--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., S. A. c/ MUNICIPALIDAD DE DOLAVON s/ Daños y Perjuicios”** (Expte. N º 104 - año 2011) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 325.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 287, por honorarios a fs. 291/vta. y por la demandada a fs. 293, contra la sentencia de fs. 269/282, los que fueron concedidos a fs. 292 y 294. La sentencia apelada hace lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por S. A. P. contra la Municipalidad de Dolavon, condenando a esta última a que en el plazo de diez días abone a la actora la suma de $ 53.978,46, con más intereses; imponiendo las costas en el orden causado.---------- Las respectivas expresiones de agravios obran, a fs. 304/307 la de la demandada y a fs. 308/310 la de la actora. Los pertinentes traslados de las mismas se confieren a fs. 311, contestando solamente la accionante a fs. 312/vta..---------- I.- Comenzaré por reseñar los agravios de las partes y la respectiva contestación de la actora.----------

--- 1) La demandada señala, en el primer agravio que, habiendo el sentenciante de grado encuadrado la responsabilidad atribuida en el Art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil por tratarse de una cosa riesgosa o peligrosa, hizo referencia a la obligación del municipio en cuanto a la guarda de la misma, agregando que se calificó al canal de riego como un artificio ejecutado y situado bajo el dominio del estado provincial para ser utilizado en los predios agrícolas y ganaderos, siendo la C. de R. del V. I. del R. C. la autoridad local de cauce de riego que ejerce la administración, operación, conservación y mejoramiento del sistema de riego, desagüe y drenaje en esta jurisdicción. Indica que el juez fundó su razonamiento en lo dispuesto por normas constitucionales provinciales respecto a la autonomía y competencias municipales, sin perjuicio del dominio y poder de policía ejercido por los estados nacional y provincial. Transcribe los artículos 224, 225, 233 y 241 de la Constitución Provincial, y expresa que el sentenciante se equivoca al considerar la norma del Art. 233, inc. 14 de la Const. Provincial, ya que la misma es ajena a la cuestión aquí debatida. Sostiene que se fuerza la interpretación para imputar cuando por el Art. 234 de la Const. Provincial la provincia es quien debe acordar con el municipio la delegación de los servicios públicos. Efectúa una cita doctrinaria con relación al poder de policía para fundar su razonamiento en cuanto a que se necesita una disposición concreta que limite un derecho en virtud del poder de policía, en este

caso el acceso al canal de riego, considerando que dicha limitación no puede ser genérica. Añade que, en todo caso, la constitución otorga al municipio una facultad para que en el marco normativo correspondiente disponga de la misma, mas de ello no se puede seguir la responsabilidad por no ejercer tal poder.----------

--- En segundo término se refiere a la noción de guardián de la cosa utilizada en el decisorio. Entiende que el municipio no es ni guardador ni cuidador del canal de riego ya que no existe ninguna norma específica que le confiera tal condición, perteneciendo tales funciones a la Compañía de Riego. Sostiene que entender lo contrario importaría no atenerse a las normas constitucionales, agregando que por las leyes 4148 y 5850 es la provincia la titular del agua y su administración debe ser delegada por la vía reglamentaria. Añade que el servicio público de riego no ha sido delegado a los municipios sino a la Compañía de Riego, lo que considera otra razón más para que no se considere a la demandada como guardián de la cosa riesgosa, citando el artículo 234 de la Constitución Provincial. Finalmente como tercera queja destaca que, tanto el estado provincial como la compañía referida fueron citados como terceros a juicio a efectos de ejercer el derecho de defensa, ejerciéndolo sólo el primero. De allí que, expresa, deben ser sujetos del pronunciamiento del juez de grado, debiéndose establecer el porcentaje de responsabilidad que les hubiera correspondido. Hace reserva de la cuestión constitucional y del caso federal.----------

--- 2) La actora responde los agravios mencionados, expresando con relación a la condición de guardián y cuidador del canal, así como respecto al poder de policía, que la sentencia -en ese aspecto- tuvo profusa fundamentación. Señala que se estableció la peligrosidad de la cosa -canal-, encuadrando la responsabilidad bajo el marco del Art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil, a lo que se agregaron las omisiones en las que incurrió la comuna en cuanto a las medidas de seguridad, expresándose que detentaba el poder de policía y que debía cuidar la seguridad de las personas.----------

--- 3) La demandante se agravia, en primer lugar, con relación al reparto de responsabilidad, por cuanto se le endosó el 50% a la propia víctima y a su progenitora. Entiende que el juez se equivoca en cuanto a la relevancia que le adjudica a la acción del menor respecto a la incidencia que le otorga a las omisiones de la comuna que no ejerció ningún tipo de contralor, custodia o delimitación para prevenir accidentes o eximirse de responsabilidad mediante alambrados, vallados o carteles de prevención. Considera que la relevancia causal del evento radicó en las omisiones del municipio que juzga gravísimas, siendo las mismas la causa eficiente del hecho, recordando que el mismo sucedió en una zona urbana y residencial. Cita un antecedente jurisprudencial y solicita que se le endilgue el 100% de la responsabilidad a la demandada. Como consecuencia de la queja anterior, requiere que se modifique la imposición de las costas.----------

--- Como último agravio cuestiona los parámetros tomados en cuenta a fin de aplicar la fórmula de matemática financiera para establecer el monto indemnizatorio por pérdida de chance. Objeta que se considere solamente el período que transcurre desde que la actora se incorporara a la clase pasiva (60 años) hasta el tiempo de vida factible (75 años) , dado que P. no posee ningún tipo de ingresos ni trabajo, por lo que sostiene que no va a poder jubilarse por no poder afrontar los aportes previsionales. Indica que el juzgador incurrió en contradicción ya que aquí se persigue la indemnización de la chance del perjuicio económico que va a padecer la madre del niño fallecido, quien por su condición humilde, iba a precisar el sustento económico desde que éste pudiera laborar (18 años) hasta sus 75 años. Es por ello que considera que, a los fines de aplicar la fórmula mentada, deberán computarse 29 años. Señala como otro yerro del sentenciante que se limitara el porcentaje de chance de ayuda futura al 20% de los posibles ingresos futuros de la víctima. Refiere que el mismo podría ser correcto para el período en el que el menor llegara a formar su propia familia, esto es, a partir de los 32 años del mismo, mas desde sus 18 años hasta entonces, entiende que hubiese habitado junto a la madre y de esa manera habría compartido la economía familiar con ella. De allí que por ese lapso de 14 años considera correcto fijar un porcentaje del 40% de sus ingresos, y por los 15 años restantes sí aparece razonable el 20% establecido por el “a quo”.----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, trataré en primer lugar los recursos de ambas partes relativos a la atribución de responsabilidad, para analizar luego, en su caso, el de la actora referido a la pérdida de chance de ayuda económica futura.----------

--- 1) La demandada entiende, en primer lugar, que no le cabe ninguna responsabilidad en el siniestro de autos, por cuanto de ninguna de las normas constitucionales que citara el juez de grado se colige la atribución de la responsabilidad al ayuntamiento, añadiendo que tampoco le corresponde por ejercicio del poder de policía, ya que en tal caso debe existir una disposición concreta que limite el acceso al canal de riego y no una referencia genérica como la de una norma constitucional, aún en supuestos de resguardo de la seguridad física de los ciudadanos (ver fs. 304/305 vta.). Asimismo argumentó que el municipio no resulta ser guardián ni cuidador del canal de riego, ya que es de dominio provincial y su administración debe ser delegada por la vía reglamentaria, habiéndolo sido a la C. de R. del V. I. del R. C. (ver fs. 306/vta.).----------

---

--- El sentenciante de grado, luego de referir que el hijo de la actora murió ahogado al caer en el canal de riego que atraviesa la localidad de Dolavon (ver sentencia a fs. 271 vta., considerando I, 1er. párrafo), afirmó que dicho canal no es un accidente geográfico natural sino obra del hombre y en virtud de lo dispuesto por el Art. 2340, inc. 7 del C. Civil se encuentra bajo dominio del estado provincial, para ser utilizado en el riego de los predios de la zona (Conf. arts. 116 y 117 de la ley 4148 -hoy Ley XVII N º 53-), y que

la C. de R. del V. I. del R. C. es la autoridad local encargada de la administración, operación, conservación y mejoramiento del sistema de riego, desagüe y drenaje (Conf. Art. 1 de la ley 4231 -hoy Ley XVII N º 54-) (ver sentencia a fs. 273 3er. párrafo). Caracterizó luego al canal como una cosa potencialmente riesgosa, destacando que la zona atravesada por el canal, y donde ocurrió el hecho, resulta ser de alta densidad poblacional, urbana (ver sentencia a fs. 273 “in fine”/vta., 1er. párrafo), circunstancia sobre la que no existe controversia. Establecida la condición de cosa riesgosa o la existencia de riesgos de la cosa en cuanto al canal en cuestión, así como el nexo causal entre dicho riesgo y el daño -deceso del menor- (ver sentencia a fs. 273 vta., 2do. y 3er. párrafos/274, 1er. párrafo), el juzgador se abocó a dilucidar la responsabilidad de la comuna. Es así que principió por señalar que no resulta razonable pretender que el municipio se haga cargo de la guarda del canal en toda su extensión, mas cuando atraviesa zonas urbanas o densamente pobladas, indicó que dicho deber de guarda existe, al menos en lo que respecta a la potenciación de la capacidad de la cosa para producir el riesgo, citando diversas normas constitucionales provinciales (ver sentencia a fs. 274, último párrafo/vta., 1er. párrafo).----------

--- Justamente tales normas, y otras, son las que el burgo demandado considera que no resultan ser fundamento alguno de la responsabilidad que se le enrostró. Entre las mismas, cabe señalar que los arts. 224 y 225 de la Constitución Provincial, se limitan a consagrar la autonomía municipal, así como a deferir a la ley la regulación de la categorización y delimitación territorial de los entes comunales. En cuanto al Art. 233 del mismo texto constitucional, el mismo establece las competencias de los municipios, citando el juzgador los incisos 1, 14 y el párrafo final. El inciso 1 refiere que les corresponde el entendimiento de todo lo relativo, entre otras materias, a la reglamentación y administración de las vías públicas y paseos y demás lugares de su dominio. El inciso 14 otorga como competencia la reglamentación de las cuestiones vinculadas con la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural; el párrafo final contiene una referencia genérica a competencias, atribuciones y facultades que se deriven de las anteriores y que sean indispensables para hacer efectivos sus fines. De tales incisos se deriva la competencia del municipio respecto de la administración de las vías públicas y paseos, resultando claro que el evento se produjo en ocasión de la presencia del menor en el paseo público adyacente al canal (ver croquis y fotografías de fs. 34/35 de la causa penal N º 8.008, Año: 2005, que corre por cuerda y tengo a la vista). Amén de ello, el sentenciante de origen se basa en las normas constitucionales citadas para deducir que cada comuna tiene a su cargo el poder de policía sobre los canales que la atraviesan y son de su dominio (Conf. Art. 2340, inc. 7 del C. Civil), a fin de proteger la seguridad pública, entre otros objetos (ver sentencia a fs. 274 vta., 2do. párrafo). Es de tener en cuenta que el Art. 2340 debe ser interpretado en correspondencia con el Art. 2339 del C. Civil, el cual, al hacer referencia a los estados

particulares, comprende tanto a las provincias como a los municipios (Conf. Bueres-Highton: “Código Civil y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, 2004, T º 5 A, Pág. 89), debiendo destacarse que en general las calles, plazas, avenidas, puentes, parques, paseos, etc. constituyen los medios de vialidad urbana afectados al uso público y por eso forman parte del dominio público municipal (Conf. Bueres-Highton, op. cit., idem, pág. 105).----------

--- En base a lo dicho hasta aquí, el sentenciante prosiguió razonando que *“Conforme lo expresado, no resulta descabellado sostener entonces que el municipio, era quien tenía y tiene la custodia del canal que atraviesa por zonas urbanas que se encuentran dentro de su jurisdicción territorial, y la omisión de las diligencias necesarias para evitar el riesgo que entraña, es el ilícito previsto en el ordenamiento legal. Prevención y consiguiente sanción en caso de incumplimiento del interpelado. Así entramos en el terreno de la antijuridicidad por omisión. Al respecto el Art. 1074 determina que no sólo se puede incurrir en un ilícito cometiendo una acción (Art. 1066) sino absteniéndose de ejecutar un hecho debido (Art. 1074)...En ese orden de ideas, no puede admitirse que el municipio, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran caberle al Estado Provincial, no podía controlar o prevenir el posible acaecimiento de accidentes como el que nos ocupa, ejerciendo sus facultades y deberes oportunamente. En ese orden de ideas, calificada doctrina, entiende la responsabilidad frente al hecho omisivo en un sentido amplio, bastando al efecto la violación de un deber jurídico de actuar, por hallarse interesadas las obligaciones generales de conducta, la moral y las buenas costumbres que integran el orden normativo, sin necesidad que esa actividad haya sido impuesta por una disposición específica de la ley...Es que la infracción a un deber jurídico no sólo existe en los supuestos de “omisión” de aquellos procederes impuestos por una disposición de la ley, sino siempre que se omita por culpa o negligencia cualquier hecho que ocasione un daño a otro, en cuyo caso la obligación de reparar emergente es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil (Art. 1109) y conforme la máxima alterum non laedere...Que respecto de la zona donde ocurrió el accidente, las constancias de la causa ya referidas revelan que se trataba de una zona urbana, y por lo tanto concurrida por un considerable número de personas entre los que habían menores de edad, hecho que no podía ni debía ser ignorado por las autoridades, por lo que resulta inexcusable que no se hayan adoptado medidas para prevenir daños a terceros inocentes. Así planteadas las cosas, no hay duda de la existencia de un nexo causal entre la conducta antijurídica del municipio, sin perjuicio de la de los citados como terceros para una posible acción de regreso, y la muerte de la víctima, relación en que se funda su responsabilidad jurídica, esto es en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar aquel efecto, lo que bien pudo ser previsto “empleando la debida atención y conocimiento de la cosa” (Art. 904 y ccs. del C. Civil). El municipio demandado es quien debió ejercer algún tipo de contralor, custodia o delimitación para prevenir accidentes o eximirse de responsabilidad. No sólo*

que no tomó las precauciones y medidas de seguridad que las circunstancias exigían, sino que con anterioridad existía un alambrado, pero en el momento en que ocurrió el accidente que ahora nos ocupa, había sido retirado, y según refieren los testigos que declararon en autos, parece que su finalidad era proteger el césped...Es decir, que si el alambrado no tenía como destino normal o regular impedir el paso fácil hacia la zona de riesgo del canal, sino cuidar el césped, tarea ésta que, como quedó dicho, atendía el municipio demandado, por intermedio de su personal...parece claro cuales eran sus prioridades -cuidado y conservación del césped o la seguridad de las personas que transitaban por el lugar-, en cuanto al ejercicio del poder de policía" (ver sentencia a fs. 275/vta.).----------

--- De los párrafos transcriptos surge en forma elocuente que el juzgador de grado fundó sobradamente la responsabilidad del ayuntamiento en su condición de guardián del canal en el trayecto del mismo a través del trazado urbano de la localidad, más allá del dominio provincial y de la administración de la compañía de riego en lo que al riego en sí se tratase. Es que la equivocación de la demandada radica en separar el canal de la zona aledaña, vía pública y paseos, sobre los cuales no hay dudas del dominio comunal. Pero amén de ello surge claro que todo el conjunto espacial -vía pública, paseo y canal- importa una zona o cosa riesgosa, por lo cual correspondía al municipio, no sólo atender el embellecimiento y conservación de la misma -mediante el cuidado del césped, como se refirió con la prueba citada-, sino también, y agregaría principalmente, debía velar por la seguridad de los transeúntes ante la posibilidad de cruzar o invadir las riberas del canal. Es así que, marra la apelante cuando aduce que de las normas citadas por el juzgador no surge su condición de propietario o guardián, ya que la cosa o zona riesgosa comprendía lugares del dominio público del municipio (vía pública, paseos) y del dominio público provincial bajo la guarda y conservación del municipio en lo que respecta a la seguridad de las personas (canal). Es así que, además de las normas del Código Civil en las que se apoyara el decisorio (arts. 2339 y 2340, inc. 7), las obligaciones incumplidas de la comuna se desprenden de las normas ya mencionadas de los incisos 1 y 14 del Art. 233 de la Constitución Provincial, así como del Art. 241, 2do. párrafo del mismo texto constitucional, el que dispone: *"Sin perjuicio del dominio del Estado Federal y Provincial, los municipios retienen la jurisdicción sobre los lugares situados en sus ejidos en materia de interés local y conservan el poder de policía e imposición sobre o en los establecimientos de utilidad nacional o provincial en tanto no interfieran sus fines específicos".* De esta última norma se desprende en forma patente que el poder de policía a los fines de la seguridad de las personas en el lugar corresponde al municipio, más allá del dominio provincial sobre el canal. De allí que resulte irrelevante y ajena a lo aquí discutido la norma del Art. 234 de la Constitución Provincial referida a la delegación de los servicios públicos provinciales a las municipalidades.----------

--- En definitiva, por todo lo expuesto, cabe rechazar este agravio, dado que ha resultado debidamente fundada la responsabilidad del municipio por el hecho generador de la muerte del hijo de la actora.----------

--- 2) Como otro agravio distinto, la municipalidad apelante indica que los terceros citados -Estado provincial y C. de R. del V. I. del R. C.- tuvieron su oportunidad procesal de ejercer su derecho de defensa en juicio, de hecho el primero lo hizo. Consecuentemente se queja de que no se hubiera determinado el grado o porcentaje de responsabilidad que corresponde a los mismos. Sobre este punto el sentenciante de origen razonó *"Pero si conforme las prescripciones del Art. 1113 del C. Civil, no sólo es responsable por los daños que ocasiona la cosa peligrosa su guardador o quien las tiene a su cuidado o se sirve de ellas, sino su propietario, la citación del Estado Provincial, como posible obligado en una acción de regreso ha de tener favorable acogida, porque además del incumplimiento del poder de policía sobre el canal, el Estado presenta la característica de ser dueño de la cosa pública, lo cual permite inferir que en el caso concreto también medió una omisión de los mecanismos idóneos de control preventivo por parte de este último. Ello es así porque en caso de incumplimiento, corresponde conminar por medio de interpelaciones o apercibimientos a los encargados o administradores del espacio público municipal a cumplir con las normas de seguridad ya que el canal es cosa riesgosa. No hay duda que con un adecuado sistema de supervisión se previenen los daños; en este caso, no se advierte como cumplidos los mecanismos idóneos y temporáneos, por los órganos administrativos correspondientes. Por ello, la citación del Estado Provincial aparece como legítima. Su condición de dueño lo ubica en la misma previsión legal que al guardián -el municipio de Dolavon- y la C. de Ri. del V. I. del R. C., que como quedó dicho, es la autoridad local de cauce de riego y persona de derecho público y privado, para ejercer la administración, la operación, conservación y mejoramiento del sistema de riego, desagüe y drenaje en jurisdicción del Valle Inferior del Río Chubut. Esto para una posible acción de regreso a que se considere con derecho el citante. En su caso es en ese iter procedimental que se dirimirá toda la cuestión, ya que no ha demandado la parte actora a los terceros citados como obligados"* (ver sentencia a fs. 276 "último párrafo/vta., 1er. párrafo).----------

--- De lo expuesto se desprende que el juzgador hizo referencia a la corresponsabilidad de los terceros citados, mas al no haber sido demandados por la actora, expresó que dicha referencia lo era a los meros fines de una acción de regreso del municipio citante no viéndose -en consecuencia- constreñido a establecer grados o porcentuales de responsabilidad entre los corresponsables. Y dicho razonamiento resulta ajustado a derecho. Es que la finalidad de la citación del tercero es garantizar su derecho de defensa en juicio, ya que la sentencia que se dicte lo afectará como a las partes principales (Conf. CN. Civ., Sala F, 15/10/80, LL, 1981-A-318). No obstante ello, la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las

pretensiones deducidas en juicio (Conf. Art. 165, inc. 6 del rito). Si el demandante no pidió la condena contra el tercero, el juez no puede condenarlo, ya que si procediera de otra forma, fallaría más allá de lo pedido (Conf. CN. Civ. en pleno, 4/3/92, LL, 1992-B-264; CN. Com., Sala A, 9/4/87, ED, 124-425; CN. Fed. Civ. y Com., Sala I, 21/10/83, ED, 107-300; CN. Esp. Civ. y Com. en pleno, 17/11/88, JA, 1989-II-528; entre muchos otros). La sentencia afectará al tercero y éste deberá ajustarse a lo decidido en ella; así si fue citado por quien tenía contra él una acción regresiva, no podrá, en el juicio que posteriormente le promueva el condenado, alegar que hubo negligente defensa y que la demanda que origina la repetición debió haber sido rechazada. En otros casos la sentencia constituye un antecedente favorable a la fundabilidad de la pretensión que el actor haga valer en otro juicio contra el tercero, o bien, éste puede invocar la declaración de certeza que surja del fallo (Conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, págs,. 392/393).----------

--- En definitiva, por todo lo expresado resulta correcto el tratamiento que se diera a los efectos de la sentencia con relación a los terceros citados, no siendo exigible que en este pronunciamiento se decida el grado de corresponsabilidad de los mismos. Por lo tanto, propongo la desestimación de este agravio.----------

--- 3) La actora se agravia, en primer lugar, respecto a que el juzgador “a quo” atribuyó un 50% de responsabilidad a la misma. Aduce que el error del mismo radica en la relevancia asignada a que el menor estuviera jugando al lado de la casa, dado que lo realmente trascendente es que el municipio no ejerció custodia o contralor alguno para prevenir accidentes en la zona riesgosa, reiterando que la causa eficiente fue la falta de medidas de seguridad para evitar el fácil acceso al lugar. Sobre este aspecto el sentenciante argumentó de la siguiente manera: *“No obstante ello y como ya lo adelantara, también del análisis de la prueba rendida en la causa, se desprende que la responsabilidad en el evento no es imputable en forma exclusiva a la parte accionada, pues de las constancias de autos surge que la víctima contaba al momento del accidente que le costara la vida con 2 años de edad, por lo que es dable inferir que no se encontraba en condiciones de actuar con pleno discernimiento y libertad, no tenía conciencia del peligro que representaba para su integridad física el jugar, acercarse o quizás asomarse al canal de riego (ver informes de fs. 136/41 y de fs. 181/5). Siendo ello así, la conducta de la víctima no puede calificarse de imprudente, pero sí la de su madre que no tomó las precauciones para cuidar al menor, por lo que la actitud puesta de manifiesto por ella de dejarlo jugando sólo en la vía pública, en inmediaciones del canal, ya que su vivienda estaba a escasos treinta metros (ver testimonio de fs. 21 vta./3, diligencia de fs. 5, croquis de fs. 6/7 e inspección ocular de fs. 33 de la mentada causa penal), representa también un actuar negligente que torna culposo el accionar de la progenitora de la víctima en los términos del Art. 1.111 del Código Civil. La omisión de tomar elementales precauciones exigidas por las circunstancias de tiempo modo y*

lugar, me llevan a colegir que debe también cargar con parte de la responsabilidad, la que estimo en un 50%" (ver sentencia a fs. 276 vta., último párrafo/277, 1er. párrafo).----

--- Entiendo que la cuestión radica en dilucidar si la conducta de la madre, sobre la cual la misma -como apelante- no discute en la expresión de agravios, resultó relevante para la causación del evento o se trató de una mera condición. Y sobre el punto debo manifestar que al no cuestionarse la conducta que se atribuye a la madre no existe agravio concreto. No obstante ello diré a título de "obiter dictum" que tuve oportunidad de expedirme en un caso similar, aunque con circunstancias de hecho diversas, en el antecedente de esta Sala "B", SDC N º 25/09 del 07/07/09. En dicha oportunidad argumenté que se ha sostenido que frente a la comprobación de un daño, el jurista debe desandar los acontecimientos que han conducido al resultado del mismo, analizando y descubriendo cuál de todas las condiciones previas alcanza el grado de verdadera causa jurídica. Una vez hecha esa determinación que vincula un daño material con un hecho humano o de una cosa, o entre el perjuicio y una esfera de riesgo, deberá medir el alcance de la responsabilidad, es decir cuáles son los daños jurídicos que desencadenados por ese antecedente, deben ser indemnizados (Conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "Responsabilidad por daños (Elementos)", Ed. Depalma 1993, Pág. 221). Sabido es que la teoría predominante en la actualidad es la de la causalidad adecuada, según la cual no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio, por ello todas las demás condiciones son periféricas y, por lo tanto, irrelevantes a los efectos de la atribución de la responsabilidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar (Conf. citas de Ángel Yagüez y Santos Briz, en Vázquez Ferreyra, op. cit., Pág. 223/224). Es esta teoría la que recoge nuestro Código Civil, siendo solamente causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (Conf. cita de Cifuentes, en Vázquez Ferreyra, op. cit., Pág. 224). Ello es lo que se desprende de las previsiones de los arts. 901 y sigs. del C. Civil.----------

--- En el antecedente citado la jueza de grado había concluido que "...no resulta del orden natural de las cosas que la conducta de ingresar la niña al predio "cerrado" con árboles y jardines y donde puede inferirse se toleraba la presencia de los chicos, tenga como consecuencia el resultado dañoso sufrido...". Se trataba de una menor que ingresó a un lugar de acceso prohibido con las puertas de ingreso cerradas, con carteles indicadores de advertencia, debiendo traspasar dos barreras: el alambrado

perimetral y el cerco de madera, amén de la existencia de una tranquera que estaba cerrada con candado y cadenas. Todas esas circunstancias también habían sido evaluadas por la juzgadora de grado quien razonó que el predio se encontraba cerrado, esto es el área donde ocurre el accidente era de acceso restringido y el portón estaba cerrado con candado. La cartelería invocada no restringía el acceso por la peligrosidad que entrañaba el predio sino por tratarse de un espacio privado. Lo que resultaba evidente es que la mentada restricción de acceso era fácilmente superable por los niños del barrio, ya que de ello no solo dieron cuenta los vecinos sino que también lo afirmaron quienes tenían la representación de la cooperativa demandada y fueron convocados por la policía luego del hecho. También se hizo referencia a que el alambrado era vulnerable y en algunos tramos inexistentes. Así concluí que la juzgadora había apreciado todas estas circunstancias de seguridad y con cita concreta de las constancias de la causa penal y de prueba testimonial concluyó que dichas “medidas” eran ineficaces, no sólo porque en algunos casos presentaban defectos -mal estado del alambrado- o eran fácilmente superables por niños y adultos, sino también porque está acreditado que la presencia de personas ajenas al lugar era permanentemente tolerada por quienes estaban a cargo del lugar. A ello se agrega que la cartelería del lugar no hacía referencia a peligrosidad alguna, sino meramente a que se prohibía la entrada al lugar. Es de señalar, porque lo encuentro trascendente como diferencia con el presente caso, que la menor víctima del antecedente, falleció por tomar contacto con una luminaria en mal estado de conservación, por lo que el riesgo de la cosa no resultaba evidente a la mera percepción de los sentidos.----------

--- El juez de grado, en la especie, encuadró la conducta de la madre bajo la norma del Art. 1111 del C. Civil, es decir hecho de la víctima. Con sentido amplio, en la medida en que la progenitora actora es víctima indirecta, se puede señalar como correcto el mentado encuadre. No obstante ello se entiende que el Art. 1111 del C. Civil se refiere al hecho de la víctima directa, ya que en este supuesto se confunde la persona del agente dañador con la del damnificado directo dañado; de hecho si ocurre la muerte del damnificado directo, a los damnificados indirectos se les puede oponer el hecho de la víctima, ya que el daño personal se produce por rebote, y sostener una postura contraria sería colocar a los herederos en mejores condiciones que a la propia víctima en el caso de lesiones (ver Sagarna, Fernando, en Bueres-Highton, op. cit., T º 3 A, Págs. 417 y 438). Ahora bien, lo enrostrado por el juzgador de grado fue una conducta negligente a la propia actora, no al menor víctima directa. Es por ello que encuentro que, en virtud del principio *iura novit curia* dicha conducta resulta, en todo caso, una eximente -en este caso parcial- ya que se trataría del hecho de un tercero por quien no debe responder la demandada (Conf. Art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil). Y obviamente como el tercero es la propia actora, ésta debe “perjudicarse” con su accionar, disminuyendo la responsabilidad de la accionada frente a ella. Efectúo esta aclaración

puesto que si el hecho fuera de un tercero distinto a la actora, la demandada frente a ésta debería responder por el total, sin perjuicio de la acción regresiva que le cupiera (Conf. Pizarro, Ramón en Bueres-Highton, op. cit., T º 3 A, Pág. 574).----------

--- Con relación a esta eximente, cabe recordar que, en primer lugar debe tratarse de un tercero por quien el demandado no deba responder, lo que no se presentaría en el caso de dependientes, personas que entran en contacto con la cosa por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, este último respecto del dueño, aquellos por los que se debe responder legalmente, o terceros que el obligado hubiere introducido para la ejecución de la obligación. El demandado debe probar el hecho del tercero, debe tener incidencia causal en la producción del resultado, sea en forma exclusiva o concurrente (Conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., T º 3 A, Págs. 571/572). En cuanto a si debe existir culpa del tercero, se ha sostenido que el mero hecho de ése, desprovisto de culpabilidad, puede tener idoneidad suficiente para provocar la ruptura del nexo causal que debe existir entre la conducta del demandado y el daño que se le atribuye presuntivamente. La cuestión queda emplazada en el ámbito de la autoría y no en el de la imputabilidad, basta el mero hecho para que se configure la eximente (Conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., T º 3 A, Págs. 572/573). Ahora bien, ello no importa que dicho hecho no pueda ser calificado subjetivamente como negligente, ya que el Art. 1113 se refiere a la conducta -de la víctima o de un tercero- sin ningún tipo de connotación subjetiva, no es computable la intención motivante de la conducta ya que la norma se satisface con menos, pues le basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (Conf. SJCBA, Ac. 85.684, 28/7/2004, Juba B26654). Es decir que para tener por probada la eximente la norma se contenta con menos que la culpa o la intención motivante de la conducta, basta con que se interprete que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (Conf. SCJBA, Ac. 84.442, 18/6/2003); mas ello no implica que la conducta en cuestión no pueda ser calificada de negligente.----------

--- Como se razonó “ut supra”, la actora apelante no cuestiona las circunstancias de hecho que refiriera el juzgador en la sentencia, esto es, que el menor de dos años se encontraba solo -al menos sin la presencia de un mayor- jugando en la vía pública en inmediaciones del canal y que su vivienda se encontraba a escasos treinta metros, lo cual además se tuvo por acreditado con el testimonio de fs. 21vta./23, diligencia de fs. 05/vta., croquis de fs. 06/07 e inspección ocular y croquis de fs. 33/34, todas fojas de la causa penal que tengo a la vista. Se limita a citar un fallo donde se presentó una situación similar con un menor de once años en el que no se considerara relevante la conducta de los padres (ver fs. 308 vta./309). Cabe señalar que existen también antecedentes de casos análogos en los cuales sí se consideró relevante en la causación del daño a la conducta negligente de los padres. Así se sostuvo que la madre del menor que falleció al caer en la pileta, al relatar cómo lo perdió de vista, explicó que fue porque creyó en la información de su hijo mayor que dijo que se hallaba detrás del

galpón, que esta información errónea reviste la categoría de hecho defectuoso originante de la ruptura del nexo causal (Conf. C. Civ. y Com. Pergamino, 30/8/96, LLBA 1997-1177). También se decidió que corresponde atribuir a los padres el 50% de responsabilidad por la muerte de un hijo al caer en una cava de más de tres metros de profundidad con bordes resbaladizos, cuando intentaba arrojar basura, pues es de notoria imprudencia enviar a un niño de noche y sin control alguno y conociendo que a la cava se arrojaba basura (Conf. C. Civ. y Com. Azul, sala I, 30/11/99, LLBA 2000-460). En el mismo sentido, y respecto a accidentes de tránsito se decidió que corresponde declarar la responsabilidad compartida de los progenitores que han descuidado a sus hijos menores carentes de discernimiento -cuando éstos cruzan solos las arterias de tránsito vehicular- como eximente parcial de la responsabilidad objetiva que la ley impone al titular y al guardián de un automotor que los embiste (Conf. C. Civ. y Com. Morón, sala II, 16/2/95, cit. en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-2, “Menor dañino y menor dañado”, Pág. 390); así como que el cruce de un menor por la mitad de la calzada no sólo demuestra un palmario incumplimiento de la ley sino que constituye un obrar censurable en función de los riesgos que ello importa imponiendo en la emergencia responsabilizar a sus padres con fundamento en la culposa falta de vigilancia o educación sobre el mismo que evidencian el incumplimiento de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad (Conf. C. Apel. de Concordia, Sala Civ. y Com., 24/8/01, cit. en Revista de Derecho Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, “Eximentes de responsabilidad I”, Pág. 518).----------

--- No hesito en calificar, como lo hiciera el juez de grado, como negligente a la conducta de la actora, quien a pesar de conocer los riesgos de la zona -ya que vivía frente al canal- dejó que su hijo de dos años de edad jugara en la vía pública aledaña al mismo sin la presencia de un mayor a cargo. Entiendo que esta circunstancia importa una diferencia relevante con el antecedente de esta sala que citada más arriba(SDC N º 25/2009), ya que en este último, además de tratarse de una menor de mayor edad, el riesgo o el peligro no resultaba evidente por cuanto la cosa riesgosa se trataba de una luminaria en mal estado de conservación. Pero además, resulta oportuno recordar que la jueza de grado en el antecedente citado había argumentado que *“...no resulta del orden natural de las cosas que la conducta de ingresar la niña al predio “cerrado” con árboles y jardines y donde puede inferirse se toleraba la presencia de los chicos, tenga como consecuencia el resultado dañoso sufrido...”;* por lo que aplicando dicho mismo razonamiento al caso “sub exámine” resulta congruente indicar que sí resultaba del orden natural de las cosas que si se dejaba al menor de dos años jugar en la vía pública en las proximidades del canal sin la presencia de un mayor responsable, dadas las características de la zona que eran conocidas por la madre, la consecuencia podía ser el desenlace fatal producido. También me hago cargo que en el antecedente mentado indiqué que la “culpa in vigilando” de los padres sólo constituye fuente de

responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores a terceros de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1114 del C. Civil), sin embargo en la presente causa no encuentro incompatibilidad entre dicha norma y en concluir que en supuestos como el presente la conducta negligente de los padres puede tener incidencia causal en los daños experimentados por sus hijos, como se concluyera en los diferentes precedentes judiciales citados en el párrafo anterior.----------

--- Es así que comparto lo argumentado por el sentenciante de origen en cuanto a que las circunstancias de lugar imponían que la madre realizara una vigilancia activa sobre el menor de dos años, o al menos delegara la misma en una persona mayor y responsable. En consecuencia dicha omisión en la vigilancia y cuidado del menor no resulta, a mi juicio, una mera condición, sino que contribuyó a la causación del resultado fatal, ya que difícil e improbablemente, si la actora o -reitero- un mayor hubiesen estado presentes en el lugar, habrían dejado que el niño se alejara hasta llegar al canal, dado el riesgo que ello conllevaba. Encuentro importante asimismo la edad del menor, tenía dos años, no diez o doce, edad a la que usualmente los padres comenzamos -me incluyo- a permitir que los hijos adquieran cierta autonomía de movilidad.----------

--- En consecuencia, sin perjuicio de lo expuesto y dado que en puridad la actora no cuestiona al expresar agravios la conducta que le endilga el juzgador, limitándose a destacar la exclusiva responsabilidad del municipio, propongo la deserción parcial del recurso con relación a este agravio.----------

--- 4) Corresponde examinar ahora el agravio de la demandante relativo al rubro pérdida de chance. Resulta conveniente recordar que el “a quo”, luego de efectuar citas doctrinarias y jurisprudenciales pertinentes sobre la materia (ver sentencia a fs. 278, 2do. párrafo), se inclinó por sostener que *“...la pérdida de toda vida humana irroga, aún tratándose de un niño de dos años al momento de su deceso, un perjuicio patrimonial bien concreto para sus padres. En el curso normal y ordinario de las cosas, los menores son futuros sostenes, tanto en el orden afectivo como económico, de sus progenitores. Con mayor razón si se trata de gente de humilde condición. Así, la ratio juris de la indemnización acordada por la muerte del hijo que no había alcanzado la edad en que una persona se torna económicamente productiva está dada por la frustración definitiva de la posibilidad de que en el futuro aquél pudiera ayudar económicamente a sus padres. Es decir, el daño consiste en la pérdida de la chance. Es un daño cierto y actual, pero que no se identifica con el eventual beneficio económico frustrado, sino que tiene un valor propio determinable, según criterios prudenciales en función de las particularidades del caso...En el sub exámine, el niño fallecido contaba con 2 años de edad, mientras su madre -que tiene otro hijo varón- era persona joven (tenía 30 años al momento del deceso de aquél), no poseía bienes de fortuna ni desempeño laboral alguno, ya que vivía del sueldo de su pareja, siendo su situación socio-económica bastante precaria (ver constancias del beneficio para litigar sin gastos acordado a la reclamante que corre agregado por cuerda, y que en este acto tengo a la vista). En*

consecuencia, si se tiene en cuenta que la chance de ayuda económica del hijo que perdiera la vida era, sin duda remota, habida cuenta la edad a que hiciera referencia y, además, a la existencia de otros hijos que pueden muy bien contribuir en un futuro con aquélla, como asimismo, los otros factores que he mencionado, la chance de ayuda futura que puede esperar la madre, coincidente con un estadio avanzado de la existencia de ésta, se extendería desde que se incorpora a la clase pasiva, -en el caso de las mujeres, será a los 60 años...; y por el tiempo de vida factible hasta su muerte, lo que...sucedería a los 75 años. Asimismo, solo cabe indemnizar la medida en que su productividad podía beneficiar a su madre, por lo que habrá que deducir aquella parte que la víctima destinaba a sí misma. Es evidente entonces, que el capital indemnizatorio no puede estar formado por la suma de todos los lucros que ya no percibirá el muerto, sino por lo que dejará de percibir el alimentado...Esto se traduce en una proporción, por cierto reducida de los ingresos netos que obtendrá el menor fallecido, ya que lo común y ordinario es que para esa época, en que la víctima hubiera alcanzado los 32 años, habría formado una vida independiente, y quizá su propio hogar..." (ver sentencia a fs. 278 vta./279, 1er. párrafo). En base a tales parámetros es que por los quince años considerados, tuvo en cuenta el 20% de los eventuales ingresos que pudo haber generado la víctima (ver fórmula a fs. 279 vta.).----------

--- Cabe aclarar, a modo de "obiter dicta", que este Cuerpo se ha expedido sobre esta cuestión señalando que *"a cargo de la demandante estaba entonces demostrar que a resultas del fallecimiento de su hijo sufrió un daño cierto en su patrimonio...La vida humana no tiene valor económico "per se", sino en consideración a lo que produce o puede producir, y lo que elípticamente es llamado valoración de esa vida no significa en rigor más que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esa fuente de ingresos se extinguió. Tal lo ha declarado hace escaso tiempo la Corte Suprema Nacional, poniendo fin a una controversia extendida por años en la jurisprudencia de nuestros tribunales (in re: "Fernández c/ Ballejos", LL diario del 10/12/93, p. 5 y ss., f. 91827)"* (Conf. CANE, 27/6/94 in re: "I. c/ M. s/ daños y perjuicios", Expte.: 10945, f. 476, año 1993, CANE). En la misma línea de pensamiento se agrega que *"no es posible apoyar la pretensión de resarcimiento en la expectativa de ayuda que el hijo podría dar a la madre en lo futuro, toda vez que esa esperanza no encuadra en el concepto de daño cierto, ni puede contabilizársele como una "chance" sino se justifica...que la víctima estaba en condiciones objetivas de lograr beneficios económicos en un tiempo más o menos cercano...Las expectativas futuras del menor para con la actora, la probabilidad de su ayuda a ella en un lapso más o menos cercano, no parece así lo bastante fundada como para indemnizar su frustración a título de "chance"* (Conf. CANE, ídem). He querido extenderme en la cita anterior para señalar que, dadas las características que presenta el "sub exámine", esto es, que se

trata de un menor de dos años, y que por ende no existía una probabilidad cierta basada en datos objetivos de que el mismo se desempeñara laboralmente en un lapso cercano de tiempo, de acuerdo a dicho antecedente, habría sido harto improbable que prosperara el reclamo en cuestión. Ello sin perjuicio de reconocer la existencia de antecedentes de otros tribunales que consideran procedente el reclamo.----------
---

--- No obstante lo anterior, que -reitero- se trata de un mero “obiter”, lo cierto es que la demandada no se agravió de esta porción de la sentencia, haciéndolo la actora. La misma entiende que el período de tiempo a calcular no debe limitarse al que transcurre entre los 60 y 75 años de la madre, sino que debe extenderse desde que el menor hubiera cumplido los 18 años hasta los 75 años de la progenitora, lo que hace un total de 29 años. Se funda en que la misma nunca laboró, es de condición humilde, por lo que jamás va a estar en condiciones de poder jubilarse. Encuentro que dicho fundamento es conjetural, ya que también podría indagarse de qué viviría la actora hasta que el menor hubiese cumplido los 18 años. En el terreno de las probabilidades se podría pensar que la madre podría encontrar un trabajo en relación de dependencia. Es así que, dentro del marco fáctico que presenta el caso, no aparece irrazonable que el juzgador redujera la expectativa de ayuda económica al tiempo que transcurre desde los 60 hasta los 75 años de la actora, ya que además de que a dicha edad resulta natural que las capacidades productivas de la misma se vean disminuidas, también es cierto que sus necesidades, básicamente las relativas a la materia de salud, aumenten.-

--- La otra objeción con relación a este ítem consiste en que durante los 29 años que pretende de período computable la actora, considera que desde los 18 años hasta los 32 años del hijo, como el mismo aún no habría formado su propia familia, la ayuda económica debería calcularse en el 40% de sus ingresos, mientras que por los quince años restantes sí resultaría aceptable el 20% establecido en la sentencia. Como se puede apreciar esta crítica se encuentra “atada” argumentalmente a la anterior, ya que si no resulta procedente extender el plazo computable en un tiempo anterior a que el hijo cumpliera los 32 años, carece de sentido indagar si por dicho período correspondía aumentar la chance de ayuda económica futura al 40% de los ingresos del mismo. En consecuencia, dado que se desestimó la objeción precedente, la presente cuestión resulta vacía de contenido.----------

--- En síntesis, por todo lo expuesto propongo el rechazo de este agravio.----------

--- 5) La actora, como consecuencia del agravio referido a la asignación de corresponsabilidad, solicitó la modificación de la imposición a fin de que la demandada cargara con la totalidad de las mismas (ver fs. 309, Pto. B). Dado que dicha queja devino desierta, el presente agravio ha quedado vacío de contenido. Sin perjuicio de ello es de recordar que en cuanto a la imposición de las costas, es de tener en cuenta que se ha sostenido que si se trata de una acción resarcitoria de daños y perjuicios, las costas forman parte de la indemnización debida, máxime si el demandado declinó

completamente su responsabilidad al contestar la demanda (Conf. CN. Civ., Sala A, 21/11/68, LL, 135-407). Sin embargo también es cierto que si en la producción del accidente resulta la culpa concurrente -o corresponsabilidad en propiedad- de ambos protagonistas en igual proporción o en una medida muy similar, la imposición de las costas deben ser en el orden causado y las comunes por mitades (Conf. CN. Civ., Sala C, 15/9/70, LL, 143-623, 26.993-S), debiendo añadirse como directriz genérica, que las costas se imponen en la medida de la concurrencia de culpas atribuidas a las partes en el proceso sobre responsabilidad extracontractual (Conf. CN. Civ., Sala , 10/11/76, LL, 1977-B-139; ídem, Sala C, 23/10/75, LL, 1976-B-51; ídem, Sala D, LL, 146-672, 28.739-S). Ésta ha sido la decisión en la materia de este Cuerpo con anterioridad (Conf. CANE, Sala “B”, SDC N º 17/2010 del 29/06/10).----------

--- 6) En lo que se refiere a la regulación de honorarios, los letrados de la actora también dedujeron apelación contra la misma por considerar bajos los emolumentos (ver fs. 291/vta.). El juez de grado reguló a los letrados patrocinantes un 13% del monto de condena y al apoderado un 40% del anterior porcentual. Dado que usualmente se establece al letrado de la parte gananciosa un 14% más el 40% por mandato, esto es, un 19,6%, atento que en la especie existe una derrota parcial de la actora en un 50%, los honorarios establecidos resultan adecuados, por lo que cabe desestimar el recurso.-

--- III.- Como conclusión, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- En cuanto a las costas de esta sede, atento a que se desestiman ambos recursos, las mismas se imponen en el orden causado (Conf. Art. 72 del CPCC). En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos efectuados ante la Alzada, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, y a que el letrado de la actora contestó el traslado de los agravios de la demandada, propongo regular a los mismos, de la siguiente manera: al Dr. J. M. F. C., letrado apoderado del actor, en un 4,73%; y al letrado apoderado de la demandada, Dr. J. J. S., en un 3,15%; en ambos casos sobre el monto total de condena, con adición del I. V. A. correspondiente (Conf. arts. 5, 8, 13, 46 y Concs. de la ley XIII N º 4, y leyes 23349 y 23871).----------

--- Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- Han apelado el pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 269/282) ambas partes: la actora a fs. 287; y, la demandada a fs. 293. El fallo apelado decide hacer lugar parcialmente a la demanda que por daños y perjuicio fuera interpuesta por la Sra. S. A. P. en contra del municipio de la ciudad de Dolavon, condenando a la corporación municipal demandada a que, en el plazo que fija, abone a la actora la suma de $ 53.978, 46 más los intereses que indica e imponiendo las costas por el orden causado.-

---------- Asimismo, los Dres.

J. M. F. C. y R. J. L., por sus propios derechos, plantean recurso de apelación en contra de la regulación de honorarios determinada en la anterior instancia a su favor, por estimarlos bajos (fs. 291 y vta.).---------- A fs. 304/307, luce agregado el escrito de expresión de agravios de la parte demandada. Y, a fs. 308/310, se encuentra glosado el escrito de sostenimiento del recurso correspondiente a la parte actora.---------- ---- Ordenados los respectivos traslados de los mismos a la parte contraria (fs. 311), éste fue evacuado sólo por la actora, quien lo hizo por escrito obrante a fs. 312 y vta..----------

--- I.- La reseña de los agravios formulados por las partes recurrentes, y de la respuesta que mereciera de la actora los vertidos por la parte demandada, ha sido efectuada con claridad y suficiencia por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto. Es por ello que, para evitar repeticiones estériles me atendré a la misma, remitiéndome solo a identificar a continuación, a título de mera guía del análisis a emprender, cuáles son los motivos de cuestionamiento que cada una de las partes dirigiera en contra del pronunciamiento impugnado.----------

--- A) Agravios de la parte demandada: 1) Atribución de responsabilidad al municipio en su calidad de guardián de la cosa riesgosa; 2) omisión de condena en relación a las terceras citadas como obligadas Provincia del Chubut y Compañía de riego del Valle Inferior del Río Chubut.----------

--- B) Agravios de la parte actora: 3) Relevancia causal adjudicada para atribuir el 50% de responsabilidad a la propia víctima y a su progenitora; 4) imposición de las costas; 5) modo de utilización de los factores de la formula matemático financiera que fuera asumida por el juzgador para establecer la cuantía que se admite por pérdida de chances.----------

--- II.- En el marco provisto por los agravios individualizados precedentemente ingresaré a su tratamiento siguiendo para ello la misma manera de identificarlos. Comenzaré por razones de estricta lógica primero con los que formulara la parte demandada siguiendo, luego, con los que fueran vertidos por la parte actora. Asimismo, adelanto que, eventualmente, afrontaré su estudio en conjunto cuando la identidad, conexidad o continencia que pudiere existir entre ellos así lo permita.----------

--- A) Agravios de la parte demandada: ----------

--- 1) **Atribución de responsabilidad al municipio de Dolavon en calidad de guardián de la cosa riesgosa**: En sustento del presente agravio –en el que englobo los numerados como primer y segundo agravio por la demandada apelante- se expone derechamente que el municipio de Dolavon no es guardián del canal de riego donde acaeciera el siniestro. Se apoya para ello en una dicente forzada interpretación del juzgador de la norma contenida en el Art. 233, inc. 14 de la Constitución de la provincia.-

--- Se sostiene en esta dirección que para la restricción de acceso al canal de riego "…*siempre que se aplica el poder de policía, aún en los casos que lo sea para la seguridad física de los ciudadanos como en la situación de marras, corre aparejada una limitación de los derechos individuales como lo sería la restricción del acceso al canal de riego y hete aquí que lo dicho por el tratadista se torna aplicable ya que, tal como sostiene, se hace necesario una disposición concreta que limite por ejemplo, el acceso al canal de riego; no puede ser algo genérico como el a quo pretende tomando una norma constitucional que se limita a decir que el Municipio tiene el poder de policía…esto es, no se puede limitar un derecho sin norma específica que así lo prevea…"* (Sic)(Vide: 4to. apartado del considerando de fs. 305 vta.).----------

--- A continuación, a partir de detenerse en la noción de "guardián de la cosa" según el diccionario de la Real Academia Española, niega que el municipio de Dolavon sea guardador o cuidador del canal de riego atribuyéndole tal calidad a la Compañía de Riego en tanto a que dicho organismo es aquel al cual la titular del agua –Estado provincial (según leyes 4148 y 5850)- ha delegado la administración, operación, conservación y mejoramiento del sistema de riego, desagüe y drenaje en jurisdicción del Valle Inferior del Río Chubut (cita los arts. 1° de la Ley 4231 y 234 de la C. P.).--------

--- Pues bien, así planteado el dicente agravio diré, también desde el mismo comienzo del examen, que el enfoque propuesto por la corporación impugnante resulta equivocado. Ello así, por cuanto en el caso de marras el juzgador lejos estuvo de confundir o dudar sobre quién recae la titularidad o dominio sobre el canal de riego o de las aguas que corren en el mismo, ni tampoco a quien ha sido delegada su administración, preservación y cuidado.----------

--- Es que, de lo que se trata en el conflicto bajo examen es determinar, ni más ni menos, sobre quien recae la obligación de procurar todo aquello que fuere necesario para la preservación de la seguridad pública de los ciudadanos respecto al tramo del canal de riego en cuestión que transita por el ejido del municipio de Dolavon y, más específicamente, en la porción que cruza su planta urbana.----------

--- Y, desde tal perspectiva coincidiré plenamente con el Dr. De Cunto, magistrado que me precede en la votación, en cuanto resulta en verdad irrelevante establecer sobre quién se ha delegado el servicio público, en el marco del Art. 234 de la C. P. (que, en la especie, importa el riego que mediante el referido canal se presta en el Valle inferior del Rio Chubut); sino que aquello que resulta dirimente de elucidar, repito, consiste en establecer quién debía asumir y ejecutar aquellas medidas de seguridad que fueren necesarias para prevenir el acaecimiento de daños a las personas con motivo de la existencia del canal de riego que atraviesa Dolavon.----------

--- Es decir, de lo que se trata en definitiva es delimitar cuál es el ámbito abarcativo del deber de seguridad que, no abrigo duda alguna, recae sobre la corporación municipal tal como lo estableciera el juzgador del anterior grado. Es que, tengo para mí, que si

dicho canal de riego transita por el ejido municipal y en algunos tramos de su planta urbana, incluso, da lugar a que se establecieran solares o paseos públicos cuyo mantenimiento asume la municipalidad tal como se observa de las fotografías que tengo a la vista (fs. 7/9), circunstancia esta que ha sido explícitamente reconocida por la corporación municipal demandada en su escrito de responde (Vide: punto b “Hechos” – fs. 53 vta. “in fine” y 54-), se impone que simultáneamente a las tareas de embellecimiento y mantenimiento de los lugares aledaños a dicho canal de riego, se procure de todo lo que fuere necesario para prevenir potenciales daños que pudieren sufrir las personas que transiten en ellos con motivo del referido canal de riego adyacente.----------

--- El uso y goce de los bienes de dominio público por los particulares importa la correlativa obligación de la autoridad respectiva a colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos.----------

--- En tal sentido, aún en el marco argumental expuesto por la corporación municipal impugnante, es imputable a ella que omitiera no solo actuar directamente procurando todas las medidas de prevención y seguridad que fueran menester para evitar daños a los eventuales transeúntes que se acerquen a las orillas del canal de riego; sino también de ejercer su autoridad para que dirigiéndose a quien sindica como dueña – Provincia del Chubut- o como guardián –Compañía de riego- adoptaran las medidas de seguridad apropiadas para evitar que este bien de dominio público artificial (incluyo en este concepto no solo al canal sino también a los parques o paseos públicos que ha sido reconocido que se generaron en lugares aledaños al mismo) no se transformen en una fuente generadora de potenciales daños a terceros (Conf. Doctr. C. S. J. N , in re: “P., J. D. v. Provincia del Chubut y otra s/ Daños y Perjuicios”, E. D. 157-85; reiterada en “Olmedo, Ricardo L. v. Municipalidad de Bs. As.”, en J. A., 1995-I-234; y, “Lanati, Fallos, 314:661).---------- Ello así, por la omisión de proveer a un indispensable señalamiento preventivo de los peligros derivados de la cercanía del canal de riego lindante al paseo al que accediera el menor momentos previos al siniestro del que fuera víctima, o bien, si la titular del dominio público artificial o su guardián no lo hicieran, afrontar los costos de su cercamiento con un vallado que impida el acceso al aludido canal de riego de los transeúntes que transiten o concurran al o los paseos como el existente en el lugar donde aconteciera el accidente que produjo el óbito del menor W. S. M..---

--- Con esto último quiero significar, desde ya, que la circunstancia de que el menor viviera con su familia justo al frente del lugar donde cayera, ahogándose en el curso de aguas que corren en dicho canal, reúne en la especie solo la calidad de mera condición; por cuanto cualquier otra persona podría haberse caído, merced a que no existe ningún obstáculo que lo impida, no existiendo tampoco ninguna otra medida de prevención -que insisto debe adoptar sin lugar a dudas el municipio ahora impugnante-, destinada a poner suficiente aviso sobre los peligros que implica el acercamiento a la ribera de

dicho canal de riego como por ejemplo, mediante la instalación de carteles de advertencia (Conf. C. Civ. Com. Lab. y Min., General Pico, 11-5-2004, in re: “V., M. E. c/ Municipalidad de Ingeniero Luiggi y otro”, La Ley online: AR/JUR/2144/2004; id., ver mi voto, en: Capel. Noreste Chubut, sala B, 17/03/2004, “G. R., A. T. c/ Provincia del Chubut”, La Ley online, AR/JUR/3208/2004; ambos citado por González Pondal, Tomas I., “Responsabilidad del Estado por omisión” suplemento La Ley Patagonia, Año 8, N ° 4/Agosto 2001).----------

--- Y asevero nuevamente, no abrigo duda alguna en la especie sobre quién es el sujeto obligado a afrontar aquella conducta o actividad necesaria y apta para prevenir un potencial peligro sobre la integridad de las personas, de suerte tal de alejar o aminorar el consumo de seguridad que implica la existencia misma de un canal de riego que atraviesa la planta urbana de la comuna que, es un hecho indiscutido en autos, constituye un riesgo en sí mismo; máxime cuando se propicia la utilización o la cercanía de eventuales transeúntes mediante la disposición de espacios, solares o paseos aledaños al mismo sin prever ni asumir la correlativa obligación de la autoridad comunal de adoptar las medidas de seguridad que eviten transformar a dichos espacios públicos en una fuente de potenciales daños a terceros.----------

--- Lo propugno de tal manera por cuanto participo de la tesitura que sostiene que el art. 1074 del Código Civil, el que pese a su errónea ubicación metodológica tampoco cabe duda que refiere a los cuasidelitos –vale decir, a los hechos ilícitos que no son delitos-, cuando alude al verbo “ocasionar” involucra o concierne no sólo a una conducta debida sino también a la negligencia que genera la oportunidad misma del daño y que es disímil a la intencionalidad que caracteriza el dolo. Y, la omisión que da pié o posibilita que se genere un daño debe ser juzgada a la luz del deber general de obrar con prudencia y diligencia y pleno conocimiento de los hechos que corresponden a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (Conf. Arts. 512 y 902 del Código Civil); todo ello, dentro de un marco de licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar.----------

--- Sin perjuicio de esta línea hermenéutica advierto, a la par, que el Sr. Juez a quo indicó apropiadamente las normas de rango constitucional y legal que configuran en el supuesto bajo análisis una omisión antijurídica del municipio demandado, citando para ello los arts. 233, incisos 1° y 14° en concordancia con el Art. 241, 2° párrafo, de la Constitución Provincial. De estas normas constitucionales se extrae sin mayor esfuerzo que la seguridad de las personas dentro de la planta urbana es materia atingente a las competencias que son propias e indelegables del ayuntamiento demandado, allende de que el dominio sobre el canal de riego corresponda al Estado provincial y su administración a un ente encargado del servicio público que por su intermedio se presta en el valle inferior del Río Chubut.----------

--- Magüer que evidentemente la corporación recurrente no lo comparta asumiendo -sin

citarla- aquella postura doctrinal que pregona una interpretación restrictiva del artículo 1074 del Código Civil precitado; destacada doctrina ha interpretado que cuando el citado artículo 1074 del Código Civil alude a una disposición de la Ley que imponga la obligación de cumplir el hecho omitido, trasunta y comprende las omisiones que constituyan situaciones antijurídicas, latamente consideradas.----------

--- Se señala en tal inteligencia que la obligación legal –diríase el deber jurídico- de cumplir el hecho omitido puede estar expresa o implícitamente establecido. Todo depende de las circunstancias del caso concreto. Pero, se añade, la obligación legal, el deber jurídico, aún la obligación implícita, debe resultar o aparecer sin duda alguna plenamente fundada en la razón, en el buen sentido (Ver: Marienhoff, Miguel A., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud "omisiva" en el ámbito del Derecho Público", en E. D., 169-1093).----------

---- Finalmente en relación a que la inactividad, o mejor dicho el no hacer aquello que se debía hacer de parte del órgano o ente estatal, debe ser necesariamente ilegítima para que dé lugar al derecho a la reparación, para cuya evaluación resulta ineludible traer a colación en el supuesto bajo análisis lo dicho por la Dra. Kamelmajer de Carlucci en el profusamente citado y comentado fallo de la Suprema Corte de Mendoza dictado en autos "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza" (ver: L. L. 1989-C-511), quien con cita de Giovanni Duni, explicó lo siguiente: *"…lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación, no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así, por ejemplo, cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas; en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester una análisis cuantitativo. b) La necesidad material en actuar para tutelar un interés. c) La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigue en el accionar…"*(sic)(ver: Ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial" en obra colectiva "responsabilidad por daños en el tercer milenio", Homenaje al profesor Atilio A. Alterini, Ed. Abeledo Perrot, Págs..492 y 2gtes.; y, también, su voto, SCJ Mendoza, sala I., "in re": "Norton, María C. c/ Municipalidad de Godoy Cruz", del 18-10-1996, en L. L: 1997-B-92).----------

--- Este valioso criterio expuesto en el decisorio de cita no solo implica armonizar los valores en juego sino que, también, cuenta con fundamentos sólidos en el derecho objetivo al trasladarlo en su aplicación al caso bajo análisis, tal como fuera prolijamente indicado tanto por el juzgador del anterior grado como por el magistrado de esta sala que me precede en la votación, Dr. De Cunto con las citas de los arts. 233, inc. 14° y 241 de la Constitución provincial (Conf.: Zavala de González, Matilde, en "Responsabilidad civil por actos ilícitos de comisión", J. A., 1980-III-797; id, Villarruel, María S., "Las omisiones del Estado en orden a garantizar la seguridad de las personas y los bienes" en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2007-2 "La

omisión en el Derecho de Daños", Pág. 155 y sgtes.; ídem, Mellid, Susana M., "La responsabilidad del Estado Nacional ante el incumplimiento de la Administración Pública de su deber de resolver", en E. D., serie especial derecho administrativo, año 2004, Págs.. 669 y sgtes).----------

--- En consecuencia, propiciaré la desestimación del agravio bajo estudio. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

---2) **Omisión de condena en relación a las terceras citadas como obligadas Provincia del Chubut y Compañía de riego del Valle Inferior del Río Chubut**: Tal pretensión impugnativa, que es descripta acabadamente en el epígrafe con el que se individualiza el presente agravio, se contesta directa y simplemente con solo remitirse a lo previsto por el Art. 96, 2do. Párrafo del C. P. C. C –actual Art. 97 según numeración de la Ley XIII N ° 5 del digesto jurídico-.----------

---

--- Es que, a partir de advertir, como correctamente lo hiciera el juzgador a quo, que, ni el Estado provincial ni la Compañía de Riego fueron demandados por la parte actora en autos sino que fueron citados como terceros obligados a instancias de la Municipalidad de Dolavon –única demandada en estos actuados-; no cabe más que remitirse a lo dispuesto por la norma procesal precitada (Vide: escrito de demanda, en especial el punto II –fs. 36/41 vta.-, como asimismo, escrito por el que evacuara la actora el traslado de la petición de citación de tercero –fs. 59 y vta.-; y, escrito de contestación de la demanda, en especial punto V-fs. 52/57).----------

--- Téngase presente que aludido 2do. Párrafo del Art. 97 del C. P. C. C. –según Ley XIII N ° 5 Anexo A-, dispone: *"…En todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso,* ***lo afectará como a los litigantes principales****."*(Sic)(El énfasis en negritas me pertenece).----------

---

--- Esta norma, en los términos que he destacado, se atiene estrictamente al principio procesal de congruencia consagrado en los arts. 34, inc. 4° y 165, inc. 6° del C. P. C. C., que impide al juzgador fallar más allá de lo pedido por el actor, y eso haría si condenara a quienes no fueron sujetos respecto a los cuales se pidiera la condena.----------

---

--- Se ha interpretado que el citado Art. 97 del C. P. C. C., refiere más propiamente a la oponibilidad de la sentencia con relación al tercero citado pero no a su ejecutoriedad. Obsérvese que la ley del rito dice "en todos los supuestos", incluyendo la intervención de aquel o aquellos que también se encontraban legitimados para ser demandados. Repito, en todos los casos –esto es, en los supuestos de terceros adhesivos simples o litisconsorciales- la sentencia será oponible a ellos una vez que hubieran sido citados a concurrir al proceso –sea que concurran o no-, pero no es ejecutable a ellos (Conf. Arazi, Ronald, "Pluralidad de partes en el proceso civil", en L. L. 1988-E-1120).----------

--- Ello así, salvo que el actor al contestar el traslado del pedido de citación efectuado por la demandada, amplíe la demanda y expresamente pida la condena a su respecto, lo cual, como ya lo advirtiera precedentemente, no ocurrió en la especie toda vez que la actora, al responde al traslado ordenado por providencia de fs. 58, de la citación de los terceros indicados como obligados por la demandada (Ver: punto V de fs. 56 del escrito de contestación de la demanda), se limitó a expresar *"Mi parte no formula objeción alguna a la citación de terceros solicitada por la demandada en el marco de lo dispuesto por el Art. 94 y con los alcances del Art. 96 del C. P. C. C…."*(sic)(vide: punto III del escrito obrante a fs. 59 y vta.).----------

---------- Y la oponibilidad a la cual he referido párrafos antes implica que el tercero citado al proceso, sea que concurra o no a estar a derecho en juicio, no podrá argumentar mala defensa del demandado cuando se interponga en su contra una pretensión de regreso, ni podrá eludir de manera alguna los efectos reflejos de la sentencia; además, en un futuro proceso, dicha sentencia constituirá siempre un antecedente desfavorable para el tercero que siendo citado a pedido del demandado haya o no concurrido, cuando éste fue vencido. Pero ello, insisto, no significa que el fallo pueda contener una condena en su contra como lo pretende equívocamente la ahora recurrente. Este es el criterio seguido por la mayoría de la jurisprudencia (Conf.: Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., en fallo plenario "Carenzo, Julio A. c/ Ortiz de Zárate, Isabel y/o propietario s/ Sumario", del 17-11-88, L. L. 1989-A-455; íd, Cám. Nac. Civ., en pleno, en "Balebona, Manuel c/ Storzi, Daniel", 4-3-92, D. J. 1992-I-961; ídem, Cám. Nac. Com., Sala C, 4-2-98, L. L. del 1-6-98; en igual sentido, Cám. Fed. de Paraná, J. A. 1984-II-472; CSJN, "Steinberg, J. c/Mana S.A. y Provincia de Buenos Aires s/ Cobro de Pesos, 22-3-84, S-215-XVIII; ídem, CSJN, "Provincia de Neuquén c/ Bigatti, M.J. s/ Cobro de Pesos", 4-11-86, N-176-XVIII; "Prada, I. R. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", 21-12-87, P-414-XX; "Discan S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", 16-2-88, D-116-XXI).

---------- B) **<u>Agravios de la parte actora</u>:** ----------

---------- 3) **Relevancia causal adjudicada para atribuir el 50% de responsabilidad a la propia víctima y a su progenitora:** La parte actora recurrente expone en sustento del presente agravio textualmente lo siguiente: *"Agravia a mi parte que el Sr. Juez de primera instancia otorga equivalente relevancia al porcentaje de responsabilidad que se endilga al Municipio de Dolavon, respecto del que* ***les endosa a la propia víctima y a su progenitora****. En efecto, el a-quo distribuyó la responsabilidad en un 50% a cargo de la accionada y el restante 50%* ***en cabeza de la propia actora y la víctima****."* (Sic)(Vide: escrito de expresión de agravios, punto II, A) –fs. 308-)(el énfasis me pertenece).---------- He destacado -resaltándolo con "negritas"- la aseveración contenida en esta porción del agravio formulado por la parte actora, en cuanto sostiene que se "endosa a la propia víctima" y que se atribuye "en cabeza de la propia víctima" una porción de responsabilidad, toda vez que ello no responde a lo

realmente decidido en el veredicto emitido por el juzgador. Ello se constata con solo remitir a la lectura de la parte respectiva de los considerando en la que, por el contrario, el Sr. Juez a quo arguyó en contrario de la eximente “culpa” de la víctima opuesta como defensa por el municipio demandado.----------

--- En tal sentido, por considerarlo en extremo clarificador de lo antedicho, efectuaré la transcripción literal de la porción del pertinente desarrollo argumental expuesto por el juzgador para atribuir porcentuales de responsabilidad derivada del evento dañoso, de tal modo de descartar de plano la afirmación pretendidamente impugnativa que se encuentra bajo análisis.----------

--- El sentenciante expuso al respecto de dicha eximente, lo siguiente: *“……también del análisis de la prueba rendida en la causa, se desprende que la responsabilidad en el evento no es imputable en forma exclusiva a la parte accionada, pues de las constancias de autos surge que la víctima contaba al momento del accidente que le costara la vida con 2 años de edad, por lo que es dable inferir que no se encontraba en condiciones de actuar con pleno discernimiento y libertad, no tenía conciencia del peligro que representaba para su integridad física el jugar, acercarse o quizás asomarse al canal de riego (ver informes de fs. 136/41 y de fs. 181/5). Siendo ello así, la conducta de la víctima no puede calificarse de imprudente, pero sí la de su madre que no tomó las precauciones para cuidar al menor, por lo que la actitud puesta de manifiesto por ella de dejarlo jugando solo en la vía pública, en inmediaciones del canal, ya que su vivienda estaba a escasos treinta metros…representa también un actuar negligente que torna culposo el accionar de la progenitora de la víctima en los términos del artículo 1111 del Código Civil. La omisión de tomar elementales precauciones exigidas por las circunstancias de tiempo modo y lugar, me llevan a colegir que debe también cargar con parte de la responsabilidad, la que estimo en un 50%...”*(Sic)(Conf.: considerando de fs. 276 “in fine” y 277).----------

--- De la lectura de los transcripto, repito, surge de un modo prístino lo antedicho; esto es, que el juzgador del anterior grado desestimó que en el caso pudiere haber tenido incidencia alguna la eximente “culpa” de la víctima invocada por la demandada en su defensa.----------

--- Ahora bien, abro un paréntesis para señalar, en relación a la motivación que he reproducido en su totalidad, en lo que respecta al análisis de las eximentes invocadas por la demandada efectuada en el anterior grado, que se observa también nítidamente que equivocadamente, a mi juicio, confunde el juzgador a quo los factores de imputación fáctica con los factores de imputación jurídicos a los fines de atribuir las consecuencias dañosas derivadas del siniestro. Ello así, tanto al referir a la “conducta” tanto del menor víctima como de la progenitora del mismo asignándole o restándole “imprudencia”, no adoptar “precauciones”, “negligencia”. Es que, en el marco legal en el

que se enfocara su análisis, previsto por el Art. 1113 del Código Civil, soy de la opinión de que no corresponde aludir a los factores subjetivos de atribución de responsabilidad por el hecho dañoso (culpa o dolo).----------

--- En la especie, se ancló todo el planteo litigioso como también el mérito de la prueba y el consiguiente pronunciamiento, en el marco legal provisto por el Art. 1.113 del Código Civil, el cual prevé los supuestos de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, de suerte tal que producido un daño con su intervención establece la presunción de que éste se produjo por el riesgo o vicio de la cosa responsabilizando a su dueño o guardián, quien para liberarse de su deber legal de responder debe invocar y acreditar alguna de las circunstancias eximentes previstas en el segundo párrafo de la norma, esto es, que el suceso dañoso tuvo su causa en “el hecho” de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder. Es decir, solo invocado y probado que operó en el supuesto la ruptura del nexo causal presumido por la ley, puesto que de esa manera se habría acreditado la concurrencia en el acaecimiento del evento dañoso una “causa ajena” –hecho de la víctima o hecho de un tercero por quien no se deba responder-, se podrá eximir total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa riesgosa por las consecuencias derivadas del accidente ocurrido con su intervención.----

--- De esta manera, es claro para mí, que la relación de causalidad se vincula con la imputación física de las consecuencias del obrar humano exclusivamente sobre una base objetiva que margina la intención del agente; la culpabilidad, en antítesis, atiende a la imputación moral, es eminentemente subjetiva (Ver: Alterini, Atilio A., en “Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal”, en obra colectiva “La responsabilidad”, en homenaje a Isidoro H. Goldenberg, dir. Alterini y Lopez Cabana, Ed. Abeledo Perrot, Págs. 389 y sgtes.; id. Alterini-Lopez Cabana “Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal”, en “Temas de responsabilidad Civil”, Ed. Ciudad Argentina, año 1995, Págs. 91 y sgtes.).----------

---- En consecuencia, pues, descarto que la causalidad adecuada que deba evaluarse en el presente caso pueda ser enfocada desde un análisis de culpabilidad como “criterio rectificador” de la causalidad natural, o sea, denominando “adecuada” a la causa con previsión del resultado mediante el factor jurídico de imputación subjetiva “culpa” o “dolo”.----------

--- Sí, en cambio, considero que la causalidad adecuada en la especie debe ser evaluada con un criterio objetivo, preguntándose si el hecho acaecido –óbito del menor- era de aquellos que, según el curso normal de los hechos, considerando el particular caso de autos (cercanía del canal de riego aledaño al paseo, sin que éste cuente con medidas de seguridad ni prevención, el que se encontraba frente al domicilio del grupo familiar del menor accidentado, quien se encontraba solo al ocurrir el mismo –cayéndose y ahogándose-), implicaba una posibilidad conforme con la previsión de un hombre medio o normal.----------

--- Efectuada tal disquisición y descartada toda posible relevancia al hecho del menor

descartada por el Sr. Juez a quo, me restringiré a verificar los argumentos impugnativos desarrollados por la parte actora en vinculación a la porción de responsabilidad que le es atribuida, en calidad tercera respecto a quién no debe responder el municipio de Dolavon.----------

--- Y en punto a ello, “ab initio” coincido con lo que, con absoluta lucidez advirtiera el Dr. De Cunto, magistrado que me precede en la votación, en cuanto que bien destacó que el “hecho” como tercero, que le diera contenido a la eximente por la que se le endilgara a la actora una porción de responsabilidad (50%), no fue discutido siquiera en la expresión de agravios. Basta para constatarlo con remitir a la lectura de todo el desarrollo argumental expuesto en el punto A) del escrito de sostenimiento del recurso (fs. 308/309), del cual no se halla ni una sola línea que se refiera al *“…accionar de la progenitora de la víctima…”* que evaluara el Juez de primera instancia y que diera sustento al veredicto atributivo de concurrencia de responsabilidad respecto al cual ahora se alza la actora pretendiendo que se la asigne el 100% de la responsabilidad por el suceso al municipio demandado, pero sin dar fundamento o razón concreta alguna que le pudiera dar andamiento.----------

--- Esto corona y sella la suerte del presente agravio en tanto que, por las razones antes expuestas, deviene en desierto por carecer del fundamento técnico mínimo que permita ingresar siquiera al análisis relativo a la evaluación efectuada en relación a la incidencia causal atribuida a su conducta, por carecer de la materia indispensable para que este cuerpo revisor ejerza su facultad revisora (Conf. Arts. 268 y 269 del C. P. C. C.).----------

------ Atento a lo cual, propongo al acuerdo se declare parcialmente desierto el recurso respecto al presente agravio. Así lo voto.----------

--- 5) **Modo de utilización de los factores de la formula matemático financiera que fuera asumida por el juzgador para establecer la cuantía que se admite por pérdida de chances:** Igualmente, tal como ya lo hiciera al tratar el agravio precedente, me encuentro en posición de advertir desde el principio que me encuentro -en verdad- impedido de poder aportar mucho más a los sobrados argumentos explicitados por el Dr. De Cunto para arribar a la conclusión desestimatoria del agravio enunciado en el epígrafe.----------

--- Con toda elocuencia y fundamento, se ha dicho ya por parte del juez de primera instancia y por el colega de sala que me precede en la votación, empero estimo que no sobreabunda reiterarlo en mi voto, que la chance cuya reparación se pretende ha de ser seria. Por tal hay que entender aquella probabilidad de un acontecimiento favorable a quien la reclama y que denuncia como pérdida, la que debe ser apreciada objetivamente.----------

--- Es así que, como lo conceptualiza destacada doctrina en la materia, la expresión “pérdida de chance” comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una

pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (Conf.: Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., en “Tratado de la responsabilidad civil”, con cita de Vicente Domingo, Le Tourneau-Cadiet y Mayo, Ed. La Ley, T. I, Pág. 465).----------

--- En sentido similar la Corte Federal ha dicho en relación al concepto de “chance” que la misma se trata de “la frustración de una posibilidad futura, dentro del ámbito de las expectativas legítimas y verosímil según el curso ordinario de las cosas” (Conf. CSJN, 17-3-98, L. L. 2000-D-467).----------

---- En este último antecedente jurisprudencial citado la Corte Suprema de Justicia Nacional indicó en relación a la frustración de chance que padecen los progenitores al fallecer sus hijos, que aún cuando por su naturaleza la chance no es sino una posibilidad, la negación de una indemnización de esa especie con el argumento de que resulta imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio alguno *“importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata”*(Sic).----------

--- A la par, se ha juzgado que, a tenor de los arts. 266 y 1079 del Código Civil, preceptos que ordenan la obligación alimentaria de los hijos hacia sus progenitores, la carga de probar los daños se ve en estos supuestos realmente dispensada, por cuanto la existencia de un perjuicio cierto, no conjetural ni hipotético, se configura por la propia extinción de la posibilidad de recibir ayuda económica (Conf.: CN Com., 22-6-2006, “Miller, Angela c/ Transportes Metropolitanos General San Martin s/ Ordinario”, SAIJ, sum. N0013353).----------

--- Con todo, surge indisputable que la mayor edad involucra una disminución en los ingresos económicos de las personas que han abandonado la actividad productiva –si la tenían- o acentuado sus necesidades por encontrarse en etapa de vejez o en la edad madura –aún cuando no hubieran desempeñado actividad lucrativa alguna- siendo sus hijos, la mayoría de las veces, quienes, en razón de encontrarse en plenitud laboral, prestan ayuda a sus padres. Dicha realidad, o sea, el decrecimiento de las posibilidades de autoabastecimiento de los progenitores y la trascendencia consecuente de las contribuciones económicas que podrían ofrecer los hijos, representadas en las “expectativa de sostén, apoyo y colaboración” en la ancianidad y frente a los problemas de la vida que naturalmente atesora cada padre, torna ineludible la consideración de la chance malograda (Conf. : Compagnucci de Caso, Rubén H. “El daño resarcible y la pérdida de la chance” en supl. J. A. del 17-3-2004, J. A. 2004-I-217; id., Zavala de González, Matilde, en “Resarcimiento de daños –daños a las personas-. Pérdida de la vida humana”, Ed. Hammurabi, 2da. Ed., 2da. reimpresión, año 1996, T. 2b, Págs. 246 y Sgtes.).----------

----- En tal entendimiento se inserta la motivación expuesta por el Sr. Juez a quo para

admitir el rubro indemnizatorio bajo análisis, cuya estimación favorable hay que destacarlo, no mereció cuestionamiento alguno de parte de la demandada en estos actuados. Ahora bien, en tren de cuantificar la pérdida de chance que opera en la órbita patrimonial de su madre, damnificada indirecta en la especie, estimó su situación económica -que calificó de precaria ateniéndose para ello en las constancias producidas en el trámite del beneficio de litigar sin gastos que corre agregado por cuerda-, su edad -30 años a la fecha de ocurrencia del accidente-, la existencia de otro hijo varón, que no tenía desempeño laboral alguno al tiempo de ocurrir el óbito de su hijo menor W. S. M.; y, finalmente, tuvo en consideración también la corta edad de éste al tiempo de su óbito –apenas 2 años de edad-. A partir de tales datos, estimó que la chance de ayuda futura cuya pérdida es susceptible de indemnizar en el particular supuesto planteado en el caso, abarcaría el lapso que comprende la edad en la que –de común- se encuentran las mujeres en condiciones de acogerse a los beneficios de la jubilación -60 años- y por el tiempo de vida factible hasta su muerte –que fijó en los 75 años-. Advirtió, por otra parte, que no todos los ingresos que potencialmente hubiera podido obtener el menor malogrado, los hubiera destinado para ayudar a su madre, sino que solo utilizaría una porción de éstos. De la conjunción de todos estos elementos de juicio, fijó los siguientes parámetros a considerar para el cálculo del importe resarcitorio por pérdida de chances, es decir, un lapso de tiempo en el que se frustrara la ayuda económica de su hijo de 15 años y ponderó su cuantía en el 20% de los posibles ingresos netos que su hijo fallecido hubiera podido generar.---------- La parte actora impugnante cuestiona que solo se hubiera computado el lapso de 15 años pretendiendo que se extienda el tiempo a considerar desde que el menor hubiera cumplido 18 años, momento en la que la damnificada hubiera contado con 46, y hasta que ella hubiera cumplido los 75 años –esto es, un lapso de tiempo de 29 años- arguyendo que jamás podrá jubilarse por cuanto nunca trabajó. Pues bien, advierto que esta pretensión impugnativa se apoya exclusivamente en esta última aseveración –que no podrá jubilarse- por lo que, adelantaré opinión, en cuanto que resulta insuficiente para sustentarla. Y digo así, por cuanto basta con poner de resalto que haberse desempeñado bajo relación de dependencia o de manera autónoma en el campo laboral no es una circunstancia que le impida tramitar el beneficio de la jubilación como ama de casa (Conf.: Art. 3, inc. 5to. de la Ley 24.242, según Ley 24.347; y, la Ley 24.828; B. O. del 30-6-1997).---------- Tampoco tendrá andamiento el cuestionamiento direccionado a poner en crisis el porcentaje de los ingresos futuros de la víctima destinado a la ayuda futura de su madre, el que fuera estimado por el Sr. Juez a quo el 20% de los mismos. Es que bastará con indicar que el mismo se encuentra “atado” al presupuesto de hecho anterior, esto es, que se compute el lapso comprendido entre los 46 años y los 75 años de la actora, pretendiendo de este modo aumentar dicho porcentual al 40% durante el

tiempo comprendido entre los 18 años y 32 años del menor (14 años), quien –especula- hubiera convivido con su madre aportando a la economía familiar. Pues, resultando equivocado el fundamento en el que se apoya todo el andamiaje argumental por el cual se pretende computar el lapso comprendido entre los 46 años y los 75 años de la actora, también queda “atada” a dicha equívoca motivación impugnativa la suerte de la presente.----------

--- En conclusión, entonces, propiciaré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.----------

--- 4) **Imposición de las costas:** En tanto se supeditó este dicente agravio, relativo al modo de imposición de las costas del anterior instancia, a las resultas del éxito que merezca el relativo a la responsabilidad por el que se postulara la atribución del 100% del deber de responder por los daños a la parte demandada –el que ya fuera motivo de tratamiento “supra”-; y, merced a que dicho agravio no tuvo buen éxito, propiciándose que se declare su deserción, el presente ha quedado por lo tanto vacío de contenido alguno que atender, por lo que ha de ser desestimado. Así lo voto.----------

--- III.- Apelación de honorarios de los Dres. J. M. F. C. y R. J. L.:---------- ---------- Los letrados apoderado y patrocinante de la parte actora, respectivamente, concurren por su propio derecho apelando los honorarios que les fueran fijados por su actuación en la anterior instancia, por estimarlos bajos.----------

--- En el punto III del pronunciamiento del fallo apelado se establecieron los emolumentos de los Dres. L. y F., en su calidad de letrados patrocinantes de la actora, en conjunto, la suma equivalente al 13%; y, los de su apoderado, Dr. F. C., en la suma resultante de aplicar el 40% sobre dicho porcentual (Víde: sentencia -fs. 281 vta.-).----------

--- Cabe poner de resalto que atento al modo en que se decidiera el pleito en la anterior instancia, estableciéndose una responsabilidad concurrente por los daños derivados del acaecimiento del accidente que malograra la vida del menor Mira, del 50% a cada una de las partes intervinientes en autos; con la consiguiente imposición de costas por el orden causado, en virtud que existieron vencimientos parciales y mutuos, las alícuotas porcentuales fijadas en concepto de emolumentos correspondiente a los abogados recurrentes se ajustan apropiadamente a los parámetros cualitativos y cuantitativos contemplados en la ley del arancel (Conf. Arts. 5, 6, 7, 8, 18, 36, 38, 46 y Conc. de la Ley XIII N ° 4 –antes ley 2.200).----------

--- En consecuencia, propondré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación planteado, sin costas dado que la materia no las genera. Así lo voto.----------

--- IV.- Conclusión: ----------

--- Por todo lo expuesto, corresponderá confirmar el fallo venido en apelación en todo aquello que fuera materia de agravios.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

--- En consonancia con el resultado obtenido por las partes actora y demandada recurrentes, se perfila en esta segunda instancia igualmente un vencimiento parcial y Mutuo que conduce a establecer que las costas devengadas en ella también sean soportadas por el orden causado (Conf. Arts. 72 y 279 del C. P. C. C.).----------

---

--- Los honorarios de los letrados intervinientes por ante la alzada, apreciados por su extensión, calidad y eficacia, corresponde que sean fijados del siguiente modo, a saber: a Dr. J. M. F. C., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 4,73%; y, al Dr. J. J. S., letrado apoderado de la demandada, en la suma equivalente al 3,15%; en ambos casos tales alícuotas se calcularán sobre el monto total de condena a determinar en el etapa de ejecución de condena y con más el I. V. A. pertinente (Conf. Arts. 5 y 13 de la Ley XIII N ° 4 –antes ley 2.200-; y leyes 23.379 y 23.871).----------

---

--- Concluyo de tal manera con el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Confirmar el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- II.- Imponer las costas de esta sede, en el orden causado (Conf. Art. 72 del rito).-------

--- III.- Regular los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. J. M. F. C., en un 4,73%; y al Dr. J. J. S., en un 3,15%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA correspondiente (Conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley arancelaria, y leyes 23349 y 23871).----------

---

--- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por responder el mismo fielmente al acuerdo antes logrado.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8 , Ley V– N º 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de esta sede, en el orden causado (Conf. Art. 72 del rito).--------

--- REGULAR los honorarios, por las tareas desempeñadas en esta instancia de la siguiente manera: al Dr. J. M. F. C., en un 4,73%; y al Dr. J. J. S., en un 3,15%; en

ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA correspondiente (Conf. arts. 5, 8, 13, 46 y concs. de la ley arancelaria, y leyes 23349 y 23871).---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N ° 012 DE 2011 – SDC.- Conste.-