, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en sentido adverso al solicitado por la actora. En los autos “Santiago Dugan Trocello SRL c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía s/ amparo” (sentencia del 30/06/05 y con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación) se ha expresado dicho Tribunal en los siguientes términos: “(...) la prohibición al reajuste de valores así como de cualquier otra forma de repotenciar las deudas, ordenadas por los preceptos cuestionados, es un acto reservado al Congreso Nacional por disposiciones constitucionales expresas y claras, pues es quien tiene a su cargo la fijación del valor de la moneda y no cabe pronunciamiento judicial ni decisión de autoridad alguna ni convención de particulares tendientes a su determinación (Fallos 225:135; 226:261 y sus citas).”. Adicionalmente, se dejó sentado en la misma causa que “(...) no puede desconocerse que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos 313:410), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 314:424; 320:1166). Y que quien tacha de inconstitucional una norma tributaria aduciendo que viola sus derechos de propiedad e igualdad debe probar de modo concluyente cómo tal afectación ha tenido lugar (arg. Fallos 314:1293 y 320:1166).” Y, no obstante las razones expuestas en torno al examen de las políticas cambiarias decididas por el Poder Legislativo Nacional, este último aspecto reseñado en el párrafo que antecede es el que no ha sido probado en el marco de las presentes, es decir, cómo el derecho a la propiedad resulta violado y conculcado por la normativa impugnada. Así las cosas, los términos sumamente genéricos introducidos en la demanda impiden declarar la inconstitucionalidad de dicha normativa en los términos requeridos. Cabe asimismo señalar que la doctrina sentada en el fallo “Santiago Dugan Trocello SRL” ha sido mantenida por el Máximo Tribunal en los autos “ART Interacción SA c/ PEN ley 25.561 dtos. 1570/01 214/02 s/ proceso de conocimiento” (sentencia del 23/04/13) y en “Rosso, Pascual Venedetto c/ AFIP s/ acción declarativa de certeza” (fallado en 02/07/13). Adicionalmente cabe recordar lo expuesto por el TSJ en tanto, en un caso análogo al presente, expuso que la parte “(...) no ha demostrado que la modalidad determinada para el cálculo de los

accesorios del capital adeudado en autos redunde en un efectivo menoscabo patrimonial (...) y que la accionante tampoco ha meritado la proyección que las referidas leyes nº 23.928 y 25.561 tienen en la cuestión debatida” (apartado 7.2 del voto del Dr. Casás, in re “Sulimp SA c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido”, expediente Nº 7375/0, sentencia del 22/06/11). Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal, es que el planteo en estudio no podrá prosperar. 18º) Por último, respecto del planteo de inconstitucionalidad formulado en torno a la ley 24.432, toda vez que la norma no resulta de aplicación en este fuero local, correspondiendo tener en cuenta al momento de regular emolumentos lo normado por la ley 5134, es que deviene abstracto expedirme sobre el punto. Por las consideraciones expuestas, FALLO: 1) Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por María Paula Laterza, Claudio Fabián Floxo y Cristian Fabián Floxo contra Francisco Rodolfo De Vita, condenándolo a pagarles la suma de pesos treinta y cinco mil ochocientos (\$35.800) con más los intereses que correspondan, los que se liquidarán en la forma indicada en el considerando nº 16. Las costas se imponen al demandado vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT). El pago de la condena deberá efectuarse dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente. 2) Rechazar la demanda interpuesta contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; con costas por su orden, atento que la parte actora pudo haberse creído con derecho a peticionar como lo hizo (art. 62 CCAyT). 3) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada la liquidación definitiva. Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría, y al Ministerio público Fiscal mediante la remisión de las presentes y, oportunamente, archívese.