En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O., E. O. y otra c/ MUNICIPALIDAD DE PUERTO MADRYN s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte. Nº 105 Año 2013) venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 77/10), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.202.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda incoada por E. O. O. y D. E. A. contra la Municipalidad de Puerto Madryn e impuso las costas a los actores, regulando los honorarios de los letrados y perito que intervinieron en la causa.

Para así resolver, se ocupó en primer término de analizar la legitimación sustancial de las partes, activa y pasiva, en tanto constituyen presupuesto preliminar y necesario para la declaración del derecho, sosteniendo que aún cuando la legitimación no hubiera sido cuestionada por el demandado, el juez de oficio debe analizar y determinar si aquella se encuentra debidamente acreditada.

Señaló que en este proceso se ha reclamado la reparación de los daños ocasionados por la muerte del menor E. O. O., mientras jugaba en una pequeña cancha de fútbol ubicada entre las calles R. M. y T., en

inmediaciones del B. P. II de esta ciudad, conocida como “E. M.”, siendo impactado por un arco de fútbol que se derrumbó sobre aquél, ocasionándole la muerte.

Que en los términos de la demanda, el reclamo a la Municipalidad lo es como dueña del objeto dañador colocado en un inmueble de su propiedad (fs. 53), encuadrando el caso en la 2da. parte del 2do. Párrafo del art. 1113 del C.C que impone al dueño o guardián de una cosa que por su riesgo o vicio cause un daño, el deber de reparar los perjuicios ocasionados y que en el expediente no se acreditó aquél recaudo. Dice que, si bien el inmueble en el que se produjo la muerte del menor es del dominio privado de la Municipalidad de Puerto Madryn, no puede vincularse a la demandada con el arco que ocasionara la muerte de Ezequiel y cuya propiedad le atribuye la actora.

A esos fines valoró la prueba instrumental, expediente penal y las declaraciones testimoniales cumplidas concluyendo que la demandada no resulta legitimada pasiva del presente reclamo, pues no se ha probado su carácter de dueña del arco, tal como asegurara la actora, no pudiendo inferirse de la presunción establecida por el art. 2412 del C.C, que tampoco acreditó la posesión de la cosa por parte de la demandada y no existe elemento alguno que la vincule como guardiana del arco y no consta que hubiera sido colocado o supervisada su colocación por la demandada u cualquier dato que indique que la cosa se encontraba bajo la guarda del municipio local.

Agregó que si bien por aplicación del art. 1113 del C.C se establece una presunción a favor de la víctima y en contra del dueño o guardián de la cosa productora del daño, para que la misma funcione es necesario que el carácter de dueño o guardián resulte plenamente acreditado, lo que no fue probado en autos.

Concluye rechazando la demanda por falta de acreditación de la propiedad de la cosa dañadora en cabeza de la demandada y con ello que no se encuentra legitimada para ser demandada.

La sentencia es apelada por la parte actora a fs. 189. Puestos los autos en Secretaría, la actora expresó agravios por escrito que obra a fs.178/194, y su réplica se agregó a fs.196/199.

2. Los agravios de la actora

Luego de reseñar los antecedentes de la causa y la sentencia dictada, la representación letrada de la parte actora, individualiza cinco agravios dirigidos a cuestionar el rechazo de la demanda por la falta de la acreditación de la legitimación pasiva de la Municipalidad para ser demandada en autos.

Señala en el primer agravio que a) el fundamento de la sentencia -en tanto no hay legitimación pasiva por no haber probado que la Municipalidad es la dueña del arco-, es erróneo y arbitrario, pues acreditado está que el predio donde se encontraba el arco en cuestión es de la Municipalidad, reuniendo la posesión del mismo y consecuentemente debió ejercer el deber de control cuidado y seguridad sobre el predio, zanjándose de esa manera la cuestión de la legitimación pasiva; b) el fallo es arbitrario pues la accionada no negó ser la dueña del arco ni que el mismo estuviese bajo su custodia; c) que el fallo es incongruente porque no tuvo en cuenta las cuestiones oportunamente planteadas por las partes y conducentes para la solución del litigio, explicando que en el Expte. Administrativo el Municipio local aludió a la falta del deber de vigilancia de los padres y a que los actores debían probar el vicio o riesgo de la cosa, posesionándose de tal manera como dueña; d) que es errónea la valoración de los memorándums municipales pues de ellos, lo único que se desprende es la inexistencia de trámite administrativo que regularice la instalación del arco,

pero no desvirtúan la propia aceptación del municipio como propietaria del predio y del arco ubicado en el mismo, ni que el mismo era un lugar de juegos.

En el segundo agravio, señala que el fallo es incongruente, pues a) falla sobre el propio argumento de defensa esgrimido por la parte al contestar demanda, fijando su propia postura de defensa mediante la cual aceptó ser la dueña del predio, la existencia y tolerancia de la cancha de fútbol y por ende la propiedad del arco clavado; b) resuelve sobre cuestiones no controvertidas, esto es si el Municipio era o no dueño del arco y si era o no quien revestía el carácter de guardián; c) que con ello violenta el derecho de defensa en juicio pues resolvió con su actuar oficioso más allá de los hechos afirmados por el actor y negados por el demandado.

En el tercer agravio dice que se ha violado el derecho de defensa en juicio, pues contempló una defensa opuesta extemporáneamente por la accionada al alegar, cuando incorporó el argumento que no era la propietaria del objeto provocador de la muerte del niño.

En el cuarto agravio señala que la Magistrada se aparta de la presunción *iuris et de iure* contenida en el art. 2519 del CC sosteniendo en su queja que el arco de fútbol clavado en el suelo pertenece en su carácter de accesorio a la Municipalidad demandada por ser la dueña del terreno, desatendiendo la otra presunción que surge de la norma a que las cosas han sido hechas y colocadas por el dueño del terreno.

En el quinto agravio refiere que media una errónea interpretación del art. 2412 del CC, reiterando el apartamiento de la presunción del art. 2519 del CC y que por más de diecinueve años el arco de fútbol ha estado adherido al predio municipal.

Concluye requiriendo se modifique por sus argumentos la resolución que impugna y se haga lugar a la reparación de los daños sufridos por sus mandantes como consecuencia de la muerte del hijo menor.

3. Tratamiento de los agravios

Las quejas de la parte actora pueden sintetizarse en que la sentencia es arbitraria por incongruente, en tanto ingresa al tratamiento de la legitimación pasiva del Municipio con argumentos no sostenidos por la parte demandada, como lo es, en los términos del art. 1113 del CC, la falta de acreditación en cabeza el Municipio local de la propiedad de la cosa riesgosa o si revestía el carácter de guardián sobre la misma.

3.1. Ingreso al tratamiento de la queja, señalando que conforme el criterio de la CSJN desde el *leading case* "Rey c. Rocha" (Fallos, 112:384 año 1909, LLO) deben descalificarse aquellas resoluciones desprovistas de todo apoyo legal y fundadas sólo en la voluntad de los jueces. A través de esta doctrina se permite colegir que la fundamentación de las resoluciones judiciales hace a la existencia misma de éstas como manifestaciones legítimas de un poder del estado tendientes a la resolución de un conflicto sometido a su decisión. Tal como lo ha sostenido este Cuerpo, las sentencias constituyen un acto creador de derecho que, para resguardar las garantías ciudadanas, deben apoyarse en las constancias del expediente. (CAPM entre otras SIC Nº 32/10; SIC N° 42/12).

Desde esa perspectiva, la sentencia dictada en autos tiene basamento legal y jurisprudencial, y su resultado, -el rechazo de la demanda-, guarda lógica argumental con el fundamento a través del cual se llega al mismo por lo que el acto jurisdiccional de fs. 163/167 goza de plena validez y no incurre en la arbitrariedad achacada.

Por su lado tampoco advierto la violación del principio de congruencia reprochada. No es avizorable en la especie, vicio de tal índole, ni por “ultra”, “extra” o “citra petita”, pues la sentenciante ciñó su decisión analizando -antes de ingresar a la cuestión de fondo- si concurre el requisito

de la legitimación de las partes de la pretensión procesal, en tanto ésta debe ser deducida por y frente a persona legitimada.

La facultad de los jueces de aplicar el derecho que juzguen regulatorio del caso, tiene como límite el de no alterar la relación procesal o, lo que es lo mismo, que los jueces, a través del "*iura novit curia*" tienen la facultad y el deber de interpretar las demandas y adecuarlas, en tanto no alteren sus hechos constitutivos y su "*causa petendi*" en grado que las tornen distintas de su contenido, principios que, desde luego, se aplican "*mutatis mutandi*" a las defensas opuestas en la contestación de la demanda.

Ello es así, pues tal como lo ha dicho la CSJN *"...es deber y facultad de los jueces aplicar los preceptos del derecho en vigor, de conformidad con la regla "iura novit curia" con prescindencia de los planteos de las partes..."* (CSJN "Lines, Pedro, I. c. Provincia de Santiago del Estero, 13/12/1977, La Ley Online, AR/JUR/819/1977), lo cual implica que el judicante puede inmiscuirse en cuestiones atinentes al derecho que se encuentra controvertido.

Desde esta arista, cuando se invoca un derecho en justicia, y se exponen las circunstancias fácticas que se estiman previstas por la norma, es tarea del juez delimitar el alcance del precepto, decidiendo en concreto si la plataforma fáctica es susceptible de ser subsumida en el entorno legal.

Adviértase entonces, que la falta de legitimación autoriza desde luego a oponer la defensa o excepción pertinente, pero el juzgador en el fallo definitivo debe declarar la inexistencia de ella cuando la advierte, aún en el caso que no hayan sido opuesta tal defensa o excepción.

Y ello es así porque la titularidad de la relación sustancial es requisito indefectible, de modo que su ausencia no precisa de denuncia expresa para ser declarada, porque los presupuestos procesales *"son circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la defensa. Para ello no se requiere alegación de parte, porque no está en las facultades del magistrado atribuirse una competencia que la ley no le ha dado, dotar a los*

litigantes de una capacidad de la que la ley les ha privado, atribuirles calidades que no le competen, o acoger pretensiones inadmisibles o dictar sentencias favorables cuando aquellos a quien no benefician no han satisfecho las condiciones requeridas para su emisión" (Couture, "Fundamentos del derecho procesal civil", 3era. Edición póstuma, Depalma, Bs. As. 1997, pág.111).

En este caso, la Sra. Jueza de grado no ha hecho otra cosa que analizar la aplicabilidad de una *conditio necessitatis* o "condición necesaria" que permite admitir la sumisión del caso dentro norma jurídica invocada del art. 1113 del CC. por lo que, la achacada violación del principio de congruencia y consiguiente derecho de defensa en juicio, deben desestimarse.

3.2. Luego de ello, corresponde analizar si la decisión de grado -en tanto rechaza la demanda, por no haberse acreditado la propiedad de la cosa dañadora, en cabeza del Municipio local-, se ajusta a las constancias de autos.

Se alegó en la demanda que la muerte del niño E. O., de cinco años de edad, se produjo por el impacto en su cráneo, de un arco de fútbol enclavado en un inmueble fiscal y que la Municipalidad era la dueña del objeto dañador, debiendo responder en los términos del art. 1113 del CC.

No compartiré el criterio sostenido en la sentencia de grado.

Me explico.

No discute la Municipalidad local la titularidad dominial del predio donde ocurrió el hecho, antecedente de este reclamo resarcitorio, que se ubica entre las calles R. M. y T. del B° P. II e identificado catastralmente como Circ.* Sector * Fracc **, Partida Inmobiliaria Nº ****** (v. fs 80 Mem. Nº 540/09 Expte. Adm. Nº 068/09 MPM), tampoco cuestiona que el mismo estuviera afectado, por su uso, a la práctica deportiva de los vecinos, ni introduce al contestar la demanda cuestión alguna respecto la titularidad o

guarda sobre el arco -que no ha sido objeto de controversia-, existía en el referido inmueble.

De modo que para avanzar en la cuestión propuesta, debe recordarse que el art. 2328 del Cód. Civil estipula que *"...son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, o a la cual están adheridas..."* la norma produce una interdependencia entre las cosas: los accesorios, en general, son los bienes que están en relación de subordinación funcional respecto de otros denominados principales.

Las cosas principales, al tener una vida propia e independiente, tienen un régimen propio, mientras que carecen de él las accesorias ya que siguen el régimen de las cosas principales. Las cosas accesorias son materialmente distintas pero se encuentran en una relación de subordinación funcional respecto de otras que son principales.

La accesoriedad puede resultar de dos vías: a) dependencia de una cosa respecto de otra pero sin adherencia, y b) adherencia física. (KIPER, Claudio. "Código Civil Comentado- Derechos Reales". Tomo I. Ed. Rubinzal- Culzoni. Pags. 72 y 73), bajo estos parámetros queda claro que un arco de fútbol ubicado en un predio destinado a ser usado como "cancha de fútbol" (ver declaraciones testimoniales de B. -6ta preg.-, fs. 128 vta; B., 7ma preg. fs. 130, C., 2da. preg. fs. 131; E., 6ta preg., fs. 132) representa un accesorio que depende de la cosa principal (terreno municipal).

En este caso, puede inferirse que el arco comenzó estando "adherido" al suelo tal como surge de las fotos 8 y 9 de fs. 36 y luego culminó unido al mismo pero "sin una adherencia permanente", pues como explican los testigos, el arco se trasladaba de un lugar a otro dentro de la cancha (Ver declaración testimonial de C., 5da. preg. fs. 131) y era enterrado a 30 cm. del suelo (ver conclusiones de la inspección ocular de fs. 22 y vta.).

No obstante esta salvedad, tal como lo he expuesto precedentemente, dicha diferencia no es gravitante ya que el carácter accesorio puede derivar tanto de una adherencia física permanente o no.

Desde sus normas sobre las cosas, el Código determina que son inmuebles y forman un todo con el suelo, tanto los muebles unidos a él por la naturaleza misma, como los vinculados por accesión física o moral (arts. 2314, 2315, 2316, 2331 y 2332 del Cód. Civil). No se concibe entonces que tales accesorios puedan pertenecer a otro, que no sea el dueño del terreno.

Entiendo que al utilizar estos accesorios como arcos de fútbol en un predio destinado a la práctica amateur de ese deporte, se ha constituido legalmente en un todo indivisible, pues de otra manera se destruiría el sistema general del Código que no admite un desdoblamiento del dominio en esta forma.

Tal como lo afirma el apelante, y siguiendo a Lafaille no hay duda en cuanto a que el legislador no admite la existencia de dos propiedades, una del terreno y otra sobre de los accesorios; ni siquiera un derecho real específico sobre estos últimos, como lo era el superficiario. Llamar a una persona "dueño del arco", es utilizar una terminología incorrecta, porque a nadie sería permitido ejercer el dominio respecto de tal objeto, situados en terreno de otro. (Lafaille, Héctor. "Derecho Civil. Tratado de los Derecho Reales". Tomo III. Vol. I. Ed. Compañía Argentina de Editores. Págs. 389 y 390.).

Al utilizarse el arco en el predio cuya titularidad dominial pertenece al Municipio y sirviendo el mismo como una "cancha de fútbol" (aspecto que no resulta controvertido en autos ver declaraciones testimoniales de B. -6ta preg.-, fs. 128 vta; B., 7ma preg. fs. 130, C., 2da. preg. fs. 131; E., 6ta preg., fs. 132) se presume que el mismo constituye un accesorio de la propiedad del Municipio y que ha sido puesto en el lugar por el propio dueño.

Dicha presunción además emerge del art. 2519 del Cód. Civil que expresamente reza que *"...todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser planteada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos..."*

Al respecto, vale señalar que el art. 2519 del Cód. Civil establece dos clases de presunciones: una *iuris tantum*, al disponer que todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior del terreno se presumen hechas por el propietario del terreno, y otra *iuris et de iure* en cuanto a la propiedad de aquéllas.

Como dije en párrafos que anteceden, basta con ver las fotos 8 y 9 obrantes a fs. 36 para determinar a ciencia cierta que el arco, primigeniamente, se encontraba incrustado en el terreno usado como cancha de fútbol. Bajo esta arista, esa mejora introducida en el inmueble se incorpora al derecho de propiedad del *domine*, siendo esa presunción *juris tantum*.

Entonces, en todo caso era el Municipio quien debía demostrar que la cosa accesoria pertenecía a un tercero para desvirtuar la presunción que lo ubica como propietario de la misma, cuestión como también se dijo, no ha sido alegada por esa parte y por ello no justificada en autos.

Robusteciendo este orden argumental, y siguiendo la estricta letra de la normativa civil debo señalar que *"...la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentren en ella, natural o artificialmente unidos..."* (Art. 2520 del Cód. Civil). Por ello, tal como lo afirme con anterioridad, el arco de fútbol se considera un accesorio artificialmente unido al terreno que comprende la propiedad del dueño de la superficie: en este caso la Municipalidad de Puerto Madryn. Ello queda cabalmente demostrado en el acta de inspección ocular obrante a fs. 22 y vta de estas actuaciones donde se dice que "...*se puede determinar que*

presuntamente solo se hallaban enterrados 30 centímetros por debajo de la superficie del suelo, sin zapata o pie que refuerce la verticalidad y estabilidad..."

La ley no sólo confiere al propietario de la superficie el dominio de los accesorios, sino que se presume que él ha incorporado cualquier mejora, sin perjuicio de que quienes invoquen haberlas efectuado pueden reclamar aquello a lo que se creyeren con derecho por la vía y la forma que correspondiere. El aludido alcance del dominio sobre inmuebles surge de coordinar las disposiciones de los arts. 2518, 2519, 2520, 2571, 2587 y ss., y concs. del Cód. Civil, con la exclusión del derecho real de superficie por el art. 2614, y aún de las notas del codificador de los arts. 2503 y 2571.

Como corolario de lo expuesto, debe señalarse que se presume que la Municipalidad de Puerto Madryn detentaba el dominio del arco "*por accesión*" de conformidad a lo previsto por el art. 2571 del Cód. Civil, el cual estipula expresamente que *"...se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial..."* pues el arco de fútbol es una cosa mueble que acrece al terreno por unión artificial. De esta manera, tal como lo ha dicho la jurisprudencia *"...todo lo adherido en un inmueble tiene carácter accesorio de éste, perteneciente al dueño del suelo..."* (v. C. Civ. y Com. de Junín, en autos caratulados: "Urbanizaciones la Matera SA", publicado en LL, Tomo 1985-A, Pág. 233). Recordemos que los arcos se usaban unidos al suelo por encontrarse "enterrados" en el mismo a 30 cm. de profundidad (v. inspección ocular de fs. 22), y sostenidos por piedras (v. declaración testimonial de C. en respuesta a la 5ta. Pregunta a fs. 131).

Bajo estos argumentos, debo concluir que el arco se presume de la *propiedad* de la Municipalidad de Puerto Madryn (Conf. art. 2519 del Cód. Civil), por constituir un *accesorio* del predio municipal (Conf. arts. 2328 y 2520 del Cód. Civil), cuyo dominio ha sido incorporado por *accesión* (Conf. art. 2571 del Cód. Civil). Pese a que he dejado en claro mi postura sobre la cuestión, no

puedo soslayar que, independientemente de lo expuesto, aún cuando la Municipalidad no detentara título alguno sobre el arco de fútbol, igual sería de aplicación el art. 1113 del Cód. Civil por su carácter de guardián del arco, pues resulta claro que en un predio destinado a jugar al fútbol el dueño del mismo es guardián de los arcos que se emplean para tales fines.

3.4. Dicho lo anterior corresponde me expida sobre el encuadre jurídico de la responsabilidad civil, esto es el daño producido por una cosa inerte, característica que le corresponde al arco de fútbol.

El párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil argentino no legisla un supuesto de riesgo genérico, extrínseco y excepcional, tal el que puede presentar cualquier cosa en un cierto contorno de tiempo, modo y lugar. Por el contrario, el legislador ha tenido en vista un riesgo "*específico*" en tanto pertenece a determinadas especies de cosas, "*intrínseco*" por ser inherente a la cosa, "*normal*" por ser constante y "*extraordinario*", ya que su peligrosidad es más intensa de aquella que surge de las cosas no riesgosas en sí mismas. (Ver: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 08/04/1996, Ramos, Ángel S. J. c. Rimidan S. A., LLLitoral 1997, 857, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; AR/JUR/621/1996).

Bajo esta tesitura, diversos son los objetos que han sido considerados "riesgosos" por la jurisprudencia de nuestro país, a modo de mención podemos citar: *la rama de un árbol*, (v.AR/JUR/3035/2008), *productos de fumigación* (v. LLLitoral 2009 (agosto), 816), *una caja de alto voltaje* (v. AR/JUR/23781/2008), *los electrodomésticos* (v.AR/JUR/7928/2007), un cartel publicitario (AR/JUR/1531/2006), *la energía eléctrica* (AR/JUR/3862/2004), *un calefón* (AR/JUR/2505/1999), entre otras.

Desde esta arista, la inercia de una cosa no puede apreciarse con un carácter permanente suyo sino como su estado o situación en el momento del hecho dañoso. Explican Mosset Iturraspe y Piedecasas que las cosas inertes gozan,

como principio, de una presunción de inofensivas, inocentes o dóciles. Y esa es la presunción que la víctima debe descartar con la prueba en contrario. Juega, sin lugar a dudas, la experiencia de la vida y el conocimiento de la realidad. (Mosset Iturraspe, Jorge, Piedecasas, Miguel A. "Código Civil Comentado". Ed. Rubinzal Culzoni. Pag. 334).

Soy del criterio que la aplicación de las prescripciones del art. 1113 del Cód. Civil conduce a desestimar la distinción entre cosas inertes y aquellas que no lo son, pues tal distinción no encuentra fundamento en la letra de la ley. En consecuencia, el criterio de operatividad dañosa del objeto según sus circunstancias concretas es el que más se adecua a la fórmula legal, toda vez que ella indica "riesgo o vicio de la cosa" y no "cosa riesgosa"

La víctima que invoca el riesgo de la cosa deberá, salvo excepciones, demostrarlo. No deberá probar que un automotor puesto en la circulación es "cosa riesgosa", porque así lo considera, sin hesitación y pacíficamente la doctrina; pero sí deberá probar como en este caso que el arco de fútbol es una cosa riesgosa o que el mismo se encontraba viciado.

A tales efectos es menester hacer un análisis *ex post facto* del carácter riesgoso de la cosa, si nos atenemos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna es en sí misma peligrosa o inofensiva, son o no son peligrosas según las circunstancias del caso. V.g. un automóvil estacionado no es peligroso, aunque pudiera serlo y mucho, si el automóvil se encuentra en marcha o a elevada velocidad; y a la inversa cosas que no revisten ninguna peligrosidad especial como un arco incrustado en el relieve de un campo de juegos que parece completamente inofensivo, pero es susceptible de causar un daño si es trasladado de un lugar a otro para formar la cancha de fútbol de manera horizontal o vertical (v. declaración testimonial de la Sra. C. en respuesta a la 5ta. Pregunta a fs. 131) y colocado de manera endeble.

Ello es así pues como explica Pizarro las cosas pueden tener un peligro estático o dinámico. En el primer supuesto, es menester la presencia de un

factor extremo para desencadenar el daño, en tanto que el peligro dinámico es propio de las cosas que llevan el riesgo latente. Lo estático es el peligro que la cosa puede llevar en sí misma, pero no la cosa misma. (Pizarro, Ramón Daniel. Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de la Empresa. Contractual y extracontractual. Tomo II. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2006. Pág. 121; Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría General de la Responsabilidad Civil". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág. 360/1).

Como vengo señalando la distinción entre "cosa inerte" o "activa" no incide capitalmente en torno al carácter riesgoso de la cosa, porque dicho carácter surge del análisis *a posteriori* del hecho. Una vez producido éste y probada la relación causal y el daño cobra virtualidad el artículo 1113. Ello es así, pues no existen cosas riesgosas por sí mismas, solo que en ciertos casos, debido a los reiterados resultados, existe una presunción de riesgo de éstas. Para que exista "riesgo", la cosa debe contener una potencialidad dañosa que no genera responsabilidad hasta que la misma se materializa en el daño. Provocado éste y comprobado el carácter riesgoso de la cosa opera la responsabilidad, siempre que se cumplan con los demás presupuestos exigidos para su procedencia.

Desde esta perspectiva el peligro de la cosa surge de un examen *ex post facto* y no *a priori,* sin olvidar –como dije- que en determinados casos dicho carácter se presume por las características intrínsecas del objeto que interviene en el desenlace.

En conclusión, de la *ratio legis* del art. 1113 del CC se desprende que éste regula un concepto genérico de "riesgo de las cosas", por lo cual, la potencialidad riesgosa del objeto debe ser evaluada en el caso concreto y una vez producido el suceso.

En esa tarea, tengo para mi que el carácter riesgoso de la cosa ha quedado probado en los presentes actuados a través de la inspección ocular de fs. 22

y vta., las fotografías de fs. 36, y las declaraciones testimoniales de fs. 128/133.

Del acta de inspección ocular efectuada por la autoridad policial en el marco de la investigación y que obra a fs. 22 y vta. de estos actuados se desprende que el arco en cuestión *"...posee un largo de 3.40 y una altura máxima de 2.10, de los cuales y en base a la observación realizada y a las marcas de tierra impresas en los parantes laterales, se puede determinar que presuntamente solo se hallaban enterrados 30 centímetros por debajo de la superficie del suelo, sin zapata o pie que refuerce la verticalidad y estabilidad..."*

Entiendo entonces, que el arco de fútbol que se encontraba desprendido de su base original (vid. fotos 8 y 9 de fs. 36), y que conforme el informe reseñado solo se incrustaba 30 cm. en la tierra cuando era trasladado, se presume generador del daño desde el momento en que, inerte o no, ha intervenido en su realización. Desde esta perspectiva, la Municipalidad de Puerto Madryn pudo destruir esa presunción probando que la cosa no ha desempeñado más que una función puramente pasiva, que solamente ha soportado la acción ajena generadora del daño, o bien que había sido extraído de la base por un tercero por quien ella no debía responder. (Conf. art. 1113 del Cód. Civil). Nada de ello ha sido probado ni alegado por la parte demandada.

Bajo estos parámetros, adquiere especial relevancia analizar la relación causal entre el hecho y el daño, pues la responsabilidad de la Municipalidad será operativa en la medida que cause un daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización.

Como vemos, la relación casual denota un papel relevante para dirimir la procedencia del derecho de daños, y en este caso específico esa función se enaltece al punto de gravitar directamente en la viabilidad del resarcimiento. En la teoría del riesgo que niega la culpa como requisito de la responsabilidad civil, el análisis de la relación de causalidad juega un

papel primordial, pues como los jueces no tienen la posibilidad de fundarse en la conducta del demandado para rechazar las acciones que estiman inoportunas, no tienen otro recurso que negar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho del demandado y el daño. (v. Mazeaud, Henri; Mazeaud; Jean; Mazeaud, León; Chabas, Francois. Derecho Civil. Tomo II. Ed. Zavalía. Pág. 277).

Como dije con anterioridad, el carácter inerte de la cosa no detenta virtualidad suficiente para sellar el destino de la acción y -como expresé- el art. 1113 del Cód. Civil no hace disquisiciones entre ese carácter y el de la cosa en movimiento, pues la cuestión no se resuelve en base a las cualidades intrínsecas de la cosa sino que encuentra su solución en la noción de causalidad. Es decir, toda cuestión estriba en saber si el daño ha sido, en la especie, causado por la cosa verdaderamente. Ahora bien, la existencia de dicha relación de causalidad es independiente del papel inerte o activo de esta última. Entonces, lo trascendente será evaluar la participación del arco en el suceso y la relación causal entre éste y el daño, teniendo en cuenta los posibles eximentes y las concausas, allí reposa el aspecto determinante para dilucidar la viabilidad de la acción pretendida.

La mecánica del desafortunado suceso que culminó con la vida del menor resulta probada a través de la declaración del testigo J. Á. B. de fs. 128 vta. (único testigo mayor que presenció el hecho) quien afirma que el menor se colgó de la red del arco de fútbol y éste se cayó sobre su cabeza.

B., conforme la entrevista art. 120 inc 4 CPPP (Legajo de Investigación Fiscal Caso 3.941 que tengo a la vista y cuya copia también ha sido agregada a fs. 49 del expediente administrativo Nº 068/09), manifiesta que se encontraba en el lugar del hecho y relata que *"...en un momento mi nena patea la pelota lejos y mi otro nene la va a buscar, y ahí E. viene corriendo para el arco, salta y se cuelga de la red, entonces el arco se le viene encima y veo que el travesaño se le cae en la cabeza y lo aplasta contra el piso..."*. Tal manifestación fue reiterada por el

testigo a fs. 128/129 de autos *"...en una ocasión la pelota se va lejos de donde ellos estaban jugando y mi hijo el mas chico fue a buscar la pelota y el nene fallecido corre y se trepa a la red del arco donde se le viene encima y le golpe la cabecita de él..."*. Agregaré, que en modo alguno se ha cuestionado en el expediente ni la presencia de B., ni el modo en que se produjo el accidente que sirve de antecedente al reclamo resarcitorio.

Al respecto, se deduce que si el exiguo peso de un pequeño de 5 años hizo que el arco cediera y se cayera, el mismo era en sí mismo una cosa riesgosa, pues se podría haber caído tanto por la inercia producida por la fuerza del menor como por cualquier movimiento ejercido por otras personas, menores o mayores, durante la práctica deportiva o bien por los golpes que produce una pelota durante el desarrollo del partido.

En definitiva creo que el arco era una cosa riesgosa en el sentido que al encontrarse desprendido de su base natural y ser trasladable de un lugar a otro y sostenido por un escueto entierro o por piedras, no gozaba de la suficiente estabilidad que amerita la función a la que estaba destinado, quedando de esta manera endeble y susceptible de producir un daño. Tal aserto se corrobora con las declaraciones ya expuestas de B. *"...el arco estaba parado pero supuestamente sostenido con piedras, cascotes, no estaba enterrado..."* (fs. 128/129 y vta); M. S. B. (fs.130 y vta. *"...estaba en ese momento agarrado con piedras y se movía todo..."*; A. C. C. (fs. 131) *"...el arco lo cambiaban de un lado para el otro, cuando era cancha grande y cancha chica para los chicos, era movible, lo acomodaban con piedras, pero no era fijo el arco..."*, relatos que se reflejan en las fotografías 4, 6, 7, 10, 11 obrantes a fs. 35, 37 y 38 de estas actuaciones (y que se corresponden a las obrantes al Legajo de Investigación Fiscal ya referido).

Por lo cual, comprobada la causalidad física entre el hecho y el daño y el carácter riesgoso de la cosa, era carga de Municipalidad de Puerto Madryn

probar la interrupción del nexo causal, pues en caso contrario aquélla no puede liberarse de responder por los perjuicios causados a la víctima.

Es decir, el art. 1113 del Cód. Civil generaliza la responsabilidad del dueño o guardián, independizándola del fundamento o arranque inicial, sin permitir la indagación de la inculpabilidad, pero sí de la causalidad. Ello posibilita el resarcimiento, aún cuando la causa verdadera del daño permanezca desconocida (vg. quién puso el arco ahí) y sólo aparezca exteriormente como tal el riesgo o vicio de la cosa sobre lo cual ya me he referido.

Como corolario de lo expuesto sostengo que el arco de fútbol en las condiciones que se encontraba, tenía propiedades o características virtuales para producir un daño, tornándose una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, y constituyendo una causa eficiente de la muerte del menor, correspondiendo a la parte demandada probar alguna causal de eximición o atenuación de la responsabilidad.

Se ha considerado que resulta responsable la Municipalidad accionada por el fallecimiento de un menor como consecuencia del accidente ocurrido en el predio de una unidad vecinal de su propiedad, en tanto, el arco de fútbol ubicado en el lugar que cayó sobre el pequeño provocándole la muerte, se encontraba en mal estado de conservación transformándose por ende en una cosa riesgosa y el municipio no adoptó todas las medidas para evitar el suceso y omitió negligentemente cumplir con su deber como guardián del orden público, permitiendo que se dé la conexión causal adecuada que produjo los daños (CAS Sala B SD Nº 19/09). Con similar tesitura se dijo que la municipalidad demandada resulta responsable por el fallecimiento de un menor, como consecuencia del accidente ocurrido en un predio de su propiedad, toda vez que el arco de fútbol donde se encontraba jugando y cuya caída sobre la cabeza le causó el daño con resultado mortal, si bien no era peligroso en sí mismo, su instalación deficiente implicaba riesgo e

imponía al dueño del predio adoptar todas las medidas tendientes a evitar dicha situación. (CAp en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala III, Cabrera, Marta Noemí c. Municipalidad de Mercedes s/daños y perjuicios, 21/05/2009, RCyS 2009-VI, 96, ED 2009-10-01, 1, AR/JUR/10006/2009).

3.5. Resuelto lo anterior, corresponde ingresar a la atenuación de la responsabilidad en virtud de la presencia de factores de incidencia en la relación causal.

a) La culpa de la víctima.

Como enseñan D. P. y G., la obligación de reparar del agente puede verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado con fundamento en el Código Civil, que faculta a los tribunales para moderar la responsabilidad. A la misma conclusión se podría llegar partiendo de los postulados de la doctrina jurisprudencial acerca de la concurrencia de varias causas en la producción del daño, ya que aquí nos encontramos ante un supuesto claro de aplicación, lo que permite una distribución proporcional del daño. (Diez Picazo, Luis, Guillón, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. II. 9° edición. Ed. Tecnos. Madrid. 2001. Pág. 553).

Cuando el daño es atribuible, -total o parcialmente al damnificado-, el vínculo causal se quiebra por la interferencia de la propia víctima. (v. CNAC, Sala G, 22/02/2008, E., E.E. c. A.P. S.A. (APSA) A. de Bs. As. y otro", LA LEY 23/04/2008, 23/04/2008, 10 - LA LEY 2008-C, 44, AR/JUR/490/2008, CNAC, Sala B "A., J. A. c. F. F. S.", 2007/10/31, La Ley Online; CNAC, sala K, "B., C. E. c. A.P. S.A.", 2006/10/26, DJ 28/02/2007, 482 - JA 2007-I, 227).

Ahora bien, la culpa de la víctima debe ser analizada en este caso en consideración al carácter imputable o no del menor. La culpabilidad tiene como presupuesto a la imputabilidad, pues esta última constituye un estadio previo que debe ser analizado para apreciar la viabilidad de la

primera. Sin imputabilidad no puede haber culpabilidad y por lo tanto, tampoco puede haber responsabilidad. Como explica Puig Peña el término imputabilidad es una expresión jurídica que denota aquella propiedad o condición del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza como a su causa formal, eficiente y libre. Por consiguiente si la imputabilidad falta, sobreviene la irresponsabilidad. (Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo IV. Vol. I. Ed. Revista de derecho Privado. Madrid. Pág. 328).

Por lo que corresponde determinar si la conducta del menor ha sido voluntaria. El Código Civil en los artículos 896 y sgts reguló una serie de normas en relación a la voluntad y desde esta perspectiva normativa, el acto es voluntario si puede ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del C.C.), caso contrario, es involuntario y no produce obligación alguna para quién lo realiza (art. 900 del C.C). Así, si un menor de 10 años comete una falta no será responsable por ella, pero si deberá responder sus padres por la responsabilidad refleja en los términos del art. 1114 del Cód. Civil y sgts.

Pero inversamente si el menor es quien recibe el daño como en este caso, la falta de discernimiento incidirá en la medida de analizar su conducta en el carácter de víctima, para determinar si ella puede tener relevancia como causal de exclusión o atenuación de la responsabilidad civil objetiva.

En el caso de autos y conforme el certificado de nacimiento agregado a fs. 5, el niño carecía de discernimiento por tener 5 años al momento en el que se produjo el hecho trágico (art. 921 del Cód. Civil), implicando ello que su conducta, -colgarse de la red del arco de fútbol-, no puede ser examinada como eximente de responsabilidad de la demandada, a través de la figura conocida como "culpa de la víctima" o más apropiadamente "el hecho del damnificado" prevista en el art. 1111 del Cód. Civil y ratificada en el art. 1113 de ese cuerpo normativo, puesto que el accionar del menor, a los

efectos legales, es de carácter "involuntario" (Ver: arts. 896, 900, y 921 del Cód. Civil).

b) Dicho ello, corresponde abordar la cuestión de la incidencia en la relación causal acreditada, del deber de cuidado y vigilancia de los progenitores, pues el daño ha sido producido a un menor que razonablemente debía encontrarse bajo la guarda de un familiar o de sus padres y ello en tanto, no existe en autos prueba cierta que denote que la custodia del niño había sido delegada en el Sr. B., quien por el contrario expuso en su declaración *"...yo no sé ni quien lo llevó al niño E. a la cancha ese día..."* (v. su declaración testimonial a fs. 128 vta y 129).

No dudo en afirmar, que al momento en que se produce el accidente del niño, que lamentablemente desencadena su óbito, éste debía encontrarse al cuidado de sus progenitores. Ellos son quienes detentaban el deber de custodia y vigilancia sobre el mismo, sin que se alegara -y por consiguiente no fue materia de prueba-, que se hubiera delegado expresamente la guarda, en un tercero responsable.

Es entonces el incumplimiento de ese deber de custodia, reprochado por la demandada, lo que gravita de manera determinante en el campo de la responsabilidad civil aplicable al caso.

De la declaración de la Sra. B. se desprende que el día del hecho había muchos chicos y un papá el Sr. J. B., y según la declarante siempre que los menores iban a jugar los cuidaba un papá.

Pero de la declaración del propio Sr. B. (fs. 128/129), se infiere que en ningún momento los padres le encomendaron el cuidado del menor, más bien eso ocurrió de manera fortuita. Lo dicho, surge claramente de su relato en torno a la segunda pregunta sobre si recordaba el hecho ocurrido el día 5 de agosto de 2007 en las inmediaciones del barrio P. II. A ello contestó textualmente que *"...si, lo recuerdo como si fuese hoy, siendo las 14 y 30 de ese*

día, un chico amigo de mi hijo mayor van a buscarlo para jugar al fútbol y el nene mas chico mío también quiso ir, y el mayor no lo quiso llevar, él me responde que no lo iba a poder cuidar, entonces yo le digo a mi nene mas chico que luego vamos. Tomamos un abrigo después y fuimos a la canchita, estando en la canchita el nene fallecido, mi hijo más chico y mi nena, se ponen a jugar a la pelota, detrás del arco donde ocurrió el hecho...". Es decir, la presencia del Sr. B. no respondió a un pedido expreso y firme de los padres para mantener a su hijo vigilado, sino que surgió como consecuencia de que sus propios hijos iban a jugar al lugar, coincidiendo con la presencia del niño, por eso el testigo expuso claramente al dar razón de sus dichos *"...yo no sé ni quien lo llevó al niño E. a la cancha ese día..."*.

Desde esta arista, se advierte una actitud débil en el deber de cuidado y vigilancia activa que pesa sobre los progenitores sobre sus hijos menores, tal lo establece el art. 264 y sgts. del Cód. Civil. Como sostiene Puig Brutau, la razón de ser de tal obligación reside en la culpa de quién ha de vigilar a ciertas personas, su eficacia práctica solo se logra a base de presumirla en todos los casos en que media la relación que la ley señala con carecer típico como base de la responsabilidad. (Puig Brutau, José. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo II. Vol. II. Ed. Bosch. Pág. 689)._*"En este sentido se ha dicho que la maternidad y paternidad, de acuerdo con nuestro sistema jurídico implican un régimen de patria potestad, que amén de las obligaciones y derechos que preceptúa el artículo 264 y s.s. del Cód. Civil, comprende la necesidad de una responsabilidad en el cuidado de los hijos menores, como así también su vigilancia, educación y esparcimiento, la que no puede ser dispensada ni siquiera, en atención a la condición socio-económica de aquéllos porque tampoco puede justificarse un abandono, por lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849, hoy con jerarquía constitucional desde la reforma de la Carta Magna de 1994 ("V., S. B. y otros c/ Carril, Diego Maximiliano s/ daños y perjuicios"*(CNAC Sala C - 10/05/2005, Base el Dial AA2B6D).

Por ello, la falta de cumplimiento del deber de cuidado que pesa sobre los padres del menor va a tener una injerencia directa en la relación causal ya que se configura como una causa eficiente que coparticipa en el resultado dañoso.

Luego de lo expuesto, propongo al Acuerdo, eximir parcialmente a la Municipalidad de Puerto Madryn de la responsabilidad atribuida en el accidente ocurrido en el predio municipal atenuándola a un 80%, por la injerencia en el hecho, del incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia activa que pesaba sobre los padres, ya que ello incidió palmariamente en su acaecimiento.

4. Resuelta la atribución de responsabilidad corresponde determinar la existencia del daño resarcible y su cuantificación.

Reclaman los progenitores el daño material que les genera el fallecimiento de su hijo, entendiendo superada la polémica si el fundamento del mismo responde a la existencia de un daño emergente o si se está en presencia de un lucro cesante. En definitiva y sin discriminar -como anuncian- entre la pérdida de chance y la privación de asistencia, consejo y presencia a futuro, reclaman la suma de $ 100.000 para cada uno de los padres, monto que dicen surge del prudente arbitrio de calcular un aporte, frustrado por la trágica desaparición del hijo menor, de dos mil pesos mensuales, para sus últimos años de vida, con más la reparación de aquel daño mediato configurado por la privación relacional de asistencia, cuidado, consejo y presencia, producida por la muerte del niño.

a) Daño material:

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria considera que la muerte de un hijo hace perder a los padres una “chance” de contenido económico representada por la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la

ancianidad y ante los problemas que la vida puede representar. Así se ha dicho *"La vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. No obstante, también ha resuelto el alto tribunal que en el caso de muerte de un hijo lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito, ese resarcimiento cabe, sino a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una "chance" u oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Y esa pérdida de chance o posibilidad es un daño futuro pero que bien puede calificarse de cierto y no eventual*". ("G., T. c/ M. Ch. S.A. s/ Daños y Perjuicios" JUBA B 100065).

Tal pérdida de chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.(cfme. TRIGO REPRESAS F.A. "Reparación de daños por mala praxis médica" Edit. Hammurabi, pág. 241). *"La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de la medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que se debe reconocer el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja*

efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento..." (Silvia TANZI "La reparabilidad de la pérdida de la chance" en la obra colectiva "La Responsabilidad" en homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg, Edit. Abeledo Perrot, pág. 330).

De modo tal que la indemnización deberá ser de la chance, esto es la esperanza futura que tenían de recibir una ayuda económica, y ello surge de los deberes que les impone el art. 367 del CC.

En igual sentido el STJCh señaló *"Coincidiré con el concepto dado por la Suprema Corte de Mendoza en fallo del 31/10/79 (JA 1980-I-196) cuando dice, que atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de chances, para que proceda la reparación es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad, sino en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada, a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio.- Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad, y aunque su proyección sea futura, no lo sea meramente eventual o hipotética.- Ello se da cuando sea pertinente concluir que en virtud de aquellas circunstancias, la pérdida de la chance constituya un daño actual que a la vez proyecte sus efectos hacia el futuro con evidente certidumbre.-Así, frente al esquema conceptual antes esbozado de que la vida humana en sí misma no es indemnizable, sí lo es el perjuicio cierto y relevante que su supresión provoca en determinadas personas, y entonces la reparación es procedente a título de pérdida de chance o ganancia, asimismo como frustración de ayuda probable cierta y sostén futuro, según los casos.- (Conforme asimismo, fallo del Tribunal citado del 30/11/79 -JA 1980-I-647)..*(SD N° 02/96 RE).

Se ha sostenido además, que para la determinación del quantum indemnizatorio debe tenerse en cuenta que la cuestión se relaciona con "...el prudente arbitrio judicial y no caben razonamientos estrictamente matemáticos o actuariales... ponderando "... las pautas orientativas provenientes de la condición social, edad, educación, expectativa de vida,

etcétera de la víctima y de los beneficiarios..." (CAT Sala "B". SDC N° 25/99).

Y en la difícil tarea de determinar su monto pues más allá que no existe duda que son los padres quienes mantienen a sus hijos y que de acuerdo a sus hábitos, posibilidades y costumbres tal situación actualmente se prolonga durante más allá de la adolescencia, no quedan dudas que en algún momento de la vida la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida representa, se hace realidad, sin desconocer claro está que al llegar a la mayoría de edad, los jóvenes se independizan o tienen sus propios gastos, resultando difícil cuantificar la eventual ayuda futura.

Conforme lo citado y analizando las características de este caso, debo tener en cuenta que el pequeño E. al momento del accidente contaba con 5 años de edad y que surge del informe socio ambiental (fs. 31/32) obrante en el beneficio de litigar sin gastos que tramitó por Expte. Nº 76/2010- agregado por cuerda-, que asistía al Jardín de Infantes (fs 31/32), como que el grupo familiar ensamblado contaba con ingresos de subsistencia y que existen otros hermanos de la víctima sobre los que también pesa la carga de asistencia a sus padres en el futuro. En consecuencia y por aplicación del art. 168 del C.P.C.C, estimo prudente para resarcir el rubro la suma de $60.000 para cada progenitor. A ésta se le adunarán los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago.

b) Daño Psicológico:

Nuestro ordenamiento no reconoce otro daño que el moral y patrimonial, por lo que no corresponde admitir este rubro de modo independiente sino que deben considerarse como parte de la reparación integral que se reconoce para el daño patrimonial, sin perjuicio de la repercusión que se

valorará al graduar el daño moral. Así *"Sin dejar de conocer que cierta jurisprudencia y doctrina han sostenido que configuran especies distintas al daño moral, el estético, el psíquico y el daño a la vida de relación, no comparto la misma y, por el contrario me inclino por aquella que indica que el equívoco deriva de haber partido para caracterizar al daño moral, de los bienes conculcados y no de los intereses afectados, o aún de las consecuencias, pues en nuestro derecho el daño resarcible sólo es patrimonial o moral, dependiendo de los intereses afectados, en tanto, no existe otra categoría jurídica. Alberto J. Bueres señala que "Las lesiones a la estética, a la psiquis, a la vida de relación etc. constituyen menoscabos naturalísticos a bienes (a veces a la lesión o menoscabo se lo denomina evento). Pero el daño, será minoración de intereses patrimoniales o morales (espirituales) derivada de aquel menoscabo primario. ("El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique a la vida de relación y a la persona en general". Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta.Fé, 1998, pág. 264"* (STJCh "C., G. F. c/ C., R. O. y Otra s/ Sumario" (Expte. N° 19.404-C-2003) SD N° 36 /04 S.R.E).

Jurisprudencialmente, el daño psicológico es entendido como *"...la perturbación permanente del equilibrio espiritual preexistente y tiene carácter patológico. Trátase de una alteración de la personalidad, de una perturbación profunda del equilibrio regulado por el razonamiento con un adecuado nexo causal con el hecho dañoso (Art. 1068 C.C.)..."* (CNCom, Sala B. 29/12/03. Causa 19767/03. El Dial.Com. AA1F3A).

Conforme entonces lo dicho y lo sostenido por la perito a fs. 108/114, los progenitores del niño presentan trastorno por estrés post traumático, CIE 10. La patología portante ha sido descripta por la profesional, ha brindado las pautas para llegar a ese diagnóstico, establecido las consecuencias psicológicas y en lo que es materia de decisión, que los actores requieren de tratamiento psicoterapéutico.

Se admitirá entonces que tal tratamiento psicológico constituye un daño cierto e indemnizable (art. 1079). Para evaluar el costo de la sesión solo se cuenta con el valor aportado por la perito, destacando que el informe pericial no ha sido impugnado por las partes en la etapa procesal oportuna. Por lo cual, considerando lo expuesto en el informe, el tratamiento aconsejado conlleva aproximadamente dos años (en el primero con frecuencia bisemanal y para el segundo año semanal), totaliza 312 sesiones a un costo al 22 de noviembre de 2011 de $ 120 (pesos ciento veinte). Totaliza el rubro la suma de $ 37.440 con más los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. desde la fecha del informe y hasta su efectivo pago y ello en tanto no se acreditó que se vinieran sufragando tales gastos.

c) Daño Moral:

Peticionan la reparación del daño moral ocasionado por la muerte de su hijo. Cabe recordar que nuestra doctrina y jurisprudencia entienden que: *"El daño moral se caracteriza como lesión cierta, sufrida en los sentimientos más íntimos de un individuo, que determina dolor o sufrimientos en afecciones legítimas, y cuya reparación está determinada por el imperio del art. 1078 del C.C que la impone al autor del hecho sin exigir prueba directa de su existencia*. (Trib. Coleg. Resp.Extrac. de Rosario N° 5, 23-5-97"S.A. c/ S.E. s/ Filiación y Daños") y *"El daño moral lesiona los valores más preciados del ser humano: los sentimientos, las emociones, la tranquilidad y el equilibrio anímico, entre otros valiosos bienes personales dañados por los padecimientos y secuelas espirituales que provoca en el sujeto damnificado, afectando su vida de relación y su proyecto existencial"* (Isidoro H. Goldenberg. Citado en Daño Moral. Revista de Derecho de Daños. N° 6, Ed. Rubinzal-Culzoni. Editores.)

En los presentes autos el daño se encuentra plenamente acreditado, pues únicamente se requiere para la configuración del daño moral el sufrimiento

del sujeto, el que resulta innegable. Y es que, como lo dice Mosset Iturraspe *"La vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida*" (El valor de la vida humana". Pág. 137).

Para la determinación del monto resarcitorio corresponde tener en cuenta el vínculo familiar, la edad del niño fallecido, la angustia de sus padres que se extenderá a lo largo de la vida de estos y por otro lado, que este rubro no puede constituir una fuente de enriquecimiento para los actores. Luego de ello y por aplicación del art. 168 del C.P.C.C. he de estimarlo en la suma de $ 80.000 a la fecha del evento dañoso, para cada uno de los progenitores. A ésta se le adunarán los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, desde la fecha del accidente y hasta su efectivo pago.

5. Si lo expuesto es compartido por mis pares y considerando el porcentaje de responsabilidad atribuido a la Municipalidad de Puerto Madryn, la demanda ha de prosperar para cada progenitor, por la suma de $ 141.464. La misma está compuesta por las siguientes sumas parciales: por daño material $ 77.952 (comprensiva de la pérdida de chance ($ 48.000) y tratamiento psicológico de $ 29.952) y por daño moral la suma de $ 64.000.

A los montos determinados para la pérdida de chance y daño moral se les adicionarán intereses desde la fecha del hecho (05-08-2007) hasta el efectivo pago y para las reconocidas para el tratamiento psicológico desde la fecha del informe pericial (22-11-2011) que es la más próxima a la sentencia que se dicta y hasta su efectivo pago. En todos los casos la tasa aplicable será la prevista por el Banco del Chubut S.A. para la tasa activa.

6. Costas:

a) Costas de la primera instancia: En atención a la solución que propicio, corresponderá adecuar la condena en costas y el monto de los honorarios al contenido de este pronunciamiento (art. 272 del CPCC).

Conforme a la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia en sus precedentes S.D. 33/94, 28/95, 46/95 y 2/96 y criterio sostenido por esta CAPM entre otras SDC Nº 07/12, las costas en los pleitos sobre daños y perjuicios, cuando media causación conjunta deben imponerse en la medida de la atribución de responsabilidad por aplicación del art. 69 parte 2da C.P.C.C. En consecuencia propongo al Acuerdo que las costas de la primera instancia se impongan a la actora en un 20% y a la Municipalidad demandada en el 80%, regulándose los honorarios de la letrada apoderada de los actores, M. A., en el 18 % ; los de los letrados apoderados de la parte demandada Ab. G. H. en el 8 % y los del Ab. T. R. en el 6% y los de la perito psicóloga M. A. V. en el 5% del monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46,60 y concs. Ley XIII N° 4 y su mod.).

b) En cuanto a las costas en esta instancia, se imponen a las partes en la misma proporción en que se ha resuelto atribuir la responsabilidad, esto es el 80 % a la demandada vencida en el recurso y el 20% a los actores (art.69 parte 2da CPCC). En cuanto a los honorarios, vista a la extensión, calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en la Alzada estimo ajustado establecer el 30 % para la letrada M. A. y el 25% para el letrado T. R., de los que resulten determinados en la primera instancia (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

Consecuentemente, me expido en esta primera cuestión PARCIALMENTE POR la NEGATIVA.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

En el voto precedente la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso concedido a la agraviada.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

2.1 – Arbitrariedad e Incongruencia de la Sentencia

Argumenta la quejosa que la sentencia es *arbitraria* por los motivos que con toda claridad ha transcripto en su voto mi colega preopinante y a los que corresponde remitirme brevitatis causae.

Es de destacar que la teoría de la sentencia arbitraria surgió para evitar que las eventuales graves anomalías en la apreciación de las pruebas pudieran conducir a una sentencia sin real apoyo en los hechos. Hace ya muchos años, el procesalista WACH, recogiendo la inquietud de juristas de su país, se preguntaba si el tribunal debía verse constreñido *"…a ser impotente frente a una determinación de los hechos que contraste con todas las leyes del pensamiento que según los cánones más elementales de la lógica aparece infundada, que contradice datos históricos universalmente archisabidos, y que a través de la desconexión y de la insuficiencia de la motivación con la que se intenta justificarlo, revela "la más evidente voluntad de arbitrariedad"* (citado por CALAMANDREI, "La Casación Civil", V.II, p.378, N° 22; SCBA, Ac. y

Sent., 1977, V.III, p.807; 1978, V.I, p.32; MORELLO, A.M., "Cód.Proc.Civ.Com.", T. III, p.724).

Se ha acotado en torno a este punto que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, en forma reiterada y uniforme la jurisprudencia ha plasmado –con respecto a este tema—que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente , o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales.* Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material (ver MORELLO, A.M., ob. cit., T.III, págs.725/726 y jurisp. cit.).*

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra el quejoso el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión.

En virtud de lo expuesto, he de coincidir con la Sra. Magistrada preopinante en cuanto a que no es procedente calificar de *arbitraria* a la sentencia en crisis.

La parte actora considera también en su queja que la sentencia no ha respetado el principio de *congruencia.*

Dicho principio consiste en la relación inmediata y necesaria que debe existir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juez. Las resoluciones judiciales deben dictarse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para que exista identidad entre lo resuelto y las pretensiones y defensas oportunamente deducidas, a menos que la ley otorgue al juez facultades especiales para separarse de ellas (conf. CNCiv., Sala A, 11/12/86, DJ, 1987-2-306; íd., Sala E, 02/08/84, DJ, 1985-1-465).

Cuadra puntualizar que en el sistema dispositivo que informa al proceso civil, predomina el señorío de la voluntad de las partes, pues son éstas quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento (conf. DIAZ, "Instituciones de derecho procesal", T. I, pág. 341, N° 17). El órgano jurisdiccional queda así vinculado por los límites del *thema decidendum*, los cuales no pueden ser excedidos, desde que son los justiciables los que precisan los hechos que deben ser materia de juzgamiento, derivándose como consecuencia de ello el principio de congruencia, al cual deben ajustarse en su cometido los jueces (arts. 34, inc. 4° y 165 inc. 6°, CPCC).

Como correlato de lo expuesto no puede introducirse *ex officio* una cuestión que no ha sido planteada por los litigantes, pues importaría emitir una decisión sobre algo que no fue propuesto por las partes (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, causa B-50.966, reg. sent. 53/82).

De lo expuesto queda en claro que la comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia, menoscabándose el aludido requisito cuando la sentencia se aparta de la materia que fijaron las partes.

Tengo en cuenta, también, que se configura la incongruencia cuando el fallo se pronuncia sobre una materia extraña a la que fue objeto de la pretensión y de la oposición –*ne eat iudex extra petita partium*—, concediendo o negando lo que ninguno de los justiciables peticionó (conf. PALACIO, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. V, N° 663, págs. 429 y sigs.).

En el caso, la parte actora efectuó un reclamo indemnizatorio a la Municipalidad de Puerto Madryn por los daños que le causó el fallecimiento de su hijo menor producido como consecuencia de ser golpeado en la cabeza por un arco de fútbol enclavado en un predio municipal mientras jugaba en el lugar. La parte demandada contestó la demanda en base a ese reclamo puntual y la sentencia –obviamente— resolvió sobre dicha petición y no sobre algo que no fuera peticionado. Dicho de otro modo, el pronunciamiento recurrido se ha dictado conforme a lo que se ha pedido en la demanda. Es decir, recayó sobre lo reclamado por las partes en los escritos constitutivos, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos (conf. ALSINA, "Tratado", 2ª. ed., T. IV, págs. 94/95; PALACIO, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. V, pág. 431, "c"; MORELLO, SOSA, BERIZONCE, "Cód. Proc. Civ. Com.", T. II-A, pág. 597), independientemente de las razones o fundamentos que tuvo la sentenciante para rechazar el reclamo.

Por lo expuesto, el agravio en tratamiento –en cuanto ha calificado de "incongruente" a la sentencia en crisis— no puede ser oído por esta Alzada, debiendo ser rechazado. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

2.2 – <u>Necesidad de acreditar la propiedad de la "cosa" (arco de fútbol</u>)

La sentenciante consideró que la Municipalidad no resulta legitimada pasiva en este proceso porque no se probó su carácter de dueña del arco de fútbol ("cosa") que golpeó al niño provocando su fallecimiento y porque no existe elemento alguno que la vincule como guardiana del mismo. Esta conclusión agravia a la recurrente.

La parte actora sostuvo que el accidente que tuvo como consecuencia el fallecimiento del menor E., se produjo en un inmueble de propiedad del Municipio en el cual estaba incorrectamente instalado un arco de fútbol el cual cayó golpeando al niño en la cabeza. Atribuyó la responsabilidad del hecho a la Municipalidad demandada por ser propietaria del inmueble y de la "cosa" que causó el daño.

Que el inmueble donde se produjo el hecho dañoso es de propiedad de la Municipalidad de Puerto Madryn, no es un tema controvertido. Tampoco lo es que dicho predio era utilizado por los vecinos del lugar para esparcimiento y –en lo que aquí nos interesa— jugar al fútbol.

Surge de la contestación de la demanda que en ningún momento la demandada desconoció ser la propietaria del inmueble donde ocurriera el siniestro, ni del arco que lesionó al niño, ni que el predio fuese utilizado por los vecinos como lugar para la recreación y práctica de fútbol (fs. 72/74).

De todos modos y en virtud de que la Sra. Magistrada *a quo* ha decidido que era necesario demostrar por los reclamantes que el Municipio era el propietario del arco de fútbol que lesionó al niño y, ante la carencia de tal probanza, rechazó la demanda, es necesario considerar la cuestión.

Tengo en claro que un arco de fútbol instalado en un predio se constituye en una cosa "accesoria" del inmueble donde ha sido colocado. La norma del art. 2328 del Cód. Civil es muy precisa cuando dispone que las cosas *accesorias* son aquellas cuya existencia y naturaleza están determinadas por otra cosa de la cual dependen *"…o a la cual están adheridas"*.

De modo análogo, se entiende por cosa accesoria "la que sirve a otra principal o le es útil para auxiliarla en el más perfecto desarrollo de su función, o en general, le está subordinada" (conf. ALBALADEJO, "Derecho Civil", t. I, vol. 2, N° 73.6, p. 119). En suma, mientras la cosa principal es autónoma, la cosa accesoria se encuentra *afectada* a la principal.

Ahora bien, la *accesoriedad* se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, por la *accesión física*: las cosas adheridas al suelo son accesorias de éste, lo mismo que las cosas que están adheridas a las cosas adheridas al suelo (arts. 2331 y 2332). En segundo lugar, por la *dependencia*: por ejemplo, el teclado es un accesorio de la computadora, pues como regla, sin ella, no tiene existencia propia (conf. RIVERA, "Instituciones. Parte Gral.", T. II, N° 990; ZANNONI – KEMELMAJER de CARLUCCI, "Cód. Civil Coment. Anot. y Conc.", T. 10, pág. 112).

La clasificación es importante porque las cosas *accesorias* no tienen régimen propio y autónomo, sino que siguen la suerte de la principal. Esta regla estaba en el *Digesto*: *"Accesio cedit principali"*. Dada la regla, se considera que esta clasificación es una de las más ricas en consecuencias prácticas (conf. ETCHEVERRY BONEO, "Curso. Parte General", T. III, N° 37): quien es propietario de la principal lo es de la accesoria: la hipoteca comprende los accesorios del inmueble; la acción reivindicatoria de la cosa principal comprende la de los accesorios; el vendedor debe entregar la cosa con todos sus accesorios (art. 1409), etc.

A la claridad de lo expuesto, cabe agregar las claras disposiciones que contienen los artículos 2331 y 2332 del Cód. Civil al referir que *"las cosas que*

natural o artificialmente estén adheridas al suelo son cosas accesorias del suelo" y que *"las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios"*. Los dos artículos son aplicaciones del principio *accesorium sequitur suum principale* (art. 2328). Son consecuencias de este principio, el hecho de que el accesorio participa de la naturaleza del principal; si el principal es inmueble, también lo es el accesorio. Por otro lado, *"que lo accesorio tiene el mismo propietario que el principal"* (conf. ZANNONI – KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit., T. 10, pág. 112, 113, 121).

Del breve análisis realizado surge con nitidez manifiesta que si la Municipalidad de Puerto Madryn era –a la fecha del hecho dañoso— la titular dominial (propietaria) indiscutida del inmueble donde estaba instalado el arco de fútbol (*cosa accesoria*), también era la dueña de éste. Según hemos visto, es imposible separar la propiedad del inmueble de la que corresponde al arco instalado en el mismo y de allí que no pueda sostenerse que el Municipio era dueño del inmueble pero no de una cosa *accesoria* al mismo (el arco, en este caso). Por lo tanto, el dueño del inmueble es el dueño del arco de fútbol que es *accesorio* al mismo (arts. 2328, 2331, 2332 y concs. Cód. Civ.).

En la problemática en tratamiento, debe tenerse en cuenta también que si un sujeto es el propietario de un bien inmueble, ergo ha adquirido lo que *accede* a él (conf. art. 2571 Cód. Civ.), porque no existen dos títulos, uno sobre el suelo y otro sobre aquello que lo *accede*; el título respecto del dominio es uno solo (conf. C.Civ.Com. L. de Zamora, Sala I, 19/12/02, LLBA 2003-738). En este caso, el arco de fútbol se colocó en el inmueble (adherencia artificial) por lo que también le es aplicable la disposición del referido art. 2571 del C.Civil.

La conclusión de lo hasta aquí analizado me conduce a afirmar que siendo el Municipio demandado el propietario del *inmueble* donde los niños

jugaban al fútbol, también lo era de los *arcos de fútbol* instalados en el mismo, no correspondiendo hacer ninguna diferenciación al respecto entre el dueño de lo principal y el dueño de lo *accesorio* (arts. 2328, 2331, 2332, 2519, 2520, 2571, Cód. Civ.).

Lo que he concluido me conduce a que no pueda acompañar a la sentenciante en cuanto ha considerado que era necesario que los actores acreditaran quién era el propietario del arco de fútbol que lesionó al niño.

2.3 – <u>La responsabilidad por el daño causado</u>

Estamos aquí ante un daño producido por un arco de fútbol deficientemente colocado en un predio que al caer golpeó la cabeza de un niño provocando su fallecimiento.

Cuando en los accidentes se reclama en base a lo normado por el art. 1113, segunda parte, del Código Civil, es necesario demostrar: a) la existencia del daño; b) el carácter riesgoso o vicioso de la cosa; c) la incidencia de ese riesgo o vicio en el daño causado; y d) la responsabilidad de aquel contra quien se acciona en virtud de revestir el carácter de dueño o guardián de la cosa.

La doctrina clásica considera que una cosa reviste la calidad de *riesgosa* cuando presenta alguna de estas características: a) Que se halle movida por una fuerza de la que el hombre no tenga un control absoluto; b) Que ella multiplique la potencia del hombre y c) Que el daño resulte de las fuerzas de la naturaleza sobre la cosa que lo causó (conf. A. SALAS, "La acción de derecho común en los infortunios del trabajo") y, también, que para generar la responsabilidad prevista en el art. 1113 del Cód. Civil es necesaria la intervención activa o autónoma de la cosa (conf. LLAMBIAS, "Tratado de Derecho Civil y Obligaciones"; ALTAMIRA GIGENA y HÜNICKEN, "Reparación de los infortunios laborales", Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por VAZQUEZ VIALARD; este último autor en "La

Responsabilidad en el Derecho del Trabajo"; GARRIDO y ANDORNO, "El Artículo 1113 del Cód. Civil").

En este caso estamos ante una cosa "inerte": el arco de fútbol colocado en la cancha donde los niños jugaban. Tratándose de cosas inertes, o sea inanimadas e inmóviles, que no tienen peligrosidad intrínseca, per se, el factor extraño que desencadena el daño debe ser cuidadosamente ponderado y -en sede judicial- explicado a la hora de demandar y fundado a la hora de decidir acogiendo favorablemente una pretensión judicial en tal sentido. En estos supuestos, la probabilidad de incidencia causal es, por lo general, menor, por lo que la alegación y prueba del riesgo o del vicio se potencian en cabeza del demandante (conf. PIZARRO, R.D., "Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial", RCyS, 1999-305).

En los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (así surge de la demanda), no basta que la parte perjudicada alegue que los daños sufridos por ella se debieron a la intervención de una cosa riesgosa o viciosa, sino que debe probar en forma cierta que la cosa intervino en la producción del perjuicio, resultando insuficiente la mera existencia de una situación de riesgo provocada por una cosa, para que su dueño o guardián deba responder. De la misma manera, debe acreditarse la relación causal; es decir que el daño provenga del riesgo o vicio de la cosa, ya que la relación de causalidad jurídica presupone la relación causal material (conf. Cám. 4ª. Apelac. Civ. Com. Minas, de Paz y Tribut. Mendoza, 30/03/09, "López, F. c/ Ecometano S.A. y Otros", La Ley Online).

Se entiende que cuando la cosa es inmóvil por naturaleza, e igualmente participa en el evento de daño, corresponde a la víctima dar prueba del rol activo que ha desempeñado no obstante su inercia, lo que equivale a dar cuenta de su "comportamiento anormal". El carácter inerte, pasivo o inmóvil de la cosa no obsta a su posible encuadramiento dentro del régimen específico de responsabilidad previsto por la normativa, siempre y

cuando la víctima justifique que la cosa se comportó, situó o posicionó de una manera anormal (conf. PREVOT, J.M., "La culpa de la víctima inimputable como eximente de responsabilidad", La Ley 2008-A, 119).

Y ello es así porque las cosas inertes entrañan un riesgo cuando ostentan una posición anormal o una condición inadecuada. Y es evidente que ello ha ocurrido en este caso.

La doctrina legal de la SCBA ha expresado: *"No puede negarse que una cosa no reviste el carácter de riesgosa sólo por su condición de inerte, porque para determinar si genera peligro el juez en cada oportunidad debe preguntarse si ella por cualquier circunstancia del caso produce un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima; a pesar de que una cosa en sí misma considerada puede no ser peligrosa, en ocasiones alcanza ese carácter en función de las circunstancias del caso"* (causas L 38.691; L 51.505; L 76.465; L 82.047, entre otras).

Adelanto, a esta altura de mi análisis, que no he de compartir la decisión de la *a quo* en cuanto ha rechazado la demanda entablada por la actora. Expondré mis argumentos fácticos y jurídicos.

No hay duda que el caso se encuadra en el art. 1113, segunda parte, del Código Civil. En efecto, el peligro potencial de la cosa inerte (el arco de fútbol) es una cualidad que le incorporan a dicho objeto no sólo su estructura y dimensiones (construcción metálica, formado por caños de forma circular soldados entre si, visiblemente descuidado, con manchas de óxido, posee una red de nylon, un largo de 3,40 y una altura máxima de 2,10; según inspección ocular de fs. 22/23), sino también su deficiente instalación (sólo se hallaba enterrado 30 cm. por debajo de la superficie del suelo, sin zapata o pie que refuerce la verticalidad y estabilidad; conforme fs. 22. vta. de la referida inspección), y la circunstancia de que al predio donde estaba instalado habitualmente concurrían los vecinos y niños del

lugar según han declarado los testigos (véase testimonios de fs. 128/133 vta.).

El conjunto de los elementos que acabo de referir tornan al objeto en cuestión en una cosa generadora de peligrosidad potencial con la consecuente contingencia o probabilidad de ocasionar daños a las personas.

Ante este panorama, la parte demandada pudo liberar su responsabilidad mediante la acreditación de una conducta culpable por parte de la víctima, el hecho de un tercero o el caso fortuito, como factores interruptivos de la relación efectiva y adecuada de causalidad.

De las probanzas de autos no surge que se haya acreditado algún eximente de la responsabilidad que le cabe a la parte demandada.

El lamentable hecho que causó el fallecimiento del hijo menor de los actores se encuentra claramente acreditado en autos y ello no ha sido una cuestión debatida en el proceso.

El testigo J. A. B. presenció el momento del infortunio, es así que hizo referencia a que *"…estando en la canchita en nene fallecido, mi hijo mas chico y mi nena, se ponen a jugar a la pelota, detrás del arco donde ocurrió el hecho… la pelota se va lejos de donde ellos estaban jugando y mi hijo el mas chico fue a buscar la pelota y el nene fallecido corre y se trepa a la red del arco donde se le viene en cima y le golpea la cabecita de él, entonces yo grito a los chicos que estaban jugando "que se le cayo el arco al nene E.", entonces corremos con mi hija, yo levanto el arco pesado que era de caño y a la nena mía, la agarro del hombrito y la corro hacia atrás, entonces levanto al nene… Salgo corriendo de la cancha… gritando y pidiendo un auto, o una camioneta, pidiendo ayuda, que el nene se moría en mis brazos…"* (fs. 128/y vta.). Con respecto al arco de fútbol, este testigo dijo que el mismo *"…estaba parado pero supuestamente estaba sostenido con piedras, cascotes, no estaba enterrado… era un arco grande de un caño muy grueso…"* (respuestas a la tercera y cuarta pregunta).

De lo expuesto surge que la cosa inerte (arco) tuvo una participación activa en la producción del daño sufrido por el menor, por lo que nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o guardián.

Es evidente, en el caso, el daño sufrido por la víctima y que el mismo es imputable al riesgo o vicio del arco de fútbol que cayó sobre ella. O sea, la existencia del riesgo que representaba la instalación del arco en las condiciones que ya he descripto y que surgen de estas actuaciones, es algo que está fuera de toda discusión. Y, en lo que a la relación causal se refiere, tampoco hay dudas de que la "cosa" jugó aquí un papel causal, dado que está acreditada la posición o el comportamiento anormal del arco que cayó sobre el niño, siendo estas circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián en el contexto del 2do. párrafo, última parte, del art. 1113 del Código Civil.

Señala Pizarro que desde un punto de vista cuantitativo, la idea de riesgo creado parecería estar estadísticamente más asociada a cosas en movimiento que a las que se encuentran inertes, ya que existe la probabilidad de intervención causal más relevante en aquel supuesto. Sin embargo, cualitativamente, nada permite disociar al riesgo creado del carácter inerte de una cosa, dado que ella –tal como ha ocurrido en este caso— puede haber intervenido activamente en la producción del resultado (conf. PIZARRO, R.D., "Responsabilidad civil derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente", pág. 415 en ALTERINI, A. – LOPEZ CABANA, R. (Dir.), "La Responsabilidad Homenaje al Profesor Dr. Isidoro Goldenberg", Abeledo Perrot, Bs.As., 1995).

En esa línea, se ha dicho que existe hecho de la cosa cuando ésta, "mecánicamente pasiva" ha sido "causalmente activa". Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando la anormalidad de su situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa, lo que es plenamente congruente con el

sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Código Civil (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", La Ley 1983-D, 115).

Frente al claro panorama descripto, el dueño o guardián del inmueble donde los niños jugaban al fútbol y del arco que cayó sobre el menor (víctima), podía eximirse total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, conforme lo he destacado supra.

Sin perjuicio de lo expuesto, la propia circunstancia de que el Municipio haya permitido la colocación de los arcos de un modo tal que no podían ser utilizados sin peligro, pone de relieve su negligencia. En efecto, el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Y en este caso, el municipio demandado, que ejercía jurisdicción y el consiguiente poder de policía sobre el inmueble que era de su propiedad, debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir y proteger a los usuarios de ese predio que eran esencialmente jóvenes y niños del lugar (conf. CSJN, 01/12/92, in re "Pose c/ Pcia. del Chubut y Otra", La Ley 1994-B, 438).

Ninguna duda existe acerca de que el deber de seguridad correspondía a la Municipalidad demandada como dueña del predio. Es que el Estado responde en forma directa por falta objetiva de servicio (arg. CSJN, in re "Zacarías", La Ley 1998-D, 317), o bien que surge de un factor subyacente subjetivo a título de culpa por omisión, o que deriva de su calidad de delegante de actividad en el marco de una relación regida por el Derecho Público, denominada "delegación transestructural" de un servicio inherente a sus funciones (conf. C.Civ.Com. L. de Zamora, Sala I, "Angelakis, N. c/ Tamango, S. s/ Daños…", 02/11/04).

La sentencia hace referencia a que la Subsecretaría de Servicios Públicos del Municipio informó que *"no coloca arcos" en canchas de fútbol ni ningún espacio deportivo, ni ordena la apertura de canchas en espacios de la ciudad…"* (fs. 165). Tal circunstancia carece de relevancia, toda vez que corresponde al dueño del predio el adecuado control de todo elemento que se introduzca en su propiedad; máxime teniendo en cuenta que por las características de la cosa, es decir, si los arcos de fútbol no están enterrados correctamente sobre el piso, como aquí ocurriera, ante un movimiento externo, su peso, dimensiones, y consecuente inestabilidad ante el peso de un niño de sólo cinco años de edad que se trepó a la red, es altamente probable que se derrumbaran. La conducta deseada y correcta era instalarlos de manera adecuada y como indican las reglas para el caso o retirarlos del lugar.

Lejos de tomar medidas en protección de los niños que allí concurrían a jugar, los mismos no sólo ingresaron a la cancha de fútbol, sino que contaron con suficiente tiempo para jugar, hasta que finalmente se cayó el arco, golpeando y produciendo la muerte del pequeño E. O. O. Y todo esto ocurrió en un predio público y en un horario razonable.

Las diligencias necesarias (arg. art. 512 Cód.Civ.) debieron, en el caso, ser tomadas por la autoridad pública, dueña del inmueble, previendo el cumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados basados en ponderaciones de bienes jurídicos protegidos y valorando las consecuencias generalizadas de su actuar. Y porque su tipificación entraña una apreciación en concreto la cual toma en cuenta el tipo de actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con aquél y el grado de previsibilidad del daño, la parte demandada debió supervisar, controlar y, en su caso, incrementar las condiciones de seguridad en las zonas propias donde se jugaba al fútbol o simplemente jugaban los niños, que necesariamente deben contar con la protección apropiada (arts. 512, 509 C.Civ.). No puede sostenerse que existe un deber del Estado de evitar todo

daño, pero sí en la medida, como es el caso, de la protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (conf. CSJN, in re "Mosca", 06/03/07, JA-2007, II, fascículo 9, págs. 16 y sigs.).

A lo dicho sólo agregaré que el deber de seguridad tiene fundamento constitucional –art. 42 de la Constitución Nacional— y es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (conf. CSJN, 31/08/2010, "Bea, H. y Otro c/ Estado Nacional Sec. Turismo", voto del Dr. Lorenzetti, La Ley 27/09/2010). En efecto, si resultaba previsible y era habitual que los niños concurrieran a jugar al fútbol al lugar, no parece irrazonable exigir al Municipio la adopción de una concreta medida de seguridad, como hubiese sido –por ejemplo— instalar adecuadamente y como mandan las reglas del caso los arcos de fútbol que estaban en la cancha.

En el caso, la responsabilidad es directa y objetiva y se funda en la falta de servicio frente a las obligaciones que el servicio regular impone.

Ha quedado demostrado que E. O. contaba con cinco años de edad (le faltaban dos días para cumplir seis años) a la fecha del evento (conf. certificado de fs. 5) y que el arco con el cual se hallaba jugando y cuya caída le causó el daño con resultado mortal, si bien no es peligroso en si mismo, se encontraba en una situación que implicaba riesgo e imponía al dueño del predio en el cual se encontraba adoptar todas las medidas tendientes a evitar una situación como la de autos. Lo esencial y decisivo para que pueda encuadrarse el caso bajo el régimen propio del art. 1113 del Código Civil es la "incidencia causal" del riesgo (o vicio) generado por la cosa en el resultado nocivo, es decir su "rol activo" en la producción del daño, la intervención material de la cosa en el evento lesivo, lo que la diferencia de las cosas en movimiento, porque no se presume su potencial riesgosidad

sino que ella resulta de su posición, de su comportamiento anormal o de un defecto o anomalía.

¿En qué consistía el riesgo en este caso? En que el arco en cuestión se encontraba mal instalado en el terreno y tal antirreglamentaria construcción creó –conforme al curso normal y ordinario de las cosas— una probabilidad razonable de dañosidad para terceros. Y ello porque su caída era previsible y porque generalmente los arcos de fútbol presentan ángulos filosos, idóneos para herir a quien se impacta (conf. C.Civ.Com.Mercedes, Sala III, 21/05/09, RCyS 2009-VI, 96).

Lo expuesto me conduce a proponer al Acuerdo la revocación de la sentencia recurrida en cuanto ha considerado que la Municipalidad demandada no resulta responsable por el evento dañoso. Le cabe responsabilidad y he de tratar en el punto siguiente si la misma ha sido plena o ha existido algún factor que permita su atenuación.

2.4 – <u>Culpa de la víctima. La responsabilidad de los padres del menor</u>

Atento la conclusión arribada en el punto anterior y siguiendo el orden del voto que antecede, corresponde aquí tratar si existen causales que consigan disminuir la responsabilidad que le cabe a la Municipalidad demandada. Y en esta tarea, se debe considerar si es posible hablar de "culpa de la víctima" y si han tenido los padres del menor fallecido alguna responsabilidad en el evento.

Es sabido que quien se ha visto perjudicado por un daño originado en su propia conducta carece de derecho a reparación, en virtud del principio de autorresponsabilidad que le impone asumir las consecuencias de su obrar no diligente. Este principio implica que el damnificado debe asumir las consecuencias de su obrar negligente o imprudente (conf. CNCiv., Sala B, 13/10/99, LL 2000-E-915; ídem, 24/03/2000, LL 2000-D-896).

Es que la “culpa de la víctima” tiene la aptitud de liberar completamente de responsabilidad al demandado porque su acción negligente ha sido la causa del daño.

La imputación de responsabilidad objetiva funciona únicamente cuando la cosa no resulta ajena a la causa del daño, pero si existe “culpa de la víctima” no se impone responsabilidad de ningún tipo, de manera que no pueden aplicarse esas reglas de imputación cuando la víctima ha ido al encuentro de la cosa tornándola extraordinariamente peligrosa, pues con su actitud ha asumido un riesgo, al menos ha debido representárselo y, en consecuencia, puede sostenerse que lo ha aceptado (conf. CNCiv., Sala G, 16/05/2001, LL 2001-F-67).

Estamos aquí ante un menor de cinco años de edad -quien estaba a dos días de cumplir seis- y que resultó ser la víctima del hecho que ha motivado estas actuaciones. El problema a tratar en este punto es el siguiente: si un incapaz es causante y víctima de un accidente, ¿puede a él imputársele causalmente el daño?, o lo que es igual: su conducta, no culpable ¿constituye una fuerza mayor de efecto liberador?.

Es necesario realizar este planteo en atención a que en el voto precedente la Sra. Jueza de Villafañe ha propuesto eximir parcialmente de responsabilidad a la Municipalidad de Puerto Madryn por el accidente atenuándola en un 20%, por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia activa que pesaba sobre los padres, ya que ello incidió palmariamente en su acaecimiento.

Lo cierto es que hay un evidente “conflicto de intereses”, por un lado emerge la natural tendencia a proteger a aquellas personas frágiles que, por su edad, patología mental o estado de inconsciencia, no pueden valorar el alcance de su actitud, cayendo con facilidad en el peligro de daño, y, por otro, el argumento lógico de no cargar al agente la obligación de resarcir daños causados por sujetos extraños a situación o condición.

No se me escapa que las opiniones, lejos de ser pacíficas, tienden o a negar que la conducta de la víctima, por no ser culpable, pueda erigirse en causa exclusiva o concurrente del menoscabo y, por consiguiente, eximir de responsabilidad al agente dañador –postura negativa— o a sostener que el comportamiento del incapaz pueda, llegado el caso, tener ritualidad suficiente para ser la causa total o parcial del daño –postura positiva— y así exonerar de responsabilidad al demandado.

Lo que se debe analizar, entonces, es cómo juega la "culpa de la víctima" como eximente de responsabilidad total o parcial cuando la misma es un niño que no ha alcanzado aun los diez años y por ende carente de discernimiento de conformidad con el art. 21 del Código Civil.

He de recordar que, conforme al art. 897 del Cód. Civil, los hechos humanos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Si se trata de menores de diez años, sus actos se reputan hechos sin discernimiento, tal como lo expresa el art. 921 del mismo cuerpo legal, aclarando que quedan incluidos los actos lícitos practicados por menores impúberes, así como los actos ilícitos realizados por menores de diez años.

La postura *positiva* mencionada anteriormente, afirma que la expresión "culpa de la víctima" empleada por el codificador, cuando hace alusión a las causales que eximen total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, no viene dada en su sentido técnico. Lo que importa es su carácter causal, con independencia de que haya sido técnicamente culpable o no. Se trata de una cuestión cuyo análisis concierne a la relación de causalidad. De allí que resulte más apropiado hablar de "hecho de la víctima" en lugar de culpa de la víctima. Se entiende entonces que, aunque con variados matices fundacionales (incidencia causal, equidad, culpa objetiva, etc.), el hecho de la víctima, culpable o no, puede –llegado el caso— eximir total o parcialmente de responsabilidad al agente dañador

(conf. PREVOT, J.M., “La culpa de la víctima inimputable como eximente de responsabilidad”, La Ley 2008-A, 119).

Esta posición no exige imputabilidad para que opere la reducción o eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián, basta que el hecho del inimputable haya sido “causa” o “concausa” de la producción del daño, pues entonces el perjuicio no puede ser atribuido al demandado y por esa falta de causalidad (total o parcial) la pretensión indemnizatoria debe rechazarse (total o parcialmente). En definitiva, no se trata de ponderar culpas sino autorías materiales y el argumento de la mayor protección de la víctima debe ser ponderado en su justa medida.

En esta línea doctrinaria, la jurisprudencia casatoria bonaerense ha elaborado una doctrina legal respecto de que se debe analizar la idoneidad de la actuación de la víctima para producir el evento dañoso, con independencia de que configure o no culpa y aun cuando se trate de niños inimputables, absteniéndose de aludir a la culpa de los padres por la infracción al deber de cuidado y vigilancia.

Dentro de esta posición, hay también quienes consideran que la conducta del niño inimputable es consecuencia de la imprudencia de sus padres o guardadores. A veces se imputa directamente al representante el hecho del menor y en otras se entiende que es la culpa propia de los padres, omisiva del deber de vigilancia o comitiva en permitir ciertas actividades, la que compensa el riesgo atribuible al sindicado como responsable por la ley (conf. RITTO, G.B., “El menor inimputable víctima de un accidente a la luz de la Cámara Civil”, La Ley 2008-A, 387).

La contratara de lo hasta aquí descripto es la posición *negativa*. La misma pregona que el incapaz, por ser inimputable, no puede incurrir en culpa, consecuentemente, no puede ser considerado autor de su propio daño, por lo que corresponde al ejecutor material del daño indemnizar totalmente a la víctima. Así que, para que se produzca la exoneración total o parcial de

responsabilidad, es menester que exista "culpa" de la víctima (en el sentido técnico de la locución). Y como la culpa presupone imputabilidad, o sea la capacidad para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se desenvuelve, sólo quien es capaz de discernir al momento de cometer el hecho ilícito con intención y libertad puede incurrir en culpabilidad (arts. 897 y 900 Cód. Civ.). Por consiguiente, la imputabilidad se erige en un requisito previo para poder reprochar a un sujeto que su conducta no se ajusta a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Como siempre ocurre, hay una postura *ecléctica*. La misma sostiene que cuando la víctima es un sujeto incapaz, su hecho, a la luz de los preceptos jurídicos positivos, no puede ser invocado como eximente de responsabilidad del ofensor (en tanto se exige que el hecho de la víctima, amén de haber causado el daño debe ser ilícito y culpable), a menos que este hecho de la víctima se presente al dañador como imprevisible e irresistible, esto es, como un típico "caso fortuito" (conf. PREVOT, J.M., ob. cit.).

En su voto precedente, mi distinguida colega de este Cuerpo ha admitido que si un menor de diez años comete una falta no será responsable por ella, pero que en tal caso deben responder sus padres por la responsabilidad refleja en los términos el art. 1114 del Cód. Civil y sigts. (a *contrario sensu*). Pero, si es el menor quien recibe el daño –como en este caso— la Sra. Jueza ha concluido que su conducta no puede ser examinada como eximente de responsabilidad de la demandada a través de la figura de la "culpa de la víctima" o del "hecho del damnificado" dado que el accionar del menor es "involuntario". Comparto estas conclusiones.

Avanza en su análisis la Sra. Magistrada preopinante abordando la incidencia en la relación causal del deber de cuidado y vigilancia de los progenitores, dado que el daño se produjo a un menor que razonablemente debía encontrarse bajo la guarda de un familiar o de sus padres. En base a

la prueba testimonial rendida en autos, advirtió una actitud débil en el deber de cuidado y vigilancia activa que pesa sobre los progenitores sobre sus hijos menores y propuso atribuirle un 20% de responsabilidad a los padres por el hecho que provocara el fallecimiento de su hijo menor. En esta conclusión he de disentir respetuosamente con la Sra. Jueza que me precede en el voto.

En el inicio de mi razonamiento tengo en cuenta que lo que libera al demandado es "la culpa de la víctima" y no meramente el hecho no culpable de ésta: la víctima debe ser -en consecuencia- un sujeto imputable, esto es, capaz de discernimiento (conf. ORGAZ, A., "La Culpa", Lerner, Córdoba, 1970).

Además, las eximentes del art. 1113 del Cód. Civil funcionan como numerus clausus y la norma se refiere taxativamente a la *"culpa de la víctima"*, no pudiéndose predicar que incurrió en culpa un menor inimputable.

Ya he referido supra las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que existen con respecto al menor de diez años que es víctima de un accidente. Existe también una tendencia jurisprudencial que considera que la conducta del menor inimputable es consecuencia de la imprudencia de sus padres o guardadores con fundamento en una forzada analogía con la responsabilidad regulada por el art. 1114 del Cód. Civil. Pero es de recordar que el daño producido por el menor a sí mismo no tiene cabida en el art. 1114 del Cód. Civil, referido a la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores y no corresponde forzar analogías pues ello nos conduce a una ficción jurídica (conf. RITTO, G.B., ob. cit.).

Ninguna razón existe, a mi juicio, para achacarle la responsabilidad a los padres del menor sin discernimiento fallecido, por haber estado ausentes en el momento en que ocurriera el hecho dañoso y por haberlo dejado concurrir al lugar con otros menores. El fundamento de esta

responsabilidad indirecta reside en una “presunción de culpa” de los padres, consistente en la omisión de las diligencias enderezadas al cuidado de su hijo menor para evitar que cause daño a un tercero, o en la “garantía legal” o “carga legal” anclada en la institución de la patria potestad.

Es preciso recordar que en tanto ningún daño causó la víctima a un tercero, no puede derivarse responsabilidad a sus progenitores con base en la norma del art. 1114 del Código Civil.

Comparto la postura esgrimida en su voto por el Dr. Luis María Nolfi (C.Civ.Com. Mercedes, Sala III, 21/05/09, cit.) al considerar que debe ser analizada la eximente en el marco de la presunción de causalidad que establece el art. 1113 del Código Civil en cuanto permite al demandado liberarse total o parcialmente de su responsabilidad demostrando que en el contexto de la situación (sin vigilancia activa de sus padres) el comportamiento de la víctima menor, en el caso sin voluntad jurídica, interrumpió total o parcialmente la relación de causalidad y la desplazó hacia ella (art. 1113, 2ª. parte, segundo párr. “in fine” del C.Civil).

En la situación planteada, no veo configurada la hipótesis que permita la exclusión –total o parcial— de la responsabilidad que le cabe al Municipio demandado, esto es, ni la “culpa de la víctima”, ni la que se califica como “culpa de un tercero por quien no se debe responder”.

Ya he hecho referencia a cómo se dieron las circunstancias por las que el niño concurrió a jugar al predio del Municipio demandado, por lo que no es necesario reiterarlo ahora. Sí destaco que no estaba solo sino acompañado por otros amigos que jugaban con él, estando también presente –al ocurrir el hecho dañoso— el padre de los tres menores que participaban del juego con el hijo de los actores (conf. fs. 30 y 45). A esta altura cabe razonar con respecto a cuál o cuáles hubieran sido las posibilidades del padre y/o de la madre de E. de haber impedido el hecho en la hipótesis de haber estado alguno de ellos –o ambos— presentes en el

evento ejerciendo una vigilancia activa sobre su hijo. Si de presencia de una persona mayor se trata, adviértase que en el momento del infortunio estuvo presente el Sr. J. Á. B. (conf. fs. 128/129) y nada pudo hacer para evitar lo que lamentablemente sucedió. Y esta conclusión en nada se modifica por el hecho de que los padres de la víctima no le hayan encomendado al Sr. B. el cuidado de su hijo, dado que es indudable que -aun sin tal encargo- dicha persona hubiera hecho todo lo posible por impedir el infortunio, si es que tal posibilidad realmente se le presentaba. Es también claramente evidente que si en lugar del Sr. B. hubiesen estado la madre o el padre, en nada cambiaba la situación y sus consecuencias.

Y aunque sea una elaboración puramente conjetural, es para mí indudable que la situación de riesgo siempre estuvo presente, no sólo para el menor fallecido sino también para todos los niños que concurrían habitualmente a jugar con anterioridad al fatal evento.

Por lo tanto, todas las circunstancias que rodearon al desgraciado suceso indican que no es procedente atribuir responsabilidad indirecta o "refleja impropia" a los padres del menor (conf. BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", N° 68, Ed. Abeledo Perrot, 3ª. Edic.), dejando establecido que la autorización para concurrir a jugar al fútbol al predio municipal en horas de la tarde del día 05 de Agosto del año 2007 y su no acompañamiento no contribuyeron causalmente a la producción del daño. O sea, en modo alguno surge de autos que la no presencia de alguno de los padres al lugar donde fue a jugar el hijo fallecido o la circunstancia de que no le hubiesen encomendado expresamente a otra persona la concurrencia a la cancha junto al niño, hayan incidido palmariamente en el acaecimiento del trágico hecho y de allí que no sea posible imputarle grado alguno de responsabilidad por las consecuencias del mismo.

Tengo en cuenta que surge del voto precedente que la falta de cumplimiento del deber de cuidado que pesa sobre los padres del menor va

a tener una injerencia directa en la relación causal. Y es, precisamente, en este punto donde –como he dicho supra— advierto que no hay elementos certeros que abran adecuadamente el camino que nos conduzca a concluir con certeza la existencia de "relación causal" entre la no presencia de los padres y la producción del hecho dañoso.

Es muy claro también que para atribuir responsabilidad a los padres y disminuir la de la demandada se debió acreditar en autos que esa falta de vigilancia que se imputa a los progenitores obró como factor parcialmente interruptivo de la relación causal entre el daño habido y la cosa viciosa o riesgosa (el arco de fútbol).

Autores como Orgaz sostienen que los padres son responsables en los términos del art. 1114 de los daños que los hijos causen a otros y no a sí mismos, ya que si el menor sólo se causó daños a sí mismo quienes ejercen autoridad sobre él serán responsables si incurrieron en una culpa personal (art. 1109). En el mismo sentido se expiden Kemelmajer de Carlucci y Zavala de González (conf. ORGAZ, A., ob. cit., pág. 170; KEMELMAJER de CARLUCCI, A. en BELLUSCIO – ZANNONI, "Código Civil y Leyes Complemt., Comentado, Anotado y Concordado", T. 5, pág. 615, Edic. 1994; ZAVALA de GONZALEZ, M., "Actualidad en la Jurisprudencia sobre Derecho de Daños – Relación de Causalidad", La Ley 1997-D, 1279).

Y en el sentido que estoy exponiendo, pretorianamente se ha dicho que en los textos legales existe imposibilidad de recibir la eventual culpa de los progenitores de la víctima, porque no está contemplada entre ellos y el art. 1114 del Cód. Civil refiere sólo la atribución de responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de los hijos, pero no contempla la situación inversa (conf. C.Civ.Com.Crim.Correc. Pergamino, 30/08/96, LLBA 1997-1177).

Otro elemento que considero sólido en apoyo de mi postura es que no hay duda –por lo antes dicho— que no es posible imputar "culpa" al menor que

resultó ser la víctima de autos. Por lo tanto, tampoco la hay de que un mero hecho "no culposo" debe revestir los caracteres del "caso fortuito" para permitir su invocación como factor eximente de responsabilidad (conf. ALTERINI, A.A., "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal" en Temas de Responsabilidad Civil, pág. 91, Bs.As., 1995). Por otra parte, en ningún momento la demandada ha esgrimido la defensa del "caso fortuito" ni se ha producido prueba al respecto.

Es así como se afirma el criterio que resulta compatible que *"en la eventual responsabilidad de terceros por daños experimentados inmediatamente por el hijo o por los padres como damnificados indirectos, no funciona una presunción de culpa contra los progenitores ni, consiguientemente, de causalidad. Esto es así, porque las presunciones están destinadas a beneficiar a los damnificados y, por tanto, operan en contra de los eventuales responsables. Si se quiere entonces postular la intervención causal y reprochable de los padres, para impedir o disminuir el resarcimiento de su perjuicio, ella debe ser puesta de relieve con claridad por los demandados"* (ZAVALA de GONZALEZ, M., ob. cit.).

Sólo he de recordar que de las constancias de autos surge que el arco de fútbol se encontraba mal instalado en el terreno y tal antirreglamentaria construcción creó –conforme al curso normal y ordinario de las cosas— una probabilidad razonable de dañosidad para terceros. Y ello porque su caída era previsible. Si el arco hubiese estado correctamente instalado, el fatal accidente no habría acaecido y de allí que nada corresponda imputar ni a la víctima -según ya hemos visto- ni a sus padres.

Es por lo dicho que considero que la responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores, no funciona en abstracto, por el solo hecho de estar un niño -como en el caso de autos- en una cancha de fútbol de su barrio, sino que resultaba necesario acreditar la relación causal entre la ausencia paterna y la producción del hecho dañoso.

De achacarse algún grado de responsabilidad paterna, en realidad se estaría castigando a los padres por su conducta negligente cuando en realidad no es posible determinar la incidencia causal de la misma en la producción del desgraciado suceso. Además, el real perjudicado ha sido el inocente niño que perdiera la vida.

Resulta para mí evidente que ha existido una causa lesiva extraña al ejercicio de la patria potestad y de allí que ninguna responsabilidad pueda atribuirse a los progenitores de la víctima.

Como he dicho antes en este voto, las diligencias necesarias (arg. art. 512 del Cód. Civ.) debieron, en el caso, ser tomadas por la autoridad pública, dueño del inmueble, previendo el cumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados basados en ponderaciones de bienes jurídicos protegidos y valorando las consecuencias generalizadas de su actuar.

Es que, conforme lo hasta aquí analizado y en rigor de verdad, la conducta del menor de diez años es intrascendente, porque al ser éste inimputable (art. 921 Cód. Civ.), de él no pueden predicarse conductas culposas. Permítaseme reiterar que esta posición se basa en nuestro derecho en la letra del art. 1113 que enuncia como causal liberatoria "la culpa" y no "el hecho" de la víctima y en la del art. 1111 que se refiere a la falta de quien sufre el daño.

En definitiva, postular que la conducta del menor es responsabilidad de los padres por ser "causa o concausa" de la producción del daño, parecería responder más a los intereses de las compañías aseguradoras que a los de protección de los derechos del niño que consagra la Convención Internacional aprobada por Ley 23.849 y la Ley 26.061 (conf. RITTO, G.B., ob. cit.).

Por otra parte –dice Ritto— si se postula el fundamento de la responsabilidad de los padres en una garantía resultante de la patria potestad que constituiría un factor de prevención del daño, en todo caso,

estaríamos analizando aspectos de política legislativa o postulados de lege ferenda.

A todo evento, aun cuando estos argumentos no resultaran suficientes, si se analizara la conducta del menor desde la óptica de la antijuridicidad objetiva, se arribaría al mismo resultado.

En virtud de lo expuesto, considero que no se han dado en el caso ninguna de las causales que permitan disminuir la total y plena responsabilidad que tuvo en el hecho dañoso la Municipalidad de Puerto Madryn que ha sido demandada y por lo que corresponde sea condenada a la íntegra reparación de los daños que han sido consecuencia del mismo. Es mi voto.

3 – Las Indemnizaciones

Atento lo propuesto precedentemente, corresponde tratar los rubros que deben integrar la indemnización a percibir por los reclamantes y que debe afrontar la parte demandada.

3.1 – Daño Material por Pérdida de Chance

Con relación a lo que se ha dado en llamar "valor vida", la SCBA ha dicho que la vida humana no tiene un valor económico en sí misma porque no está en el comercio ni se cotiza en dinero, y que lo que se denomina "valoración de la vida humana" no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren los que eran destinatarios de todos o parte de los bienes que el occiso producía desde el momento que esa fuente de ingresos se extingue (conf. SCBA, Ac. 35.428, 14/05/91, Ac. 41.216, 21/05/91, Ac. 50.522, 26/10/93).

En caso de muerte de un hijo menor lo que debe resarcirse es el daño sufrido cierto, que corresponde a la esperanza, con contenido económico que constituye, para una familia modesta, la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; ese resarcimiento cabe, sino a título de

lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de la chance o posibilidad, es un bien que puede calificarse de cierto y no de eventual.

En la hipótesis en tratamiento, es obvio que los actores no eran destinatarios de ninguna ayuda al momento del fallecimiento del menor, dado que contaba con solo cinco años de edad. Es por ello que corresponde indemnizarlos por la "pérdida de chance" de la ayuda económica que a partir de la edad laboral el hijo los podría haber prestado, chance que, conforme la doctrina, es mayor cuanto más humildes son los progenitores y cuánto más avanzados en edad son, ya sea por las magras jubilaciones como por el deterioro de la salud (conf. TRIGO REPRESAS – LOPEZ MESA, "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley 2004, págs. 751/753).

Sin perjuicio de que al llegar el menor víctima a la edad de 18 años, los actores mantuvieran aun su rendimiento laboral, no puede dejarse de considerar que se trata de personas humildes, de escasos recursos económicos (ver Beneficio de Litigar Sin Gastos agregado por cuerda), como tampoco debe olvidarse que, además, al llegar a la edad en que los hijos se independizan de los padres y viven solos o forman una familia, al menos durante una primera época se torna ciertamente difícil la ayuda.

Esta evaluación implica ciertamente un juicio de probabilidad resultante de un proceso conjetural, que desde un punto lógico y estricto es una estimación de daño probable, previsible, verosímil, anticipable como normal, regular o casi seguro, pero no seguro totalmente (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños" en "Daños a la Persona", pág. 254, Hammurabi, 1991; C.Civ.Com. Mercedes, Sala III, 21/05/09, cit.).

Por lo tanto, considero que es razonable la suma de $ 60.000.- (Sesenta Mil Pesos) para cada uno de los padres que ha propuesto la Sra. Jueza de Villafañe en su voto precedente para indemnizar el daño por la pérdida de

chance, a la que se deberán incorporar los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha del evento dañoso hasta el pago efectivo.

3.2 – <u>Daño Psicológico</u>

Los actores reclaman la indemnización en forma separada por el daño *"psíquico"* y por el daño *"moral"*.

Respecto al resarcimiento por daño "psíquico", soy partidario de la postura que sostiene que la repercusión psicológica padecida por el damnificado de un accidente, debe ser subsumida dentro del concepto del daño "moral", puesto que ella incide en la disminución general de sus aptitudes y no constituye en sí misma un rubro autónomo o independiente.

"No corresponde admitir el reclamo en concepto de daño psicológico, pues ese rubro está implícitamente incluido en el daño moral. En la unidad de cuerpo y alma que integran al hombre, su vida síquica se encuentra vinculada a esta última, razón por la cual no cabe distinguir ninguna otra categoría que permita considerar los perjuicios morales sufridos como si fueran materiales" (Cám.Civ.Com.Morón, Sala II, 14/12/79, LL, 1982-C-96). Inclusive, con basamento en un criterio de similares características, se ha resuelto que *"resulta muy dudosa la entidad resarcible referida el rubro "perjuicio síquico y emocional" en procesos donde se ha reclamado el daño moral. Resulta indemnizable el daño síquico y emocional si lo resarcible no es el daño en cuanto tal, sino la proyección del mismo en el ámbito patrimonial. El daño síquico o emocional es un daño que no incide en el cuerpo humano, sino en la estructura anímica de la víctima. La indemnización en el caso de perjuicio síquico, por aplicación analógica del art. 1086, Cód. Civil, consistirá como máximo en el pago de todos los gastos de curación y convalecencia y de todas las ganancias que dejó de percibir el ofendido hasta el completo resarcimiento, o la satisfacción del daño futuro si se tratara de un detrimento definitivo. Ni la vida*

humana, ni la lesión de la integridad física, ni el deterioro de las potencias del alma humana son resarcibles per se. Es menester probar el detrimento que tal afección genera en el patrimonio de la víctima. El rubro perjuicio síquico o emocional deberá tener relación con el detrimento patrimonial derivado de un daño que afecte alguno de los tres niveles –vegetativo, sensitivo o espiritual— del alma humana" (Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala II, 14/09/82, LL, 1984-B-470, S-36.607; JA, 1983-V-423).

Comparto la doctrina que afirma que hay una "íntima relación" entre el trastorno psíquico y el daño moral; no en cambio, que se trate de dos rubros diferentes, que permita resarcir el perjuicio psíquico como categoría autónoma del daño moral y del posible daño patrimonial. Insisto en que el afinamiento en la distinción y evaluación debe encauzarse por vía de un redimensionamiento de la indemnización a acordar por daño moral, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto una enfermedad anímica como consecuencia del hecho (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Daños a las Personas" 2 a,* Hammurabi, pág. 223).

De todos modos y sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, es de hacer notar que el dictamen pericial psicológico practicado a fs. 107/114 concluyó diciendo: *"…Los actores requieren de tratamiento psicoterapéutico; el tiempo estimado de tratamiento para este tipo de trastorno o problemática es: Primero un tratamiento individual para cada uno de los progenitores de dos años. Con una frecuencia inicial de dos sesiones semanales durante el primer año, que es ciento cuatro (104) sesiones aproximadamente por cada uno. Después de este período una sesión semanal el segundo año… haciendo un total de trescientos doce (312) sesiones. El costo actual aproximadamente es de pesos ciento veinte…cada uno. Lo que da un total de treinta y siete mil cuatrocientos cuarenta pesos (37.440 pesos)…"* (fs. 112).

Estas conclusiones de la experta, no atacadas por las partes, permiten determinar la existencia de un daño constituido por el costo para afrontar los tratamientos psicológicos que debe ser indemnizado (arg. art. 1079 C.Civ.).

Por lo tanto, propongo indemnizar a los reclamantes el costo que representan los tratamientos psicológicos a realizar por ellos, es decir, la suma de $ 37. 440.- (Treinta y Siete Mil Cuatrocientos Cuarenta Pesos), a cada uno de ellos, con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde la fecha de presentación del dictamen pericial psicológico (22 de Noviembre de 2011) hasta el pago efectivo.

3.3 – <u>Daño Moral</u>

En cuanto al *"daño moral"*, debe decirse que este se define como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos, comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.

Es dable recordar que la indemnización por daño moral no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona, debiendo evaluársela con la apreciación objetiva del padecimiento, sin que configure fuente de indebido lucro.

Como ya se resolviera judicialmente, si por reparación se entiende el restablecimiento del desequilibrio patrimonial y es de contenido pecuniario, los intereses que carezcan de ese contenido deben ser satisfechos, puesto que según el diccionario de la Real Academia, "satisfacer", en una de sus acepciones, significa sosegar o aquietar una queja o un sentimiento, expresión acorde con el sentido de nuestra ley al

otorgar a la víctima el derecho a reclamar la reparación, cualquiera sea el grado de reproche que genere la conducta del agente del daño, sin perjuicio de valorar a ésta como un elemento más para determinar la cuantía indemnizatoria (conf. CNCiv., Sala J, 31/03/81, "Corzo de Torres, C.P. c/ Lumicot S.A. y Otros s/ Sum.").

Es necesario además mensuar en lo posible la objetiva virtualidad aflictiva del acto dañoso. No cabe duda que la pérdida de un hijo configura una pérdida irreparable y una de las más graves penurias que pueden afectar a un ser humano.

El desconsuelo insuperable que habilita la muerte de un hijo, no tiene equiparación alguna con otras menguas afectivas. Sin dudarlo, tal vez estemos 'dispuestos' a la asunción de otras alternativas luctuosas, pero seguramente no lo estamos para enfrentar el desgarramiento emocional que significa un hijo muerto. Así, de alguna manera, la vida nos prepara para asumir nuestra propia desaparición, la de nuestros amigos y nuestros padres, pero no está en el orden natural del desenvolvimiento de los hechos, la muerte de nuestra descendencia (conf. Juzg.Civ.Com. N° 1 Morón, 26/12/85, "Gómez, J.R. c/ Cerámica Martín y Ot. s/ Daños y Perj.", Reg. 1098/85).

En atención a lo expuesto y las constancias que surgen de los presentes actuados, considero justo y razonable (arg. art. 168 CPCC) indemnizar a los reclamantes por el "Daño Moral" que les ha causado la pérdida de su hijo menor con la suma de $ 80.000.- (Ochenta Mil Pesos) para cada uno de ellos, conforme lo ha propuesto en su voto precedente la Sra. Jueza de Villafañe, con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha del accidente (05 de Agosto de 2007) hasta la de su efectivo pago.

4 – <u>Conclusión</u>

De ser compartido lo propuesto precedentemente como solución a las cuestiones debatidas en autos, corresponde revocar la sentencia dictada en autos y hacer lugar a la demanda condenando a la Municipalidad de Puerto Madryn a abonar a los actores (padres de la víctima) los siguientes importes: a) la suma de $ 120.000.- (Ciento Veinte Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Material por Pérdida de Chance", con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago; b) la suma de $ 74.880.- (Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Ochenta Pesos) como indemnización por el "Gasto por el Costo de Tratamientos Psicológicos", con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 22 de Noviembre de 2011 al pago efectivo y c) la suma de $ 160.000.- (Ciento Sesenta Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Moral", con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago.

5 – <u>Adecuación de las costas y honorarios</u>

Teniendo en cuenta lo propuesto precedentemente, corresponde realizar la adecuación de las costas y honorarios que ordena el art. 282 del CPCC.

Las costas de la primera instancia deben ser impuestas en su totalidad a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los profesionales actuantes y por la labor desarrollada en la inferior instancia considero que deben ser regulados de la siguiente manera: los de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 18% del monto del proceso que oportunamente se determine en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. G. D. H. y T. R., letrados apoderados de la parte demandada, en el 8% y el 6% respectivamente del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia y los de la Perito Psicóloga M. A. M. V. en el 4% del

monto del proceso que se determine en la forma indicada; en todos los casos con más el I.V.A. en caso de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 35% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. T. R., letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en primera instancia, en ambos casos con más el I.V.A. de así corresponder (arts. 3, 5, 7, 13 y concs. Ley Arancelaria y su modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1. Que los antecedentes de la presente causa han sido debidamente consignados por la Dra. de Villafañe, razón por la cual, centraré mi análisis en las quejas traídas por la parte actora, debiendo darse acabado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 274, del CPCC, atento el resultado obtenido en los votos anteriores.

2. Se alza la parte actora contra el decisorio de autos, criticándolo por considerarlo arbitrario e incongruente y por haber decidido la falta de legitimación pasiva de la Municipalidad demandada, en tanto y en cuanto

no se acreditó que ésta fuera propietaria del arco de fútbol, ni que éste se encontrara bajo su custodia o guarda.

Para ello, sostuvo la apelante que el decisorio ha incurrido en una contradicción manifiesta que lo torna arbitrario, en tanto reconoció que el predio dentro del cual se encontraba dicho arco era propiedad del Municipio aquí accionado, circunstancia que conllevaba al ejercicio del deber de control, cuidado y seguridad sobre el fundo en cuestión.

Agrega que la demandada no negó ser propietaria del arco de fútbol o que él se encontrara bajo su custodia. En tal sentido, refiere que a fs. 80 del Expediente Administrativo surge que el terreno es municipal y a fs. 84 consta que el Municipio no autorizó administrativamente la colocación del arco, pese a lo cual, reconoció que en el predio había una cancha de fútbol, el nombre con la que se la conocía y la existencia de un arco instalado en ella, individualizando las calles en las que se encontraba.

2.1. En sentido coincidente con mis dos colegas de Cámara, tengo para mí que la sentencia en análisis no reviste el carácter, ni de arbitraria, ni de incongruente.

No es arbitraria, pues el Superior Tribunal de Justicia provincial ha señalado que la Corte Nacional ha enunciado en la grilla de sentencias arbitrarias a las que omiten considerar pruebas conducentes que se han rendido en el proceso y a las que carecen de motivación suficiente en orden a los hechos y la prueba (conf.: Morello Augusto "El Recurso Extraordinario", Ed. Platense, Segunda Edición reelaborada, pág. 482; STJCh 028/2013 RE).

En ese orden de ideas, coincido con mis colegas preopinantes en el sentido que el decisorio en análisis no se encuentra en ese listado, pues, aunque erróneamente, como lo expondré más adelante, ha guardado el

razonamiento lógico para arribar a un resultado coherente, aunque a mi modo de ver, injusto.

Tampoco considero que sea incongruente, calificación que formula el recurrente del fallo en revisión por haber decidido por sobre los argumentos de la demandada.

Digo ello así pues, dado que a los jueces es a quienes les corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas acreditadas, no se advierte la violación al principio de congruencia si el *a quo*, *iura novit curia*, subsumió los hechos en un régimen jurídico que entendió aplicable (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Bustos, Daniel c. Fradua, Jorge y otro s/cumplimiento contractual", 04/04/2012, LLBA 2012 (julio) , 616 con nota de Julio Chiappini, LLBA 2012 (agosto) , 716 con nota de Ricardo A. Guibourg, DJ 10/10/2012 , 60, AR/JUR/16355/2012).

Por lo tanto, considerando conjuntamente con mis colegas de Cámara que no se ha violado en el decisorio el principio de congruencia, tal como lo endilga la queja, ésta debe ser desestimada en este aspecto.

2.2. En cuanto a la falta de acreditación de la mentada propiedad del arco, argumento que constituyó la piedra basal del rechazo de la demanda en la Instancia anterior, he de señalar lo siguiente.

Surge de autos, por no haber resultado cuestión controvertida, que el predio utilizado por los vecinos para jugar al fútbol era propiedad del Municipio demandado.

El art. 2520, Cód. Civil señala que la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de sus accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos. Ello significa en buen criollo que lo accesorio sigue la suerte del principal.

El maestro Lafaille, señala que no se concibe, dentro de la economía legal, que tales accesorios puedan pertenecer a otro, que no sea el dueño del

terreno. Tanto el art. 2520 como el art. 2331, aluden a los accesorios "natural o artificialmente unidos", por lo que éstos vienen a formar con el inmueble un todo indivisible. (cfr. Lafaille, Héctor, "Derecho civil T° III - Tratado de los Derechos Reales – Vol. I", Ed. Compañía Argentina de Editores, Bs. AS, 1943, p. 390).

Señala el autor al respecto que no hay duda que el legislador no admite la existencia de dos propiedades, una del terreno y otra sobre los accesorios; ni siquiera un derecho real específico sobre estos últimos.

Además, el art. 2519, Cód. Civil dispone en su primera parte que todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior del terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario.

Se ha señalado jurisprudencialmente que la norma del art. 2519, Cód. Civil contiene dos presunciones: a) una *iuris tantum*, al disponer que todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno; b) otra *iuris et de iure*, en cuanto a la propiedad de aquéllas. Esto último implica que el tercero que hubiera realizado trabajos de construcción o siembra y otros cualesquiera no puede pretender la propiedad de éstos, pues ellos son siempre del dueño del suelo en su carácter de accesorios, sin perjuicio del reclamo de los gastos efectuados (cfr. Cámara de Apelaciones de C. del Uruguay, Sala Civ. y Com., 08.10.1998, LLLitoral 1999-714).

La referencia formulada precedentemente coincide con la expresada por la Dra. de Villafañe. No obstante, no puedo concluir en el mismo sentido que ella, ya que de la lectura de ambos textos se colige que la presunción que debe aplicarse es *iure et de iure* y no *iuris tantum* como lo plantea en su voto. Es decir, no podía el Municipio demostrar que la cosa accesoria pertenecía a un tercero, ya que tal presunción no admite prueba en contrario. Así lo

señala ella misma al manifestar que esta última presunción es aplicable *en cuanto a la propiedad del accesorio*.

Lo que, en todo caso constituye una presunción *iuris tantum* lo es en cuanto al autor de la instalación del arco, lo que en autos no ha sido materia de discusión. Por tal razón, la prueba en contrario a que se refiere la norma en análisis, sólo habilitaría al eventual autor de su instalación al reclamo de los gastos efectuados.

Por otra parte, reconocer la operatividad de una presunción *iuris tantum* en la propiedad del arco de fútbol significaría una contradicción con sus dichos anteriores en el sentido que *no se concibe que los accesorios puedan pertenecer a otro, que no sea el dueño del terreno.*

Coincide mi postura, en cambio, con lo expresado por el Dr. Fiordelisi, en cuanto a que siendo el Municipio demandado el propietario del terreno, también lo era del arco de fútbol allí instalado, por imperio de lo dispuesto en los arts. 2519 y 2520, Cód. Civil, sin perjuicio de las demás normas citadas por el referido colega de Cámara. De todos modos, la solución brindada por ambos Sres. Jueces de Cámara coincide en revocar al decisorio anterior en este aspecto, postura a la que me sumo por las razones dadas.

2.3. Sentado ello, cabe analizar la responsabilidad endilgada a la Municipalidad de Puerto Madryn, a la luz de lo establecido por el art. 1113, 2ª parte, Cód. Civil.

Así las cosas, habré de analizar si se configuró en autos tal riesgo de la cosa, teniendo en cuenta que se trataba de un arco de fútbol, emplazado en terreno del Municipio demandado.

Las fotos n° 8 y 9 de fs. 36 son elocuentes en cuanto al estado calamitoso de la base de los extremos de los caños que sostenían el arco (ver informe de fs. 32), complementado ello con el resto de la estructura que luce en las n° 6 y 7 y la forma precaria en la que se encontraba clavado en el suelo,

presumiblemente enterrado unos 30 centímetros, según la constatación policial, sin seguridad de ninguna índole (fs. 22).

El arco se convirtió en riesgoso y apto para producir un daño cuando el menor se colgó de su red y la estructura cayó sobre su cabeza (ver declaración de B., a fs. 128 vta), producto de la endeblez con que se encontraba asido al suelo, a tal punto que el peso de un menor de cinco años pudiera derribarlo.

La cosa es riesgosa, o por su naturaleza (un explosivo, por ejemplo) o por su forma de utilización normal. En el caso de autos, sin embargo, la normalidad significaba que, aun cuando un menor se colgara de su red; es más, aun cuando lo hiciera una persona de mayor contextura física, el arco no se hubiera movido de su lugar por tratarse de una estructura que se encuentra expuesta a recibir golpes producto del juego que se practica.

El curso natural y ordinario de las cosas señalaba que el arco, de haber estado debidamente sujeto al piso y en buenas condiciones de uso y conservación no debió volcarse, y la consecuencia dañosa no se hubiera producido.

Pero el arco se convirtió en una cosa riesgosa (que inclusive puede considerarse viciosa, a la luz del precario estado de conservación que presentaba), que creó las condiciones objetivas aptas para derivar en el daño que causó al muerte del menor; su dueño debió haber impedido su uso, pues lo que se encuentra en juego no es un simple interés patrimonial o la integridad física de una cosa, sino la vida misma de uno o más seres humanos, de modo que no caben actitudes superficiales o medidas más o menos atinadas.

En síntesis, el arco estaba expuesto a caer ante la menor fuerza que sobre él se hiciera, convirtiéndose en una cosa riesgosa susceptible de provocar un daño, tal como sucedió finalmente. El curso natural y ordinario de las cosas

indicaba que ante la menor fuerza que se le imprimiera, caería inexorablemente (arg. art. 901, Cód. Civil).

Por lo demás, he de resaltar que el primer voto, de autoría de la Dra. de Villafañe, ha dado calificados argumentos en el mismo sentido que los expuestos precedentemente por el suscripto, avalados, entre otros, por la opinión de eminentes juristas franceses de la talla de los hermanos Mazeaud y Francois Chabas, lo que me exime de mayores argumentaciones a favor de la postura que promueve en su sufragio. En la misma línea de ideas, con apoyo eminentemente jurisprudencial, se ha expedido el Dr. Fiordelisi.

Por tales motivos, con fundamento en lo dispuesto en el art. 1113, 2ª parte, Cód. Civil, cabe endilgar responsabilidad al Municipio demandado en el evento de autos.

2.4. Claro está que habré de dirimir la disidencia planteada por el Dr. Fiordelisi a fin de determinar si tal responsabilidad del Municipio queda liberada parcialmente en virtud de una causa ajena.

La Dra. de Villafañe en su voto, tras citar a los autores españoles Diez Picazo y Guillén, señala que en el caso de un menor de cinco años no puede hablarse de "culpa de la víctima", pues sus actos son involuntarios a tenor de lo dispuesto por los arts. 896, 900 y 921, Cód. Civil.

Señala que debe abordarse la cuestión desde la óptica del deber de cuidado y vigilancia de los padres, y en tal sentido sostiene que no existe en autos prueba alguna que denote que la custodia del menor fue delegada al Sr. B., quien, a tenor de sus dichos, desconocía quién había llevado al pequeño E. a la cancha de fútbol ese día, y que había llevado a su propio hijo al lugar, coincidiendo con la presencia en él de la víctima. Concluye, así las cosas, que la conducta de los padres de E. denotaron una actitud débil en el deber de cuidado y vigilancia activa, a la luz del art. 264, Cód. Civil, con

fundamento en las enseñanzas del maestro ibérico Puig Brutau. En tal sentido, propuso al Acuerdo eximir parcialmente al Municipio demandado, pues tal conducta omisiva en la vigilancia activa - paterna y materna – del menor, tuvieron una incidencia que interrumpió parcialmente el nexo de causalidad adecuada entre el hecho y el resultado dañoso, fijando dicha incidencia en el 80% de responsabilidad en cabeza de la accionada, en los términos del art. 1114, Cód. Civil.

El voto del Sr. Camarista emitido en segundo término, da cuenta que al consignarse en la norma del art. 1113 la eximente de "culpa de la víctima", no puede predicarse que ello pueda ser aplicado a un menor de cinco años de edad, pues se trata de un inimputable.

También refiere el Dr. Fiordelisi que el art. 1114, Cód. Civil se encuentra reservado para aquellos supuestos en los que es el menor quien ocasiona el daño, y que, cuando se dañan a sí mismos, son responsables sus representantes legales en la medida de su culpa personal, pero en los términos del art. 1109, Cód. citado. Señala además que la accionada debió acreditar (mas no lo hizo) que la falta de vigilancia obró como factor interruptivo de la relación causal, y que tampoco esgrimió la defensa del caso fortuito. Concluye en que corresponde atribuirse exclusiva responsabilidad al Municipio de la Ciudad de Puerto Madryn.

Uno de los requisitos de aplicabilidad del art. 1114, Cód. Civil consiste en que el daño sea ocasionado a un tercero. De tal manera que el daño que se irroga el menor a sí mismo no tiene cabida en la norma mencionada, ya que éste presume la culpa de los padres sólo cuando el menor ha causado un daño y no cuando él ha sido víctima del mismo.

Invocar la mencionada norma para los supuestos como el de autos, en el que el menor es víctima de un accidente, es erróneo.

Considero que la cuestión debe ser analizada primigeniamente desde la óptica de la relación de causalidad adecuada (art. 901, Cód. Civil). En todo

caso, pese a las posturas doctrinarias elaboradas al respecto y de las que da cuenta el Sr. Juez de segundo voto, podría señalarse que ni siquiera se trata de valorar la culpabilidad del menor ni la de sus padres, sino autorías materiales.

Como bien dice Matilde Zavala de González, la noción de daño resarcible se vincula con un hecho lesivo que sea su causa adecuada e imputable a otra persona. Ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1993, Tomo 3, pág. 155)

Lo ordinario, lo normal, hubiese sido que cuando el menor se colgó de la red del arco, éste no se hubiera caído, de haber estado enclavado debidamente y con los postes en correcto estado de conservación.

Que yo sepa, “el colgarse de la red” no constituye una conducta antijurídica, pues ninguna norma lo prohíbe. Inclusive, tampoco es merecedora de sanción disciplinaria del juego, como sí lo es, en el juego del fútbol profesional, despojarse de la camiseta para festejar un gol, por ejemplo, pues la reglamentación lo considera un acto de provocación a las parcialidades rivales.

Menos lo será entonces para un menor de cinco años, que como bien señalan los Sres. Jueces que me preceden en el voto, carece de discernimiento, intención y libertad (arg. arts. 896 y ss), recibiendo en consecuencia su accionar de un acto involuntario.

De ello se desprende que si una persona de mayor contextura física hubiera adoptado similar conducta, o se hubiera colgado de su travesaño, y el arco se hubiera caído, ningún reproche le cabría.

Quiere decir entonces que el voto de la Sra. Jueza de Villafañe pone en cabeza de los padres del menor una responsabilidad mayor que aquella que

le hubiera correspondido a una persona de mayor porte físico, mayor de edad, por ejemplo.

Ello así, pues, es previsible que puedan ceder las redes, pero no lo es que cedan los postes por colgarse de aquéllas, sean mayores o menores, grandes de físico o pequeños, quienes lo hagan.

No siendo la conducta asumida por el menor objetivamente antijurídica y habiéndose seguido de ella un resultado dañoso, era la demandada, en todo caso, quien debía aportar elementos de prueba tendientes a acreditar alguno de los eximentes de responsabilidad estatuidos en la norma del art. 1113: la culpa de la víctima (hecho de la víctima, en el sentido que luego me referiré) o el hecho de un tercero o el uso de la cancha (y consecuentemente del arco) en contra de la voluntad de su dueño (arts. 1111 y 1113, Cód. Civil).

De allí, que considero que la conducta de los padres, por haber dejado solo al menor en la cancha de fútbol, no tuvo incidencia causal de ninguna índole en el acaecimiento del hecho en estudio.

Cualquier persona que se hubiera colgado de la red del arco, hubiera provocado su caída, en razón de las condiciones en que aquél se encontraba, lo que potenciaba su riesgo.

Por otra parte, entiendo que no cabe exigir imputabilidad para que opere la reducción o la eliminación de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa. Basta con que sea el hecho del menor inimputable la causa o concausa de la producción del daño, para que el perjuicio no pueda ser atribuido al demandado, y por esa falta de causalidad -total o parcial- la pretensión indemnizatoria debe rechazarse (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La eximente del artículo 1113 del Código Civil y el niño inimputable, víctima de un accidente de tránsito", Revista de Derecho de Daños, Vol. 2002-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002, pág. 217/219; Mosset Iturraspe, Jorge, en "Responsabilidad por daños", Ed. Ediar, Buenos Aires 1973, Tomo III,

pág. 62; Tobías, José, en "Accidentes de tránsito y peatones inimputables", en La Ley 1994-C, 471; Sagarna, Fernando, en "La culpa de la víctima peatón, como eximente de responsabilidad civil por el riesgo creado", en La Ley, 1994-E, 376; Trigo Represas, Félix A. en "Concurrencia de riesgo de la cosa y culpa de la víctima", en La Ley, 1993-B, 306, Compagnucci de Caso, Rubén, en "Responsabilidad Civil y relación de causalidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 170, entre otros.10).

El argumento de mayor protección de la víctima debe ser ponderado en su justa medida. El ordenamiento protege los intereses de los damnificados y establece responsables en forma concurrente, admite un sistema de eximentes limitados y hace abstracción de la idea de culpabilidad a la hora de efectuar la imputación. Pero no puede cargar las consecuencias del hecho dañoso a quien no fue su autor; la interpretación de las eximentes se debe hacer con un sentido finalista, pero sin desentenderse de su verdadera naturaleza y alcances. Cuando no hay causalidad, resulta evidente que no puede mantenerse la presunción de responsabilidad porque el daño no ha sido causado -total o parcialmente- por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la conducta -culpable o no- de la víctima (Kemelmajer de Carlucci, "La eximente del artículo 1113 del Código Civil y el niño inimputable, víctima de un accidente de tránsito", Revista de Derecho de Daños, Vol. 2002-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002, pág. 217/219).

El hecho del menor -que fractura el nexo causal-, es lo que exime de responder.

En los procesos de daños, la necesidad de prueba se subordina a los requisitos de la responsabilidad resarcitoria, cuyo eje está constituido por la producción de un daño injusto, que lesiona un interés del reclamante y que ha sido causado adecuadamente por un hecho. Sin duda, el daño debe ser jurídicamente atribuible al demandado, en virtud de un motivo que torne justa su responsabilidad (Zavala de González, Matilde "La prueba en los

procesos de daños y perjuicios", en Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina", Vol. II, pág. 331.).

El pretensor del resarcimiento de daños debe demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia. Debe probar la existencia del hecho por el que demanda, o de la acción antijurídica, o el incumplimiento; también el factor de atribución, el nexo causal y el daño (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Carga de la prueba en los procesos de daños", en La Ley, 1991-A, 995, ver también Tanzi, Silvia "La prueba en el daño" en Revista de Derecho de Daños 4, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, págs. 444/6/7/9).

A mérito de lo expuesto, surge claro que nuestro sistema de responsabilidad civil exige "autoría" y "relación causal" como presupuestos necesarios para que proceda la reparación. El hecho debe ser jurídicamente atribuido a su autor. Y la circunstancia de que en algunos supuestos la responsabilidad sea indirecta o refleja -como es el caso del artículo 1114 del Código Civil- no autoriza sin más a quebrantar la regla general, si no hay norma alguna que así lo disponga. Y digo ello porque la citada norma legal se refiere a aquellos supuestos en que son los menores quienes ocasionan daños a terceros, pero no cuando éstos resultan ser las víctimas de los daños que se reclaman. En tales supuestos, la autoría no se desplaza porque la legislación vigente no establece responsabilidad refleja ni indirecta de los padres. Admitirlo importaría entonces una ficción legal, portadora de un fuerte impacto negativo sobre los padres de la víctima, sin ninguna necesidad.

Además, si las reglas legales en materia de relación de causalidad permiten establecer que la causa -o concausa- del daño, es la acción de quien carece de discernimiento -el niño-, y las vinculadas con las nociones de autoría y acción, indican que el daño es atribuible a éste, no se alcanza a entender en virtud de qué ficción se podría atribuir la causa del daño al "hecho" de los

padres, imputando además a estos la autoría del daño. Se podría sostener que es la ley la que, prescindiendo de las reglas en materia de causalidad, las altera creando como causa el hecho de los padres y prescindiendo del verdadero autor. Pero ello importaría introducir una *fictio juris* las más de las veces extraña a la realidad y ajena al régimen legal argentino (Tobías, José W. en "Accidentes de tránsito y peatones inimputables (Responsabilidad civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de diez años"-Nota a Fallo – La Ley 1994-C, 470).

La solución adecuada, a mi juicio, es entonces la que considera la incidencia causal del hecho de la víctima inimputable para establecer la proporción en que el presunto autor quedará exonerado de responsabilidad (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, en "Responsabilidad por daños", Ediar, t. III, p. 63). Será suficiente, en ese sentido, que el hecho de la víctima inimputable haya sido concausa en la producción del daño pues entonces el perjuicio no se le podría adjudicar íntegramente al demandado.

Sin embargo, como quedara explicitado, el hecho de la víctima no ha tenido incidencia causal alguna en la producción del resultado dañoso. El arco se encontraba expuesto a caerse y convertirse en una cosa riesgosa ante la menor fuerza que se ejercitara sobre su estructura, tal como sucedió, ya que, por el estado en que se encontraba clavado al piso y la conservación de las bases de la estructura, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, existía una probabilidad razonable de dañosidad para terceros.

Por ello, he de coincidir con el Dr. Fiordelisi en que corresponde atribuir exclusiva responsabilidad del hecho dañoso al Municipio demandado.

2.5. Sentada la exclusiva responsabilidad del Municipio demandado, debo expedirme sobre las indemnizaciones reclamadas, debiendo hacerlo sobre el reclamo en concepto de “Daño material por pérdida de chance”.

La víctima de autos resultó ser un menor de cinco años de edad, próximo a cumplir los seis, implicando ello que no realizaba, lógicamente, actividad lucrativa alguna y se desconocía cuál sería en definitiva el curso que seguiría su vida a través de los años, en orden a desempeño laboral, intelectual, etc.

Por tal razón, lo que debe indemnizarse en tales casos es la "chance" perdida.

Sabido es que, lo que en la "chance" se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no en sí mismo el beneficio esperado. Está en juego una oportunidad que el causante del daño impide. La chance frustrada no importa más que privar a alguien de la oportunidad de participar de un hecho o un evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio, de ahí, que el monto por el daño y su cuantía se determina por la pérdida de oportunidad, lo que naturalmente es menor (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, mi voto en SDL 57/2012; Cám. Nac. Civ., Sala C. 19.10.95, "Piquet, Lucía c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" en Daray, op. cit., p. 188).

Por tales razones, el monto de pesos sesenta mil ($ 60.000.-), con más los intereses en cuanto a la tasa y lapso de tiempo que propone la Dra. de Villafañe me parece justo y equitativo (art. 167, CPCC).

2.6. Soy partidario, al igual que los colegas que me preceden en el voto, de considerar que el daño psicológico no constituye un tercer género de daños resarcibles, sino que éstos son contemplados en el ordenamiento jurídico desde el plano patrimonial o extrapatrimonial, parcelas en las cuales debe quedar subsumido.

No obstante ello, y a tenor de lo reclamado y acreditado mediante pericia de fs. 108/114, estimo que debe reconocerse a los progenitores reclamantes la suma necesaria para afrontar el tratamiento psicoterapéutico que el experto señala en la labor mencionada, el que asciende a pesos treinta y siete mil cuatrocientos cuarenta ($ 37.440), con más los intereses a los que se refieren mis colegas de voto anterior (art. 167, CPCC).

2.7. En cuanto al daño moral reclamado, ninguna duda cabe, con fundamento en el art. 1078, Cód. Civil, de su procedencia en el caso de los actores de autos.

Se trata de reparar (aunque sólo pueda serlo con dinero) los padecimientos y afecciones espirituales de los padres por el fallecimiento de su pequeño hijo, a sabiendas que este tipo de rubro no requiere de prueba en la parcela de la responsabilidad civil extracontractual, operándose *in re ipsa*.

Estimo, al igual que mis colegas de Cámara, que dicha indemnización consistirá en la suma de pesos ochenta mil ($ 80.000.-), con más intereses en el modo en que ellos lo proponen (art. 167, Cód. Civil).

3. Por las razones expuestas, coincido con mis colegas de Cámara en cuanto a la procedencia de la acción y su cuantificación, dejando a salvo que he coincidido con el Dr. Fiordelisi en lo que fuera materia de disidencia sobre una cuestión esencial, es decir la atribución total de responsabilidad a la Municipalidad demandada en el hecho de autos.

4. Coincido con los Sres. Jueces de voto anterior en que las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas (art. 282, CPCC).

En atención al modo en que se resuelve las mismas deben ser impuestas en su totalidad a la Municipalidad demandada (art. 69, del CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en el modo

en que lo practica el Dr. Fiordelisi, en atención al mérito, calidad y extensión de las tareas desarrolladas en esa sede (arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46, 60 y cc, ley arancelaria).

5. Las costas de esta Instancia deben ser soportadas por la Municipalidad demandada (art. 69, del CPCC).
En virtud de ello los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser regulados en el modo en que lo practica el Dr. Fiordelisi (arts. 3, 5, 7 y 13, ley arancelaria), en atención al mérito, calidad y resultado obtenido.

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:
Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:
1) **REVOCAR** la sentencia de fs. 163/167.
2) **ADMITIR PARCIALMENTE** la demanda incoada por E. O. O. y D. E. A. contra la Municipalidad de Puerto Madryn.
3) **CONDENAR** a la demandada a pagar a cada uno de los actores, dentro de los diez días de quedar firme el presente pronunciamiento los siguientes rubros: 1) por indemnización del daño material la suma de $ 141.952 (Pesos ciento cuarenta y un mil novecientos cincuenta y dos) y 2) por indemnización del "daño moral" la suma de $ 64.000 (Pesos sesenta y cuatro mil), con más los intereses a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos, desde la mora y hasta el efectivo pago (art. 622 y concs. Cód.Civil).
4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS que corresponden a la Primera Instancia, imponiendo las mismas en un 80 % a la parte demandada y en un 20% a los actores (art. 69 2da parte CPCC); regulándose

los honorarios de la letrada apoderada de los actores, M. A., en el 18 %; los de los letrados apoderados de la parte demandada Ab. G. H. en el 8 % y los del Ab. T. R. en el 6% y los de la perito psicóloga M. A. V. en el 5 % del monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. si correspondiere (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46,60 y concs. Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5) **IMPONER** las costas de la Alzada a la parte demandada en un 80 % y a la actora en el 20% (conf. art. 69 2da parte del CPCC), regulándose los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Ab. M. A. en el 30 % y al Ab. T. R. en el 25 % de los honorarios que les corresponden por su labor en primera instancia (conf. arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.).

6) De forma.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Por no compartir el voto de la Sra. Jueza preopinante, y teniendo en cuenta el voto que habrá de emitir el Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis Vivas, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR** la sentencia dictada a fs. 163/167.
2) **ADMITIR** la demanda interpuesta por E. O. O. y D. E. A. contra la Municipalidad de Puerto Madryn.
3) **CONDENAR** a la Municipalidad de Puerto Madryn a abonar a los actores E. O. O. y D. E. A. los siguientes importes: a) la suma de $ 120.000.- (Ciento Veinte Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Material por Pérdida de Chance", con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago; b) la suma de $ 74.880.- (Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Ochenta Pesos) como indemnización por el "Gasto por el Costo de

Tratamientos Psicológicos", con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 22 de Noviembre de 2011 al pago efectivo y c) la suma de $ 160.000.- (Ciento Sesenta Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Moral", con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago.

4) **ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS** que corresponden a la Primera Instancia las cuales se imponen en su totalidad a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales actuantes y por la labor allí desarrollada de la siguiente manera: los de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 18% del monto del proceso que oportunamente se determine en la etapa de ejecución de sentencia; los del Dres. G. D. H. y T. R., letrados apoderados de la parte demandada, en el 8% y el 6% respectivamente del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia y los de la Perito Psicóloga M. A. M. V. en el 4% del monto del proceso que se determine en la forma indicada, en todos los casos con más el I.V.A. en caso de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) **IMPONER** las costas de la Alzada a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 35% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. T. R., letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en primera instancia, en ambos casos con más el I.V.A. de así corresponder (arts. 3, 5, 7, 13 y concs. Ley Arancelaria y su modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Sr. Juez de Cámara, Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Septiembre de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 163/167.

2) ADMITIR la demanda interpuesta por E. O. O. y D. E. A. contra la Municipalidad de Puerto Madryn.

3) CONDENAR a la Municipalidad de Puerto Madryn a abonar a los actores E. O. O. y D. E. A. los siguientes importes: a) la suma de $ 120.000.- (Ciento Veinte Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Material por Pérdida de Chance", con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago; b) la suma de $ 74.880.- (Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Ochenta Pesos) como indemnización por el "Gasto por el Costo de Tratamientos Psicológicos", con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 22 de Noviembre de 2011 al pago efectivo y c) la suma de $ 160.000.- (Ciento Sesenta Mil Pesos) como indemnización por el "Daño Moral", con

más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el día 05 de Agosto de 2007 al efectivo pago.

4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS que corresponden a la Primera Instancia las cuales se imponen en su totalidad a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los profesionales actuantes y por la labor allí desarrollada de la siguiente manera: los de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 18% del monto del proceso que oportunamente se determine en la etapa de ejecución de sentencia; los del Dres. G. D. H. y T. R., letrados apoderados de la parte demandada, en el 8% y el 6% respectivamente del monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de sentencia y los de la Perito Psicóloga M. A. M. V. en el 4% del monto del proceso que se determine en la forma indicada, en todos los casos con más el I.V.A. en caso de así corresponder (conf. Arts. 3, 5, 6, 7, 9, 18, 38, 46, 60 y _onos. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

5) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. N. A., letrada apoderada de la parte actora, en el 35% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. T. R., letrado apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en primera instancia, en ambos casos con más el I.V.A. de así corresponder (arts. 3, 5, 7, 13 y concs. Ley Arancelaria y su modificat.).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente **DEVUELVASE.**

Registrada bajo Nº /2013 SDC.