En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., J. M. c/ V. F., M. V. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 615/16,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 445/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 909) y autos de fs. 922/931, correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 847/855? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

A fs. 847/855ref., la sentencia dictada rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. En el punto siguiente hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada a pagar al actor, J. M. G., en carácter de heredero de la parte actora G. B. O., la suma de $372.000, plazo 10 días, con más intereses. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

Apela la parte actora bajo representación acreditada a fs. 857ref. Por derecho propio apela la Dra. A. K. Jurado a fs.

858, con carácter que se dicta a de aclaratoria, la fs. 864/864vta. Por la demandada apela a fs. 859.

La parte demandada funda el recurso a fs. 886/889. Considera arbitraria la sentencia que genera un enriquecimiento patrimonial a favor de la actora a costa de su representada. Considera la defensa de arbitrariedad interpuesta como una subespecie en la cual se violan algunos principios lógicos, especialmente el de razón suficiente, que sindica como violación del principio de no contradicción (punto 1° de fs. 886vta.). Afirma violado el inc.4° del art. 34 CProc., en el caso concreto los arts. 34 y 165 del cit. código, afirmando que no existe coherencia entre la norma aplicada al caso, los antecedentes de la causa y la conclusión arribada. En punto 2° - Violación del principio de razón suficiente (fs. 887), afirma que la fundamentación es solo aparente basado en premisas falsas y revela defectos de graves razonamientos. Punto IV – Fundamentos: Impugna el rechazo de la excepción de falta de legitimación, señalando lo que estima únicos fundamentos del fallo –el conocimiento que no contaba con habilitación comercial ni con las medidas de seguridad-. Por otra parte, la violación de la Municipalidad de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 y concords.) y con lo que ha encontrado suficientemente acreditado la relación causal. Al respecto sostiene la recurrente que la sentencia yerra al sostener que la Municipalidad debía clausurar el comercio en el que se verificó el siniestro de fecha 1/11/2008 y que en razón de los dichos que se desprenden del accionante, la muerte fue consecuencia directa de la forma en que la Sra. V. colocó la mercadería, máxime teniendo en cuenta que el lamentable accidente se suscitó en el depósito de la maderera. Sostiene que la presencia del cliente es un

hecho que la Municipalidad no tiene contralor ni deber de control, por lo que no emerge de la norma un deber puntual. Sostiene que el deber de policía no es suficiente. Cita doctrina de la CSJN sin individualizar el caso y opinión del autor Marienhoff. Reserva el caso federal.

Los agravios de la parte actora a fs. 890 y ss., formula el primero por la exigua suma fijada por el valor vida, que califica de arbitrario, ajeno a las especiales circunstancias de la causa. Transcribe los fundamentos del fallo relativo a la evaluación del sentenciante por la pérdida derivada de la muerte del hijo, califica a título de pérdida de chance, que señala consiste en una ganancia eventual, según el grado de mayor o menor probabilidad de convertirse en cierta.

Señala sus lineamientos, enunciados que la apelante estima correctos, pero que sorpresivamente fija una suma irrisoria, si bien señala la razón de la sentencia por eventuales compromisos sociales y familiares que habrían disminuido la contribución. En cualquier hipótesis considera exiguo el monto fijado, sin considerar que la actora tenía un problema de salud grave con lo que alude a la pericia cardiológica, que el padre ya había fallecido y el hijo tenía 19 años, era soltero y vivía con su madre, con lo que el beneficio que esperaba de su hijo iba más allá de lo monetario. Formula cálculo matemático de supuesta contribución mensual, que solo alcanzaría a 4 años por la suma fijada. Segundo agravio. Desestimación de la incapacidad sobreviniente –la supuesta inclusión en el daño moral que no fue tal–. La violación del principio de reparación plena que rige la materia al omitir patologías invalidantes sufridas por el fallecimiento.

Impugna el rechazo del daño psíquico por no constituir un daño autónomo, contraponiendo que fue reclamado por una doble circunstancia que fue probada;

la patología psicológica sufrida por el fallecimiento de su hijo –ansiedad depresiva– y patologías cardíaca agravada por el fallecimiento. Afirma que la afección psicológica tiene carácter patológico e invalidante. Punto que vincula a la pericial de Lic. J. M. F. M., a cuyo respecto concluye que existe en la actora cierta pérdida de vitalidad general y por lo que concluye sobre la existencia de un estado depresivo se habría instalado en la vida anímica de la parte actora.

Afirma consiguientemente que debe considerarse en forma apartada el daño moral. En el punto 2 de fs. 893, expone que luego del fallecimiento del hijo de la actora, empeora la patología cardíaca, estrés y depresión, que dictamina el perito es una evolución que incluso puede llevar a un trasplante cardíaco.

Critica que la sentencia no lo considera y que le constituye agravio. Entiende que el fallo incurre en arbitrariedad y que en esta alzada debe hacerse lugar al mismo y sin quedar encasillado el monto estimado en la demanda, indemnizar en el presente en un monto no inferior a los $500,000. Tercer agravio. Gastos de tratamiento terapéuticos. Impugna asimismo la cuantificación del rubro, si bien con la pericia psicológica y las sesiones necesarias, debía evaluarse en conjunto con las aclaraciones dadas por el perito Lic. F., que dictaminaba una consulta semanal de $400, lo que daría $76.800. Salva no obstante que el valor puede variar según el profesional. Concluye que queda evidenciado un tratamiento de $230.400, lo que también demuestra el yerro de la sentencia. Cuarto agravio: Exigua suma fijada para el daño moral – Inexistencia de reparación integral.

Afirma como erróneo el enfoque de la sentencia para determinar el daño moral, al establecer una distribución porcentual en función del fallecimiento del marido, sin

advertir el dictamen del perito Lic. J. M. F. M., que el fallecimiento de M. tuvo una doble inscripción traumática; la resignificación de pérdidas anteriores, el fallecimiento del marido seis años antes; que ambas pérdidas han forzado un trabajo de duelo que se observa con actual vigencia y que se encuentra apuntalado sobre dolores musculares y limitaciones motrices producto de la miopatía que padece la actora. Frente a ello argumenta la recurrente que resignificación no es sinónimo de concausa, con lo que sostiene que el fallecimiento del hijo de la Sra. O. es causa única y determinante del padecimiento sufrido y por lo que se reclama, aunque agrega después que el fallecimiento de M. reeditó el duelo del fallecimiento del marido y ambas pérdidas observan igual vigencia y es "claro que la muerte de M. resulta la causa, ya sea por el fallecimiento directo por la muerte de este en carácter de hijo, como por la resignificación que esta produjo. Concluye entonces que la reducción del 50% carece de fundamento. Peticiona en definitiva previo traslado a la contraria se revoque en el sentido del recurso.

La demandada contesta los agravios a fs. 897/898vta. y la parte actora contesta los agravios a fs. 899/9067vta.

Tratamiento de los agravios:

Por su orden, se tratan los agravios interpuestos por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (fs. 886/889), cuyo examen indican la oposición de principios, "no contradicción", "de razón suficiente", hasta allí de enunciación teórica, con lo que su implicancia no puede sino quedar remitida al referir en el punto IV de fs. 887 el material de la sentencia puesto en recurso.

Del conjunto de los fundamentos surge que la queja por el rechazo de la sentencia de la falta de legitimación pasiva opuesta en su oportunidad por el

órgano comunal, queda subsumida por la recurrente en la controversia respecto a la relación causal para sostener su falta de legitimación pasiva, con lo que deja sin discusión el punto dirimente por el que el fallo rechaza la ausencia de

legitimación invocada. Lo expone a fs. 899, anteúltimo párrafo, cuando advierte que el excepcionante plantea la falta de legitimación pasiva con referencia al deber de resarcir, pero no cuestiona su aptitud para estar en juicio, razón por la que desestima la excepción planteada "por exceder el campo previsto para esta defensa".

El rechazo de la excepción queda en consecuencia firme, siendo por otra parte decisión correcta, ya que la falta de legitimación pasiva se habría configurado de no ser la demandada la titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la accionante, aspectos no puestos en discusión, sí la fundabilidad de la responsabilidad asignada.

Es en este último ámbito donde repercute la defensa, contraponiendo que la sentencia yerra los fundamentos de imputabilidad, la obligación general de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, que es conducta cuya omisión le impone las consecuencias del que ha causado un daño a otro (art. 1074, 1109 y concords. del Código Civil) y que debió "clausurar aunque sea preventivamente el comercio en el que se verificó el siniestro.

Niega la Municipalidad apelante tales razones para considerarla responsable, con lo que dice los propios dichos de la accionante que la muerte fue consecuencia de la forma en que la Sra. V. F., propietaria del comercio, colocó las mercaderías, depósito de la maderera, hecho sobre el cual la Municipalidad no tiene contralor, ni deber de control.

La actora procura la deserción de la defensa interpuesta con base que cita en la ausencia de demostración punto por punto por los cuales el pronunciamiento se considera injusto (fs. 899vta.), pero no pone en evidencia cuál es la crítica concreta y razonada de la sentencia que destruya la concreción de la premisa que centraliza el agravio.

Es más, de la lectura del fallo y antecedentes fundantes, de los autores Cassagne, Marienhoff y que los autores citados señalan que para comprometer la responsabilidad del Estado debe asimismo cumplirse el factor de atribución y relación de causalidad; o de la amplitud de los votos del Dr. Royer y Dr. Caneo, extraña la conclusión del fallo que el conocimiento que el comercio no contaba con la habilitación comercial vencida y que debió clausurar, lo constituya en factor de atribución y causalidad de la muerte del joven G., o como lo sostiene la contestante actora de los agravios, que existe evidente relación de causalidad adecuada entre la omisión del municipio de clausurar el local comercial que no había cumplido con la intimación del Acta de Constatación N° 47697 y la muerte de M. G., ya que de haberlo clausurado, la muerte "no se hubiera producido".

También argumenta la contestante a fs. 901 con parte de los textos de doctrina del S.T.J., respecto a la omisión de un concreto servicio razonablemente exigible, o la obligación de prestar un servicio público en condiciones adecuadas. Tales textos no se discuten, pero no se acercan al facto, el hecho o concreto que importa el lamentable accidente.

La doctrina integral la suministran precisamente los fallos a los que corresponden los votos que consigna la sentencia de los Dres. Royer y Caneo (fs. 851/852) y

que cristaliza este último. Si bien dice el magistrado, parte de la doctrina sostiene que el hecho que la obligación no sea concreta y determinada no libera al Estado, no la comparte de ese modo, pues se corre el riesgo de responsabilizar al Estado por todo. Que si se aplicaran las previsiones del art. 1074 CC, prácticamente no habría ilícito por el que no se pudiera hacer actuar la responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio del poder de policía. Debe existir, dice después, la normativización de un deber concreto y no un deber que opere en forma genérica y difusa.

Los conceptos traen a colación que tal es la doctrina que impera en esta Cámara. Así, el voto del suscripto en los autos caratulados "R., J. C. c/ C., T. H. y otros s/ sumario", expte. N° 11.275/1999: "… la responsabilidad del Estado comunal por omisión del servicio como causa del un daño y que la tendencia en las sentencias de la Corte Suprema "es coincidente en señalarla como objetiva. Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los daños causados por su incumplimiento o su ejecución irregular; esta idea objetiva de falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación subsidiaria del art. 1112 del Código Civil..." (cita: "Derecho y reparación de daños – Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. 1.Responsabilidad del Estado. Daños a particulares y empresas", autores Ghersi- Rosello – Hise, pág. 29/30, ed. Universidad, año 1998)".

Luego señalan los autores citados que la Corte Suprema, no obstante la responsabilidad admitida los jueces deben actuar con suma prudencia en los resarcimientos pretendidos (C.S.15/8/95, "Godoy, Miguel A. v. Banco Central de la República Argentina", Rep. J.A. 1997, pág. 493, n° 437, sint.), verificando a más

de la existencia del daño, la prueba de la ligazón de la causa del daño con la omisión en el cumplimiento de la función, "sería una especie de relación de causalidad dentro del primer término de la relación propia de la responsabilidad, es decir, aquella que liga al hecho humano –conducta u omisión del Estado– con el daño. Para dar lugar a la indemnización por falta de servicio no basta con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificar singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en lo producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad" – Román S.A.C. c/ Estado Nacional – Ministerio de Educación y Justicia s/cobro de pesos-" 13/10/94 (pág. 31, Ghersi..., ob.cit.).

Por ello, las condiciones de responsabilidad objetiva del Estado las define la Corte Suprema: "El reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exige la demostración de la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue" (C.S.15/8/95, "Revestek S.A. v. B.C.R.A. y otro" – Rep. J.A.1997-492, n° 424).

Frente a tales exigencias de la Corte, la afirmación de la demandada respecto a la existencia de una "evidente relación de causalidad adecuada" resulta remota. Es claro que las causas para que se produzca un hecho dañoso son múltiples –si se hubiere clausurado el comercio el siniestro no se habría producido– pero el derecho acoge solo aquellas que constituyen la causa eficiente del resultado y esclarece la Corte Suprema, que sea directa, inmediata y exclusiva (causalidad en el ámbito jurídico). No es posible sostener que las omisiones acusadas constituían la causa adecuada, porque

no es del curso ordinario de las cosas que la falta de clausura sea causa directa y eficiente del resultado luctuoso (art. 906 CC.). El vínculo causal exige una efectiva y adecuada relación entre una acción u omisión y el daño, "este debe haber sido causado u ocasionado por aquél" (*cf*. "El principio de causalidad adecuada en un esclarecedor fallo", por Isidoro Goldenberg, en J.A. 1997-II-190 y ss.).

Por todo lo expuesto, debe hacerse lugar parcialmente a los agravios interpuestos por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, confirmando el rechazo de falta de legitimación y rechazarse la demanda a su respecto.

Agravios de la parte actora de fs. 890/895:

Conforme se han examinado los agravios, respecto al rubro valor vida reconoce la apelante que los lineamientos del fallo resultan correctos, aunque de inmediato le adjudica que la sentencia sin más argumento fija una exigua suma indemnizatoria de $100.000.

No obstante entender que los lineamientos resultan correctos, dice después que existen omisiones, cono el padre fallecido, que era hijo soltero que vivía con su madre y que trabajaba en "Veterinaria del Sur" y aportaba al hogar que vivía con su madre.

Con ello la recurrente resulta contradictoria si reconoce como correctos los lineamientos, tiene en cuenta el vínculo familiar con su progenitora G. B. O., como circunstancias conexas respecto a la reclamante, necesidad asistencial, posición económica, social y vida probable.

Son los puntos precedentes expuestos por la propia agraviada, con lo que no puede demostrar realmente que los conceptos señalados como omitidos no se encuentren comprendidos dentro del monto establecido por el juez, de lo contrario el sentenciante estaría determinando un monto desprovisto de todo contenido.

Por otra parte la indemnización se encuentra enraizada en la pérdida de chance por la muerte del hijo, institución ajena a toda técnica de un lucro cesante, sin perjuicio de advertir que el impugnante aventura un aporte al hogar que compartía con la madre, aporte en definitiva carente de prueba, en tanto la testigo A. B. F., amiga y vecina de la actora, contesta además que el hijo estaba terminando el secundario, empezó a trabajar en la veterinaria hacía un mes y no alcanzó a cobrar.

Por lo expuesto propugno la confirmación del monto indemnizatorio del rubro establecido en la sentencia.

Segundo agravio. Desestimación de la incapacidad sobreviniente. Supuesta inclusión en el daño moral que no fue tal. La violación del principio de reparación plena que rige la materia al omitir las patologías invalidantes sufridas por el fallecimiento.

Sostiene que el sentenciante confunde el reclamo del rubro refiriendo que el daño psíquico no constituye un daño autónomo, empero contrapone que el presente fue reclamado por una doble circunstancia, una patología psicológica sufrida por el fallecimiento del hijo (duelo patológico; ansiedades depresivas) y otra patología cardíaca agravadas por el mismo fallecimiento del hijo, que derivó “en su temprano fallecimiento lo que demuestra definitivamente la incapacidad sobrevinientes sufrida, que ambas generan una incapacidad sobreviniente que debe ser indemnizada.

Se entiende el agravio de la recurrente, donde el juez sin preámbulos se introduce en el punto 2 de fs. 853 en la negativa de la lesión psíquica, no obstante a la vuelta del folio en punto 3., en función de la pericia psicológica del perito Lic. F., reconoce gastos por tratamiento psicológico en la suma de $57.600.

Por lo demás, no puede sino objetarse que el modo demandado como "Incapacidad sobreviniente" a fs. 133, punto 2, pretendiendo un daño autónomo por la suma de $150.000 como daño a la integridad física proveniente del mismo acontecimiento desencadenante, debió contar con la prueba específica e individualizada que demostrara el grado de la patología psíquica como daño a la integridad física y su consecuente incapacidad sobreviniente, pero tal objetivo no fue encomendado a la pericia del Lic. F., cuyas consecuencias reparadoras solo se remiten al costo del tratamiento psicológico.

La sola procedencia establecida en la sentencia –que no resulta negada por la codemanda actuante en juicio, solo aponiéndose a su ampliación– debe ser confirmada, siendo jurisprudencia de esta Cámara que la sustancia espiritual que posee la noción de daño moral, muestra una coincidencia fáctica con la lesión psíquica, sin que se resarza esta última como entidad autónoma (*cf*. Rep. J.A. 1997, pág. 476 Nos. 221, 222, 223, 224).

Se rechaza el segundo agravio.

Gastos de tratamientos terapéuticos:

Sostiene la recurrente que si bien resulta acorde para cuantificar el rubro en cuestión, se toma como base lo aportado por la pericial psicológica a fs. 674/684, la que determina un monto para gastos de tratamiento de $57.700, cuando después asigna en valor de la consulta semanal en $400, modifica la suma indicada, que incluso señala que el valor puede cambiar dependiendo del profesional actuante, pero que además, omitió considerar los 4 años con lo que en definitiva el mismo especialista sugirió para la Sra. O. un tratamiento por 4 años aproximadamente, lo que indica la suma de $230.400.

Las objeciones son para la pretensión de este monto claramente omisivas, desde que silencia que formula el cálculo en base a tres (3) sesiones semanales, cuando

la frecuencia recomendada del experto solo fue de una (1) sesión semanal.

Por otra parte, el valor de la sesión de $300 que formula la pericia al momento de su producción, es clara su proyección valorizada al tiempo de la demanda por los cuatro (4) años que también es considerado por el Licenciado (192 sesiones), ya que no se ajusta a derecho pretender incrementos hacia lo futuro del dictamen que es de fecha 9/9/2014, dado el fallecimiento de la Sra. O. el

29/12/2014.

Por lo expuesto, se confirma la decisión jurisdiccional.

Cuarto agravio: La exigua suma fijada para el rubro daño moral – Inexistencia de reparación integral. Arbitrariedad en la fijación del monto.

Se impugnan los argumentos del fallo que atendiendo la reclamación por daño moral, considera la pericia del licenciado F., en lo que define que la muerte del hijo tuvo una resignificación por anterior fallecimiento del marido de la actora, siendo concausa con los padecimientos patológicos y clínicos de la parte actora, la inicial demandante.

Controvierte la recurrente que la resignificación dicha por el profesional no es sinónimo de concausa, siendo el fallecimiento del hijo la causa única y determinante de los padecimientos sufridos y aquí reclamados.

Es esta última concepción no resulta en la demanda con precisión que ahora se declara, pero es más, precisamente la pericia funda la conclusión del sentenciante, porque dictamina el dolor moral consustanciado en ambas pérdidas familiares, tanto cuando responde a los puntos propuestos por la actora como respecto a los de la codemandada. Así, cuando

señala que la sintomatología reactiva de las pérdidas sufridas por la actora comienzan por la repentina muerte de su marido, agravándose con la pérdida de M., lo que incluso motivaba por entonces un tratamiento terapéutico por tales circunstancias (punto G. de fs. 703). Después, al responder los puntos periciales propuestos por la codemandada, declara en forma contundente que el "…informe entiende la muerte del marido de la actora concausa de los indicadores patológicos y clínicos tanto médicos como psicológicos, hallados en el marco del duelo por la abrupta muerte de M." (fs. 704, 3er.párr.).

Lo expuesto demuestra, la influencia concausal perfectamente entendida por la sentencia.

Por lo expuesto se rechaza el agravio y confirma la proporcionalidad que justifica el pronunciamiento apelado.

En resumen, el recurso de la parte actora debe ser rechazado y hacer lugar al interpuesto por la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

Costas: por lo expuesto, las costas de la primera instancia deben ser readecuadas, en cuando a la procedencia contra la codemandada M. V. V. F., se confirman a cargo de esta parte (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico). En cuanto se rechaza contra la codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, las costas a la parte actora (art. y ley cit.).

Honorarios de primera instancia: Atento a la regulación en porcentuales y las motivaciones que se ajustan a derecho, se confirman en cuanto prospera la demanda de los letrados particulares, Defensa Pública y peritos.

En cuanto se rechaza la demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los honorarios conjuntos del Dr. G. C. y Dra. M. G.,

1ra.etapa, en 8%, para las restantes los conjuntos del Dr. G. C., Dra. M. G., Dr. O. R. H., Manuel F. M. e I. A. V., en 12% y los del Dr. N. A. D., en 18%, de los montos del juicio y más IVA si correspondiere.

Para la segunda instancia, atento a la incidencia de los trabajos profesionales para el conjunto de partes y su resultado, las costas corresponden por su orden (art. 69, 2da.parte Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico). Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4 del Digesto cit., arts. 5, 6, 8, 9 13 y concords., el mérito de los trabajos profesionales, por lo que propongo los honorarios del Dr. N. A. D., en cuanto prospera la demanda en el 30% y los de la Dra. M. A. G. en 25%; en el rechazo de la acción, propongo los honorarios de la Dra. M. A. G. en 30% y los del Dr. N. A. D. en 25%; en todos los casos de los que correspondan por cada parte en primera instancia y restantes alcances.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte y actora -su continuadora sucesoria- J. M. G., fundado a fs. 890/895, contra la sentencia de fs. 847/855, la que se confirma con los alcances de los puntos siguientes.

2) Declarar procedente el recurso interpuesto por la parte codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, fundado a fs. 886/889, contra la sentencia aludida, con los alcances de los puntos siguientes.

3) Confirmar el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 847/855.

4) Confirmar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a la demanda interpuesta por la parte actora –su continuadora sucesoria J. M. G.- y condena a la parte codemandada M. V. V. F. al pago de la suma de $372.600 con los restantes

alcances y revocarla en lo que comprende a la codemandada Municipalidad del Comodoro Rivadavia, rechazando la demanda interpuesta por la parte actora a su respecto.

5) Confirmar parcialmente el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a las costas contra la codemandada M. V. V. F. y regulación de honorarios del punto que se le imponen.

6) En cuando se rechaza la demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, imponer las costas a la parte actora –su continuadora sucesoria J. M. G.-, a cuyo fin se proponen las regulaciones de honorarios de conformidad al considerando respectivo.

7) Costas de la alzada por su orden, a cuyo fin se proponen los honorarios del considerando correspondiente.

8) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 857, agravios fs. 890/895) y la parte demandada (fs. 859, agravios fs. 886/889). El traslado de los agravios fue contestado a fs. 897/898 y fs. 899/906.

I. Antecedentes:

En acotada síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. G. B. O. promovió formal demanda sumaria por daños y perjuicios derivados del accidente en que perdiera la vida su hijo M. N. G., contra la Sra. M. V. V. F., la que cuantificó en la suma de pesos novecientos treinta mil doscientos ($930.200), según resultara de los rubros que luego individualizara: valor vida, incapacidad sobreviniente gastos por tratamientos

terapéuticos, gastos de sepelio y daño moral. Ofreció prueba, Reservó el caso federal.

Oportunamente amplió demanda incorporando nueva prueba y demandando asimismo a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Corrido el traslado de la demanda, se presentó la accionada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, la que opuso al progreso de la demanda excepción de falta de legitimación pasiva, cuyo tratamiento fue diferido para el momento de la sentencia. Cumplió con la carga procesal negando hechos. Desconoció documental. Rechazó los rubros indemnizatorios solicitados. Ofreció su prueba. Hizo reserva del caso federal. Pidió se rechace la acción con costas. Atento a su incomparecencia, la codemandada V. F. fue declarada rebelde. Luego ello fue revocado. Se asignó a la codemandada V. F. Defensor Oficial, quien se hizo presente en el proceso a efectos de tomar participación. Se produjo la prueba. En el transcurso del proceso falleció la actora y tomó participación su hijo J. M. G.. Alegó la parte actora. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia. Hizo lugar a la demanda. En consecuencia, condenó a la demandada, M. V. V. F., y de manera solidaria a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a pagar al actor, Sr. J. M. G. en carácter de heredero de la actora, G. B. O., la suma de pesos trescientos setenta y dos mil seiscientos ($372.600), dentro de los diez días de quedar firme o consentido el decisorio, con más los intereses a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia desde las fechas que en cada rubro fue indicado en los considerandos respectivos, hasta su cancelación total y definitiva, en concepto de pérdida de valor vida, gastos terapéuticos, daño moral y gastos

de sepelio. Impuso las costas a las demandadas vencidas (art. 69 del CPCCh, texto *cf*. Ley XIII-5). Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron actora y demandada. El recurso de la primera se centró sobre la exigua suma fijada para el valor vida e irrazonable y arbitrario monto fijado al no considerar las especiales circunstancias de la causa; la desestimación de la incapacidad sobreviniente, supuesta inclusión en el daño moral que no fue tal, violación del principio de reparación plena que rige la materia al omitir patologías invalidantes sufridas por el fallecimiento; la cuantificación errónea de los gastos de tratamientos terapéuticos a partir de los parámetros de la pericia obviando las explicaciones de la misma; y la inexistencia de reparación integral y arbitrariedad en la exigua suma fijada para el rubro daño moral. Respecto de la parte demandada, criticó el fallo por arbitrario por violación al principio de contradicción y de razón suficiente, quejándose por el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva y la consecuente atribución de responsabilidad por el hecho dañoso.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos,

248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia,* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED 212-107).

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando ocurriera el siniestro, razón por la que corresponde sea juzgado a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Ingresando en dicha tarea, pongo de resalto que la plataforma fáctica ha sido ya resumida adecuadamente en el enjundioso voto de mi colega preopinante, razón bastante por la que me eximiré de reiterar aquí el detalle nuevamente.

Atendiendo en primer lugar a los agravios de la parte actora, adelanto que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de los mismos en el marco de la impugnación formulada, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que

se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347197 entre otros).

En evidente que el quejoso se agravia en general de los montos correspondientes a las partidas reconocidas en el fallo, con excepción de aquella puntual que no recibiera admisión.

En lo que hace al valor vida, así catalogado por el demandante, y recordando una vez más las enseñanzas de la querida Matilde Zavala de G., decía esta que desde una visión axiológica de lo que es o lo que debe ser una familia, los padres tienen la expectativa de que los hijos sean en el futuro un sostén ante cualquier contingencia problemática, cuya posibilidad aumenta con el correr de los años. Este daño es resarcible no como daño consumado, sino como pérdida de una "chance". También señalaba la autora que la "chance" de ayuda futura es presumible en principio, cualquiera sea la condición económica de los padres. Pero dicha inferencia es especialmente fundada tratándose de familias humildes, porque en ellas suele ser casi de rigor la colaboración de los menores en el sostenimiento del hogar (Zavala de G.; Matilde, "Daños a las personas" tomo 2-b, págs. 246 y siguientes). Sin embargo, como la "chance" no ostenta el mismo grado de certidumbre que el de un efectivo lucro cesante, el alcance de la indemnización a acordar por tal concepto es problemático (por serlo la realización de la "chance" misma) y al igual que en el caso del daño moral, entronca bastante con el prudente arbitrio judicial ("Resarcimiento de daños", T. 2, pág. 274). Entendiendo que tal arbitrio debe encausarse en pautas de la realidad, sin que ello signifique atenerse a fórmulas matemática estrictas, interpreto que el señor juez de grado hizo concreta

referencia a aquellas (fs. 853), circunstancia esta reconocida por el propio apelante, y el monto fijado por el rubro se vinculó con las reglas de la sana crítica que el juzgador tuvo en miras de acuerdo no solo con las probanzas de autos, sino también con los hechos acaecidos en el devenir del proceso, razón por la que propondré su confirmación.

Respecto de la incapacidad sobreviniente y el pedido de indemnización por el daño psicológico, lo he sostenido siempre y lo vuelvo a reiterar, aprendí hace muchos años de las enseñanzas del Dr. Alberto Bueres que el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba dos categorías: el daño patrimonial y el daño moral. Al primero se refieren -o más bien se referían- los arts. 519, 1068 y 1069, en tanto que al segundo atañen los arts. 522 y 1078. Las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general -en sus bienes esenciales- no son daños, sino menoscabos de índole material, los cuales pueden ser fuentes de daños resarcibles (o injustos) si conculcan intereses económicos o espirituales. "El daño moral y el daño patrimonial constituyen las dos categorías de daño resarcible, sin que pueda hablarse de la existencia de un tercer género: solo existen el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (*cf*. Bueres, Alberto J., "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", Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pág. 263; coinciden Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de G., Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2a – "Daños a las personas", Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33).

Si bien es cierto que algunos autores aislados han postulado la independencia del daño psicológico considerándolo un *tertium genus*, vale decir una tercera categoría autónoma del daño material y el daño moral, no cabe duda ya que tal corriente de pensamiento ha perdido fuerza en virtud de los sólidos argumentos sustentados por autorizada doctrina en la materia. Entonces, a la hora de indemnizar el daño moral, entiendo debe encontrarse comprendido el resarcimiento por el daño psicológico, sin que corresponda hacerlo por separado. Confirmaré lo decidido en el fallo de grado.

En cuanto a los gastos terapéuticos, advierto que tanto su otorgamiento como su consecuente cuantificación derivan de la pericia psicológica obrante a fs. 699/704 (se aprecia un error involuntario en la foliatura indicada en la sentencia). Si bien existió por parte de la actora un pedido de explicaciones posterior (fs. 722), es claro que el mismo resultó carente de todo sentido desde que el profesional informó acabadamente el punto en cuestión a fs. 703 *in fine*. Así queda expuesto en el escrito en que brindara las explicaciones agregado a fs. 747, y si algún planteo mereciera el valor actualizado de la consulta, pues no debe perderse de vista que el informe de referencia está datado 17 de diciembre de 2014, y la actora falleció el día 29 del mismo mes y año. Huelga aclara además que el principio de la *reformatio in pejus* impide modificar lo ya decidido y que no fuera motivo de apelación por la contraparte, por lo que solo resta confirmar lo decidido en la instancia de grado.

Por último, el daño moral. La jurisprudencia se ha pronunciado sosteniendo: "… evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no solo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada

racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere por caso su particular comprensión del dolor ajeno" (Tribunal Superior de Justicia Cba., Sentencia n° 30 del 10 de abril de 2001).

Frente a la demanda impetrada, el juez atendió al monto solicitado por dicho concepto, entendiéndolo adecuado. Mas, a la hora de resolver tuvo presente que el propio informe psicológico al que antes me refiriera hizo expresa referencia a la noción de "concausa". En efecto, los trastornos apreciados por el profesional fueron ligados por este, en parte a la pérdida experimentada por la actora por el fallecimiento del marido, y luego el del hijo –esta última que diera lugar a la acción de marras-, por tanto, y en virtud de dicho extremo, es que juzgó adecuado hacer lugar al 50% del monto pretendido, lo que aparece como correcto, más aún teniendo en cuenta que el diagnóstico que refirió la concausa como originaria de la salud de la actora no fue objeto de impugnación ni pedido de explicación por ninguna de las partes. Confirmaré lo resuelto en la sentencia en crisis.

Atendiendo ahora el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, quien se queja por haber resultado condenada en autos. En efecto, cuestiona en principio la solución dada a la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta y a la consecuente imputación de responsabilidad.

Antes de hacerlo, no se me escapa el pedido de deserción efectuado por la contraria al contestar los agravios. Cierto es que el escrito de expresión de agravios genera dudas en torno al cumplimiento de la suficiencia técnica exigida por el código de forma. Puede ello sustentarse válidamente en razón de su

escasez argumental que, en efecto, bordea el límite de la deserción. Sin perjuicio de ello, tal incertidumbre debe ser resuelta en el marco del aseguramiento del derecho de defensa; es decir, con base en un amplio criterio de admisión.

Repárese que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia expresamente ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal respecto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (*cf*. autos "G. Vda. de F., E.", del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular", del 22-03-00, Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales", del 230301, SAIJ 01150056, entre otros).

Ahora bien, dejando a salvo mi postura en relación con el tema, entiendo que tal criterio de admisión, amplio, no debe ser llevado al extremo que implique su aplicación lisa y llana en todos los casos, sin importar como haya sido interpuesta la apelación, ello dado que los requisitos impuestos por el código procesal en orden a su procedencia también conforman el derecho de defensa, que a veces parece ser valorado únicamente desde la perspectiva del apelante, mas no la del apelado. Sin perjuicio de ello, en el caso particular, considero que debe abrirse la instancia y tratarse el recurso interpuesto, razón por la que desestimaré la solicitud de deserción efectuada. Con todo, adelanto que el recurso impetrado no habrá de prosperar.

Bien señala el colega preopinante que la queja orientada a la defensa de falta de legitimación se funde en el planteo vinculado con la ausencia de relación causal entre el hecho y el daño. Es este en consecuencia el nudo del recurso impetrado, no pudiendo por otra parte serlo la falta de legitimación desde que esta

hubiera existido de no ser la demandada parte en la relación jurídica ventilada en los presentes, lo que de modo alguno puede sostenerse.

Ahora bien, corresponde analizar en el caso concreto si se verifica aquí una relación causal adecuada que imponga en cabeza del Estado municipal el deber de resarcir el daño causado, como lo entendiera el señor juez de grado, o si ello no es así.

Recuerdo entonces en primer lugar que para establecer la causa de un daño, es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquel se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901, C.C.). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: este debe haber sido causado u ocasionado por aquella (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, del Código Civil).

Al respecto, y en relación con dicho elemento componente del acto ilícito y la responsabilidad estatal ha dicho recientemente nuestro Superior Tribunal de Justicia: "Al hablar de la responsabilidad del Estado por una conducta omisiva que ha causado un perjuicio, se impone constatar la presencia de ciertos recaudos para que la negligencia reprochada merezca dicha sanción, puesto que es menester actuar con cautela al momento de juzgarla en la medida que el ejercicio del poder de policía jamás podrá neutralizar la comisión de la totalidad de actos ilícitos que tengan lugar en el ámbito de competencia local. En esta ponderación dicha omisión debe poseer entidad suficiente, es decir, se debe acreditar la violación de un deber jurídico en cabeza del obligado, razonablemente exigible… la responsabilidad estatal no surge por cualquier tipo de conducta o su ausencia, sino cuando una obligación legal

le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción (*cf*. Belluscio, Augusto, Zannoni, Eduardo, "Código Civil", ed. Astrea, Bs. As., 1984, Tomo 5, págs. 93 y 101), es decir, no brota de manera instantánea por aplicación del principio de no dañar a terceros (A. Kemelmajer de Carlucci en la causa: "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza", LL, 1989-C-511). En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema ha sostenido que sería irrazonable que el Estado fuera obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger (*cf*.: CSJN, causa M. 802, XXXV, citado por Juan Carlos Cassagne en su obra "Derecho Administrativo", ed. La Ley, T° II, año 2013, pág. 675). Deben darse entonces, las circunstancias necesarias que impongan al Estado, en el caso Municipal, la obligación de desplegar una conducta, que no se haya llevado a cabo y que haya producido un daño, precisamente, derivado de dicha conducta omisiva. Es que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar los prejuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular" (STJ Chubut, "L.,T. D. C. c/ R., M. A. y otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)" (expte. N° 23.606-L-2015).

En el caso allí analizado, la conducta omisiva del Estado municipal fue interpretada por el alto tribunal como directa causante del daño padecido por la víctima. Se trataba de un vehículo que circulaba en precarias condiciones y que debió ser retenido, según fuera expuesto en el decisorio, por los agentes municipales. De haber sido así, y al no haber

continuado circulando, no hubiera provocado el accidente que diera motivo al proceso allí ventilado.

En el presente, la situación es exactamente igual, ello toda vez que la responsabilidad del municipio podría cuestionarse por el simple hecho de una habilitación vencida –que el comercio poseía– pero cuya constatación no hubiera sido efectuada oportunamente. Mas, aquí, el Municipio tenía conocimiento no solo de la mencionada situación irregular, sino además de la ausencia de seguridad existente en el local (ver fotografías de fs. 8 a 18 e informe de fs. 19 e informe técnico nro. 579/08 fs. 81 a 94). Obsérvese, a mayor abundamiento, que incluso en el marco de las tomas fotográficas se encuentran incorporadas algunas en las que se observa claramente la disposición de tablones de madera, más allá de que no pueda precisarse si alguno de los mismos fue de los que impactó sobre el joven.

No puede caber duda, a mi juicio, de que aquí se configura un claro caso de responsabilidad del Estado derivado de la omisión de la debida conducta estatal, por lo que rechazaré los agravios de la demandada y consecuentemente propondré la confirmación del fallo en crisis.

En relación con las costas de esta alzada, atento al modo en que se resuelve, corresponde sean impuestas en el orden causado (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la parte demandada, confirmando en consecuencia el fallo de la instancia de grado en todas sus partes.

2) Imponer las costas de la alzada en el orden acusado (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La Sentencia Definitiva de fs. 847/855, luego de rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, hizo lugar a la demanda y la condenó solidariamente junto con la Sra. M. V. V. F. a resarcir al Sr. J. M. G., en carácter de heredero de la Sra. G. B. O., la suma de $372.600 en el plazo de diez días desde que la resolución se encuentre firme, con más los intereses fijados. Impuso las costas y reguló honorarios.

La parte actora apeló a fs. 857 y expresó agravios a fs. 890/897, que fueron contestados a fs. 897/898.

La codemandada Municipalidad apeló a fs. 859 y expresó agravios a fs. 886/889, los que fueron replicados a fs. 899/906.

Como los antecedentes del caso y el contenido de las expresiones de agravios han sido reseñados por quienes me preceden en la votación, a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles.

El tema que mantiene abierto el debate está constituido por la solución dada al recurso de la Municipalidad.

El juez de grado atribuyó responsabilidad a la Municipalidad local con fundamento en la violación del deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas al haber omitido clausurar el local comercial pese haber constatado que la habilitación municipal

estaba vencida y existir irregularidades en materia de seguridad del local conforme inspección ocular de (fs. 256).

El disenso radica en la existencia de relación de causalidad adecuada entre la omisión del municipio y el resultado del evento –muerte- del joven G..

Es decir, si la conducta omisiva achacada a la Municipalidad –omisión de clausurar- produjo el daño, si tiene suficiente entidad para obligar al Estado municipal a responder por las consecuencias dañosas.

Adelanto que el examen integral de la causa no habilita tener por acreditada la relación de causalidad adecuada o de entidad suficiente para responsabilizar a la codemandada recurrente.

Y doy las razones:

Es dable recordar que la responsabilidad estatal no surge por cualquier tipo de conducta o su ausencia, sino cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción (*cf*. Belluscio, Augusto, Zannoni, Eduardo, "Código Civil", ed. Astrea, Bs. As., 1984, Tomo 5, págs. 93 y 101), es decir, no surge de manera instantánea por aplicación del principio de no dañar a terceros (A. Kemelmajer de Carlucci en la causa: “Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza", LL, 1989-C-511).

En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema ha sostenido que sería irrazonable que el Estado fuera obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger (*cf*.: CSJN, causa Mosca 802, XXXV, citado por Juan Carlos Cassagne en su obra “Derecho Administrativo”, ed. La Ley, T° II, año 2013, pág. 675) (STJCh, voto del Dr. Rebagliatti Russell en SD N° 2/SROE/16).

Es que la omisión antijurídica "... no se configura con el solo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque esta sea de rango constitucional. Habrá que

analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño..." (*cf.*: Beltrán Gambier, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia", La Ley, 1990-E-617, pág. 626).

"Se ha señalado –con meridiana claridad– que en el caso de responsabilidad por omisión, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de haber sido realizado, hubiera tenido con respecto a su resultado o evitación" (ver Rev. de Derecho de Daños 2007-2 "La omisión en el derecho de Daños", ed. Rubinzal Culzoni, cita de pág. 163).

Así, tratándose de una omisión, la ausencia de actividad debe producir un daño que sea consecuencia directa de la misma. El Estado resultará civilmente responsable siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación y el daño producido, en el caso, que la muerte del joven se ocasionó por el incumplimiento de la obligación de clausurar el local.

Si se afirma que el deber de responder deriva de una inacción que merece reproche por haberse omitido ejecutar la conducta debida, será menester establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio –en todo o en parte–, si la falta de actuación causó directamente el daño o si coadyuvó a su producción o lo aumentó.

En tal sentido, el Código Civil aplicable en el caso analógicamente al ámbito de la responsabilidad estatal (art. 7 CCyC), al igual que el nuevo Código Civil y Comercial, receptó la teoría de la causalidad adecuada (art. 906), la cual exige para calificar que un hecho es la causa de un determinado evento dañoso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto agente era

por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Únicamente deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir per *se* el daño.

Por último, cabe señalar que la relación causal no se presume, por lo que debe ser debidamente acreditada sin que baste que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que se requiere además, que en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño (CSJN en "Mosca" citado).

Siguiendo tales entendimientos, advierto que llegó firme a esta alzada que "como consecuencia de la caída de maderas sobre el cuerpo del Sr. G. en fecha 1 de noviembre de 2008, se produjeron graves lesiones que días después, el 6 de noviembre de 2008, provocaran su fallecimiento".

Así lo dijo el juez en un todo de acuerdo con lo sostenido por la actora a fs. 122/123 en su demanda y con fundamento en las constancias de la Historia Clínica, "la precariedad e inseguridad que presentaba el lugar fue la causa del fatal siniestro al caerle súbitamente pesadas maderas sobre su cuerpo", "maderas que se encontraban peligrosamente acopiadas y se desplomaron sorpresivamente" (fs. 169).

Es cierto que mediante las actas Nro. 47697 y 49763 del 29/5/2008 y 22/10/2008 respectivamente en que se dejó constancia del vencimiento de la habilitación comercial y se le requirió informe de seguridad e higiene por profesional competente y certificado de electricista matriculado (art. 4 OM 1633/82 y art. 29 OM 1127/82).

La tesis propuesta por la parte actora consiste en que frente al vencimiento de la Habilitación Municipal

constatado y el incumplimiento de lo requerido por la autoridad competente, el municipio tenía el deber de clausurar. Luego de haber clausurado, el evento dañoso no habría tenido lugar.

No obstante, advierto también que el desplome de las maderas que produjo las lesiones que llevaron a la muerte no hubiera podido ser evitado con la pertinente habilitación comercial.

Ello por cuanto el informe de seguridad e higiene efectuado por el Lic. R. con posterioridad al hecho (fs. 256) y que fuera requerido con anterioridad al mismo, da cuenta del faltante de elementos de seguridad como matafuegos, hidrantes, tanque de reserva, sistema hidroneumático.

En sus conclusiones (fs. 287), admite que el local reúne las condiciones mínimas de seguridad siempre que se instale la red fija contra incendios, se inspeccionen regularmente los extintores instalados, se verifique la carga de los mismos y en forma periódica la instalación eléctrica y la conductividad de las puestas a tierra, la carga de las luces de emergencia, se dejen libres de obstáculos las salidas de emergencia y que no se almacenen elementos combustibles dentro de la sala de máquinas.

En nada refiere a la manera o lugar de apilar/acopiar los materiales de venta tales como las tablas que cayeron sobre la víctima y ocasionaron su muerte.

Las explicaciones brindadas por la licenciada C., perita en seguridad e higiene designada en autos, a fs. 741/742 y vta. que específicamente refiere a tal “informe de seguridad e higiene” da cuenta que en el mismo no se realizó recomendación alguna respecto a las medidas preventivas a tener en cuenta para la estiba de

las maderas, siendo que dicha situación generó el accidente".

A fs. 676/682 y 708 y vta. la perita actuante refirió a normativa laboral, aplicable a las condiciones que el empleador debe brindar a los trabajadores en el lugar de trabajo para prevenir accidentes y riesgo, cuya fiscalización es resorte de la policía laboral y aseguradoras de riesgos de trabajo, pero en modo alguno se constituyen en recaudos que debe verificar el municipio a los fines de habilitar el comercio. Y ello queda claro del propio informe del Lic. R. y de la normativa vigente.

Huelga señalar que ninguno de los informes fueron impugnados por las partes, ni el brindado en el expediente administrativo, ni la pericia realizada en esta causa.

En cuanto a la normativa vigente, nótese que la Ordenanza Nro. 498/77 estableció: "no se otorgará ningún Certificado de Habilitación Comercial o Industrial dentro del ejido municipal sin que previamente los propietarios y/o locatarios de los solicitantes de las mismas, hayan cumplimentado con los requisitos de higiene, seguridad y demás normas que fijan las ordenanzas para cada caso para su funcionamiento como tales".

La norma no contiene ningún tipo de especificación en relación a qué debe contener tal certificado. Tampoco, debo decir se refiere a condiciones de higiene y seguridad en el trabajo que permitan parangonar con la normativa especificada por la perito y que el recurrente pretendió validar.

La Ordenanza 1127/82 establece entre las obligaciones generales a constatar en los locales sujetos a habilitación: un botiquín de primeros auxilios (art. 5), un libro de registro de inspección (art. 7).

Por su parte la Ordenanza 1633/82 establece que el interesado en habilitar el inmueble, deberá presentar ante mesa de entradas y archivo el formulario de solicitud de habilitación debidamente sellado por la Dirección Tesorería, acompañado de a) Copia del plano aprobado o revelado –ambos "conforme a Código" del inmueble a habilitar-; b) Copia del Certificado de Final de Obra o de Relevamiento del inmueble a habilitar; c) Copia del Titulo de Propiedad o del Boleto de compraventa, o nota explicativa de la carencia de tales documentos.

La mencionada Ordenanza 1127/82, en el capítulo VI relativo al procedimiento, establece la inmediata clausura de toda actividad que se desarrolle sin poseer habilitación municipal; con certificado adulterado o cuando se afecten condiciones mínimas de higiene, seguridad y moralidad (art 29), pero, a la vez, dispone que cuando el local requiere mejoras o requisitos para funcionar en condiciones reglamentarias, el inspector actuante confeccionará un acta detallando las deficiencias a subsanar y se fijará un plazo para su ejecución (art. 31).

De tal normativa colijo la existencia de un margen de maniobra del órgano administrativo en relación al "deber de clausurar", pues evidentemente, en el caso de "las condiciones de seguridad e higiene" se trataba de deficiencias subsanables, pese a la rigidez que podría seguirse de los arts. 1 y 29 de la Ord. 1127/82.

Las fallas podían subsanarse, pues así lo decidió la "Superioridad" (ver acta de fs. 230) y porque no existe más reglamentación relativa a la habilitación y condiciones de seguridad e higiene que las señaladas. Y de hecho, con posterioridad al evento, se dejó constancia de cuáles eran las deficiencias a subsanar.

El plazo establecido para la subsanación de los defectos constatados en las actas labradas obedecieron

evidentemente a las facultades de la administración y el pedido realizado por la propia titular del comercio (ver fs. 265 y vta.).

En este supuesto habrá que evaluar la razonabilidad de la actuación según la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (recursos materiales y humanos disponibles) y el grado de previsiblidad del daño.

Así, una actuación estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer las responsabilidad cuanto en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas (ver Perrino, Pablo Esteban ”La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia”, LL 2011E-715).

En tal línea de razonamiento para responsabilizar al Estado Comunal, era preciso que hubiera surgido la posibilidad de evitar la producción del daño, y de acuerdo con las constancias de la causa señaladas y la normativa aplicable, la habilitación del local, o lo que es lo mismo, la falta de clausura de local no constituyó la causa eficiente del daño.

Nótese que de haber estado en condiciones de habilitación, por haberse renovado el certificado y cumplido con el informe de seguridad requerido, quedó demostrado que el mismo no guarda relación de causalidad adecuada al daño sufrido. Las observaciones de seguridad e higiene no atienden a la causa de la muerte. Nunca podrían haberlo hecho, aun en el caso que hubiera normativa específica para la estiba de la madera a controlar por parte del ente estatal, requeriría la

presencia de un inspector permanente por parte del municipio, pues entre una inspección y otra, el movimiento de materiales acopiado, la recepción de materia prima en el local o descarga de mercadería o cualquier otra situación propia del comercio y su movimiento de stock o de clientela variaría la situación constatada en el momento de la inspección que diera lugar a la habilitación.

Y es que como bien se ha dicho “el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible” (Nieto Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos Madrid, 1993, p. 121, cit. por Perrino en op. cit.).

Señalé al principio de este voto, y me permito reiterarlo, que en el caso el deber de seguridad cuyo incumplimiento se reprocha, requeriría en el caso, de aquella previsión extrema que señaló la Corte como insoportablemente costosa para la comunidad, a la vez que provocaría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger y agregando que no puede afirmarse que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (“Mosca, Hugo Arnaldo c. Pcia. de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ Daños y Perjuicios”, Fallos 330:653).

Por los razonamientos efectuados concluyo que debe rechazarse la demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

Costas y honorarios:

En atención a la forma que se resuelve, las costas de la primera instancia por el rechazo de la demanda contra la Municipalidad local se imponen a la actora vencida (art. 282 CPr.).

En cuanto a los honorarios profesionales a regular en la primera instancia en lo que fue materia de este voto, adhiero a la regulación propuesta por el Dr. Nahuelanca.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

En consecuencia, adhiero a la formula postulatoria del Dr. Nahuelanca en lo que ha sido materia de tratamiento en este voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Hayes, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte y actora –su continuadora sucesoria– J. M. G., fundado a fs. 890/895, contra la sentencia de fs. 847/855, la que se confirma con los alcances de los puntos siguientes.

2) Declarar procedente el recurso interpuesto por la parte codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, fundado a fs. 886/889, contra la sentencia aludida, con los alcances de los puntos siguientes.

3) Confirmar el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 847/855.

4) Confirmar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a la demanda interpuesta por la parte actora –su continuadora sucesoria J. M. G.– y condena a la parte codemandada M. V. V. F. al pago de la suma de trescientos setenta y dos mil seiscientos pesos ($372.600), con los restantes alcances, y revocarla en lo que comprende a la codemandada Municipalidad del Comodoro Rivadavia, rechazando la demanda interpuesta por la parte actora a su respecto.

5) Confirmar parcialmente el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a las

costas contra la codemandada M. V. V. F. y regulación de honorarios del punto que se le imponen.

6) En cuando se rechaza la demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, imponer las costas a la parte actora –su continuadora sucesoria J. M. G.-, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. G. C. y Dra. M. G., conjuntamente por la 1ra. etapa, en el ocho por ciento (8%), para las restantes los conjuntos del Dr. G. C., Dra. M. G., Dr. O. R. H., M. F. M. e I. A. V., en el doce por ciento (12%) y los del Dr. N. A. D. en el dieciocho por ciento (18%), porcentajes a calcular sobre el monto del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

7) Costas de la alzada por su orden.

8) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia del Dr. N. A. D., en cuanto prospera la demanda en el treinta por ciento (30%) y los de la Dra. M. A. G. en el veinticinco por ciento (25%); en el rechazo de la acción, a la Dra. M. A. G. en el treinta por ciento (30%) y al Dr. N. A. D. en el veinticinco por ciento (25%); en todos los casos de los que correspondan por cada parte en primera instancia y restantes alcances.

9) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte codemandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

10) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara