



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

**EX. 40754/2018**

**“MILETO, VICTOR JESUS c/ ARCOS DORADOS ARGENTINA S.A. Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS” (J. 53).**

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los \_\_\_\_\_ días del mes de mayo de 2022, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F” para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente, resultó el siguiente orden de votación: **GALMARINI – POSSE SAGUIER**. La vocalía 17 no interviene por hallarse vacante.

A la cuestión propuesta el **DOCTOR GALMARINI** dijo:

I.- Víctor Jesús Mileto demandó a Arcos Dorados Argentina S.A. y Agua y Saneamientos Argentinos S.A. la reparación de los daños y perjuicios derivados del accidente ocurrido el 29 de agosto de 2016 en esta Ciudad.

Relató que, aproximadamente a las 11:00 hs., caminaba con su esposa por la vereda de la Av. Rivadavia, altura 7300, al arribar casi a la esquina de la calle Lafuente se enganchó el pie y tropezó con un agujero en el suelo del cual sobresalía un caño plástico que sobrepasaba el nivel del piso. Correspondía a AYSA y se hallaba en pésimo estado de conservación, “directamente rota (solo había un agujero donde debía encontrarse la tapa)”. El agujero estaba situado en la vereda que corresponde a un local de la cadena McDonald’s perteneciente a la empresa Arcos Dorados Argentina S.A., ubicado en Av. Rivadavia 7302. Como consecuencia, cayó al suelo y quedó tendido sin poder moverse. Con la ayuda de peatones y su mujer logró incorporarse, sentarse en un banco que se encontraba a unos metros de allí y tomar un



taxi hacia su domicilio. Al llegar y debido a que los dolores eran muy intensos decidió llamar al SAME. El médico que concurrió constató que padecía fractura de cadera, por lo que sugirió que se comunique con su obra social. A través de la Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros fue trasladado de urgencia a la Clínica Independencia donde le realizaron estudios médicos y el 8 de septiembre del 2016 fue intervenido quirúrgicamente de la cadera derecha.

El Sr. juez de primera instancia hizo lugar a la demanda incoada. En consecuencia, condenó a Arcos Dorados Argentina S.A. y Agua y Saneamientos Argentinos S.A. a abonar al actor la suma de \$655.000, más los intereses y las costas del proceso.

El pronunciamiento fue recurrido por la totalidad de las partes. Agua y Saneamientos Argentinos S.A. desistió de su apelación el 2/12/21 con fundamento en que “si bien algunos ítems propuestos, no han sido recepcionados en la forma peticionada, se reconoce que el fallo es globalmente justo y equitativo”. La parte actora expresó agravios el 6/12/21 cuyo traslado fue respondido por ambas demandadas el 1/2/22, y Arcos Dorados Argentina S.A. fundó su apelación con fecha 2/12/21 que fue respondido por la parte actora el 27/12/21.

Se agravia Arcos Dorados Argentina S.A. de la atribución de responsabilidad endilgada en primera instancia. Sostiene que no existen elementos de prueba suficientes que permitan determinar la existencia del hecho descripto en la demanda. Critica la valoración del juez de la prueba testimonial y aduce que “luego de la supuesta caída el actor se recompuso y tomó un taxi hasta su casa no existiendo elementos probatorios que acrediten qué fue lo que habría hecho después. En tal sentido, existe un lapso temporal y espacial en la que resulta acreditado la ausencia del nexo causal entre la supuesta caída en la vereda y los supuestos daños por los que reclama”. Asimismo, entiende que se encuentra eximida de responsabilidad con fundamento en que “no





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

es dueña/guardián de la cosa que ha provocado el supuesto accidente”, apertura de boca de un servicio prestado por AYSA, por lo que se encuentra eximida de responsabilidad conforme lo establece el Art. 7 de la ley 5902 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II.- En la especie, considero útil recordar un precedente de esta Sala en el que se encontraba acreditada la caída al piso de una mujer (CNCiv. Sala F, febrero 19/2007, “Goldwaser, Aída c/ Alto Palermo S.A. (APSA) y otro s/ daños y perjuicios”, L. 461.960), donde se sostuvo: “...no es el mero acaecimiento de este hecho material -la caída- el que atribuye responsabilidad en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil -actual art. 1757 del CCyCN-. El quid radica en determinar si esa caída fue debida a la actuación del riesgo o vicio de la cosa, o, lo que es igual, que fue causada por el riesgo inherente al estado en que se hallaba la superficie del piso o vereda del shopping en el lugar del hecho. No es el hecho material el que crea la responsabilidad del dueño o guardián -la caída del actor en nuestro caso- sino que tal responsabilidad nace de un factor de atribución: haber creado o no conjurado el riesgo del cual se sigue el daño (conf., Mosset Iturraspe, Responsabilidad por culpa o riesgo creado, en: “Estudios de responsabilidad por daños”, t. y, pág. 28, que cita Kemelmajer de Carlucci, en: Belluscio-Zannoni, Código Civil, comentado, t. 5, comentario al art, 1113, pág. 458/9, Astrea, Bs. As. 1994). “La idea de riesgo no se identifica totalmente con la causalidad material: no se responde por la mera causación del daño; hay de por medio un factor objetivo de atribución: el haber creado el riesgo del cual se sigue el daño” (Trigo Represas-López Mesa, Tratado de responsabilidad civil, t.I, pág. 625, La Ley, Bs. As. 2004).

En otras palabras, debe establecerse si el estado en que se hallaba esa superficie era un riesgo para quien transitaba por ella -el mal estado, por ejemplo, o la existencia de un elemento



que la tornaba resbaladiza, etcétera- y que la actuación de ese riesgo fue la que provocó la caída. Cuando la responsabilidad se atribuye en virtud de factores objetivos es menester que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor riesgo y el daño (ver voto del Dr. Zannoni en el precedente antes citado).

Asimismo, debo señalar que la normativa actualmente vigente contempla en forma concordante con la anterior que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (art. 1757 del CCyCN), y explícitamente expresa que se trata de una responsabilidad objetiva, supuesto en el que la culpa del agente es irrelevante (art. 1722 del CCyCN). De modo tal que el responsable se libera demostrando la causa ajena (art. 1722 CCyCN), circunscripta al hecho de un tercero por quien no se deba responder que reúna los caracteres del caso fortuito (art. 1731 CCyCN), o al hecho del propio damnificado (art. 1729 CCyCN). La actora debe probar la relación de causalidad que alega, excepto que la ley la impute o la presuma (art. 1736 CCyCN), o el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730 del CCyCN).

Es así que cuando, como ocurre en el presente caso, se demanda en virtud de un accidente que habría sido provocado por la intervención de una cosa inerte la víctima tiene que probar la configuración del riesgo o vicio de la cosa, ya que ésta deviene activa y operante del daño en razón del vicio que presenta. Por lo tanto, incumbe al damnificado arrimar elementos que hagan precisamente a ese factor desencadenante (Conf. CNCiv. Sala "I", agosto 31/2010, "Britez, Ignacia c/ Ocho Dragones S.A. s/ daños y perjuicios", L.550.028).

Del informe remitido por el SAME se constata: que el *"día 29 de agosto de 2016 se informa que surge un pedido de auxilio médico para Avellaneda 1674 dto.1, solicitado a las 12.06 horas el motivo de la solicitud se registró como "P (Traumatismo Leve – Herida Cortante) Pierna y Cadera", Categoría "Código Rojo (Emergencia". El móvil interviniente se identificó como "Álvarez 1".*





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

*El horario de arribo se registró a las 12:23 horas y el de finalización a las 12.40. En el campo "apellido del Médico" se lee "Dra. Majorel". En el campo "Apellido y Nombre (del paciente)" se lee: "Mileto Víctor", Diagnóstico Presuntivo "Código 4 (Traumatismo Leve) Cadera", edad 63 años..." (ver fs. 166).*

La Clínica Privada Independencia remitió copia certificada de la historia clínica del actor (ver fs. 42/94), donde se verifica que el día 29 de agosto de 2016 fue atendido "con antecedente de caída de propia altura... Se realizan RX solicitadas en las cuales se observa FMC derecha... diagnóstico fractura medial de cadera derecha" (ver fs. 53/54).

A instancias de la parte actora declararon dos testigos:

Gladys Nahir Olmedo refirió "...Estaba cruzando Lafuente que está en Rivadavia y Lafuente, estaba en la vereda de la telefónica y justo cruzaba. Vi a alguien caerse y era el señor. Lo ayudamos a sentarse en unos asientos de cemento que hay ahí y después se tomó un taxi y se fue a su casa. Esto fue cerca del mediodía. Fue más o menos para esta época, agosto (segunda)... El Sr. iba caminando y de repente desapareció. Ahí nos juntamos con otra gente que había y lo sentamos en el banquito de cemento (tercera)... En el lugar donde se cayó faltaba un pedazo de la rejilla, era una tapa negra de Aysa y de ahí salía algo blanco, estaba roto, obviamente (cuarta)... Al interrogatorio respondió: el hecho ocurrió en la vereda de McDonald's en la parte donde venden helados (séptima). El banco se encontraba, más o menos, en la parada del colectivo 5, ahora la cambiaron porque hicieron el Metrobús, cree que algunos todavía siguen (ver fs. 212/213).

A su turno, Jorge Diego Brelaz manifestó: "...ese día yo lo encontré por casualidad en Terrada y Rivadavia. Yo salí a buscar un repuesto y venía desde Nazca por Rivadavia y me paso para el otro lado a una carnicería, lo encuentro a Víctor y a la señora, habremos hecho 2 metros cuando metió el pie ahí y se cae. Eso fue sobre Rivadavia. Metió el pie en la cajita de Aysa, que es un



*rectángulo. No tenía tapa, tenía papeles y basura. Después llegó gente, lo ayudamos a levantarse, lo sentamos en un banco ahí, después alguien llamó a un taxi. Esto fue a fines de agosto, porque yo había venido de un cumpleaños de un nieto de Entre Ríos, debe haber sido 28 o 29 de agosto (segunda)...Al ser preguntado por las partes, contestó: el hecho ocurrió en la intersección de Rivadavia entre Nazca y Lafuente (tercera). Cerca del mediodía, “11 y pico de la mañana” (quinta). Casi seguro que metió el pie derecho (sexta). “La caja era de Aysa porque hago plomería y la tengo bien identificada (séptima). La tapa está frente a un McDonald’s en una puntita donde venden helados o algo de eso y más adelante hay o había una carnicería (octava). Luego de la caída estaba muy dolorido, lo ayudamos como pudimos para llevarlo hasta el banco y se pudo ir. No podía apoyar la pierna. Tuvimos que tenerlo para que pueda caminar” (novena); (ver fs. 214/215).*

Juzgo que los testimonios aludidos resultan suficientes para tener por acreditado la ocurrencia del hecho en la forma descrita en la demanda. Pues, como puede apreciarse, no se contradicen ni existen indicios de subjetividad o de mendacidad. Ello así, representa un elemento objetivo y válido para formar convicción sobre el hecho relatado por el actor en su escrito inicial (conf. arts. 386 y 456 del Código Procesal), lo que junto con los demás elementos de convicción aportados a la causa revelan que el accidente se produjo en los términos indicados por el reclamante (conf. art. 163, inc. 5 del Código Procesal).

Así, el juez tiene la facultad privativa de apreciar si los testigos y sus testimonios aparecen objetivamente verídicos, no solo por la congruencia de sus dichos, sino además, por la conformidad con el resto de las pruebas que obran en el expediente (CNCiv. Sala L, octubre 22/2002, “Olha Pablo c/ Laino Leonardo s/ sum.”, n° 59.517).

Con respecto a lo argüido por la demandada atinente a que el actor tropezó por “no observar debidamente por donde





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

caminaba ya que se encontraba distraído hablando con el Sr. Brelaz”, cabe señalar que la jurisprudencia ha sostenido que cuando se trata de un obstáculo sobre la vereda de muy escasa altura, no puede pretenderse que los peatones, que tienen derecho y obligación de transitar por el lugar que por la ley les está destinado a la circulación, puedan considerarse, a su vez, obligados a prestar una atención tan precisa sobre el suelo que transitan, en lugares que han de suponerse debidamente alisados y expeditos a tal efecto (CNCiv. Sala M, febrero 19/2007, “Rafaelli, Cleonilda Marta c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; id. Sala I, octubre 17/1996, “De Fortuny Nuria E c/ Kohal S.R.L. y otro”, L.L. T.1997-C, p. 750; id. Sala G, diciembre 14/ 1987, Sosa González, Dora N. c/Consortio de Propietarios Avda. Santa Fe 1638”, L.L. 1988-E., p. 507/511, fallo 87.047). Esta Sala también se ha pronunciado en sentido similar en cuanto a que “no es posible pretender poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar las precauciones cuando se supone que quien camina por una vereda, lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y, por ende, en condiciones aptas para ello...las circunstancias en que la víctima sufrió la caída no autorizan a que pueda efectuarse algún reproche a la damnificada, desde que es indudable que el deterioro de la vereda pudo pasar inadvertido” (CNCiv. Sala F, abril 30/2001, “Pescio, Lucía María c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios” L. 255.557).

En el precedente de Sala citado anteriormente mi estimado colega Fernando Posse Saguier, recordó que “si bien es cierto que la Comuna -hoy Gobierno de la Ciudad- es la propietaria de la acera, siendo estas de dominio público del estado Municipal (conf. arts. 2339, 2340 inc. 7 y 2344 del Código Civil) y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construir las y conservarlas en buen estado (Ley 11.545), también es cierto que la Comuna ha delegado, por medio de la Ordenanza 33.721 de la M.C.B.A., la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de la veredas a los propietarios



frentistas. Este precepto tiene su excepción en los casos en que la acera sea afectada por obras de empresas de servicios públicos, debiendo las mismas y la municipalidad, entregar al propietario frentista constancia del deterioro ocasionado, pudiendo acreditar de ese modo que está exento de responsabilidades ante cualquier circunstancia en que se le formularan imputaciones. En el art. 17 de la ordenanza antes mencionada, se establece que en los casos que la acera presente desperfectos por obras de los servicios públicos, el frentista deberá formular la denuncia ante la autoridad de aplicación” (CNCiv. Sala F, abril 30/2001, “Pescio, Lucía M c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, L. 255.557).

Ha de entenderse que en todos los casos previstos en el mencionado art. 17 siempre que la acera se encuentre rota o que genere riesgos para los peatones, el frentista debe efectuar esa denuncia ante la dirección correspondiente y de no hacerlo resulta también responsable de los daños que deriven de la vereda rota (conf. CNCiv. Sala F, “mayo 13/2008 “Caselli, Beatriz A. C/ Frávega S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, L. 498.244; id. agosto 5/2019 “Geres, Rosa Santa c/ Cons. Prop. Julián Álvarez 2427/2429 y otro s/ daños y perjuicios”, expte. n° 73.381/2013).

Por ende, si bien en esta instancia no se discute que la rotura en la vereda correspondía a la apertura de boca de un servicio prestado por AYSA, lo cierto es que Arcos Dorados Argentina S.A en su carácter de frentista no acreditó haber formulado la denuncia pertinente si se tiene en cuenta que los testigos propuestos por su parte, Daniel Roberto Orellana y Yesica Alejandra Lilian Bruzzi, al ser preguntados si recuerdan “haber pasado un informe por mal estado en la vereda” ambos respondieron “No lo recuerdo” (ver fs. 266/267 y 298/299 respectivamente).

Por lo demás, esta Sala ha sostenido en forma reiterada que la cuestión atinente a la responsabilidad como







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

también las consecuencias dañosas que puedan haberse derivado del infortunio, se rigen por las normas vigentes a la fecha del hecho generador (conf.: art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación; CNCiv. Sala F, diciembre 15/2015; “Benítez, Pamela Lara Noemí c/ Arrieta, Roberto Sergio y otros s/ daños y perjuicios” del 15/12/2015; id. Sala F, junio 6/2016 “Guerci, Mario Ricardo c/ Cannon Puntana S.A. s/ daños y perjuicios” Expte. N° 60.685/2013”; CNCiv. Sala F, junio 6/2016 “Guerci, Mario Ricardo c/ Cannon Puntana S.A. s/ daños y perjuicios” Expte. N° 60.685/2013”; Sala F, “Giménez, Gimena Leandra c/ Salas, Roberto José Carlos y otro s/ daños y perjuicios” Expte. n° 23645/2014, entre otros). De ahí que la eximente de responsabilidad alegada por la emplazada, con alusión a la Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 5902, en el caso, resulta improcedente por haber entrado en vigor con posterioridad a la fecha del accidente objeto de la demanda (diciembre de 2017).

Por ello, y no habiéndose aportado elementos de convicción que permitan eximir total o parcialmente de responsabilidad, propongo desestimar las quejas sobre el punto en examen.

**III.-** En cuanto a los ítems indemnizatorios reconocidos en primera instancia, corresponde aclararle a la demandada que en la medida que la indemnización solicitada por la actora fue en lo que “...en más o en menos resulte de las medidas probatorias a sustanciarse...” (ver fs. 25 vta.), el sentenciante no ha fallado “ultra petita”, pues ello lo habilita -ponderando las circunstancias de la causa y el tiempo transcurrido desde aquel momento- a conceder una suma diferente.

**IV.- Incapacidad física sobreviniente:**

El Sr. juez de grado fijó en concepto de indemnización por “incapacidad física” la suma de \$380.000. La parte actora solicita su incremento, mientras que la demandada su rechazo.



En concepto de incapacidad sobreviniente se resarce únicamente aquella merma permanente en la aptitud vital del ser humano, sin perjuicio de la procedencia de otros ítems que las lesiones temporarias padecidas pudieran haber generado, como gastos originados en los tratamientos o lucro cesante o la afección íntima que configure daño moral (CNCiv. Sala C, diciembre 10/1996, "Miño, Teodoro c/ Pompiglio, Marta Mabel y otro s/ daños y perjuicios", L. 197.056). Esta partida abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual se ha resuelto que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro no dificulte la realización de tarea alguna (CNCiv. Sala C, agosto 31/1993, L.L. T. 1994B, p. 613, fallo nº 92.215; id. Sala C, septiembre 25/1997, L. 214.716; id. junio 6/2002, "Maidana, Javier Y. c/ Reina Carlos E. y otros s/ daños y perjuicios", L. 342.607).

Lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, solo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas, psíquicas o estéticas que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (conc. CNCiv. Sala C, septiembre 20/1999, "Huaman, María de la Cruz c/ Micro Ómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios", L. 258.943; CNCiv. Sala F, febrero 17/2012 "Moreno, José Nicolás c/ Caniza, Julio Ramón s/ daños y perjuicios" L. 584.684; id. Sala F, mayo 27/2013, "Núñez Stela Maris c/ Microómnibus Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. (Línea 59) y otros s/ daños y perjuicios" L. 608.284).





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

En cuanto al alcance interpretativo del art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse a través del voto del doctor Zannoni en los autos: "Galván, Walter Isidro c/ Fernández, Laura Fátima y otro s/ daños y perjuicios" del 08/09/2016 (Expte. nº 13.793/2012), posición que fuera reiterada en mi voto en los autos "Juárez, Carlina Rosa c/ Transportes Santa Fe S.A.C.I y otros s/ daños y perjuicios" del 23/09/2016 (Expte. nº 1667/2013) y también por el Dr. Posse Saguier en los autos "Montecinos, Ana Laura c/ Azul S.A.T.A. Línea 203 y otro s/ daños y perjuicios del 04/08/2020, (expte. Nº 68.447/2017), entre otros.

Allí se dejó sentado con relación a los parámetros que sienta el aludido precepto que éste *"tiene una clara estirpe materialista porque contempla exclusivamente la dimensión económica de la persona: lo que puede producir y generar rentas. Lo que el juez debería evaluar es el ingreso por sus labores y fijar una suma dineraria que representará, en la fórmula, el ingreso mensual o anual que se utilizará para el cálculo (conf.: Alferillo, Pascual E., en Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial comentado", Bs. As. La Ley, 2015, t. VIII, comentario al art. 1476, pág. 281, nº2, b)."*

*"Pero conviene señalar que, desde este punto de vista, la estimación del daño mediante un capital cuyas rentas permitan atender o satisfacer la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables requeriría, en primer lugar, que la incapacidad fuese atinente a la actividad habitual del damnificado. Bien podría ocurrir -lo que es frecuente- que la incapacidad no se vincule con la disminución o merma en la producción de ingresos del damnificado".*

*"Por otra parte la estimación de un capital amortizable requeriría que el sujeto se viese impedido absolutamente de realizar la actividad que le generara ingresos porque si así no fuera, lo que*



*corresponde sería indemnizarlo por el menor ingreso que percibe o los eventuales límites que sufre su actividad productiva”.*

*“Por tanto, es claro que la incapacidad como tal, no cabe en una fórmula economicista, y tampoco puede ser resarcida mediante la aplicación de ninguna fórmula matemática ni se medirá a través de la amortización de un capital. Acá -tal como lo destaca el doctor Zannoni- es donde entran a jugar los criterios judiciales que conjugan la incapacidad sobreviniente que involucran al conjunto de actos que exceden la mera consideración del desenvolvimiento productivo del sujeto, porque incluyen los actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismos y a la familia, o sea “la denominada vida de relación” (CNCiv. Sala F, mayo 4/2021, “Blanco Ignacia Ramona y otro c/Méndez Hugo Fabián y otros s/daños y perjuicios” Expte. N° 18500/2017, voto del Dr. Posse Saguier).*

Con el alcance señalado, entiendo que en supuestos como el del caso no corresponde aplicar fórmula matemática alguna y que la determinación de la reparación plena que merece el damnificado (art. 1740 del CCyCN) puede realizarse mediante la apreciación judicial de casos análogos y de las particularidades que presenta cada proceso sometido a decisión del tribunal.

La perita médica presentó su informe a fs. 231/247. Luego de analizar las constancias obrantes en autos, exámenes complementarios y revisar al actor, refirió que a raíz del accidente *“sufre caída con fractura de cadera derecha. Intervención quirúrgica. Se realiza abordaje posterolateral de cadera derecha. Se extrae cabeza femoral según técnica. Se coloca tallo femoral. Se constata buena estabilidad y se cierra por planos (ver fs. 242, punto 1)...Presenta por la lesión en cadera derecha una **Incapacidad de 40%** que se pondera de acuerdo a baremo General para el Fuero Civil de Altube y Rinaldi por la **RESECCION de la CABEZA FEMORAL** que debió realizarse para permitir la colocación de la prótesis (punto 3)...no presenta hipotrofias musculares. No*





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

*presenta limitaciones funcionales en la movilidad de la cadera derecha (punta 4)...no requiere someterse a ningún tratamiento kinésico (ver fs. 243, punto 6)... no presenta anomalías en la marcha, ni en la postura (punto 7)...actualmente está jubilado no presenta limitaciones para desarrollar una vida con autonomía (punto 8)...puede desarrollar una actividad física acorde a su edad" (punto 9).*

A raíz de las impugnaciones de las codemandadas Arcos Dorados Argentina S.A. y Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (ver fs. 260/261 y 264 respectivamente), informó que, debido a un error involuntario en la ponderación de la incapacidad "*donde se consideró la resección de la cabeza femoral debe decir **Artroplastia Parcial o Total de Cadera con Prótesis Estable y buena evolución** que se pondera de 20 a 40% de incapacidad"* (ver fs. 270, el destacado es del original). Asimismo, aclaró: "*Se debe tener en cuenta que al Sr. Mileto se le realizó un reemplazo total de cadera con prótesis de cabeza de fémur y zona acetabular a los 73 años. Considerando que la vida útil de una prótesis de cadera es aproximadamente 10 años, el actor deberá ser sometido a la remoción de la actual prótesis y colocación de una nueva a los 83 años. A pesar de tener una evolución favorable hasta ahora, hay que tener presente que la re-operación de cadera, es una operación grande, que debe ser anticoagulada y le suma riesgos a una intervención quirúrgica que seguramente deberá realizarse dentro de 7- 8 años. Por esta razón, a la **Artroplastia total de cadera con prótesis estable y buena evolución se la pondera con 30% de incapacidad"** (ver fs. 284, el destacado es del original).*

Cabe ponderar que los porcentuales estimados por los peritos constituyen pautas referenciales a considerar dentro del contexto general de las pruebas arrimadas a la causa y que el resarcimiento, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias específicas de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones



actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el magistrado goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

En definitiva, valorando la totalidad de las circunstancias apuntadas precedentemente, considerando que al momento del accidente Víctor Jesús Mileto tenía 73 años, escolaridad primaria completa, jubilado, vive con su mujer en un departamento de tres ambientes en la zona de Caballito (ver fs. 237 y declaraciones de fs. 8/9 y 61 obrantes en el beneficio de litigar sin gastos n° 40.754/18/1) y demás circunstancias de autos, me llevan a considerar que el monto establecido por el juez de grado en concepto de indemnización por “incapacidad física” resulta exiguo (\$380.000), por lo que propongo elevarlo a \$750.000.

**V.- Daño moral:**

Ambas partes cuestionan el monto otorgado por el juez en este ítem (\$250.000).

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador. Lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (conf.: esta Sala octubre 31/2005 “Schaff Rubén Daniel c/Edenor S.A. s/Daños y perjuicios” L.426.420).

Resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará a la víctima en la misma situación que se encontraba con anterioridad al siniestro. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de tratar de otorgar a la víctima cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

En base a tales pautas, teniendo en cuenta las lesiones padecidas por el actor junto con las secuelas físicas de carácter permanente verificadas por la perita, el tiempo de convalecencia, los padecimientos que debió soportar al ser sometido a una intervención quirúrgica, que no padece secuelas psíquicas (ver fs. 244, punto 1 y 271), pero al mismo tiempo sin dejar de atender la repercusión que el accidente y las lesiones han generado en su interioridad, juzgo que el importe fijado en concepto de “daño moral” resulta insuficiente (\$250.000), por lo que propongo elevarlo a \$375.000.

**VI.- Gastos médicos, farmacia y traslados:**

Se queja la parte actora y la demandada del importe concedido por el juzgador bajo este acápite (\$25.000).

En lo atinente a los gastos médicos y de farmacia esta Sala ha tenido oportunidad de señalar que no se requiere prueba efectiva de estos desembolsos cuando la índole de las lesiones sufridas por el accidente las hace suponer. Asimismo, entiende que los gastos de movilidad, aunque no estén acreditados en forma cierta y determinada, corresponde que sean abonados, ya que la víctima que debe concurrir a una dependencia asistencial para curaciones y control médico ha debido razonablemente utilizar vehículos apropiados para ello, teniendo en cuenta la índole y gravedad de las lesiones sufridas (conf. CNCiv. Sala F en causa libre 157.754 del 14/05/95, entre muchos otros).

No obsta a la admisión de la partida la pertenencia de la víctima a una obra social, adhesión a su sistema de salud prepago o su atención en hospital público, pues existe siempre una serie de gastos que se encuentra a cargo de los afiliados o parientes y que aquellos no cubren, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijarse deben ser consideradas tales circunstancias (conf. CNCiv. Sala E, causas n° 164.495 del 23-3-95; id. Sala "M", c. 61.766 del 27-3-91; id. Sala "C", c.129.891 del 2-11-93; etc.).



Atendiendo a la entidad de las lesiones padecidas por el reclamante, los medicamentos que le recetaron y los presumibles gastos de traslado, el importe reconocido en primera instancia a mi juicio resulta elevado (\$25.000), por lo que propongo disminuirlo a \$10.000.

**VII.- Intereses:**

El sentenciante dispuso que los intereses relativos a los importes por los que prospera la demanda se calcularán desde la fecha del hecho, 29 de agosto de 2016, y hasta la fecha de la sentencia a la tasa del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

De ello se agravia la parte actora quien pretende se aplique la doble tasa activa desde la fecha del hecho.

A partir del precedente resuelto por esta Sala, con fecha 14 de febrero de 2014, en los autos "Zacañino, Loloir Z. c/ AYSA s/ daños y perjuicios" (expte. N° 162543/2010, L. 628.426), la Sala por unanimidad se ha pronunciado a favor de la solución según la cual la tasa activa prevista en el fallo plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009, no representa un enriquecimiento indebido, por entender que en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena.

Más allá de si resulta necesaria alguna reglamentación del citado art. 768 del Código Civil y Comercial, lo cierto es que ante la falta de previsión explícita que determine una tasa específica para supuestos como el del caso, he considerado que continúa siendo obligatorio el fallo plenario dictado el 20 de abril de 2009 en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" (CNCiv. Sala F, agosto 9/2016, "Graziano Jorge Daniel Alberto c/ Aybar Lucas y otro s/ daños y







Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA F

perjuicios” Expte. Nº 12.380/2009), hoy en razón de lo previsto por el art. 303 del Código Procesal según lo dispuesto en el art. 3º de la ley 27.500. Asimismo, en dicho antecedente he sostenido que la tasa activa prevista en el plenario citado no se aparta de lo dispuesto por el art. 768, inc. c del nuevo Código Civil y Comercial, ni su vigencia ha dejado sin efecto la doctrina plenaria. De ahí que, ni el citado art. 768, ni el art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, invocados por la parte actora, autorizan a aplicar en el caso la doble tasa activa (Conc. CNCiv. Sala F, 26/2/2019 “Martínez, Grisel Soledad c/ Argos Mutual de Seg. del Transporte Público de Pasaj. y otros s/ daños y perjuicios” Expte. Nº 73394/2015).

En consecuencia, la tasa de interés respecto del capital de condena se calculará desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Por los fundamentos expuestos, voto por que se confirme la sentencia apelada en lo principal que decide y fue materia de agravios, y se la modifique elevándose la indemnización por “incapacidad física” y “daño moral” a la suma de \$750.000 y \$375.000 respectivamente, disminuyéndose el rubro “gastos médicos, farmacia y traslados” a la suma de \$10.000 y debiéndose liquidar los intereses en la forma establecida en el considerando VII. Las costas de Alzada se impondrán a las demandadas sustancialmente vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal).

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante el Dr. **POSSE SAGUIER** votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto.

**16. José Luis Galmarini**

**18. Fernando Posse Saguier**



//nos Aires, mayo

de 2022.-

**AUTOS Y VISTOS:**

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo principal que decide y fue materia de agravios, y se la modifica elevándose la indemnización por “incapacidad física” y “daño moral” a la suma de \$750.000 y \$375.000 respectivamente, disminuyéndose el rubro “gastos médicos, farmacia y traslados” a la suma de \$10.000 y debiéndose liquidar los intereses en la forma establecida en el considerando VII. Las costas de Alzada se imponen a las demandadas sustancialmente vencidas (conf. art. 68 del Código Procesal). Notifíquese y pasen los autos a estudio por honorarios. Se deja constancia de que la vocalía N° 17 se halla vacante.

