En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: "**D., R. N. c/ MUNICIPALIDAD de COMODORO RIVADAVIA s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 67/09**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 977/05), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 359), correspondió el siguiente orden para la votación: Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 312/326vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora a fs. 328 y por la demandada a fs. 330 la sentencia definitiva nro. 095/2008 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 312/326vta.).

La sentencia venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por derecho propio por R. N. D., en su consecuencia, condenó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a pagarle al accionante la suma de $100.000 en concepto de valor vida y daño moral. Rechazó el daño psicológico, las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, falta de habilitación de la instancia judicial, falta de agotamiento y falta de acción asentadas en el argumento de no haber agotado el procedimiento del art. 138 de la Ordenanza Municipal 485/75. Impuso las costas a la demandada vencida.

1.- Agravios de la parte demandada (fs. 343/346vta.):

El primer agravio lo constituye la pretendida responsabilidad de la Municipalidad local. Transcribiendo parcialmente y en lo que considera

pertinente el fallo en crisis, es que se basó en un punto que no fue bien probado. Remite a las constancias de la causa penal y dice que no tiene respaldo probatorio del supuesto amarre del arco de fútbol. No hubo denuncias y no puede endilgarse responsabilidad omisión porque no conocía.

Hace también hincapié en que los arcos de fútbol no pueden estar amarrados, que no se trata de una estructura rígida que no es riesgosa. Dice el municipio que la sentencia es inargumentada y que la muerte de L. N. D. fue una multiplicidad de causas infinitas con efectos finitos múltiples culminantes en una más grave y vaga fundamentación en que el factor desencadenante es la seria negligencia en el cálculo de estabilidad del arco. Efectúa un cálculo de la cantidad de personal para cubrir las 24 horas del día de vigilancia. Concluye que ninguno de los requisitos necesarios para responsabilizar al Estado por su conducta omisiva se verifican. La antijuridicidad o ilicitud. Imputabilidad. Relación de causalidad.

2.- Agravios de la parte actora fs. 348/353.

Se queja de los montos por valor vida y daño moral y honorarios.

Con relación al primero de los rubros, dice que es irrisorio e insuficiente en proporción a lo solicitado.

Fundamenta en antecedentes y criterios locales su disconformidad, haciendo referencia a que la indemnización debe considerarse por la pérdida de chance, indicando que el magistrado de grado se sostuvo en endebles argumentos, efectuando cálculos sobre el promedio de lapso hasta que pudiera ayudar a su padre, el accionante.

Con relación al rubro daño moral utiliza la misma metodología.

Se agravia -la parte- de los honorarios por lo que solo se tuvo en cuenta al momento de la determinación el monto de lo sentenciado, sin incluir los intereses.

Análisis de las cuestiones:

En forma previa y comprendiendo ambos memoriales de agravios de las partes actora y demandada, digo:

La expresiones de agravios de las partes son deficientes por

incompletas, pues solo comportan una disconformidad y exponen opiniones doctrinarias sobre la valoración hecha por el A quo.

Los apelantes, actor y demandado, no explican por qué se equivoca el Juez de Primera Instancia, solo exponen su punto de vista diverso sobre cómo debió efectuarse la valoración, mas no indicaron cuál fue la norma violada, o lo inadecuado del razonamiento que impedía juzgar los hechos, tales y como fueron expuestos en la sentencia venida en crisis.

En idéntica situación a la presente el Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia sostuvo "...el orden procesal exige que la expresión de agravios deba contener una crítica razonada y concreta del fallo (art. 265 CPCCCh), y la no satisfacción de ello, conduce a su deserción (art. 266 CPCCCh). De ello se infiere que el contenido de la impugnación se determina en esa expresión, y su límite externo lo precisa el recurrente, se trata por lo tanto, del acatamiento de normas expresas que rigen tanto para el órgano jurisdiccional como para las partes. El incumplimiento de los requisitos que debe contener el memorial lo convierte en deficiente o incompleto, como ocurre en la especie, y entonces no puede evitarse la declaración de la deserción del recurso, pues la norma contiene un mandato imperativo que no requiere petición de parte ni admite excepciones, todo ello acorde con la perentoriedad de los plazos procesales (SD 51/92, mi voto en SD 15/95 S.T.J.)" (autos "M., R. y otro c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ recurso contencioso Administrativo", expte. 17.643, Sentencia nro.12-2001). En idéntico sentido en fallo también del STJ Chubut, ST Chubut, 2005-02-22, autos G.R.A.T c/ Pcia. del Chubut, dijeron los Sres. Ministros: "advierto una llamativa pobreza argumental si de refutar las conclusiones del Tribunal de alzada se trata. Es doctrina incólume, intacta del STJ Pcial. sobre el contenido de la expresión de agravios que es el acto procesal mediante el cual el recurrente fundamenta la apelación refutando total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia. Por sus alcances importa una demanda tendiente a obtener la apertura de una instancia, pues sin ese memorial, el Tribunal se encuentra imposibilitado de entrar a verificar la justicia o la injusticia de la sentencia apelada y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del juez, la doctrina la denomina "demanda de impugnación". La

expresión de agravios no es una simple fórmula vacua y carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica razonada y concreta de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, determinado, debe decirse cuál es el agravio, no es bastante la enunciación de estos.

"... No se advierte en el escrito ninguna crítica pormenorizada de los fundamentos del fallo, la mínima suficiencia técnica sobre los eventuales errores de la sentencia. Brilla por su ausencia la refutación de los argumentos de hecho y de derecho considerados por el A-quo para arribar a la resolución recurrida, y nada permite a este Tribunal siquiera comenzar a dilucidar acerca de la presencia de un error de omisión en el fallo" (Dr. Royer).

"No es expresión de agravios la simple historia o comentario de actuaciones preteridas, la que representan solo una disconformidad con lo resuelto, o aquella que expone solo una opinión personal no vinculada con los fundamentos que sustentaron la sentencia, ni los argumentos no eslabonados con los fundamentos del fallo" (Dr. Caneo).

No obstante lo sostenido por el máximo Tribunal de la provincia, que acusan sendos memoriales graves dolencias en orden a la viabilidad de los mismos, por el criterio amplio que ha mantenido este Cuerpo se tendrá por abierta esta instancia recursiva interpretando que existe una duda razonable en los escritos en la convicción que tal postura garantiza el derecho objetivo de defensa de las partes contenido en la constitución nacional y provincial.

En este introito preliminar, incluyo el tratamiento de lo que denominó título "Apelación de honorarios" de fs. 352vta. del escrito de arribo a esta Alzada de la parte actora.

A fin de resolver ese tercer agravio del memorial del accionante recurrente de fs. 352vta./353 cabe observar que los honorarios del representante de la actora no fueron apelados (fs. 328).

Toda vez que de la lectura de la presentación de la parte actora, se infiere que reclama el aumento de los honorarios de su letrado, no se queja de la regulación por altos de los abogados de la contraparte.

Debe señalarse que al interponer y fundar el recurso de apelación el letrado ha invocado la participación acordada (fs. 328 y 348), es decir, la representación de la parte actora. De la lectura se infiere que la queja apunta a una baja regulación de los honorarios de quien la representó en el pleito. Constantemente este Cuerpo ha señalado que la parte no se encuentra legitimada para recurrir, por bajos, los honorarios fijados a sus profesionales, únicos interesados al respecto (Cfme. CNAT Sala X 8/4/99, DJ, 1999-3-718 y DT 1999-B-1840).

Finalmente, si bien fundar el recurso de apelación por honorarios es facultativo, lo cierto es que cuando se decide hacerlo se apela y funda en el mismo escrito (art. 48 de la ley de aranceles para abogados y procuradores del Chubut –ley XIII nro. 4-), y no en la expresión de agravios como hizo el recurrente, además de lo dicho ut supra (la falta de legitimación de la parte).

A mayor abundamiento, se ha sostenido que no puede considerarse "...que la apelación de honorarios esté implícita en el recurso deducido contra la sentencia definitiva, aunque ese acto decisorio contenga la regulación" (cfme. SD N° 4/2009 "L", Sala A) (en igual sentido ver: Palacio – Alvarado Velloso en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Rubinzal Culzoni, 1996, T. 6°, p. 143).

Por estos motivos y alterando el orden de los planteos se desestiman los agravios de la parte actora, intitulados "tercer agravio" de fs. 352vta.

I.- Al cuestionar la responsabilidad en el hecho dañoso, comenzaré por la apelación de la demandada el Municipio de Comodoro Rivadavia, de cuya resolución dependerá el tratamiento de los agravios del actor, quien solo critica los montos condenatorios.

Para iniciar, digo que en el subjudice estamos en presencia de un accidente ocurrido con la intervención de una cosa inactiva o inerte, es decir, de aquella que por su naturaleza está destinada a permanecer quieta, un arco de fútbol colocado sobre un playón de concreto en el barrio 30 de octubre de esta ciudad cuya descripción fuera efectuada detenidamente en el fallo venido en crisis,

considerando nro. 9, sin que denote la demandada quejosa crítica sobre ello.

"Las cosas inactivas o inertes pueden ocasionar un daño cuando por su situación anormal provocan una contingencia dañosa (daño por la cosa). En tal supuesto, habremos ingresado en la órbita de la responsabilidad objetiva, por lo que se prescindirá del análisis de la culpa, siendo responsable el dueño o guardián (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte del Código Civil), lo que no estuvo en discusión y que tampoco critica el municipio recurrente.

En estos daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, el hecho se produce con un grado de autonomía con relación a la actividad del hombre. Se trata de casos en que la cosa escapa al control humano y basta que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa; sea por su situación anormal o por su circunstanciada ubicación de acuerdo con la causalidad adecuada prevista en el art. 901 del Código Civil (cf. Tanzi, Silvia y Nuñez, Eliana, "Enciclopedia de Responsabilidad Civil", t. I (A-B), p. 767 y sus citas: Orgaz, A., "Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Nuevos estudios de derecho civil", Buenos Aires, 1954; Zabala de González, Matilde, "Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", LA LEY, 1983-D, 113; Llambías, J. J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. IV-D, Buenos Aires, 1976, y Alterini-López Cabana, "Cuestiones modernas de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1988).

De lo expuesto cabe concluir -como lo hiciera el magistrado de primera instancia- que el arco en cuestión, al haber estado sin la correcta instalación (ver considerando 10), se tornó en una cosa con virtualidad para causar daños a terceros; situación que conduce a responsabilizar a la demandada por el evento de marras. La ausencia de elementos probatorios en la instancia de grado y de argumentos que constituyan una crítica a lo decidido poco inducen a modificar lo resuelto.

En este sentido, de nada vale declamar -como lo hace unilateralmente el quejoso- que el arco es una estructura móvil, cuando se demostró conforme oficio agregado a fs. 36 y fs. 28 de la causa penal incorporada, que ignoraba quiénes lo habían instalado, también quedó acreditado que estaban hacía ya 20 años en el lugar, que las reparaciones efectuadas en el predio solo

comprendieron los cercos perimetrales (fs. 153), sumado a ello debe evaluarse la declaración testimonial de fs. 181, quien da cuenta que el arco estaba sobre el cuerpo de la víctima, cuando no se ha colectado prueba alguna que corrobore que ese elemento estaba adecuadamente instalado, y menos aun ha sido comprobado que fue la conducta del niño fallecido la causante del accidente. En este contexto, habiéndose acreditado que la cosa se había vuelto riesgosa, de acuerdo al artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil, correspondía al encartado probar alguno de los eximentes de responsabilidad; vale decir, la culpa de la víctima o de un tercero ajeno a la imputabilidad del hecho, o bien la existencia del causal genérico del art. 513 del Código Civil. Sin embargo, la labor de la dirección letrada del quejoso en este punto brilla por su ausencia. Recuérdese al respecto que el artículo 377 del CPCCN dispone que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Es decir, pone en cabeza de quien alega un hecho la carga de su prueba. Es que la obligación de afirmar y probar se distribuye, pues, entre las partes, dejando a la iniciativa de cada una de ellas la posibilidad de hacer valer los hechos que pretendan que sean considerados como verdaderos en el proceso (Chiovenda, Giusseppe, "Principios de Derecho Procesal Civil", t. II, Pág. 253).

"Las "cosas inactivas" o, como bien se ha señalado, los objetos que por su naturaleza están destinados a estar quietos (ver Mayo, Jorge, Comentario al art. 1113 del C.C. en “Cód. Civil y normas complementarias...”, Dir. Alberto Bueres, Tomo III-A., pág. 632, Hammurabi). Una cosa inerte puede adquirir una activa intervención en la producción del daño cuando, por aquella particular situación de irregularidad o anormalidad en su posición o situación genere, conforme al curso ordinario y normal de las cosas, una probabilidad razonable de dañosidad para terceros (C.Nac. Civil, Sala I, E.D. 194-329; conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, tomo IV, Hammurabi, pág. 599; Piaggio, "Cosas inertes: retorno al requisito de anormalidad", L.L. 2005-F-246). Citar: elDial - AA4E03.

En consecuencia, el Juez de la instancia anterior, quien puso énfasis en la negligencia de la demandada (ver considerando 10, 11 y 12 de fs.

322/23vta.), que el supuesto debe encuadrarse en el régimen previsto para los daños derivados del "riesgo" o "vicio" de las cosas (art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del C.C.) la demandada no enervó, por ende, debe responder por ellos en su carácter de propietaria y guardiana de la cosa que ofrecía el riesgo.

Se trataba de una cosa destinada al juego de niños y adolescentes, era su función, que el fallecido -por su corta edad- poco peso corporal portaba, y como fuera acreditado no se realizaba una adecuada revisión y reparación de dicha cosa que era inestable y tenía una inadecuada fijación al sitio en el que se encontraba, en consecuencia descarto la culpa de la víctima en la producción del hecho dañoso.

En este orden de ideas y en forma ilustrativa cito, con acotaciones referidas al subjudice: "La causa del accidente, tal como quedó demostrado en autos, se debió exclusivamente a la irregularidad provocada por (en el caso: un arco) el complejo deportivo, por lo que ha jugado un papel preponderante en la ocurrencia del siniestro de marras, extremo que amerita calificarlo como una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del Código Civil. Por lo tanto, tratándose de un bien del Municipio, este debió adoptar las medidas de custodia y conservación, a los fines de evitar la ocurrencia de accidentes como el presente o en su caso probar por medios fehacientes que se produjo como consecuencia de la culpa del actor, en los términos del art. 1113 del Código Civil, segunda parte". Nada le impide a la demandada adoptar las medidas mínimas indispensables para asegurar la integridad de las personas que utilizaban el complejo, (y no se trata como dice la demandada de contar con más o menos personal sino de desarrollar un adecuado ejercicio de la función pública), debido a que era posible y de hecho se repetía la actividad de los jóvenes del barrio jugando al fútbol en tales circunstancias.

“El Municipio, como dueño o guardián, debe asegurar el uso y goce por los particulares -en el caso los jóvenes del barrio que jugaban fútbol-. Siendo su obligación adoptar las diligencias mínimas para garantizarles su integridad. Por ende, debe verificar que el lugar tenga un mínimo y razonable estado de conservación y seguridad. Entiendo entonces que, la atribución de responsabilidad es exclusiva de la Municipalidad por no haber mantenido en buen

estado el complejo, ni haber dispuesto en el lugar elementos de seguridad más idóneos, menos vulnerables. Asimismo, sabiendo que frecuentemente los jóvenes del barrio hacían su ingreso para jugar, debió no sólo adoptar una posición retórica, sino extremar las medidas a su alcance para evitar esas prácticas -cerrar el lugar, contratar personal de seguridad etc.-

"Por tales motivos, el ente público debió proveer la seguridad de los usuarios y adoptar las medidas adecuadas, suficientes y eficaces al efecto, y su responsabilidad radica en su omisión de control y vigilancia" (citar: elDial - AA4FDB – "Toledo, Rodrigo G. c/ Municipalidad de Neuquén s/ daños y perjuicios" - Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial, laboral y de minería - I circunscripción judicial de Neuquén - sala III - 03/02/2009).-

Por ello confirmo la sentencia venida en crisis en este punto, desestimando los agravios de la Municipalidad demandada.

II.- Agravios de la actora.

Con relación al memorial, ya se ha efectuado la aclaración preliminar, y bajo esa insuficiencia que estriba esencialmente en la disconformidad con lo resuelto, con argumentos en antecedentes del juzgado de grado que no resultan aplicables al caso, ya que no es la misma situación, según se desprende de la descripción que efectúa el quejoso, desde un punto de vista patrimonial y espiritual la pérdida de la madre, que el óbito del hijo, niño de corta edad como ocurrió en la especie. Por otra parte, un fallo de un juzgado de primera instancia no constituye un criterio jurisprudencial constante y uniforme de la provincia que deba ser seguido con alcance de doctrina legal.

Conocidas las posturas doctrinarias y jurisprudenciales existentes respecto del valor de la vida humana, es imposible soslayar que en el caso, cuando el fallecido fue un niño de corta edad que no ayudaba económicamente a los progenitores ni al grupo familiar conviviente, porque no se hallaba en condiciones de hacerlo, sino que todo lo contrario, lejos de ser una ayuda representa una carga económica, en un sentido estrictamente pecuniario para los padres en atención a los requerimientos de su subsistencia y educación (ver en tal sentido: Félix Alberto Trigo Represas "Pérdida de chance…", pág. 130, ed. Astrea-2008).

No debo dejar de reconocer que la doctrina y la jurisprudencia nacional, exhiben posiciones encontradas sobre el valor de la vida humana. Hay quienes afirman que: “toda vida humana tiene en principio un valor económico como fuente actual o potencial de bienes. Solo en casos muy especiales, como ser el de un sujeto totalmente diminuido en su actividad física e intelectual, podría afirmarse que no existe capacidad productiva y que, por ende, no existe daño patrimonial” (despacho “B” de la jornada sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), firmado por Brebbia, Zannoni, Goldemberg, Orzábal de Fernández Prete). Por mi parte, personalmente adhiero al criterio doctrinario sustentado en el despacho “A” de la jornadas, donde se ha sostenido: “la vida humana no tiene valor económico per se. Encierra, eso sí, un gran valor moral y espiritual. La pérdida de la vida humana no justifica por sí sola el derecho de un resarcimiento a favor de los herederos” (Mosset Iturraspe, Mosset de Espanés, Pizarro, Vallesponos, Banchio Orzábal de Fernández Prete, y Kemelmajer de Carlucci). Y jurisprudencialmente participo de la doctrina de aquellos pronunciamientos que “aunque enrolados en la tesis afirmativa sobre el valor de la vida humana, hacen hincapié en que no se trata de un carácter abstracto, sino vinculado a determinadas condiciones y elementos de valoración, con lo que se acercan a la tesis opuesta” (C1a. Civ y Com. La Plata, Sala III, 7/08/80, rev. de jurisp. Colegio de abogados de Bs.As. 1981, n° 1; C.Fed.Tuc., 5/12/74JA, 1976-I-331 y LL, 1975-C-540, sum. 1241: íd., 10/12/76, Rep. JA, 1978-20, Sum. 154; SCBs.As, 20/10/76; ED, 72-129 íd., 20/05/80, JA 1980-III-458; CNCiv. 25/06/74, JA. 23/1974-231 y Rep. LL XXXV-488, Sum. 666). (Aída Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado dirigido por Belluscio y Zannoni T. V, ed. Astrea, 1994, pág. 195).

“El valor de la vida humana resulta apreciable, no en virtud de criterios exclusivamente económicos, pues ésta es una concepción materialista que debe ceder frente a la comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe tender la justicia, toda vez que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima” (ver autor citado con mención de

CSJN, pág. 138).

Bien definió el a quo que el daño material en el sublite es un caso de pérdida de la chance. Es decir, en la posibilidad futura de que el niño de 7 años fallecido, alcance la edad adecuada para generar ingresos y con ello ayudar al progenitor, previa incorporación de un grado adecuado de educación y por supuesto el gasto de manutención del mismo, su vestimenta y alimentos, como toda aquella actividad económica y de apoyo espiritual para ayudarlo a alcanzar los objetivos de vida. Discrepa el recurrente dogmáticamente haciendo interpretaciones y basándose en opiniones diversas de las efectuadas por el Aquo, pero al momento de confrontar con el alcance previsto en la normativa procesal poco aporta (art. 268 del CPCCCh). Escasa contribución pudo aportar cuando al demandar a fs. 45/6 solo estableció la suma que estimó sin mayores precisiones. Dijo el Dr. Alexandre "tal como se expresa en la demanda y como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia dominante, corresponde admitir el resarcimiento por el daño material consistente en la pérdida de chance de la asistencia económica que la victima le brindaría a sus padres en el futuro, para lo cual debe tenerse en cuenta la frustración de la ayuda a ellos en su vejez, de indudable gravitación en familias de escasos recursos. Que la víctima tuviese o no otros hermanos sobre quienes también pesa la carga de asistir a los progenitores en el futuro, no debe soslayarse para la apreciación del monto indemnizatorio,... y que quien reclama en el futuro también formaría su familia según el curso natural de la vida, adquiriendo obligaciones alimentarias, supeditado todo esto al período variable e incierto de real necesidad de ayuda y hasta la extinción de la vida de aquella" (Sent. Def. nro. 28/99). Similares criterios siguió este Tribunal en sentencias nro. 52/97 –Sala A-, nro. 29/2003, Sala B, entre otras.

Cuando se trata de cuantificar una indemnización por pérdida de chance lo primero que hay que tener en cuenta es algo en que machaconamente, hemos reiterado a lo largo de este trabajo: que lo resarcible es la chance misma y no el total de la ganancia u oportunidad perdida. En la chance lo que realmente se perdió es una oportunidad, y la forma de lograr un adecuado resarcimiento de esa pérdida de la ocasión es mediante la apreciación en dinero de la "probabilidad" de que tal oportunidad se hubiera efectivamente concretado"

(pág. 275/6 “pérdida de chance…”, autor citado).

Concluyendo con el tema, agrego que “La corta edad del menor incide a la hora de estimar la suma indemnizatoria, pues la mayor proximidad del hijo menor fallecido a una edad que le permite cooperar económicamente con sus padres, otorgaría derecho a un resarcimiento numéricamente superior, en la medida en que otorgan máximas certezas a la pérdida de chance” (“Lazópulos, Viviana Irma c/ M.C.B.A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” - CNCIV - Sala M - Nro. de Recurso: M125419 - Fecha: 04-05-01 Citar: elDial - AE182E).

En síntesis, el niño tenía tan solo 7 años, lo cual lo aleja bastante al padre actor de la posibilidad próxima y con cierto grado de previsibilidad de esa chance, en cambio se aumenta la inversión de los progenitores en la persona del hijo y ampliándose el horizonte de apreciaciones conjeturales, por ello y conforme las facultades discrecionales otorgadas en el art. 167 del código de forma, encuentro que es adecuado el valor estimado por el juez de grado y confirmo el fallo en este punto.

Sobre el daño moral, puede sostenerse que esta categoría de daño compromete lo que el sujeto “es”, en tanto que el daño patrimonial lesiona lo que la persona “tiene”, las principales vertientes del daño moral residen en lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de las personas, es decir su existencia y su integridad psicofísica, espiritual y social... Las formas más frecuentes de daño moral residen en el dolor, la angustia, la tristeza, etc. Por ello la noción de daño moral ha sido muy subjetivada y emparentada con los sufrimientos psíquicos. Dicho perjuicio sería la contrapartida de la felicidad, como estado de bienestar espiritual que gozaba la víctima antes del hecho. Pero es evidente que la dimensión espiritual de la persona no se reduce a su sensibilidad sino que comprende la existencia intelectual y volitiva, tanto en la soledad como en las relaciones con los demás (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Bs.As., Hammurabi, t.4, 1999-178 y ss).

Como regla, la ley acuerda legitimación activa únicamente al damnificado directo (víctima inmediata del hecho) por excepción si el hecho

produjo la muerte de la víctima y la ley otorga legitimación activa solo a ciertos damnificados indirectos; los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuges de la víctima inmediata) (ob. cit., pág. 184).

Pizarro afirma que difícilmente puede concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que la muerte de un hijo, por su intensidad y perdurabilidad; en este sentido, Mosset Iturraspe dice que la vida de los hijos representa para los padres desde el ángulo de los sentimientos un valor incomparable; el padre o la madre ven en los hijos el futuro de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias y esperan recibir de ellos buena parte del cariño que han depositado como consuelo y ayuda espiritual en los últimos años de vida. Poco importa la edad del damnificado, sea un niño de corta edad o un adulto, el detrimento espiritual es siempre grave e igualmente relevante para el derecho; procurar distinciones con base en la edad de la víctima importa un proceder inadmisible, reñido con las reglas de la experiencia.

El monto indemnizatorio debe guardar relación con la entidad del perjuicio experimentado; en pocos supuestos como éste deben descartarse indemnizaciones mezquinas, puramente simbólicas que han sido descalificadas por nuestra CSJ Nación (Pizzarro, Ramón Daniel “Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las distintas ramas del derecho”, Bs.As., Hammurabi-1996, pág. 235 y ss).

“La muerte de un hijo menor, considerado como la prolongación de sus progenitores, acarrea daños morales tremendos e imborrables, que deben ser resarcidos atendiendo a las condiciones subjetivas de la víctima y de los damnificados y las objetivas del evento dañoso (CNCiv., Sala K 12-5-97, DJ 1998-2-1056). “La reparación derivada de la muerte de un hijo no requiere la producción de prueba directa del perjuicio, ya que difícilmente se puede concebir un hecho de mayor proyección espiritual, pues se aparta del orden natural de las cosas; máxime si la muerte se produjo en circunstancias trágicas” (CNCiv y Com.Fed., Sala II, 24-10-97, LL1997-D, 830 DJ1992-1-270).

"Son pautas orientadoras para determinar el quantum indemnizatorio con relación a los padecimientos sufridos por el padre a raíz de la muerte del hijo, la relación parental antedicha, las edades de ellas y la privación de

apoyatura y asistencia afectiva y espiritual del muerto cuando aquél, por su edad, más la necesitaría" (Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/1987; citado por Matilde Zavala de González en "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 278, ed. Hammurabi).

Es imposible observar de algún modo un nexo que medianamente preste una forma de equivalencia entre estos parámetros y, por ejemplo, el monto asignado es sólo una referencia, pues cualquiera sea la suma -mayor o menor- igual sería repelida por la inconmensurabilidad de lo que intenta tasar (datos: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. Nº EXP 1343 -Autos: “Soto, Juan Bautista y Otro c/ G.C.B.A. (Hospital Durand) s/ Daños y Perjuicios”-, Sala II, del voto del Dr. Eduardo A. Russo con adhesión de los Dres. Nélida M. Daniele y Esteban Centanaro, febrero 14 de 2003, sentencia Nº 3691, citar: elDial - BG748).

Se desprende de todo lo dicho como corolario que la fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral por el fallecimiento de un hijo no está sujeta a reglas fijas; su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión.

Es decir esa situación de inconmensurable sufrimiento coloca a los jueces en un margen de discrecionalidad al dimensionar (ver C. 1ra. ACC Minas, de Paz y Tributaria Mza., LLOnline autos “Bergamín, Mercedes c/ Torres de Farías Mirta”, 2-12-2008), por lo que ha de estarse a parámetros monetarios dados por la jurisprudencia.

En este último sentido y congruentemente con los argumentos expuestos, los antecedentes de este Tribunal y los distintos fallos a nivel nacional, estimo que la cifra acordada por el juez de grado debe readecuarse, por cuanto se presenta inferior a la tendencia jurisprudencial actual, recepto el agravio del padre de la víctima por lo que establezco el resarcimiento por daño moral por fallecimiento del hijo en la suma de $80.000.

Por todo lo expuesto, confirmo el fallo de grado con excepción de la indemnización por daño moral que se reajusta a lo dispuesto en párrafos precedentes.

Por lo dispuesto en el art. 282 del ritual, habiéndose modificado la sentencia de grado, las costas y honorarios se readecuarán. Con relación a las primeras se mantiene como fueron dispuestas por el Aquo, los honorarios de los profesionales actuantes en ese estadio, la regulación se difiere al momento del acuerdo en el que se tendrá en consideración lo dispuesto en la ley arancelaria (arts. 5, 6, 8, 18, 46 y concs. Ley XIII nro. 4).

Impongo las costas de la Alzada por orden causado atento lo dispuesto en el art. 69, segundo párrafo, del CPCCCh, por considerar que el éxito obtenido respecto del daño moral por la parte actora, resulta de criterios exclusivamente discrecionales de quien suscribe y no por atender los argumentos del memorial en su contenido.

Difiero la regulación de los honorarios profesionales actuantes al momento del acuerdo, en que se determinará sobre la base de lo dispuesto en el art. 13 de la ley arancelaria.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo

1.- Desestimar los agravios de la parte demandada, receptar parcialmente los de la actora, y modificar parcialmente la sentencia venida en crisis, exclusivamente en la suma dispuesta para daño moral que se fija en $80.000 y la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado, según considerandos respectivos.

2.- Costas de la Alzada: las impongo por el orden causado atento a lo dispuesto en el art. 72 del CPCCCh.

3.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan los presentes a la alzada en apelación de la sentencia de primera instancia de fs. 312/326vta., que hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a abonar al actor, la suma de $100.000 en concepto de valor vida y daño moral, con más intereses. Rechaza el rubro daño psicológico. Rechaza las excepciones de falta de

legitimación activa y pasiva; falta de habilitación de la instancia judicial, falta de agotamiento y falta de acción bajo el argumento de no haber agotado el procedimiento del art. 138 de la Ordenanza Municipal n° 485/75. Impone costas a la demandada y regula los honorarios.

A fs. 331 y 332, se notifica la sentencia a la demandada y sus letrados. A fs. 333 se notifica a la actora.

A fs. 328 apela el actor y a fs.. 330 la demandada.

El actor expresa agravios a fs. 348/356, haciendo lo propio la demandada a fs. 343/346vta.

Expresión de agravios de la demandada: en su memoria se agravia la demandada porque se declara la responsabilidad objetiva de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Transcribe párrafos parciales del fallo y critica la interpretación abarcativa que formula el juez al llegar intentar basar la sentencia en algo que, luego manifiesta no fue bien probado. Afirma que los fundamentos del fallo no resisten el menor de los embates, con sustento más que en los hechos acaecidos, en las pruebas irrefutables y en el derecho. Sostiene que se ha efectuado una arbitraria interpretación de las leyes como de la prueba aportada a la causa. Alega que de las constancias del expte penal n° 319/04 caratulado: “Ministerio Público Fiscal s/ Investigación Homicidio Culposo”, a raíz de la intervención policial de la Comisaría V de esta ciudad, se desprende que la manifestación de la existencia de un cable que amarraba el miniarco de fútbol al aro de básquet cuya supuesta rotura fue la causa de la muerte, provino de varios menores pero no de pruebas fehacientes de la causa. Continúa diciendo que de las indagaciones realizadas en dicha oportunidad no se pudo identificar a testigos presenciales del hecho. Invoca como constancia de ello los dichos del agente policial D. V.. Insiste en la valoración arbitraria de la prueba obrante en la causa penal, especialmente del acta policial. Manifiesta que no surge de la causa la existencia de reclamos previos de los vecinos o del actor por la peligrosidad de los arcos de fútbol. Sostiene que si hubieren existido dichas denuncias, ello denotaría el conocimiento real y cierto del Estado Municipal, y en dicho caso podría imputársele responsabilidad por omisión. Reconoce que por su propia naturaleza los miniarcos de fútbol son móviles, pues su finalidad es adaptarlos según las

actividades y cantidad de jugadores. Agrega que por ello no podrían estar amurados. Sostiene que el arco no es una estructura riesgosa o peligrosa para quienes los utilizan, a excepción que se desvirtúe su uso y pone como ejemplo, el treparse y balancearse en el travesaño. Alega que si por ello se produce un daño, no se puede responsabilizar al municipio. Entiende que extender a la municipalidad los efectos de la responsabilidad objetiva del ordenamiento civil, como consecuencia de un supuesto obrar negligente y omisión de cumplir con los deberes de contralor es un exceso. Cita doctrina y jurisprudencia nacional y de la Corte Suprema de la Nación en apoyo de su postura. Agrega que el Estado Municipal no tiene manera de garantizar a sus ciudadanos que va a prevenir, advertir y evitar la totalidad de las conductas contrarias a la ley o las que, sin serlo, puedan resultar riesgosas para las personas y sus bienes. Señala que ello sería de imposible cumplimiento, situación que ilustra mediante un ejemplo. Aduce que no existe por parte de su representado omisión en el cumplimiento de una obligación, por lo que debe descartarse la existencia de una conducta antijurídica. Reitera que la prueba colectada en autos es insuficiente para acreditar la supuesta conducta antijurídica de su mandante y sustentar su responsabilidad en el hecho dañoso. Concluye que en el supuesto de autos no se reúnen ninguno de los requisitos necesarios para responsabilizar al Estado por conducta omisiva, como por ejemplo: existencia de antijuricidad o ilicitud, imputabilidad o factores objetivos de responsabilidad, relación de causalidad. Fundamenta su postura. Solicita se revoque la sentencia dictada en todas sus partes.

Expresión de agravios de la actora: en su memoria de fs. 348/353, critica los importes fijados por el juez de grado en concepto de valor vida, daño moral por la suma de $100.000 y honorarios regulados por la suma de $20.000, los que considera insuficientes por ser inferiores a la pretensión deducida por su parte. Solicita se incrementen dichos rubros. Sostiene que el monto determinado por el juez por daño material -$50.000- es irrisorio e insuficiente. Alega que el criterio sostenido por el magistrado para determinar el quantum del daño material sufrido por el actor por la pérdida de su hijo, difiere sustancialmente del sustentado en otro proceso que individualiza, que tramitara ante el mismo tribunal y de similares características. Critica la ponderación del daño efectuada

por el juez, la que considera endeble y caprichosa. Manifiesta que de acuerdo a los medios de vida y especiales circunstancias del grupo familiar surge que los padres tenían muchas expectativas en el futuro de su hijo. Señala que no se exponen los argumentos en que se fundamenta la postura, salvo la sana crítica y valoración subjetiva del magistrado. Agrega que no hay valoración respecto de la actividad laboral desarrollada por el padre, que la madre es ama de casa y, que el fallecimiento del hijo les privaría de la probabilidad de una ayuda económica en su vejez. Realiza una proyección de los posibles estudios o actividad laboral que el niño hubiera podido realizar en su mayoría de edad y la supuesta ayuda económica que podría haber brindado a sus padres, como fundamento de la suma que insinúa considera justa como reparación del daño material. Critica la reducción efectuada por el a-quo del importe reclamado por daño moral. Señala la contradicción existente entre lo resuelto en el presente y pronunciamientos anteriores del mismo tribunal. Argumenta que el dolor por la pérdida de un hijo no se supera por el paso del tiempo y la angustia sufrida ante la ausencia no resulta equiparable a ninguna otra pérdida. Sostiene que el juez no brindó los argumentos que fundamentan su postura al cuantificar el daño moral. Invoca la aplicación del art. 1078 del C.Civ. Cita como precedentes fallos de otros tribunales y Corte Suprema de Justicia. Insinúa el monto que considera justo determinar en concepto de daño moral. Finalmente se agravia por los honorarios regulados. Sostiene que se ha tenido en cuenta para la estimación solo el monto de condena, sin intereses. Solicita se adecuen los mismos y se fijen en porcentajes de acuerdo a lo que resulte conforme el incremento de los rubros de condena solicitados. Peticiona se revoque el fallo de grado.

No se encuentra discutido en autos y se ha probado que el 22 de diciembre de 2004, aproximadamente a las 18:45 h en circunstancias de encontrarse el menor L. N. D. de 7 años jugando en uno de los playones deportivos del B° 30 de Octubre, se produce la caída del arco de fútbol al intentar balancearse sobre el mismo, lo que le provoca traumatismo de cráneo encefálico (fs. 6, 26/28) siendo trasladado al Hospital Regional ingresando a dicho nosocomio sin vida (fs. s/f y 6/8, 19 y 32) del expte. N° 319/2004 “Ministerio Público Fiscal s/ Investigación Homicidio culposo”.

No obstante los endebles argumentos de los apoderados del Municipio, como ya lo señalara la Sra. Juez preopinante y que comparto, para tratar de revertir los fundamentos del sentenciante, quien dio respuesta precisa y acabada a cada una de las manifestaciones de la contestación de demanda y lo que adelanto no logró, he de transcribir a título didáctico lo dicho en autos "C., M. N. c/ Municipalidad de Mercedes s/ daños y perjuicios" –Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (Buenos Aires)- Sala III - 21/05/2009, con cita de Carolina Martínez Garbino en su artículo "Cosas inertes, riesgo y culpa" LLBA 201, 1051), acerca del régimen de responsabilidad que consagra el artículo 1113 del C. Civil (v. expte. Nº 42449 caratulado "Lucero de Dornay, María E. y Dornay R. c/ Telefónica de Argentina y Empresa Argencobra S.A. s/ Daños y Perjuicios", sent. del 22 de abril de 2008; y causa Nº 42889 caratulada: "Broggi, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires - Dirección Provincial de Vialidad s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 6 de noviembre de 2008, ambas con la primera ponencia del Dr. Guardiola.

En esos pronunciamientos se señaló lo siguiente: "El carácter inerte de la cosa no impide la aplicación del art. 1113 del C.C. No es una condición del hecho de las cosas su movimiento. Es cierto, como señala Pizarro, que desde un punto de vista cuantitativo, la idea de riesgo creado parecería estar estadísticamente más asociada a cosas en movimiento que a las que se encuentran inertes, ya que existe una probabilidad de intervención causal más relevante en aquel supuesto. Sin embargo, cualitativamente, nada permite disociar al riesgo creado del carácter inerte de una cosa, dado que ella puede haber intervenido activamente en la producción del resultado. Pizarro trae como ejemplos el piso anormalmente resbaladizo o deteriorado, que provoca la caída de un peatón; el pavimento de una ruta en mal estado de conservación, que causa daños en un vehículo que circula, etc. En esa línea, la doctora Zavala de González sostiene que existe hecho de la cosa cuando ésta, "mecánicamente pasiva" ha sido "causalmente activa". Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando la anormalidad de su situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa, lo que es plenamente congruente con el sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Código Civil. "Si la cosa inerte

tiene participación activa en la producción del daño sufrido por quien la utiliza (por ej. piso anormalmente resbaladizo, acera deteriorada o con pozos o, como en el caso, rampa de lanzamiento marina de alto riesgo) (y en los presentes: arco de fútbol no fijo) nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o al guardián" (CS, diciembre 1, 1992, Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra). "Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de una cosa inerte, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del 2º párr., última parte, del art. 1113 del Cód. Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (Del Castillo, Nora M. c. Supermercado Coto s/daños y perjuicios CN Civ., sala L, 18/9/97; inédito. Voto del doctor Pascual.)". Agrega que "... aún cuando se considere que la idea de culpa está ausente en la atribución de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, de ello no se sigue sin más que pueda presumirse su riesgo o vicio, ni que fuera apta para repotenciar, recrear o aumentar la posibilidad de daño, máxime si no ha tenido una participación activa en su producción. Ello es particularmente aplicable al supuesto de cosas inertes -como lo es, en el caso, la escalerilla del avión-, pues la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento... De tal modo, cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio; esto es, el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes- la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del párr. 2º, última parte del art. 1113 del Cód. Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “OMill, Allan E. c. Provincia del Neuquén”, 19/11/1991,

Fallos Corte: 314:1505; LA LEY 1992-D, 228)" - En similar sentido la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia ha expresado que: "No puede sostenerse que una cosa no reviste el carácter de riesgosa sólo por su condición de inerte, porque para determinar si genera peligro el juez en cada oportunidad debe preguntarse si ella por cualquier circunstancia del caso produce un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima; a pesar de que una cosa en sí misma considerada puede no ser peligrosa, en ocasiones alcanza ese carácter en función de las circunstancias del caso" (Suprema Corte de Justicia en causas L 38961; L 51505; L 76465; L 82047, entre otras).

“En este estadio y antes de cualquier otra consideración, cabe aclarar que la condición de inerte de una cosa no autoriza a concluir simplemente en la inexistencia del carácter de riesgosa de la misma. Jurisprudencia que se comparte bien ha dicho que: "La parte final del art. 1113 del Cód. Civil (ADLA, XXVIII-B, 1979), no habla de "cosas riesgosas" sino de "riesgo de las cosas", pues de atenernos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna es en sí misma peligrosa o inofensiva, sino que resultan o no peligrosas según las circunstancias del caso. La reforma efectuada por la ley 17711 a dicho artículo omitió determinar los casos en que funciona la responsabilidad por riesgo de las cosas, por lo que queda librado a la apreciación de los jueces cada caso en particular (voto del doctor Fontana)" (C.Apel.C.C., Dolores, diciembre 14-982 - "De Anchorena, Manuel N. J. c/ Cristófalo, Antonio J."; LL, 1983-C-298). Otra: "El carácter inerte de la cosa, no impide valorarla como viciosa o riesgosa" (C.Apel.C.C. Morón, sala II, febrero 5-987 - "Altamirano, Elsa R. c/ Cerámica Martín S.A. y otros"; LL, 1987-D-373). Una última: "A pesar de que una cosa en sí misma considerada pueda no tener peligro, en ocasiones adquiere esa cualidad en función de las circunstancias que rodean al caso. Resulta, pues, indispensable para determinar si la cosa adquiere riesgo o vicio, que el juez en cada oportunidad deba indagar si por las particularidades del caso aquélla produce un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima" (S.C.Buenos Aires, octubre 12-993 - "Gerez, Santa Catalina c/ Relimar S.A.”; LL, 1993-E-579), decía el Dr. Caneo, como Juez de la Cámara de Apelaciones de C. Rivadavia - Sala A, en sentencia N° 028, Definitiva, año 1999, en autos: "A., B. del C. c/ T. M. S.R.L.

y/o quien resulte responsable s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. No. 10.867/98.

Y en autos las circunstancias del caso a las que se refiere la jurisprudencia mencionada, son las que convirtieron al arco, cosa inerte, en riesgosa, con las consecuencias ya apuntadas, como lo resolviera el Sr. Juez.

Se queja el apelante por la arbitraria interpretación tanto de las leyes como de la prueba aportada a la causa, sin nada que avale tal afirmación, olvidando la responsabilidad que le cabe al Municipio por ser el guardián del orden público y el haber omitido ejercer su función administrativa.

Ninguna consideración le merece el informe de fs. 56 presentado por el mismo demandado quien reconoce que el arco fue realizado por mano de obra no calificada, de donde se desprende que aún sabiendo la falta de idoneidad de quienes realizaron la tarea no tomó las medidas necesarias para controlar el estado, máxime el tiempo transcurrido y tratándose de un lugar de acceso libre de niños y cuyo objetivo era la seguridad (nunca hubo carteles que prohibieran el acceso), fs. 181 y 190 y la inestabilidad del arco, al ser móvil (fs. 344).

La quejosa da las razones por las cuales no puede controlar, “el Estado no tiene manera de garantizar a sus ciudadanos que va a prevenir, advertir y evitar la totalidad de las conductas contrarias a la ley o las que sin serlo, pueden resultar riesgosas para las personas y sus bienes, es una tarea imposible de encarar” y si así es, ello demuestra la inoperatividad del Municipio, por lo que debiera el mismo, en el caso concreto prohibir la instalación de lugares de esparcimiento que “no puede controlar”.

Debió saber que su tarea no es sólo inaugurar lugares para juegos, sino controlar quién y cómo se colocan, así como el funcionamiento de ellos, máxime la peligrosidad potencial de la cosa inerte, en el caso el arco de fútbol, que se potenció ante la deficiente instalación y la circunstancia de que al predio donde se encontraba colocado concurrían habitualmente vecinos para la práctica deportiva de fútbol, básquet, otras actividades y, reitero, lo hacían con libre acceso niños (informe de Asociación Vecinal (fs. 157) y testigos (fs. 181/183; 190/191 y 224).

Más allá de lo sostenido por el apelante bajo el título

conclusiones, la prueba valorada no permite tener por acreditada ninguna eximente, debe responder por haber obviado el deber de seguridad, por la falta de servicio, toda vez que corresponde al dueño del predio el adecuado control de todo elemento que se introduzca en su propiedad.

La responsabilidad, como lo dijera el sentenciante, es objetiva y la fundó en omisión de control, (negligencia) y en el saber técnico y habilidad de sus funcionarios (impericia).

Y a tal conclusión se arribó, y con acierto, toda vez que el miniarco, que fuera puesto en el predio de la Unidad vecinal 30 de Octubre, perteneciente al Municipio local, donde se encontraba jugando el menor de 7 años L. N. D., “se cortó el cable que lo amarraba al aro de básquet y consecuentemente con éste caen, el menor primero, y detrás el mencionado arco”, lo que provocó su muerte, como consecuencia del mal estado de conservación, transformándose, por ende, en una cosa riesgosa. El municipio no adoptó todas las medidas para evitar el suceso, y omitió negligentemente cumplir con su deber, permitiendo que se dé la conexión causal adecuada exigida por la norma, produciéndose los daños a los que ya se aludiera y que no fueron motivo de negativa.

No resulta reiterativo aludir a lo dicho por la Corte Suprema en numerosos precedentes: “Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o ejecución irregular” (Fallos 306:2032, 320:1999, entre muchos, enumerados en pág. 97 de “Responsabilidad del Estado” Alejandra Dévora Abrevaya). “Ese precepto ha merecido interpretaciones encontradas pero coincido con la brindada por Aída Kemelmajer de Carlucci en su voto in re “Torres, Francisco V., provincia de Mendoza”, en el sentido de que la norma en cuestión sólo comprende los ilícitos por omisión simple y no los de comisión por omisión, añadiendo la autora que el omitente debe responder cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción. Y propicia la aplicación de ese texto legal cuando se trata de responsabilizar al Estado por su omisión.

Creo que, más allá de la aplicación de la norma citada por vía analógica o directa como se discute, la cuestión adquiere aristas muy

particulares y propias cuando del Estado se trata, que no pueden ser soslayadas, ya que su omisión estará dada por la relevante abstención de realizar actos tendientes al cumplimiento de sus fines esenciales para el logro del bienestar general y en interés de toda la comunidad. De manera que no es posible olvidar que el Estado queda comprometido en esos fines a la hora de juzgar este tipo de responsabilidad por omisión y no puede ser igualado en el análisis a cualquier particular a quien se le impute responsabilidad por omisión simple (págs. 86 y 87, “Responsabilidad Civil del Estado. Requisitos. Procedimientos. Ejecución. Casuística”, Alejandro Débora Abrevaya).

Todo ello permite rechazar los agravios y confirmar lo resuelto por el Sr. Juez de la instancia anterior.

El actor solicita en la expresión de agravios se modifiquen los ítems valor vida, daño moral y honorarios.

Valor vida: de las enseñanzas de Trigo Represas, pág. 241, "la pérdida de chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades"; y agrega Tanzi Silva, en la reparabilidad de la pérdida de chance, en la obra colectiva "La responsabilidad", pág. 330, "La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de la medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que se debe reconocer el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento... La indemnización

deberá ser de la chance y no de la resarcible, es la esperanza futura que tenían de recibir una ayuda económica, y ello surge de los deberes que impone el art. 367 del CC o del art. 377. Y no es tarea fácil determinar su monto, ya que la jurisprudencia ha oscilado entre los extremos, pero más allá que no existe duda que son los padres quienes mantienen a sus hijos y que de acuerdo a sus hábitos, posibilidades y costumbres tal situación actualmente se prolonga durante más allá de la adolescencia, no quedan dudas de que en algún momento de la vida la expectativa se hace realidad.

La inmensa mayoría de la jurisprudencia considera que la muerte del hijo hace perder a los padres la "chance" de contenido económico, representada por la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida representa.

Merituaré, que la esperanza de recibir ayuda en la vejez descansa en ellos, pero no significa que la muerte del hijo acarreará la frustración de toda posibilidad de sostén; así como la situación social y económica de los padres, ya que según se verifica en las familias humildes, crece la probabilidad que tengan que ser socorridos por los hijos "mayor será la reparación cuando más humilde sea la condición social", todos ellos argumentos de Matilde Zavala de González, en "Resarcimiento de Daños. Daño a las personas", 2b, págs 246, 271, 273.

De allí que teniendo presente tales pautas coincidiré con lo decidido por el sentenciante, toda vez que por la edad del niño, éste no podía prestar ayuda alguna y si bien es cierto que los padres tienen el derecho de contar con que llegados a la vejez tendrán el apoyo de sus hijos en sus enfermedades, su ayuda material, si llega el momento en que carezcan de recursos y no puedan trabajar, no es menos cierto que lo que debe indemnizarse es la pérdida de chance y que al llegar a la mayoría de edad los jóvenes se independizan o tienen sus propios gastos, resultando difícil cuantificar la ayuda.

Daño Moral: Conforme invariablemente se ha venido sosteniendo, siguiendo jurisprudencia que se comparte, éste daño "... es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general toda clase de padecimientos

insusceptibles de apreciación pecuniaria” (C.N.Civ., sala E, octubre 2-974)"; ED 59-130.

En autos no existe duda alguna sobre la procedencia del concepto, el inconveniente radica en que el perjuicio es de difícil determinación por carecer el juzgador de elementos para precisar cuánto sufrieron los damnificados a raíz del suceso.

Evidentemente el monto depende del arbitrio del juzgador de turno, ya que el extremo tiene características singulares que hacen cambiar el valor según la apreciación que del daño haga el mismo.

Ese soberano arbitrio del juzgador, es el que puede hacer variar la suma a indemnizar tantas veces como magistrados intervengan en la misma causa, de allí la dificultad en determinar en forma absoluta el límite de cuándo la suma establecida es resarcitoria y cuándo constituye enriquecimiento ilícito; máxime en un hecho con las características dramáticas como el bajo análisis, que adquiere mayor dimensión si se es padre.

Lamentablemente no está en uno devolverle la vida al niño y se tiene pleno convencimiento que cualquiera sea la cifra que se fije no evitará el dolor que para toda la vida llevará en su alma la accionante, decía el Dr. Caneo en la sentencia mencionada.

Y más allá de coincidir plenamente con ello el dolor espiritual que se experimenta es, a no dudarlo inconmensurable, pero, “como bien se ha dicho, el cartabón para medir el daño moral es diferente que el que rige en materia de daño patrimonial: es el metro de la mente y del espíritu el que brinda la solución; imperfecta, al fin, como lo son buena parte de las soluciones que brinda el derecho, pero la mejor posible dentro del orden actual” (Ramón Daniel Pizarro, “Daño Moral”, pág 385).

Tales pautas doctrinarias, y las circunstancias vividas por los padres ante la muerte súbita de su niño me permiten coincidir con la suma de $80.000, en concepto de daño moral, que otorga la Sra. Juez preopinante.

Por mandato legal, costas y honorarios deben adecuarse (art. 282 CPCCCh).

Ante ello la apelación de la actora por entender que la

regulación de honorarios resulta baja, deviene inconducentre.

Sin perjuicio de ello, ningún menoscabo le causa a la apelante la regulación de los honorarios al letrado que la representa, si ésta se sintió agraviado debió apelar los mismos por derecho propio y no lo hizo.

Las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias tendré en cuenta prioritariamente la actuación y trabajo profesional, la posibilidad de que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido y demás pautas de los arts. 5, 6, 8 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que:

1) Rechaza los agravios de la parte demandada y admite parcialmente los de la actora.

2) Desestima la apelación de los honorarios.

3) Modifica parcialmente la sentencia con relación al monto indemnizatorio del daño moral que lo establece en la suma de $80.000 (ochenta mil pesos). En consecuencia, la suma indemnizatoria a abonar por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia al Sr. R. N. D. asciende a $130.000, más los intereses que fijara el sentenciante que llegaron firmes a esta instancia.

4) Impone las costas de ambas instancias al demandado vencido. Difiero la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a la misma me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinantes, la temática sobre desestimar los agravios de la parte demanda, receptar parcialmente los de la parte actora,

rechazando, asimismo, el recurso de apelación de los honorarios regulados en primera instancia, manteniendo la imposición de costas al demandado dispuesta por el sentenciante de grado, quedando como desacordada la cuestión atinente a la imposición de costas de la Alzada.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto sobre los puntos individualizados como desacordados en virtud de lo establecido por el art. 274 del CPCCCh, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que “La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo”.

I.A-a) En cuanto a la imposición de costas en esta instancia, siendo criterio de la suscripta que ha de calificarse de litigante vencido o perdidoso aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la resolución (conf. Roland Arazi – Jorge Rojas en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T.I), pág. 314, Edit. Rubinzal – Culzoni, enero 2007; Chiovenda, citado por Sentís Melendo, “Costas…”, cit. p. 360; Incom, Sala B, 26/10/88, L.L. 1989-B-245), configurándose el carácter de vencido para el demandado, aunque la demandada prosperara en mínima parte, son razones todas ellas por las cuales arribo a la convicción que las costas de la Alzada deben ser impuestas, en virtud del principio objetivo de la derrota, al apelante demandado vencido. La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes se difiere para el momento del Acuerdo donde se regularán teniendo en cuenta el tema traído a debate, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 13 y 46 de la Ley Pcial. Nro. XIII nro. 4).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana de Roberts y considerar que esta parte del voto no

está comprendida en la manda constitucional del art. 169 Const. Prov., a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y admitir parcialmente los de la actora.

2) Modificar parcialmente la sentencia recurrida de fs. 312/326vta. con relación al monto indemnizatorio del daño moral, que se establece en la suma de OCHENTA MIL PESOS ($80.000). En consecuencia, la suma indemnizatoria a abonar por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia al Sr. R. N. D. asciende a CIENTO TREINTA MIL PESOS ($130.000), más los intereses que fijara el sentenciante y que llegaron firmes a esta instancia.

3) Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. L. B. y R. O. A., conjuntamente, en la suma de PESOS CINCUENTA MIL ($50.000), a las Dres. M. X. P. y M. E., conjuntamente, en la suma de PESOS VEINTICINCO MIL ($25.000) y a los Dres. P. H. C. y G. M. B. C. B., P. A. E. y L. E. L., conjuntamente, en la suma de PESOS TRECE MIL ($13.000).

5) Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales del Dr. R. O. A. en la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000) y de los Dres. P. A. E. y L. E. L., conjuntamente, en la suma de PESOS NUEVE MIL QUINIENTOS ($9.500).

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"