

%06zè!Rèu7A|Š

DAÑOS Y PERJUICIOS - COSAS INERTES - PRUEBA DEL DAÑO- GRAVE

DIFICULTAD PROBATORIA

Con fecha 09 días de Abril de 2013, la Sala I de la Exma. Cámara de Apelación en lo Civil y comercial de Azul dictó sentencia en la causa "LOPEZ OSORNIO EMA RAQUELC/ ULTZAMA SA S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)" (Causa N° 57.601), en materia de daños causados por cosas inertes en un caso de grave dificultad probatoria

Causa N° 1-57601-2013 -

"LOPEZ OSORNIO EMA RAQUELC/ ULTZAMA SA S/DAÑOS Y PERJ.

DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 2 - OLAVARRIA

N° Reg.

N° Folio

En la Ciudad de Azul, a los 9 días del mes de Abril de 2013 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Esteban Louge Emiliozzi, Lucrecia Inés Comparato y Ricardo César Bagú, para dictar sentencia en los autos caratulados: "LOPEZ OSORNIO EMA RAQUELC/ ULTZAMA SA S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO) ", (Causa N° 1-57601-2013), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los

arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

- C U E S T I O N E S -

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 154/157?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

- V O T A C I O N -

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

I) El presente proceso fue promovido por la **Sra. Ema Raquel López Osornio**, quien acciona contra **"Ultzama S.A."**, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de una caída en la vía pública.

Al relatar los hechos refiere la actora que el día 15 de agosto de 2009, siendo las 11:15 horas aproximadamente, sufrió una caída en la calle mientras regresaba a su casa, sita en Rivadavia 2008 de la ciudad de Olavarría, desde el almacén ubicado en calle Rivadavia 2121, donde había concurrido a hacer las compras diarias. Puntualiza que el hecho se produjo en la intersección de las calles Rivadavia y Pelegrino, cuando se dirigía a su casa caminando por la vereda de la calle Rivadavia en dirección Norte Sur y se disponía a cruzar la calle Pelegrino. Recuerda que en ese

momento la empresa demandada estaba a cargo de las obras de repavimentación de las calles del Barrio San Vicente de la ciudad de Olavarría. Indica que el hecho puntual que produjo su caída fue el haber tropezado con un piolín que atravesaba la calle Rivadavia a la altura de la intersección con la calle Pelegrino. Refiere que dicho hilo estaba a diez centímetros del suelo, sujetado en uno de sus lados por uno de los fierros que salían del lateral de la calle Pelegrino, y por el otro de un tambor que se hallaba en el medio de dicha calle entre Rivadavia y Moreno. Expresa que ese piolín, que se utilizaba para marcar las cuadrículas de las calles, no estaba señalizado, ni tampoco existía ningún cartel que indicase el peligro de transitar por allí. Refiere que en virtud de la caída se fracturó el codo izquierdo, por lo que con fecha 3 de septiembre de 2009 debió ser intervenida quirúrgicamente y colcársele una prótesis. Afirma que como consecuencia del hecho le ha quedado una incapacidad importante, ya que pese a la operación, la prótesis y las sesiones de kinesiología, no ha podido recuperar la movilidad total del brazo y es constante el dolor que padece.

En el plano de la responsabilidad, entiende que ésta le cabe a la empresa demandada por el hecho de sus dependientes y de las cosas de las que se sirve o que tiene a su cuidado (art. 1113 del Código Civil).

En cuanto a los rubros resarcitorios, reclama la reparación del daño moral y del daño psíquico, por las sumas de \$ 20.000 y \$ 10.000, respectivamente.

Ofrece prueba y funda en derecho.

II) Bilateralizada la demanda bajo el cauce del proceso sumario (conf. fs. 16), a fs. 23/26 se presentó la accionada a contestarla y solicitar su rechazo, con costas a la actora.

Tras negar todos y cada uno de los hechos articulados en la demanda, la accionada afirma enfáticamente que el supuesto “piolín” nunca existió y por ende el accidente que menciona la actora jamás pudo haber ocurrido. Además de ello denuncia ciertas inconsistencias y contradicciones que encuentra en el escrito de demanda, comenzando con que en ésta se afirma que el accidente acaeció el 15.08.09. y en la orden de prestación médica que como prueba documental adjunta la actora (fs. 3) se consignó que fue el 15.09.09. También destaca que del propio relato de la actora se desprendería que el supuesto accidente tuvo lugar a las 11:15 horas, es decir, a plena luz del día, por lo que teniendo en cuenta la excelente visibilidad existente a esa hora y que todo el sector se encontraba debidamente señalizado, no es razonable que la actora no haya podido advertir la existencia del supuesto piolín con el que dice haber tropezado. También argumenta que conforme las propias manifestaciones de la actora el piolín se encontraría a 10 cm.

del suelo, lo cual lo tornaría aún más visible. Añade que a todo ello se le suma el contexto general de "estado" de obra y construcción de la vía pública, descrita en su demanda por la misma actora y el conocimiento previo al evento dañoso por parte de aquella, todo lo cual exige a quien circula por una vía pública que se encuentra en obra que extreme el cuidado. Señala que en el hipotético caso de que la actora lograra probar los hechos que invoca sería la única culpable del evento dañoso (art. 1111 del Código Civil).

Ofrece prueba y funda en derecho.

III) Luego de abrirse la causa a prueba (fs. 33) y transitarse por las alternativas propias de dicha etapa procesal, a fs. 154/157 se dictó sentencia de primera instancia, la que rechazó la demanda, impuso las costas a la actora y reguló honorarios a todos los profesionales intervinientes.

Para así decidir, la Sra. Juez de grado comenzó por afirmar -con cita de abundante y prestigiosa doctrina y jurisprudencia- que a las cosas inertes y riesgosas les es aplicable el régimen del art. 1113 del Código Civil, lo que implica que el actor debe probar el perjuicio y la intervención de la cosa que lo produjo.

Partiendo de esa premisa, la anterior sentenciante se abocó a la valoración de la prueba rendida en autos. En esa faena, afirmó que los testimonios aportados por la actora indican que en la zona de Rivadavia y Pellegrini

estaban haciendo el pavimento, pero el testigo Colomba (fs. 63) responde a la pregunta séptima que no vio el piolín, la testigo Gutiérrez (fs. 65) que vio el piolín (respuesta 5ta.) pero no el accidente, y lo mismo para la testigo Lastra (fs. 64) que vio el piolín (respuesta 5ta.) pero no el accidente (respuesta 9na.). Por otra parte, los testimonios de fs. 70 a 74 -ofrecidos por la demandada y consistentes en empleados suyos que trabajaron en la obra- resultan coincidentes en manifestar que existía una obra de repavimentación, que había cintas indicadoras de peligro, que no se usaba piolín para medir y que no vieron la caída de la actora.

Todo ello condujo a la Sra. Juez "a quo" a concluir que no existen elementos que permitan establecer la relación causal entre la cosa riesgosa (el piolín, ubicado entre el cordón y la vereda) y la caída que denuncia la Sra. López Osornio, lo que impone el rechazo de la demanda.

IV) El decisorio reseñado en el apartado anterior fue apelado por la actora a fs. 160. Recibidos los autos en esta instancia, expresó agravios a fs. 178/180, sin recibir respuesta de la contraria.

En lo medular, la recurrente alega que ha mediado una incorrecta valoración de las pruebas rendidas, tanto en relación a los testigos ofrecidos por su parte, como respecto a los testimonios brindados por los dependientes de la demandada, los que por esta circunstancia carecen de valor probatorio. Concluye de este modo que han quedado acreditados

los presupuestos de la responsabilidad, y por ende la demanda debe prosperar.

V) A fs. 183 se llamó autos para sentencia y a fs. 185 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VI.a) Con todo acierto, la Sra. Juez de grado encuadró la cuestión en el marco de las **cosas inertes riesgosas o viciosas**, afirmando además que a ellas les es aplicable la doctrina del riesgo creado regulada en el art. 1113 2do. párrafo "in fine" del Código Civil.

Creo oportuno abrir un paréntesis para mencionar que si bien en la demanda también se invocó como factor de atribución el **hecho de los dependientes**, y la anterior sentenciante no incursionó en ello, tal proceder es de toda lógica si se tiene en cuenta que ambos constituían las dos caras de la misma moneda, ya que la falta que en la demanda se atribuía a los dependientes era la de haber colocado un piolín a 10 cm. del suelo y sin señalizar. En este entendimiento, en la expresión de agravios no se critica a la sentencia por no haber considerado la cuestión desde la óptica de la responsabilidad del dependiente, sino que -como vimos- solo se cuestiona la valoración de la prueba.

El correcto encuadre efectuado por la anterior magistrada, que además no ha sido objeto de agravios, me releva de extenderme en consideraciones jurídicas (doctr. arts. 266, 272 y conc. del C.P.C.C.). Sólo diré, *obiter dicta*,

que esta Cámara, a través de sus dos Salas, se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre este tópico (daños causados por cosas inertes) en sentencias en las que abundan las citas de doctrina y jurisprudencia, destacándose, dentro de esta última, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Sala I, causas n° 47.204, "Sosa", del 06.10.04., voto del Dr. Céspedes; n° 47.557, "Cuello", del 22.10.04., voto de la Dra. Fortunato; n° 48.678, "Mendiburu", del 28.12.05., voto de la Dra. Fortunato; n° 50.764, "Cebreiro", del 16.08.07., voto de la Dra. Fortunato; n° 51.130, "Cagnoli S.A.", del 06.12.07., voto del suscripto; n° 52.373, "Gabarrot", del 11.03.09., voto del suscripto; n° 53.514, "Romay", del 18.11.09., voto del suscripto; Sala II, causas n° 38.517, "Gómez", del 01.07.97., voto del Dr. Galdós, publicada en J.A. 1998-II-222; n° 42.469, "Cerdeiro", del 26.06.01., voto del Dr. Galdós; n° 48.689, "Devitto", del 08.09.05., voto de la Dra. de Benedictis; n° 48.968, "Desch", del 13.12.05., voto del Dr. Peralta Reyes, entre otras).

Sintéticamente me limitaré a decir que el punto de partida que subyace en todos estos pronunciamientos es que para responsabilizar al dueño o guardián por accidentes derivados de las cosas no es requisito que éstas se encuentren en movimiento. Ello es así por cuanto las **cosas inertes** pueden causar un perjuicio, como ocurre con un árbol caído que bloquea una ruta, el foso donde puede caer

una persona, las obras en construcción o los baches en veredas o calzadas. En consecuencia, no interesa el `modo´ con que se hace efectiva la potencia dañosa que encierra la cosa; ésta es fuente del perjuicio cuando, `mecánicamente´ pasiva, ha sido `causalmente´ activa. Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando su anormal situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una consecuencia dañosa" (Zavala de González, "Accidentes y causalidad", en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 15, "Accidentes", pág. 33 y ss., especialmente punto 13, "Accidentes causados por cosas inertes").

También creo oportuno mencionar, dadas las particularidades de este caso, que en los dos fallos de la Sala II de este Tribunal que llevaron el primer voto del estimado colega Dr. Galdós ("Gómez" y "Cerdeiro") se dijo -con cita de un voto del Dr. Bueres- que en materia de daños derivados por la **ejecución de obras públicas** o por riesgo o vicio del camino (baches, zanjas, pozos, etc...) se aplica el art. 1113 párr. 2º, in fine, estableciéndose la responsabilidad concurrente o in solidum, del dueño de la calle (el Estado, en sentido genérico) y del guardián (el contratista ejecutor de la obra), siendo inoponibles a la víctima los pliegos de licitación que establecen la asunción total de responsabilidad por parte de estos últimos, y sin perjuicio -claro está- de la acreditación, a cargo de los

accionados, de que fue el comportamiento de la víctima el hecho causatorio -total o parcial- de su propio daño.

b) Sin lugar a dudas, las mayores dificultades que presenta este caso se vinculan al aspecto fáctico, en torno al cual giran los agravios. Ello no ha de sorprendernos, pues -conforme tendremos oportunidad de ver más adelante- en muchos de los precedentes recaídos en supuestos de daños causados por cosas inertes se han debido afrontar dificultades semejantes.

A mi modo de ver, existen dos factores fundamentales que convergen para que ello sea así.

En primer término, existe cierto consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de que, tratándose de cosas inertes, la carga de alegación y prueba del actor se ve en cierto modo agravada. Es que, tal como lo explica Juan Manuel Prevot, la doctrina mayoritaria entiende que tratándose de una cosa "móvil" (ascensores, automotores, trenes, etc...) incumbe a la víctima acreditar la intervención material de la misma, situación a partir de la cual se presume que esta ha sido activa y por consiguiente causal, correspondiendo al dueño o guardián, para liberarse, probar una causa ajena. En cambio, cuando se trata de una cosa "inerte" (escalera, el piso, el automóvil estacionado, etc...) se requiere dar cuenta, además de la intervención material de la cosa en el evento lesivo, de su rol activo, lo que a diferencia de las cosas en movimiento, no se presume sino que

resulta de su posición o comportamiento anormal, cuando no de un defecto o anomalía (autor citado, "Daños causados por cosas inertes" (jurisprudencia agrupada), en L.L. Córdoba, año 2011, pág. 1043; del mismo autor "Cosas inertes y nexo causal", en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, febrero de 2008, pág. 6 y sig.; puede verse también a Sagarna, Fernando A., "El vicio, los riesgos recíprocos y el factor etiológico en la causación de perjuicios", en L.L. 1994-C-361; Mayo, Jorge A., "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", E.D., 170-997; Pizarro, "Algunas reflexiones en torno a los daños causados por cosas inertes", en L.L. Córdoba, 2006-1244). Es más, tal como lo aclaran Prevot y Pizarro en los trabajos citados, dentro del universo de las cosas inertes también pueden hacerse distinciones, ya que cuando la cosa inerte no presenta un grado de peligrosidad intrínseca o natural, es menester la alegación y prueba categórica de dicha riesgosity, lo que equivale a decir que el actor debe argumentar y demostrar en qué consiste ese riesgo, cómo opera, o lo que es igual, porqué la cosa inerte es riesgosa.

El segundo factor que a mi entender coadyuva a la dificultad probatoria en esta materia es que en muchos casos -aunque no en todos- los hechos se suceden de tal manera que luego no es sencillo acreditarlos a través de algún medio de prueba. Para ilustrarlo con ejemplos, pensemos que en la mayor parte de los accidentes de tránsito en los que

intervienen dos automotores es relativamente sencillo probar cómo fue el accidente, para lo cual se cuenta con un medio de prueba "por excelencia" que es la pericial accidentológica, que se vale generalmente de los rastros que quedan en la vía por la que circulaban los automóviles y de las deformaciones que éstos sufren, al margen de que puedan aportarse otras pruebas, como testigos. En cambio, tratándose de accidentes producidos por cosas inertes, muchas veces no existen elementos sobre los cuales hacer una pericia para aclarar cómo fue el hecho (aunque sí para constatar los daños), o no existen testigos presenciales del mismo. El caso más frecuente -y el presente proceso es el más claro ejemplo- es el del peatón que se cae en la vereda o en la calle, accidente que en algunos casos puede ser presenciado por testigos y en otros no, y generalmente es muy dificultoso determinar si la caída obedeció a la intervención de una cosa inerte riesgosa o viciosa (como pozos, zanjas, desniveles, etc...) o a la propia conducta de la víctima.

Como antes decía, estas dificultades probatorias se han hecho evidentes en una buena parte de los pronunciamientos que han versado sobre daños producidos por cosas inertes, conforme tendremos oportunidad de ver a continuación.

En algunos casos no han surgido dificultades para determinar la **existencia de la cosa inerte**

riesgosa o viciosa, pero sí la **relación causal** entre ella y el resultado dañoso.

Un claro ejemplo de ello lo constituye una sentencia de la S.C.B.A. en la que se citan precedentes del mismo tribunal (Ac. 82.317, "Gariboldi, Juan Carlos c/ Dirección de Vialidad Provincial s/ Daños y Perjuicios", del 10.09.03). Se trataba de un caso en el que se reclamaba al ente provincial por los daños presuntamente derivados de un desnivel existente en una ruta (cuya existencia estaba probada) que, según se infiere de la lectura del fallo, habría provocado que el conductor de un vehículo pierda el control del mismo y colisionara con otro. La Suprema Corte, por mayoría, confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones que rechazaba la demanda, por entender que el actor no había logrado probar algunos de los presupuestos de aplicación del art. 1113 del Código Civil. Concretamente, no sólo no se había demostrado la relación de causalidad entre el vicio de la cosa (el bache) y el daño, sino tampoco "el lugar de tal cosa con relación al hecho", es decir, "la intervención activa de la cosa riesgosa".

En idéntico sentido se resolvió uno de los precedentes de esta Sala antes citados (causa n° 52.373, "Gabarrot", del 11.03.09.) en el que estaba probada la existencia de un profundo badén que atravesaba un camino rural, pero no su relación causal con el daño sufrido en el

vehículo del actor, destacándose en el fallo la falta de precisiones que contenía la demanda.

En otros casos se encuentra probada la **existencia** de la cosa inerte, pero existen dudas en torno a su **estado** en el momento del hecho (es decir, si por su anormal ubicación genera riesgos o tiene algún vicio), y su **relación de causalidad** con el accidente.

Esta situación se presentó en otro precedente de esta Sala ya citado (causa nº 47.204, "Sosa....", del 06.10.04.) en el cual se discutía si una estructura de mampostería ubicada en la calle, sobre la cual se asienta y cierra una tapa de inspección (cuya existencia no era controvertida), presentaba un "borde sobresaliente" el día del accidente, y si dicho borde había sido la causa de la caída de la víctima que circulaba en moto. En su meduloso voto el estimado ex colega de esta Sala Dr. Céspedes tuvo por acreditados todos los presupuestos de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta para ello los escasos elementos probatorios reunidos, entre ellos un testigo único que no vio el accidente sino que "escuchó el ruido" y acudió al lugar en los instantes posteriores al hecho.

Un caso similar se presentó en un fallo dictado por la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ("Bruno c/ Aguas Argentinas S.A." del 12.06.08., L.L. 2008-E-170) en el cual no estaba controvertida la existencia de la cosa inerte (una tapa plástica propiedad de la empresa

demandada), pero sí su estado al momento del accidente (si estaba o no rajada), y si el infortunio sufrido por el patón guardaba relación causal con esa cosa. De todos modos la resolución del caso no fue difícil pues existían testigos directos del hecho.

Dentro de este grupo de fallos también podemos ubicar a otro de los precedentes de la Sala II de este Tribunal antes citados (causa n° 48.968, "Desch", del 13.12.05.), en el cual no estaba cuestionada la existencia de la cosa inerte (un puente peatonal) pero sí su estado (es decir, si presentaba o no vicios que lo tornaran peligroso) y su relación causal con el accidente, ya que la demandada alegaba culpa de la víctima. En el fallo de alzada se confirma el de primera instancia que admitió la demanda, fundándose el decisorio en la declaración de un testigo único que vio el accidente y pese a que éste no recordaba algunos detalles secundarios del hecho.

Por último, existen precedentes en los que está controvertida la **existencia misma** de la cosa inerte riesgosa o viciosa, y -por añadidura- la **relación causal** entre ella y el resultado dañoso. Es casi innecesario decir que estos casos son los que revisten la mayor complejidad desde el punto de vista probatorio.

Ello aconteció en otro de los precedentes de esta Sala ya citados (causa n° 47.557, "Cuello", del 22.10.04.), en el que la víctima, que había

sufrido un daño en uno de sus ojos que la llevó a perder la visión del mismo, alegaba que el accidente se produjo mientras conducía su bicicleta por una calle y no advirtió la presencia de una ramilla imperceptible de un árbol, ubicada en forma imprudente y negligente en la vía pública (a bajísima altura, en forma abierta sobre la arteria pública). El fallo confirmó el rechazo de la demanda, en razón de no haberse probado la existencia de la ramilla del árbol, y -por añadidura- su relación causal con el accidente. También se pusieron de resalto ciertas imprecisiones contenidas en el escrito de demanda, tal como luego lo hizo este mismo tribunal en la causa "Gabarrot".

Una situación análoga debió resolver este mismo tribunal en la causa n° 48.678, "Mendiburu", del 28.12.05., en la que una menor que era socia de un club alegaba que hallándose en zonas aledañas a las piletas del mismo tropezó con un obstáculo y golpeó su cara con una sombrilla que se hallaba frente suyo, la que según sus dichos tenía una varilla suelta, que le provocó traumatismo en el ojo izquierdo. Si bien no estaba discutida la existencia de la sombrilla, sí estaba controvertido que ésta tuviera una varilla suelta o "salida de la lona" y como tal fuera viciosa. El fallo de alzada, confirmando el de primera instancia, tuvo por acreditado el vicio de la cosa y su relación causal con el daño, y consecuentemente admitió la demanda, aunque adjudicando un porcentaje de responsabilidad a la víctima.

Para ello se valoraron declaraciones de testigos pese a que ellos no habían visto el momento exacto en el que se produjo la caída de la menor sobre la sombrilla. También se valoró que la lesión que sufrió la víctima (“trauma penetrante sobre párpado superior ojo izquierdo”) era compatible con el tipo de lesión que podía producir una varilla de esas características.

Si bien la reseña que antecede constituye un pequeño muestrario de la gran cantidad de precedentes que han debido abordar esta temática, es suficiente para advertir -tal como lo anticipara- que en muchos de ellos subyacen dificultades probatorias, las que se tornan más críticas cuando está discutida la existencia misma de la cosa inerte.

c) El caso que ahora nos ocupa reviste una **grave dificultad probatoria**, pues, al margen del daño -tema sobre el cual volveré- se encuentra discutida la existencia misma de la cosa inerte riesgosa (el “piolín” tensado a unos 10 cms. del suelo), la caída de la víctima en ese lugar, y -por carácter transitivo- la relación causal entre la cosa riesgosa y el daño.

1. Por el lado de la demandada declararon cinco testigos, quienes lo hicieron a tenor del pliego de preguntas contenido a fs. 68 (testigo Velazque a fs. 70, testigo Sepúlveda a fs. 71, testigo Roldán a fs. 72, testigo Ferreyra a fs. 73 y testigo Palavecino a fs. 74). Todos estos testimonios son prácticamente idénticos, ya que se

trata de dependientes de la demandada que trabajaron en la obra, explican que no se usaban piolines porque ya había cordones y entonces “iban tirando por el cordón que estaba hecho” (fs. 71), y ninguno de los testigos vio el accidente (respuesta a la pregunta quinta).

En cambio, los testimonios ofrecidos por la actora para contestar las preguntas formuladas a fs. 60 ofrecen diferencias de matices, aunque también coinciden en algunos aspectos medulares.

En el caso del testigo Colomba (fs. 63), quien no está comprendido en las generales de la ley (resp. 1ra.), se trata de una persona que tiene un negocio a media cuadra de donde ocurrió el accidente. Dijo haber visto cuando la víctima se cayó “al bajar de la vereda” (resp. 8va.). Preguntado acerca de si en el lugar había un piolín, contestó “yo estaba a media cuadra, de ahí no veía el piolín, podía estar en el piso” (resp. 5ta.). Y también dijo “había tambores en varios lados y los fierros que ponen en varios lados, la gente transitaba, yo no ví el piolín. Parecían como si estuvieran midiendo el nivel del asfalto” (resp. Sexta). También mencionó que en el lugar no había señalización porque estaba cortado en Rivadavia y Del Valle, de modo que no se podía transitar en vehículos (resp. 4ta.).

En el caso de la testigo Lastra (fs. 64), si bien dice no estar comprendida en las generales de la ley (resp. 1ra.), luego afirmó que es amiga de la actora

(resp. 11ra.); sin embargo no afirmó ser amiga "íntima" como lo exige el art. 439 inc. 4to. del C.P.C.C., lo cual podría explicar la aparente contradicción. Esta testigo declaró que la obra no estaba señalizada (resp. 4ta.), que se utilizaban piolines (resp. 5ta. y 6ta.), que éstos no estaban señalizados (resp. 7ma.), y que si bien no vio el accidente dado que es vecina vio "cuando la traían accidentada" y cuando la llevaron al hospital (resp. 9na. 11ra.).

Por último, la testigo Gutiérrez (fs. 65), no comprendida en las generales de la ley (resp. 1ra.), dijo que la obra no estaba señalizada (resp. 4ta.), que había piolines y que estaban a unos diez centímetros del suelo aunque no recuerdan cómo estaban sujetos (resp. 5ta. y 6ta.), que los piolines no estaban señalizados (resp. 7ma.), que la víctima se cayó (resp. 8va.), y que ella no vio el accidente sino que la vio cuando la llevaba un hombre que cree que era de la empresa (resp. 9na. y 11ra.).

En estos casos, en que existen diferencias entre las distintas declaraciones testimoniales, se ha dicho que si no existe mérito para privilegiar ciertas declaraciones por sobre otras corresponde prescindir de este medio probatorio (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.; esta Sala, causas n° 27.153, "Massaro" del 03.10.85.; n° 29.887, "Sautu" del 24.06.88.; n° 32.287 "García", del 27.03.91.; n° 51.424 "Arrieta" del 31.03.08.; Sala II, causa n° 37.176, "Popovich de Vismara" del 19.03.96. y doctrina y jurisprudencia allí

citadas: Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", Tº IV, pág. 654; Devis Echandía, Hernando "Requisitos para la existencia del testimonio de terceros", en Rev. Arg. de Derecho Procesal N° 4, año 1968, pág. 33 y subs.). Sin embargo, y conforme se desprende de lo dicho, tan extrema solución se impone solo en caso de que no existan elementos que permitan privilegiar un testimonio por sobre el resto, ya que en caso contrario *"no se afectan las reglas de la sana crítica cuando por motivos razonables se da mayor fe a unos testigos sobre otros"* (Conf. Ac. y Sent. 1967-II, pág. 13; 1967-I, pág. 599; 962-II, pág. 104; 1961-V, pág. 537, citados por esta Sala en causas n° 50.147 "González" del 07.12.06.; n° 51.499, "Bonetto" del 30.04.08.; n° 51.586, "Juan" del 21.05.08.; n° 52.328 "Cooperativa" del 23.12.08.; n° 56.170, "Masson" del 17.05.12.; n° 56.547, "Reyero" del 14.06.12., entre otras; Cám. de Apel. en lo Civ., Com., Crim. y Correcc. de Zárate, 15.10.96., L.L.Bs.As. 1997-251, citado en "Código Procesal..." de Highton - Areán, T. 8, pág. 366).

En el caso de autos, anticipo al acuerdo que en razón de los motivos que a continuación explicaré, he de privilegiar las declaraciones de los testigos de la actora por sobre los de la demandada (doctr. arts. 384 y 456 segunda parte del C.P.C.C.).

En primer término, entiendo que no es gravitante que la accionada haya ofrecido un mayor número de testigos, pues los testigos se "pesan" y no se "cuentan" (esta

Sala, causa n° 47.204, "Sosa", del 06.10.04., con sus citas, entre muchas otras). Por lo demás, es fácilmente comprensible que ello haya sido así, pues la accionada ofreció la declaración de dependientes suyos que trabajaron en la obra. En cambio, y como ya lo dije antes, en el caso del peatón que sufre una caída en la calle no es sencillo ofrecer testigos, pues tales caídas no siempre son presenciadas por otra persona. Y aún cuando existieran testigos presenciales la víctima no siempre toma la precaución de recabar sus datos para luego ofrecerlos como testigos, máxime cuando sufrió una lesión de importancia -como ocurre en el caso que nos ocupa-, dado que en la emergencia se privilegia la atención de la lesión.

En segundo lugar, y como ya ha sido dicho, todos los testigos ofrecidos por la demandada son dependientes suyos que trabajaron en la obra. Al respecto, este tribunal tiene reiteradamente dicho que el hecho de que un testigo se encuentre comprendido en alguna de las causales previstas en el art. 439 del C.P.C.C. (interés directo o indirecto en el pleito, amistad, relación de dependencia) no conduce a su exclusión como testigo, pero amerita que sus dichos sean ponderados con mayor estrictez (esta Cámara Sala II, causa n° 44.651, "Las Heras...", del 24.10.02., voto Dr. Galdós; Cám. de Apel. en lo Civil, Sala G, "Araujo c/ Banco de Galicia", del 05.09.07., voto Dra. Areán, pub. en La Ley del 13.12.07.; esta Sala, causas n° 52.328, "Cooperativa" del

23.12.08.; n° 54339, "El 34.899", del 21.12.2010; n° 55.193, "Sucesores de Abdala" del 25.08.11.; n° 56.539 y 56.540, "Pereyra" -acumuladas-, del 20.09.12., entre otras). En este caso, no ha de perderse de vista que la demanda se fundó en el riesgo de la cosa inerte (el piolín) pero también en el hecho de los dependientes, por lo cual los testigos ofrecidos por la demandada tienen un interés -aunque más no sea moral, al menos por el momento- en el resultado del pleito, lo que amerita que sus dichos sean valorados con suma precaución.

Como contrapartida, los testigos ofrecidos por la actora no están comprendidos en las generales de la ley, generándose una situación dudosa únicamente en relación a la testigo Lastra, aunque -como antes dije- tampoco se encontraría en dicha situación dado que dijo ser "amiga" de la actora pero no "amiga íntima" como lo exige el art. 439 inc. 4to. del C.P.C.C.

Partiendo de esa premisa, el testimonio del Sr. Colomba (fs. 63) es sumamente valioso por haber sido el único testigo que presencié la caída de la víctima. Esta circunstancia -ser un testigo único- no le quita valor a su declaración, ya que, como antes dije, es doctrina aceptada que los testimonios se "pesan" y no se "cuentan", y ya hemos visto que al menos dos de los precedentes de esta Sala que versaron sobre daños causados por cosas inertes se fundaron en un testimonio único (Sala I, causa "Sosa"; Sala II, causa "Desch") e inclusive el primero de ellos fue un testigo que no

vio el accidente sino que oyó los ruidos y acudió al lugar. Por otra parte, y en sintonía con lo dicho por la Sala II de este Tribunal en la segunda de las causas recién citadas, entiendo que la fuerza probatoria de este testimonio no se ve disminuida por el hecho de que el testigo no pueda brindar precisiones sobre algunos detalles, aún cuando estos sean importantes, como es la existencia misma del piolín. La explicación que brinda el testigo al respecto es más que atendible, ya que manifiesta “yo estaba a media cuadra, de ahí no veía el piolín, podía estar en el piso” (resp. 5ta.) de modo que no niega la existencia del piolín, sino que afirma que no lo podía ver. Es dable aclarar que una vez ocurrido el accidente el testigo no se acercó al lugar porque la víctima ya había sido auxiliada y él tenía que seguir atendiendo el negocio (respuesta décima). Por lo demás, el testigo afirma “había tambores en varios lados y los fierros que ponen en varios lados (...) parecían como si estuvieran midiendo el nivel del asfalto” (resp. 6ta.), lo cual se condice con el relato contenido en la demanda.

Por su parte, los testimonios de Lastra (fs. 64) y Gutiérrez (fs. 65) son concordantes en cuanto a que en la obra se utilizaban piolines y éstos no se encontraban señalizados. En relación a la caída de la víctima, si bien estas testigos no la presenciaron en el momento mismo en que tuvo lugar, sí vieron a la víctima instantes después, por lo que deviene aplicable la doctrina sentada por esta Sala en la

causa "Mendiburu" -ya citada- en cuanto a que esa circunstancia no conlleva necesariamente a la descalificación de sus manifestaciones, que pueden y deben ser apreciadas teniendo en cuenta también los restantes elementos probatorios.

2. Al margen de la valoración que de la prueba testimonial he efectuado en los párrafos que anteceden, entiendo que existe otro elemento que reviste importancia para tener por acreditada la existencia del piolín. Me refiero a la conducta procesal de la accionada, quien en la contestación de demanda se limitó a negar los hechos alegados en la demanda y a achacar culpa a la víctima, sin suministrar una explicación satisfactoria de las razones por las cuales no debían utilizarse piolines en una obra de esas características, la cual recién fue suministrada por sus testigos en sus declaraciones testimoniales. Esta cuestión, lejos de ser menor, constituye uno de los aspectos más dirimientes de la litis, por estar referida a la existencia misma de la cosa riesgosa.

En efecto, si la demandada pretende sostener que en esa obra no era necesario utilizar piolines por una razón técnica determinada, debió alegarlo -con claridad- al contestar demanda, y luego probar ese hecho impeditivo (doctr. arts. 354 inc. 2do., 375 y conc. del C.P.C.C.), siendo que se encontraba en inmejorables condiciones de hacerlo, en razón de su profesionalidad.

Como bien dice Isidoro Eisner, antes de la carga de la prueba existe la carga de la afirmación, que no pesa sobre el actor sino también sobre el demandado. Éste debe afirmar desde el comienzo del juicio, en momentos en que se traba la relación procesal, todos aquellos hechos que valen de sustento a su pretensión jurídica, ya sea que se alegue una simple defensa o una excepción o que pretenda que los hechos ocurrieron de un modo distinto a lo que sostiene el actor ("La prueba en el proceso civil", pág. 20; esta Sala, causas n° 51.962, "Casarín...", del 22.07.08.; n° 51.985, "Siri...", del 30.09.08.; n° 52.700, "SEDESA...", del 18.02.09., entre otras).

En la misma senda, afirma Peyrano que "En el ámbito del proceso de conocimiento, se está abriendo paso la idea consistente en abandonar (...) la licencia otorgada hoy legalmente a la demandada de limitarse a negar los hechos invocados por la actora en su demanda, por más que, evidentemente, hubiera participado y tenido injerencia en la base fáctica alegada por ésta última. ¿Por qué no imponerle en tal hipótesis que aporte y pruebe su propia versión de los hechos, en vez de concederle graciosamente la posibilidad de que se circunscriba a negar, desplazando así todo el onus probandi hacia el demandante? (...)" (Peyrano, Jorge, W. "El principio de cooperación procesal", La Ley, 2010-A, 1062, cit. por esta Sala en causa n° 54460, "Berlari...", del 01.03.11. y n° 55.278, "Burton", del 04.08.11., entre otras).

Por lo demás, entiendo que la accionada no sólo incumplió con la carga de la alegación en este aspecto, sino también con la carga de la prueba, ya que podría haber recurrido al medio más idóneo al efecto, como es una pericial de ingeniería (doctr. art. 457 del C.P.C.C.). Los únicos que proporcionaron una explicación sobre los motivos por los cuales no era necesario utilizar piolines fueron los testigos de la demandada, pero -aún disimulando que declararon sobre un hecho no alegado explícitamente- no se trataba del medio más idóneo por tratarse de dependientes de la demandada, lo que le quita credibilidad a sus dichos pese a tratarse de testigos especializados (art. 441 2da. parte del C.P.C.C.). Reitero que la prueba más idónea hubiera sido la pericial, por provenir de una persona con conocimientos especiales (art. 457 del C.P.C.C.) e imparcial.

3. Como corolario de lo expuesto en los puntos anteriores concluyo que en autos ha quedado acreditada la existencia de una cosa inerte que de por sí no es riesgosa, pero que se tornó tal por haber sido colocada indebidamente, y que la actora sufrió una caída en el lugar aproximado en el que estaban situados los piolines.

El daño provocado por esa caída queda probado con la orden de prestación de fs. 3 (siendo irrelevante el error en las fechas que se denuncia en la contestación de demanda pues es evidente que si la orden es de fecha 9/9/9 no puede dar cuenta de que el accidente ocurrió el

15/9/9), las declaraciones testimoniales de fs. 63 a 65, la pericia médica de fs. 86 complementada a fs. 132 (no observadas), y la Historia Clínica de fs. 100/129.

4. Llegados a este punto, resta constatar si se verifica el último de los presupuestos de la reponsabilidad civil, cual es el de la relación causal entre el daño sufrido por la víctima y la cosa inerte riesgosamente colocada. En otras palabras, debemos constatar si la caída de la actora fue provocada por el piolín.

Como antes vimos, este es otro aspecto dirimente en esta clase de reclamos, ya que en innumerables precedentes se ha constatado la existencia de la cosa inerte riesgosa o viciosa pero no así su relación causal con el daño sufrido por la víctima, lo que inexorablemente ha conducido al rechazo de la demanda.

En este caso, si bien los testigos ofrecidos por la actora abonaron su posición en los aspectos que ya hemos analizado, ninguno de ellos afirmó directamente que la caída de la actora se produjo como consecuencia de haber tropezado con el piolín.

Sin embargo, retomando lo que dije al comienzo de este apartado, no debemos olvidar que asistimos a un caso de grave dificultad probatoria, ya que en supuestos como el que ahora nos convoca (un peatón que se cae en la calle) es poco probable que exista un testigo que observe el

momento exacto de la caída y la causa *concreta* que produce la misma.

Frente a este panorama, son más que pertinentes las palabras vertidas por el Dr. De Lázzari en un precedente de la S.C.B.A. ("L. d. A., L. c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca y otros", del 20.08.2008, en LLBA-2008-967) en el sentido que "Es correcto sostener que, en los casos de grave dificultad probatoria, el juez debe apreciar el alto grado de probabilidad (no la seguridad absoluta) de que los hechos ocurrieran de cierta manera, como también lo es el que debe reunir la mayor cantidad de datos graves, concordantes, precisos, inequívocos, no contradichos, que le permitan inferir una inequívoca conclusión, etc. En otras palabras: se requiere al juzgador que, a través de pruebas directas o indirectas (como las presunciones), obtenga la certeza (así, sin adjetivación alguna) sobre cómo acaecieron los hechos."

En un profundo estudio de la cuestión relativa a los "modelos probabilísticos de valoración" se ha dicho que existen al menos dos grandes esquemas o modelos de evaluación racional del grado de probabilidad de las hipótesis: a) los modelos de valoración basados en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos, y b) los modelos de valoración basados en esquemas de confirmación, que se apoyan en la lógica o en los razonamientos inductivos (Marina Gascón Abellán, "Los hechos en el derecho. Bases

argumentales de la prueba", Marcial Pons, tercera edición, pág. 144 y sig.).

Si bien esta autora afirma que los modelos de valoración basados en la aplicación de métodos matemáticos han tenido escaso desarrollo en el derecho continental, y en términos generales coincido con tal apreciación, no podemos pasar por alto que -al menos en nuestro país- se recurre frecuentemente a esos métodos en materia de responsabilidades profesionales, y más puntualmente en los casos de mala praxis médicas. Es que, como advierte el Dr. Genoud en su voto en la causa "Leiva" (C. 97.827, del 09.06.10.), situados en el ámbito de la responsabilidad profesional, es dable reconocer que la teoría de la causalidad adecuada, en cuanto estructurada bajo un sistema de regularidad estadística, no puede más que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de probabilidad, sin que pueda el juzgador alcanzar la certeza absoluta (con cita de Prevot, Juan Manuel, "Relación de causalidad e infecciones intrahospitalarias", La Ley Gran Cuyo, 2006, febrero, 52).

En el caso de autos, si bien es naturalmente imposible recurrir a métodos estadísticos pues la singularidad del supuesto genera la inexistencia de estudios al respecto, sí es posible recurrir a razonamientos lógicos o inductivos, que integran las "máximas de la experiencia" y como tal la sana crítica (art. 384 del C.P.C.C.).

En efecto, siendo el sistema procesal de la apreciación de la prueba en nuestro Código Procesal, el de la sana crítica (art. 384), es conveniente recordar los conceptos expresados por Couture, quien las describe diciendo que "son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. Ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado puede analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento" ... "Las máximas de experiencia de que ya se ha hablado, contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y la conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia

de que todo hombre se sirve en la vida" ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", págs. 270 y sig., cit. por esta Sala en causa n° 54.661, "Basílico", del 23.12.2010; n° 55.573, "De Lorenzo", del 15.12.11., entre otras).

En función de ello, y tomando las palabras del Dr. De Lázzari, entiendo que es "altamente probable" que la actora haya caído como consecuencia de uno de los piolines existentes en el lugar y no por una mala maniobra suya al caminar, lo que afirmo dada la peligrosidad que genera un piolín colocado en esas condiciones (a 10 cm. del suelo y sin señalizar) y el dato empírico de que en general la gente que camina por la calle no cae "porque sí".

5. Como corolario de todo lo expuesto, encontrando reunidos todos los presupuestos de la responsabilidad civil, propiciaré al acuerdo acoger el agravio y admitir la demanda con los alcances que más adelante detallaré. Sin embargo, previo a ello estimo necesario detenerme en una cuestión que la accionada planteó en la contestación de demanda y que la Sra. Juez de grado no abordó por haber quedado desplazada, cual es la de determinar si medió culpa de la víctima en la producción de su propio daño, a lo que me abocaré en el apartado que sigue.

d) En pasajes anteriores ya he hecho referencia a antecedentes de las dos Salas de este Tribunal en los que se dijo que en los casos de daños producidos por cosas inertes es posible la acreditación, a cargo de los accionados,

de que fue el comportamiento de la víctima el hecho causatorio -total o parcial- de su propio daño, y concretamente en varias de esas causas se atribuyó un porcentaje de responsabilidad a la víctima por aplicación de los arts. 1111 y 1113 del Código Civil (esta Sala, causas n° 47.204, "Sosa", del 06.10.04.; n° 48.678, "Mendiburu", del 28.12.05.; n° 51.130, "Cagnoli S.A.", del 06.12.07.; n° 53.514, "Romay", del 18.11.09.; Sala II, causas n° 38.517, "Gómez", del 01.07.97.; n° 42.469, "Cerdeiro", del 26.06.01.; n° 48.689, "Devitto", del 08.09.05.).

En este caso, del escrito de demanda surge que la actora estaba al tanto de la obra de repavimentación que se estaba llevando a cabo frente a su casa y de la utilización de piolines, lo cual es corroborado por las declaraciones testimoniales de las Sras. Lastra y Gutiérrez. Así las cosas, entiendo que la actora actuó con cierto grado de desatención que la llevó a no observar la presencia del piolín con el que tropezó, pues la experiencia indica que, aunque delgados, los "piolines" son visibles, máxime en horario diurno. Advierto que la actora, al absolver posiciones (fs. 67) ensayó una explicación al respecto, afirmando que ese piolín no estaba allí cuando ella cruzó al almacén y que lo habrían colocado unos cinco o diez minutos antes de que tropezara con él. Sin embargo, se trata de un hecho no alegado en la demanda (art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.) y que además no podría ser probado mediante la

prueba confesional de la propia actora, ya que ningún valor cabe acordarle a las negativas expuestas por el accionado al absolver posiciones, pues la confesión constituye plena prueba solamente en el caso en que una de las partes, mediante proposiciones afirmativas, introduce un hecho y logra la adhesión de su contraria (conf. doctr. arts. 409 párr. 2do., 411 regla primera y 421 del Código Procesal) y la explicación que agregue el absolvente contraria al hecho propuesto por el ponente, sólo constituye una mera alegación y, como tal, requiere apoyatura probatoria (Cám. Civ. y Com. de Morón, Sala I, "Coscia...", del 24.03.94., base Juba; esta Sala, causa n° 53.260, "Foti...", del 28.12.10.; n° 53.799, "Veiga...", del 25.02.10., entre otras).

Por lo expuesto, entiendo que *mutatis mutandi* es aplicable a este caso el criterio empleado por las dos Salas de este Tribunal en algunos de los precedentes antes citados, en los cuales se atribuyó cierto grado de responsabilidad a la víctima en razón de que por domiciliarse cerca del lugar donde estaba situada la cosa inerte riesgosa o viciosa, o por transitar habitualmente por el lugar, no podía desconocer su existencia y peligrosidad (esta Sala, causas n° 47.204, "Sosa", del 06.10.04.; Sala II, causas n° 38.517, "Gómez", del 01.07.97.; n° 42.469, "Cerdeiro", del 26.06.01.; n° 48.689, "Devitto", del 08.09.05.).

También encuentro aplicable al sub-lite el criterio sentado en otro de los precedentes de esta Sala en

el que se dijo que las actividades “mecanizadas” -como en el caso lo era bajar una escalera- no requieren de la víctima más que lo que supone una atención adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar (causa n° 50.764, “Cebreiro”, del 16.08.07.). Y si bien en ese precedente tal razonamiento condujo a no endilgar porcentaje alguno de responsabilidad a la víctima, entiendo que su aplicación a este caso ha de conducir a un resultado distinto, pues las circunstancias de tiempo y lugar exigían a la víctima caminar atenta al terreno por el que lo hacía.

Por todo lo expuesto, he de propiciar al acuerdo atribuir un 30% de responsabilidad a la víctima en la causación de su propio daño (arts. 1111, 1113 y conc. del Código Civil).

e) Si lo expuesto respecto a la atribución de responsabilidad es compartido, analizaré a continuación las distintas pretensiones contenidas en el escrito de inicio, por aplicación del **principio de “plenitud de la jurisdicción”**, según el cual en estos casos en los que no se comparte el fundamento del juez por el cual se rechazaron las pretensiones contenidas en la demanda, debe la alzada pronunciarse sobre las mismas, sin que corresponda devolver el expediente al juez de primera instancia para que dicte un nuevo decisorio (De los Santos, Mabel “Flexibilización de la congruencia”, La Ley del 22.11.07., mediante remisión a otro trabajo de la misma autora:

"Procedimiento en segunda instancia", en la obra colectiva "Recursos ordinarios y extraordinarios", Arazi (dir.) De los Santos (coord.), pág. 209; esta Sala, causas n° 53.322 "Larregina" y sus acumuladas, del 22.10.09., voto Dra. Fortunato de Serradell; n° 53.799, "Veiga", del 25.02.10.; n° 55.098, "Volonté", del 15.07.11.; n° 55.193, "Sucesores de Abdala" del 25.08.11.; n° 55.573, "De Lorenzo", del 15.12.11., entre otras).

Conforme vimos en la reseña inicial, la actora reclamó \$ 20.000 por daño moral y \$ 10.000 por daño psíquico.

Comenzando por éste último, la prueba pericial psicológica producida a fs. 95/98 indica que la actora no sufrió daño psicológico alguno como consecuencia del accidente que nos ocupa y que no necesita de un tratamiento psicoterapéutico (respuestas a las preguntas 1 y 2 a fs. 97 y vta.). Ese dictamen pericial no fue objeto de observaciones y no encuentro mérito para apartarme del mismo (doctr. arts. 473, 474, 384 y conc. del C.P.C.C.). En consecuencia, dado que no se ha probado la existencia de dicho daño el mismo no debe ser resarcido (arts. 1067, 1068 y conc. del Código Civil, art. 375 del C.P.C.C.), lo que además me releva de extenderme en consideraciones acerca de las distintas órbitas en las cuales puede repercutir el daño psíquico en los casos de lesiones a la integridad psicofísica de la persona (puede verse esta Sala, causa n° 57.416,

"Godoy", del 21.03.13., voto del estimado colega Dr. Ricardo Bagú, en el que se recogen precedentes del tribunal).

En cuanto al restante rubro reclamado, la Suprema Corte provincial ha desarrollado la tesis de que "el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral" (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, "Toledo", A. y S. 1995 III,635; Ac. 53110, 20/9/94, "Colman", D.J.B.A. 147-299; J.A. 1995-III-183, A. y S. 1994-III-737; esta Cámara, Sala II, causas n° 45.193, sent. del 25-2-03, "Santillán", voto del Dr. Galdós, y n° 45.685, sent. del 11-9-03, "Colazo", voto del Dr. Peralta Reyes; esta Sala, causas n° 51.028, "Sarachu...", del 20.09.07., n° 50.982, "Saez...", del 06.12.07., n° 52.167, "Sánchez...", del 15.04.09., n° 53.758, "Rebollo...", del 03.02.10.; n° 54.180, "Verón...", del 18.06.10., entre otras).

Conceptualizado de esta manera, su admisibilidad -que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y su titularidad- conlleva a que su determinación se efectúe precisamente atendiendo a todos los

padecimientos y aflicciones que las lesiones presumiblemente pudieron haber provocado en el estado anímico y en la vida de relación de la víctima (esta Sala, causas n° 50.427, "Basso...", del 12.04.07., n° 51.028, "Sarachu...", del 20.09.07., n° 50.982, "Saez...", del 06.12.07., n° 52.167, "Sánchez...", del 15.04.09., n° 53.758, "Rebollo...", del 03.02.10.; n° 54.180, "Verón...", del 18.06.10., entre otras).

De los elementos de prueba rendidos, se desprende que el accidente que da origen a estas actuaciones le provocó a la actora una fractura en su codo izquierdo por la cual fue intervenida quirúrgicamente, debiéndosele colocar elementos mecánicos de fijación (ver fundamentalmente pericias médicas de fs. 86 y 132).

En atención a estos antecedentes, y sin desconocer las dificultades que representa cuantificar el daño moral, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima como su edad (68 años al momento del accidente conf. fs. 2), y los montos fijados por este tribunal en supuestos similares (citados ut-supra) propongo al acuerdo otorgar por este rubro la suma de \$ 15.000, al que detrayéndole el porcentaje de responsabilidad atribuible a la víctima queda reducido a \$ 10.500.

Al monto antedicho se le adicionarán intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago (arts. 509, 622 y conc. del Código Civil) por haber sido peticionado en la demanda (fs. 4 y punto 6 del petitorio a

fs. 9vta.), aplicándose los que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación (Excma. S.C.B.A. causas C. 101.774 "Ponce" del 21.10.09.; C. 94.077 "García" del 07.04.10.; C. 97.868, "González" del 18.05.2011, entre otras).

f) Si la solución que propicio al acuerdo es compartida, corresponderá adecuar la condena en costas y el monto de los honorarios al contenido de este pronunciamiento (art. 274 del C.P.C.C.), a lo que me abocaré al tratar la segunda cuestión.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato Y Bagú**, **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

I) Admitir los agravios y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la accionada a abonar a la actora la suma de \$ 10.500 en concepto de daño moral. A ese monto se le adicionarán intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago, aplicándose los que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación.

II) En lo que respecta a las costas de primera instancia, la doctrina legal vigente dispone que cuando algunos rubros prosperan -aunque sea parcialmente-, y otros son íntegramente desestimados, deben distribuirse las costas en los términos del art. 71 del C.P.C.C. (Excma. S.C.B.A. en causas Ac. 78.451, "Carquen S.A...." del 29.10.03., Ac. 85.695, "Rendichi...", del 10.11.04., C. 93.236, "Cáceres...", del 26.09.07.; C. 100.646, "Sánchez", del 07.10.2009; C. 96.859, "Banco de la Provincia de Buenos Aires" del 02.12.2009; C. 104.484, "Sánchez", del 16.12.2009; doctrina seguida por esta Sala en causas n° 52.008, "Dirazar...", del 25.09.08.; n° 52.016, "H.J. Navas y Cía. S.A....", del 29.10.08.; n° 52.301, "Mascetti...", del 26.11.08.; n° 52.365, "Rivera...", del 11.12.08.; n° 52.328, "Cooperativa...", del 23.12.08.; n° 52.590, "Girbent...", del 11.03.09.; n° 53.830, "Augelli", del 24.02.11.; n° 54.908, "Vidaguren", del 07.07.11.; n° 55.098, "Volonté", del 15.07.11.; n° 55193, "Sucesores de Abdala", del 25.08.11.; n° 55395, "Gordillo de Fernández..." del 13.09.11.; n° 47.650, "Transportes" del 18.10.11.; n° 56.079, "Moreira" del 17.04.12.; n° 56.328, "Kirsch", del 03.07.12., entre otras).

Creo pertinente aclarar, dado lo acordado el tratar la cuestión anterior en torno a la distribución de responsabilidad, que esa circunstancia no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas (S.C.B.A., por mayoría, C. 90.630, "Farías" del

27.02.2008; esta Sala, causas n° 53.758, "Rebollo" del 03.02.10.; n° 55.358 "Strosio" del 01.12.11., n° 56.476, "Tomasco" del 07.08.12., entre otras).

Aplicando estos principios al caso de autos, de los dos rubros reclamados en la demanda, uno de ellos prospera parcialmente, mientras que el restante es íntegramente desestimado. Y si bien para la aplicación del art. 71 del C.P.C.C. no es necesario recurrir a exactitudes matemáticas, cabe ponderar que el monto pedido por el rubro rechazado (\$ 10.000) es exactamente la mitad que lo pedido por el rubro parcialmente admitido (\$ 20.000).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo adecuar las costas de primera instancia a este pronunciamiento, imponiéndolas en un 33% a la actora y en un 67% a la demandada.

III) En lo que respecta a las costas de Alzada, sabido es que rigen otros parámetros, ya que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530, "Díaz...", del 25.02.09., entre muchas otras; esta Sala, causa n° 53.223, "Orella...", del 21.10.09., entre muchas otras). Sin embargo, la aplicación de este principio al caso de autos ha de conducir a replicar la condena en costas de primera instancia, ya en la sentencia en crisis se desestimó íntegramente la demanda y en esta instancia se cuestionó ese decisorio en su totalidad, arribándose a un resultado parcialmente favorable al recurrente.

IV) Los honorarios regulados en la sentencia apelada deben ser dejados sin efecto (art. 274 del C.P.C.C.), difiriéndose su regulación para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904, y los de esta alzada para la oportunidad del art. 31 de la misma ley.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Doctores **Comparato y Bagú**, **adhirieron** por los mismos fundamentos al voto precedente.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve:** **I)** Admitir los agravios y hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a la accionada a abonar a la actora la suma de \$ 10.500 en concepto de daño moral. A ese monto se le adicionarán intereses desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago, aplicándose los que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación. **II)** Con costas de ambas instancias en un 33% a la actora y en un 67% a la demandada (arts. 68, 71, 274 y conc. del C.P.C.C.). **III)** Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia apelada (art. 274 del C.P.C.C.), difiriéndose su regulación para la oportunidad del art. 51 de la ley 8904, y

los de esta alzada para la oportunidad del art. 31 de la misma ley. Notifíquese y devuélvase.

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú

Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Dolores Irigoyen
Secretaria
-Sala 1-
-Cam.Civ.Azul-