

Universidad Nacional de La Pampa

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Seminario sobre Aportaciones

Teóricas Recientes

“Principio de Prevención, Mandato de Prevención y Función Preventiva”

Apellido y nombre del alumno: Carrica, Anselmo Ramón

Asignatura: Derecho Civil II

Docente encargado: Dra. Norma Martínez

Año en que se realiza este trabajo: 2018

Santa Rosa, La Pampa

Índice

- Resumen.....	Pág. 5
- Palabras claves.....	Pág. 5
- Principio de prevención.....	Pág. 5
- Concepto.....	Pág. 5
- Principio precautorio.....	Pág. 5
- Concepto.....	Pág. 6
- Función preventiva.....	Pág. 7
- La función preventiva como una función de responsabilidad.....	Pág. 9
- Precedentes normativos de la prevención.....	Pág. 10
- Acción preventiva.....	Pág. 11
- Estructura de la responsabilidad en la ley 26.944.....	Pág. 11
- Procedencia.....	Pág. 11
- Legitimación.....	Pág. 13
- Sentencia.....	Pág. 14
- Punición excesiva.....	Pág. 15
- Facultades del juez.....	Pág. 16
- Análisis de fallos en relación al mandato de prevención y responsabilidad preventiva del Estado. Su evolución.....	Pág. 17

- “Díaz, Manuel y otros c/ CONSOMME S.A. y otros s/ Daños y perjuicios, expediente N° 1170/11, registro Superior Tribunal de Justicia, La Pampa.....	Pág. 17
- Los hechos.....	Pág. 17
- Sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala II.....	Pág. 18
- Sentencia del Superior Tribunal de Justicia, La Pampa.....	Pág. 20
- Conclusión del fallo.....	Pág.21
- Causa N° 2-60404-2015 “Tévez, Alberto Ariel c/ FERROSUR ROCA S.A. s/ Daños y perjuicios. Causa N° 2-60413-2015 “Tévez, Alberto Ariel c/ GALASUR S.A. s/ Daños y perjuicios” Cámara de Apelaciones Civil Comercial Departamental, Sala II, Azul, Buenos Aire.....	Pág. 22
-Los hechos.....	Pág. 22
-Fundamentos de la demandante.....	Pág. 23
- Sentencia.....	Pág. 24
- Conclusión del fallo.....	Pág. 26
- Causa N° 2-60647-2015, “Espil, María Inés y otro/a c/ Apilar S.A. s/ Daños y perjuicios, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala II, Ciudad de Azul.....	Pág. 27
- Los hechos.....	Pág. 27
- Fundamentos de la demanda.....	Pág. 28
- Sentencia.....	Pág. 28

- Impugnación de la sentencia de grado.....	Pág. 30
- Fallo de la Cámara de Apelaciones.....	Pág. 30
- Conclusión del fallo.....	Pág. 34
- Conclusión final.....	Pág. 36
- Bibliografía.....	Pág. 38
- Anexo de los fallos completos analizados.....	Pág. 39

Resumen

-Este trabajo tiene por objeto analizar el paradigma normativo que nos presenta la incorporación del principio de prevención en el nuevo Código Civil y Comercial, en sus artículos 1708 a 1715, la acción preventiva y el mandato preventivo, en relación la responsabilidad civil y prevención del daño, las facultades y las obligaciones judiciales, alcances y efectos de su aplicación. Su evolución jurisprudencial, hasta la imposición del mandato preventivo al Estado.

Palabras claves

-Principio de prevención. Función preventiva. Mandato preventivo.

Principio de Prevención

Concepto:

-El principio de prevención es que éste parte de la base de la existencia de suficiente certeza respecto de los riesgos o de su probabilidad de ocurrencia, de tal manera que actúa dentro de una cadena de causalidad conocida, con el fin de interrumpir el curso causal respectivo y de prevenir la consumación del daño. El principio de prevención supone que el riesgo puede ser conocido anticipadamente y, que pueden adoptarse medidas para neutralizarlo (Dr. Corvalán, Juan Gustavo, titular del Juzgado N°19 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 2015, Jornadas Internacionales s/ responsabilidad del Estado, análisis ley 26.944).

Principio Precautorio

-Si bien este principio no es materia de este trabajo, entiendo conveniente hacer la distinción en la inteligencia de no generar confusión en el lector.

Concepto:

-El principio de precaución está llamado a operar antes de que se ocasione el daño y previamente a que se tenga certeza absoluta sobre la ocurrencia del mismo y, no precisa que se pruebe que la actividad que se pretenda realizar va a causar un daño, sino que basta con que existan suficientes elementos que permitan considerar que pueden tener la virtualidad de ocasionarlo, para que la intervención administrativa cautelar deba ser realizada. Así lo tiene dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia (Dr. Corvalán, Juan Gustavo, titular del Juzgado N°19 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 2015, Jornadas Internacionales s/ responsabilidad del Estado, análisis ley 26.944).

-De lo expuesto en ambos principios, resulta claro el distingo, el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro, pero cierto y mensurable, el principio de precaución tiene por finalidad impedir la creación de un riesgo con alcances o efectos todavía desconocidos, imprevisibles. Su característica se signa por la incertidumbre.

La ley N° 25.675 General del Ambiente, en su artículo 4 contiene dos principios que se basan en el deber de prevención que preceptúa la constitución nacional en tanto obligación de todos los ciudadanos en general y de las autoridades en particular, de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras, ambos principios son el de prevención y el precautorio, reunidos en una misma norma.

En nuestra Constitución Nacional, en su artículo 19 prescribe: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En sus artículos 42 y 43 se establece este principio de prevención, elevando la jerarquía del mismo a mandato de prevención.

En los Tratados y Pactos en materia de Derechos Humanos y en particular en los referidos a la lucha contra la tortura y la lucha contra el genocidio aparece este principio de prevención como un imperativo categórico que impone a las naciones firmantes la evitación de delitos de lesa humanidad, por lo que deben adecuar sus legislaciones y extremar los controles preventivos con acciones positivas.

Así podemos ver que el principio de prevención no nos es ajeno como concepto jurídico, ya Vélez Sarsfield nos dejaba la máxima de “obrar con cuidado y previsión”. Aunque en la derogada ley 340 este principio se nos mostraba un tanto disperso en algunas normas específicas, sin que se hallare como un principio general.

El nuevo Código Civil y Comercial nos lleva a un cambio de paradigma con respecto al principio de prevención y su positivización en materia de responsabilidad civil que será analizado en el capítulo de función preventiva y, que halla sus raíces en el derecho occidental continental europeo que encuentra su piedra basal en Ulpiano, “Vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo”.

Función Preventiva

-El término función nos indica el ejercicio imperativo de una determinada actividad, el obrar de una determinada manera concreta y permanente, atento a que el obrar de buena fe y evitar dañar a otro requiere de una conducta diligente. Por lo que se trata una conducta-deber que se remite al ya citado Ulpiano, o el obrar con la ética apegada a la norma nos decía Emmanuel Kant.

Es sobre esta base que el artículo 1710 del Código Civil y Comercial da fundamento a la función preventiva, el citado artículo reza en su encabezado, “Deber de prevención del daño” en tanto imperativo categórico kantiano al obligar el ejercicio de una determinada y concreta conducta.

Y continúa diciendo en su primer párrafo, “Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa”. No requiere de conducta heroica alguna, ni de sacrificio que deba soportar.

En el inciso a. “evitar causar un daño no justificado”, porque puede suceder que según las circunstancias, sea necesario causar un daño para evitar la producción de un daño mayor, buen ejemplo de ello son las restricciones al dominio de los particulares en el derecho administrativo, o cuando para evitar un daño es necesario destruir o demoler un bien.

En el inciso b. “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su gravedad...” Otra vez, como una necesidad constante, aparece la buena fe, el vivir honestamente, y las circunstancias que pueden ser infinitas y variables, y por ello se apela a la razonabilidad, en adecuación de medios a fines, evitando la desmesura dañosa.

Y continúa diciendo el inciso b. “si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa”. Obsérvese que aquí el centro es la víctima, es decir, la norma se centra en ella, y da indicio de la función resarcitoria y bajo qué parámetros se deberá responder y se omite la función punitiva propia del código de Vélez Sarsfield.

-La responsabilidad civil ha sido definida como “el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar el perjuicio ofreciendo a la víctima una compensación”.

-En el nuevo Código Civil y Comercial aparece la concepción de que la responsabilidad civil no se agota con la reparación del daño, sino que le antecede el concepto teleológico de prevención, que tiene por objeto la evitación de perjuicios innecesarios o injustificados.

La prevención como una nueva función de responsabilidad

-La evolución del concepto clásico de responsabilidad.

En el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield solo se reguló expresamente la función resarcitoria (Libro Segundo, Sección Segunda, Títulos VIII y IX).

Así, la responsabilidad enlaza el deber de reparar frente a otro sujeto. Un criterio entiende que, en realidad, la responsabilidad implica una distribución de daños, de manera que aquél que deba cargar definitivamente con el daño, aunque sea la propia víctima, ha de ser calificado como responsable. Y que tiene una concreta finalidad de la víctima por el victimario, a través de una prestación patrimonial que se impone a este último a favor de aquélla (Alterini, Aníbal, 2006, Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, pág. 143/145 Abeledo Perrot).

Ahora bien, la regulación clásica había caído en crisis hace mucho tiempo ya, pues la noción de responsabilidad civil fue evolucionando hacia una consideración mucho más moderna porque la mirada de la justicia se ha puesto del lado de la víctima y así, aparecieron las nociones de previsión y prevención y los deberes de seguridad y garantía en diversos antecedentes jurisprudenciales, en los que se han resuelto ciertos conflictos con fundamento en la necesidad de asumir una conducta que se anticipe a la producción

del daño, actuando con el debido cuidado a los fines de evitar que el mismo se produzca.

Como ejemplo de ello pueden citarse el precedente “Giménez, Domingo y Ferreyra, Marta Raquel c/ Estado Nacional, Ejército Argentino s/daños y perjuicios 8/08/1988, Cámara Nacional de Apelaciones de la Ciudad de La Plata” (Torello, Silvia Viviana, “La acción preventiva como nueva función de la responsabilidad. Implicancias procedimentales y aspectos fundamentales”, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017).

Precedentes normativos de la prevención

-Si bien en el código derogado no existía un principio general de prevención, pueden citarse algunos preceptos específicos que contenían la esencia de la finalidad protectoria, tales como el derecho a la intimidad normado en el artículo 1071 bis; la acción de daño temido en el artículo 2499 y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículos 623 bis y 623 ter, de oposición a la ejecución de reparaciones urgentes: además de las restricciones y límites al dominio en cuestiones de vecindad, artículo 2618 C.C. ley 17.711; de la competencia desleal, artículo 2599 C.C. La regulación de los Derechos del Consumidor, ley 24.240 artículo 52, reformada por ley 26.361; ley 22.802 artículos 9 y 14 sobre Lealtad Comercial; ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 25.675 artículos 2 y 4 del Ambiente.

Acción Preventiva

Estructura de la responsabilidad en la ley 26.944

-Libro Tercero, Título V, Otras Fuentes de las Obligaciones, Capítulo 1

Responsabilidad Civil, Sección 1º, Disposiciones Generales.

Artículo 1708. “Funciones de responsabilidad: Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

Artículo 1709. “Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables en el siguiente orden de prelación:”

“Las normas indisponibles de este Código y de la ley especial”.

“La autonomía de la voluntad”.

“Las normas supletorias de la ley especial”.

“Las normas supletorias de este Código”.

El orden de prelación expresado en el artículo citado, nos despeja de dudas al momento de saber cuál es la norma aplicable en materia de responsabilidad civil.

La Sección 2º Función preventiva y punición excesiva se halla en los artículos 1710 a 1715, en los cuales se desarrollan las disposiciones sobre el instituto preventivo, de prevención y resarcimiento, quedando excluída la punición.

La sección 3º Función resarcitoria, deber de reparar, regulada por el artículo 1716 “la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código.” Concordante con los artículos 1077 y 1109 del código de Vélez.

Procedencia

-El Código Civil y Comercial, en su artículo 1711 nos dice que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

En este primer párrafo, dicho artículo nos indica los requisitos procedimentales de la acción preventiva y los extremos que deben cumplirse, a saber: la existencia del hecho ilícito, antijurídico, sea por acción u omisión y, que haga previsible que ese hacer o no hacer pueda producir o produzca un daño, su continuación o agravamiento, ya que opera en el artículo 1710 la obligación-deber de adoptar las medidas conducentes a su evitación y su cesación.

Y continúa preceptuando “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”, no teniéndose en cuenta el elemento subjetivo culpa o dolo como factor de atribución.

-La acción preventiva se nos presenta como una innovación, ya que se trata de una figura de neto corte procesal en un código de fondo, pero no se agota allí, sino que también es una indicación concreta a los jueces, e introduce dos vías de acción para la protección de los derechos del interesado ante la posibilidad de un daño; la primera como medida para evitarlo en un proceso autónomo y, la segunda como acción o como incidente en un juicio ya iniciado por daños, para evitar su continuidad o agravamiento.

De lo expuesto surge la necesidad de hacer el distingo con la acción de amparo, que es un proceso principal y autónomo abreviado, y las medidas cautelares que son accesorias a un procedimiento ya iniciado. Sin perjuicio de las medidas cautelares autónomas, la acción preventiva contempla ambas situaciones.

La ley 16.986, artículo 1º, “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional.”

Artículo 43 Constitución Nacional, “ Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades...”

Por lo que surge el interrogante si la acción preventiva es un nuevo medio judicial, pudiendo ser una vía pronta y eficaz, aunque el Código Civil y Comercial no prevé el trámite procesal aplicable, éste será el que el juzgador entienda como el más favorable según la particularidad de cada caso.

Como ya se ha dicho, la acción preventiva no fue puesta por Vélez, no obstante en su nota al artículo 1132 pone de relieve el poder de policía o contralor como ámbito natural o medio para la prevención de daños. En cambio, el Código Civil y Comercial deja de lado este concepto velezano, incorporando como nueva la función social de la responsabilidad civil en materia de evitación del daño.

Legitimación

-Artículo 1712. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención de un daño.

En la inteligencia de este artículo, estarían legitimados por medio de este principio protectorio aquéllos que pretenden evitar un daño para sí, sus derechos o sus bienes y, de ello surge un amplio abanico. Así, esta acción puede interponerse por la afectación de un particular o por incidencia colectiva.

Y, haciendo un paralelismo con el artículo 43 Constitución Nacional que dice, “...Podrán interponer esta acción..., el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones...” y también con el artículo 5° de la Ley de Amparo, “La acción... podrá deducirse por toda persona

individual o jurídica por sí o por apoderados, que se considere afectada... Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones...”.

Se puede apreciar en ambas acciones la amplitud legitimatoria, basada en un interés legítimo o de incidencia colectiva, siendo la afectación real, actual, continuada o potencial. Entiendo que tal legitimación es extensible a damnificados indirectos, probando el interés de que el hecho dañoso no se produzca.

Esta acción es una forma de tutela civil, que es pensada en sentido amplio. Dijimos que es un conjunto de pautas que el Código pone en manos de juez, quien como encargado de resolver, analizará los elementos para establecer medidas efectivas, con medios idóneos para adecuar la solución al derecho que pretende preservarse. Mientras que en el amparo, el juez debe velar porque el derecho conculcado sea efectivamente identificable en una persona o en un colectivo específico (Lidia San Martín, 2016, Tu Espacio Jurídico).

Sentencia

-“Artículo 1713. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisorio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

El objeto de la sentencia es impedir la producción o agravamiento del daño por lo que las medidas a disponer serán de lo mas variadas de acuerdo a las circunstancias y consistirán en detener o frenar un hecho, hacer cesar la realización de una actividad,

asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer, por ejemplo, asegurar una pared con riesgo de caída a la vía pública, o de no hacer, paralizar una construcción, o de dar, entregar dinero para efectuar una reparación (Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial Comentado, Director, Rubinzal Culzoni T. VIII, pág. 315).

Es importante tener en cuenta que es indiferente la gravedad del daño futuro, y que tampoco se requiere la concurrencia de un factor de atribución, además la pretensión puede recaer sobre bienes de terceros ajenos a la litis y, proceder contra actos de particulares o del poder político, asimismo tener por objeto bienes del dominio público o privado del Estado, es decir, los preceptuados en los artículos 15; 16; y 235 a 240 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio de estar vinculada a la tutela de prevención de la protección de la persona humana, de su vida, de su libertad y su integridad psicofísica y, para la valoración de la diligencia exigible se debe tener en cuenta el deber medio de obrar con cuidado y pleno conocimiento de las cosas, manteniéndose como parámetro la razonabilidad y buena fe, por lo que se requiere una mayor cuidado si el agente tiene una condición o facultad especial que le implique una carga extra de previsibilidad de consecuencias, tal lo dice el artículo 1725 Código Civil y Comercial de La Nación.

Punición excesiva

-“Artículo 1714. Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

El citado artículo sienta el principio de menor restricción posible a la persona, a los derechos, sus bienes y a la libertad del condenado. A su vez, que se debe utilizar el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, tal como enseñara Max Weber, “la adecuación de medios a fines”, entendida como elemento teleológico constitutivo de la norma.

Y se nos muestra patente el deber del juzgador de tener en cuenta el principio de razonabilidad, normado en el artículo 28 de nuestra Constitución Nacional, al momento de dictar su sentencia condenatoria, por lo tanto se le obliga a ponderar los criterios o principios mencionados.

De todos modos se requerirá estar atento a que dichos criterios restrictivos previstos en la norma no se utilicen para licuar o desvanecer la responsabilidad del victimario, en particular si la sentencia condenatoria recae en cabeza del Estado.

Facultades del juez

-Artículo 1715. Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

De lo expuesto, el nuevo código impone al juzgador evaluar los mecanismos y medidas más convenientes, ajustadas al derecho o bien que requiera la protección judicial, así se trata de lograr el resultado concreto y no una ficción legal, postura concordante con los artículos 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el artículo 128 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, que dicen: “El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria

distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”.

La incorporación de normas adjetivas en el nuevo código unificado, encuentra su teleología en la eficacia de los institutos de derecho común, ampliada según los fundamentos de sus autores, en:

...tal es la consecuencia de la constitucionalización del derecho procesal civil, efecto que deriva necesariamente de la constitucionalización del derecho civil y comercial al que se encuentra vinculado”. “La efectividad de los procesos judiciales es hoy uno de los aspectos centrales del derecho humano a la protección judicial que deben brindar los Estados (Camps, Carlos Enrique, 2015, La pretensión preventiva de daños).

Análisis de fallos en relación al mandato de prevención y responsabilidad preventiva del Estado. Su evolución

DIAZ, Manuel y otros c/CONSOMME S.A. y otros s/Daños y Perjuicios, expediente N° 1170/11, registro Superior Tribunal de Justicia, Sala A.

Los hechos:

-Los Sres. Manuel Díaz, Marcelo Oscar Parasacco y Susana Filomena Benvenuto promovieron demanda de daños y perjuicios contra la fábrica de lácteos Consomme S.A., la provincia de La Pampa y la municipalidad de Anguil, pretendiendo el resarcimiento de los

daños y perjuicios ocasionados por el deceso de sus hijos menores de edad: Juan Ramón Díaz y Enzo Oscar Parasacco.

Narran que el día 29 de mayo de 2002, aproximadamente a las 13.30 horas, los niños Juan Ramón Díaz y Enzo Oscar Parasacco, de 12 y 10 años respectivamente, se ausentaron de sus domicilios con la intención de “ir a cazar pajaritos”. Agregan que a raíz de que había transcurrido un plazo razonable sin noticias de los chicos comenzaron a buscarlos sin resultados. Dicen que esta circunstancia llevó a que las Sras. Benvenuto y Ferrer, madres de los niños, concurrieran a la comisaría de Anguil para que tomara intervención y averiguara el paradero de aquéllos.

Concluyen que luego de una intensa búsqueda, los niños fueron hallados el día 1 de junio de 2002, aproximadamente a la hora 15.30, sin vida, inmersos en un piletón de material perteneciente a las instalaciones de la fábrica CONSOMME. Los actores atribuyen al Estado provincial responsabilidad por actuación negligente y omisiva de sus funcionarios.

Primera instancia desestima la demanda respecto a la provincia de La Pampa, por lo que los actores recurren a la alzada en este aspecto.

Sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala II

-La Sala II de la Cámara de Apelaciones modificó la sentencia de primera instancia, condenando a las codemandadas, CONSOMME S.A., Municipalidad de Anguil y Provincia de La Pampa in solidum, distribuyendo su responsabilidad en 50% a la primera y en 25% a cada una de las restante. A su vez que impone un mandato preventivo de construir un cerco perimetral de dos metros de altura y una tapa rejilla en la pileta. Para ello tuvo por probada

...la existencia de una doble omisión antijurídica. En primer lugar la legislativa,

provincial y municipal, al no reglamentar y coordinar adecuadamente las funciones de contralor de la actividad desplegada en el establecimiento, y en segundo término, al no verificar la seguridad de todas las instalaciones (los piletones eran parte edilicia de aquéllas), en forma previa a la habilitación, dada la declaración de zona industrial, que presumen un riesgo adicional de las obras, sin perjuicio de la existencia o no de una norma expresa.

En nada incide el hecho de encontrarse la cosa en propiedad privada, como parecen escudarse las codemandadas al intentar eludir sus responsabilidades, pues el sistema las ha dotado de potestades suficientes para restringir, sea por razones de urbanismo, seguridad e higiene, salubridad, etc., el uso de la propiedad privada en pos del interés público, art. 2611 C.C. y art. 36 incs. 1; 6 y 20 ley 1597.

Por lo tanto, la citada Cámara atribuyó responsabilidad por omisión al Estado provincial sobre la base de que debió fiscalizar todas las medidas de seguridad en prevención del daño y omitió adecuar la legislación a las posibles contingencias derivadas de la instalación de un establecimiento de tamaño envergadura y características.

Contra esta sentencia, el Estado provincial se agravia y eleva recurso extraordinario al Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, y funda su expresión de agravios en que el Tribunal infringió los arts. 35 inc.5°, 156 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial, al dar tratamiento a cuestiones que no fueron objeto de oportuna introducción al trabar la litis.

De todos modos reconoce que el hecho que se le imputa a las codemandadas es la falta de servicio que halla su fundamento en el art. 1112 C.C. configurado en su doble aspecto de acción-omisión, al habilitar el establecimiento sin verificar los recaudos de seguridad.

El a quo al revocar el fallo de primera instancia al acoger la pretensión resarcitoria sobre la base de una supuesta abstención estatal, incurre en el vicio de incongruencia desde que introdujo arbitrariamente un factor de atribución de responsabilidad del Estado, no deducido por los actores. Con relación al mandato preventivo, afirman que ello no fue objeto de reclamo. A conclusión, expresan que la sentencia del a quo incurre en incongruencia y arbitrariedad al despachar mandato preventivos, fundándose en un pretendido compromiso social y función preventiva de daños.

Sentencia del Superior Tribunal de Justicia

-El Superior Tribunal de Justicia revoca la sentencia de la Cámara relevando al Estado provincial de la responsabilidad atribuida por el a quo, como así también del cumplimiento del mandato preventivo dispuesto por la Sala II de dicha Cámara, y para ello se funda en que el tratamiento jurídico de la responsabilidad del Estado por sus hechos u omisiones, solo procede en los casos de falta de actuación frente a conductas prescriptas en cabeza de la administración como consecuencia de un vínculo de carácter obligatorio, es decir, la omisión antijurídica que establece el artículo 1074 C.C.

El citado artículo disponía que “toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”. En la responsabilidad por omisión, el nexo causal adquiere particular importancia debiendo existir una relación directa, inmediata y exclusiva, entre la conducta cuestionada y el perjuicio reparable, por lo que deshecha el factor de atribución determinante argumentado por la Cámara de Apelaciones.

El máximo tribunal continúa diciendo que no se ha comprobado la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación, y que por ello la sentencia apelada se aparta de los presupuestos exigidos para la configuración de la responsabilidad extracontractual.

En este aspecto concluye que la atribución de responsabilidad del Estado debe responder a criterios de razonabilidad, que de confirmarse lo resuelto podría responsabilizarse a la provincia a extensiones inconcebibles, que el Estado sería una aseguradora anónima de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros por los cuales no debe responder. A su vez, por el daño ocasionado es el dueño y guardián de la cosa riesgosa quien debe responder objetivamente, en este caso es CONSOMME S.A.

Conclusión del fallo

-Es claro que en el código velezano, los presupuestos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, causalidad, daño y factor de atribución, de este último presupuesto se funda el fallo de marras para deslindar responsabilidad al Estado provincial, en los términos del artículo 1074 C.C., ello sin perjuicio de los otros fundamentos argüidos por el Superior Tribunal, en razón de que su análisis excede este trabajo. Aunque no es de soslayar que implica, a su vez, no comprometer el patrimonio del fisco, llevando a que el Estado resulte el asegurador universal contra el que todos podemos atacar, aunque no aplique el mismo criterio para con el municipio.

De todos modos hay que tener en cuenta que al momento de este fallo, año 2012, regía la normativa del código derogado, aunque ya la doctrina y la jurisprudencia habían puesto al principio de prevención como una necesidad para no dejar en desamparo al justiciable, y que en definitiva el concepto de justicia no sea una mera entelequia sin contenido. Hoy, atento al cambio de paradigma que significa la incorporación de la acción de prevención en el

nuevo código civil, el factor de atribución ha sido dejado de lado en cuanto se refiere a la obligación legal impuesta en el artículo 1711. Nuestros operadores judiciales deberán acompañar la evolución normativa, sin que signifique por ello entender que el Estado es una “caja boba”, y como dijo Hijano, el Estado deberá poner su foco de atención al principio de prevención para evitar una mayor conflictividad social en desmedro de los particulares, ya que este principio preventivo, inexorablemente, alcanza la responsabilidad civil estatal.

Causa N° 2-60404-2015

“Tévez, Alberto Ariel c/ FERROSUR ROCA S.A. s/ Daños y perjuicios”. Causa N° 2-60413-2015

“Tévez, Alberto Ariel c/ GALASUR S.A. s/ Daños y perjuicios”.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Departamental, Sala II, Azul, Buenos Aires.

Los hechos:

-El Sr. Alberto Ariel Tévez, demandó a Ferrosur Roca S.A. la indemnización de los daños, patrimonial y moral, derivados del fallecimiento de su hijo menor, de 17 años, Ariel Alfredo, quien fue hallado sin vida en el interior de una de las tolvas de un vagón de un tren que contenía piedras a granel, en la ciudad de Cañuelas, el día 11 de noviembre de 2011.

Explica que el sábado 6 de noviembre de 2011 su hijo salió de su casa, en Hinojo, con destino a la confitería “Praga” de Olavarría en la plaza céntrica de esa ciudad y que luego ingresó y permaneció en esa confitería hasta aproximadamente la 6.30 horas del domingo 7 de noviembre. Luego de despedirse de sus amigos, Ariel no llega a su casa, a partir de allí su padre y su familia buscas infructuosamente a su hijo, por lo que radican denuncia policial, éste es hallado el día 11 de noviembre, sin vida en un vagón, en Cañuelas, perteneciente a un

tren de la demandada, que estuvo estacionado en la playa de maniobras de Olavarría desde las 7.00 horas aproximadamente, del día 7 de noviembre. Allí, la formación ferroviaria estuvo detenida hasta las 9.00 horas de ese día, hasta que fue trasladada a la cantera de Galasur S.A., ubicada en Sierra Chica, donde se le cargó el pedregullo a granel.

El cuerpo de Ariel fue hallado, el 11 de noviembre, por un grupo de empleados de una planta de acopio de materiales, encontrándolo sobre la boquilla de una de las tolvas de un vagón cargado con pedregullo a granel, propietaria de Ferrosur S.A. La autopsia indicó que el joven falleció en el interior del vagón, propiedad de Ferrosur Roca S.A., y que el fallecimiento se produjo el 7 de noviembre de 2011, como consecuencia de un cuadro de asfixia al quedar literalmente sepultado dentro de la tolva, debajo de las piedras. Sobre la base de los mismos hechos, el actor demanda a Galasur S.A.

Fundamentos de la demanda

De lo expuesto, la actora sostiene que el fundamento de la responsabilidad de la demandada radica en la responsabilidad objetiva por riesgo creado, en su condición de propietaria del vagón tolva y de guardiana del pedregullo que transportaba, en los términos del artículo 1113 C.C. Añade que el fallecimiento se debió a la cosa riesgosa constituida por el vagón tolva cargado con piedras que estaba bajo su guarda, como consecuencia de un cuadro de asfixia al quedar, el joven, sepultado dentro de la tolva, debajo de las piedras, y que media relación de causalidad entre la cosa riesgosa, el vagón tolva cargado con piedras, y el fallecimiento de Ariel. Todo ello se encuentra potenciado por los defectos de los controles de seguridad de la demandada para impedir que el joven ingresara en el vagón, ubicado sobre los rieles de su propiedad.

Enfatiza que la responsabilidad de Ferrosur deriva de su condición de dueña del vagón, en el que fue hallado muerto, de guardiana de la carga y propietaria del predio en el que se encontraba el vagón tolva, en ocasión de que el menor ingresara en él. Además, los dependientes de la accionada debían haber controlado la actividad de carga de la piedra a granel cuando llenaron el vagón, revelando la falta de seguridad y la omisión de medidas para impedir el ingreso al predio y al vagón mismo. Luego detalla y cuantifica los daños resarcibles que reclama.

Con respecto a Galasur S.A., el actor le atribuye responsabilidad en su condición de propietaria del pedregullo que transportaba el vagón, destacando que el daño provino de una cosa riesgosa, el pedregullo, y que medió relación de causalidad entre esa cosa riesgosa y el fallecimiento por asfixia de Ariel, al quedar sepultado por las mismas, y que los defectos en el control de seguridad por parte de sus dependientes, al omitir tomar las medidas adecuadas para verificar la carga, es causa eficiente para la atribución de responsabilidad.

Así, en lo sustancial, reitera los argumentos vertidos en el expediente anterior y formula similar situación fáctica y jurídica, solo diferencia la consideración de la cosa riesgosa interviniente: el vagón tolva en el caso Ferrosur y el pedregullo en la causa Galasur.

Sentencia:

-Primera instancia procede a la acumulación de ambas actuaciones, con el objeto de dictar una sentencia única, por la cual desestima la demanda entendiendo que medió culpa de la víctima en los términos del artículo 1111. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, al momento de dictar sentencia, 2016, citando a Kemelmajer de Carlucci, afirma que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico. Por lo tanto se rigen por la ley actual al momento de su producción, lo que no impide que queden

alcanzados por la ley nueva las consecuencias o efectos no concluidos, no operados o no consumidos, aunque se trate de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad. La Cámara de Apelaciones confirma dicho fallo aunque con otros argumentos, por los cuales destaca que no se acreditó la responsabilidad civil de las codemandadas toda vez que el actor no alegó ni probó la antijuricidad en los hechos en juzgamiento, presupuesto de la responsabilidad civil, ineludible del deber de resarcir, conjuntamente con la relación causal, factor de atribución y el daño; artículos 1066, 1067, 1073, 1074 y ccs. C.C. y artículos 1708, 1716, 1717, 1721, 1726, 1732, 1737 CCCN.

Por lo tanto, la falta de acreditación de la antijuricidad de la conducta de la demandada obsta la procedencia de la pretensión resarcitoria, conforme el principio de congruencia decisoria, artículos 34 inc.4, 163 inc.6, 164, 266 C.P.C. No existió incumplimiento del deber general de no dañar a otro tipificante de la antijuricidad por omisión como requisito de la responsabilidad civil, artículos 19 CN y artículos 1066 y 1074 C.C.

Todo ello sin desconocer que algunos autores entienden que la antijuricidad no siempre es presupuesto indispensable de la responsabilidad civil, máxime si se trata de daños derivados de un factor objetivo de atribución por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades, pero, el criterio mayoritario predica que en todos los casos los elementos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, relación causal, daño y factor de atribución, a la luz de los artículos 1066, 1067. 1111 1113 y ccs. Y artículos 1708, 1716, 1717. 1718 1719 y 1720 CCCN.

Continúa diciendo la alzada. La antijuricidad se trata de un concepto puramente objetivo, en cuanto no es necesario tener presente la voluntariedad del sujeto, independiente de la culpabilidad. Comprende no solo lo prohibido expresamente por la ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, pues se trata de principios y

valores inmanentes tutelados por múltiples preceptos positivos del derecho. La ilicitud no se confunde con la ilegalidad, y será antijurídica cualquier conducta que vulnere la regla del *alterum non laedere*.

Siguiendo las pautas del artículo 1710 CCCN, puede decirse que habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero.

Concluye el tribunal que para el caso sub lite que hay ingreso clandestino a un predio privado seguido de un segundo ingreso clandestino al ingresar el menor a un vagón tolva, y que de esa invasión a la propiedad privada y de esas conductas positivas es la resultante de la conducta temeraria de la víctima. En definitiva, no se configuró una conducta antijurídica en la abstención de la accionada porque el deber general de actuar para impedir el daño, artículos 19 CN y artículos 1710, 1711 y ccs. CCCN, no puede llevarse al extremo de pretender la evitación de conductas imprevisibles, que se apartan de lo que sucede de ordinario y del curso natural de las cosas, tal como enseñan los artículos 901 y 906 CC y artículo 1727 CCCN.

Conclusión del fallo

-En este fallo, se puede ver como el tribunal sentenciante hace un juego armónico entre las normas de responsabilidad civil del CC derogado, atento que los hechos merituados se sucedieron en su vigencia, y las normas del actual CCCN, ya vigente al momento de la sentencia, significando que la actual regulación de la responsabilidad civil prevista en el nuevo código, en todos los casos, tiene un marcado vigor como doctrina interpretativa o argumento de autoridad de las disposiciones del código derogado, dado que se receptó los

argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que se sucedieron durante la vigencia del código velezano.

De lo expuesto surgen necesariamente algunas dudas, si la Cámara dice que los efectos y consecuencias de los hechos, que deberán juzgarse acorde a la normativa existente a su momento.

El nuevo código civil obliga al juzgador a determinado obrar, tal como emitir mandatos preventivos con la finalidad de evitación del daño o que éste pueda producirse teniendo en cuenta la posibilidad cierta de su producción, ponderando el criterio de menor restricción posible.

Cuando la Cámara dice que en el nuevo código se halla recogida la doctrina y jurisprudencia que le precedió, en materia de responsabilidad civil, también hace caso omiso de ellas, por lo que aún juzgando con las normas vigentes al momento de los hechos, nada obsta a que la sentencia no hubiera tenido el aditamento de un mandato preventivo fundado en esa doctrina y jurisprudencia a la que el mismo tribunal sentenciante se ha remitido.

Es mi opinión personal que la sentencia no se condice con los fundamentos de la misma, por ello entiendo que la misma es arbitraria. De todos modos, en el fallo siguiente se pondrá de manifiesto la evolución interpretativa de las nuevas normas, objeto de este trabajo.

Causa N° 2-60647-2015

Epil, María Inés y otro/a c/ Apilar S.A. y otro/s s/daños y perjuicios

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II Ciudad de Azul

Los hechos:

-El 13 de enero de 2011 el Sr. Ángel Matías Correa, de 31 años, falleció ahogado en la cantera inundada conocida como la “Cava de Cerro Leones”, en Tandil, en ocasión en que se bañaba en ese lugar en compañía de otros jóvenes. A raíz del hecho, su conviviente, María Inés Espil y su hija menor, y su otro hijo, representado por su madre Verónica Noemí Sosa, promovieron demanda resarcitoria contra Apilar S.A., en su condición de dueña del inmueble.

Fundamentos de la demanda:

-La imputación de responsabilidad objetiva que la actora le formula a la demandada radica que en su condición de propietaria de la cosa riesgosa, es decir, el inmueble, que como consecuencia de su explotación minera se convirtieron en espejos de agua por acumulación, omitiendo adoptar medidas las medidas adecuadas para impedir el ingreso al predio, considerando insuficientes las existentes. Que Correa y sus amigos ingresaron por una zona donde no existe alambrado o cerco perimetral, ni indicadores o carteles de advertencia de peligro ni señalización alguna, tampoco existe personal de seguridad, por lo que induce a personas que frecuentan el lugar que no entraña peligro el uso con fines de esparcimiento. La responsabilidad de la demandada se funda en la omisión de las diligencias debidas, dicha omisión en tanto presupuesto de la responsabilidad configura el elemento de antijuricidad.

Sentencia:

-Primera instancia sostuvo que se acreditó que la víctima falleció por un paro cardiorrespiratorio traumático a consecuencia de asfixia por inmersión, mientras se bañaba en una cava inundada, propiedad de Apilar S.A. Probada la legitimación activa de los demandantes, y la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil, decide que

medió responsabilidad compartida, atribuyendo el 75% a la demandada y el 25% a la víctima, para ello el sentenciante consideró que es de público y notorio conocimiento que las cavas inundadas se utilizan socialmente como balnearios, lo que surge de la consulta de páginas web y de facebook, e incluso de notas periodísticas que reflejan estudios efectuados por la Universidad Nacional de La Plata, que explican la dificultad que representa para los bañistas el piso de arcilla de esos espejos de agua.

Por lo tanto, la cantera de Cerro Leones, se convirtió en un balneario clandestino, por lo que reviste la condición de cosa riesgosa en los términos del artículo 1113 CC. Si bien en la tranquera de ingreso al predio había un cartel indicando “Prohibido Pasar-

Propiedad Privada”, surgen de las declaraciones testimoniales del Sr. Zampiere, que ingresaron al inmueble sin inconvenientes, por lo que se deduce que en la práctica y para la comunidad tiene apariencia de balneario, generándose en la víctima y en terceros una representación errónea del carácter del lugar y su seguridad.

El juez de grado, en su argumentación, sostuvo que la cantera abandonada funciona como balneario clandestino, tratándose de una cosa riesgosa que amerita que el dueño tome recaudos mínimos para desalentar o dificultar su acceso, los que fueron omitidos. Todo titular del derecho de dominio posee, además, de un plexo amplio de derechos, obligaciones y deberes. Es obligación de todo propietario conservar y mantener la cosa sobre la que recae su señorío, más aún sabiendo que decenas de personas concurren en verano a las cavas inundadas. Esa concurrencia asidua de personas al lugar aumenta el riesgo y la potencialidad dañosa, sin embargo no se conoce acción alguna de parte del propietario responsable tendiente a minimizar riesgos.

A resulta que en autos se han presentado menores, se expide el Asesor de Incapaces, manifestando que dado el carácter riesgoso de la cantera y considerando las noticias

periodísticas que dan cuenta que ésta constituye un balneario clandestino, es necesario adoptar medidas de carácter preventivo.

Impugnación de la sentencia de grado.

La demandada se agravia en tres aspectos, la incorrecta aplicación de los artículos 1111 y 1113 C.C.; la arbitraria valoración de los hechos y de la prueba y la improcedente desproporción y pedido de rectificación del monto de la condena. En el primer aspecto, afirma que en el caso medió culpa de la víctima, que cometió un acto ilícito al ingresar a una propiedad privada, dándole un uso irregular ya que usó como piscina el espejo de agua de la cantera inundada. En el segundo aspecto, se agravia en lo atinente a la arbitrariedad de la valoración de la prueba y en la apreciación de los hechos. En el tercer aspecto, cuestiona la cuantía de la indemnización. La actora se agravia en cuanto a lo vinculado con la distribución de la responsabilidad en el hecho dañoso y por otra parte en lo relativo al rechazo del daño moral de la conviviente por falta de prueba.

Fallo de la Cámara de Apelaciones

El tribunal de alzada comienza diciendo que procede hacer lugar parcialmente al agravio de cada recurrente, acogiendo la queja de la demandada y distribuyendo en el 50% para cada parte la participación causal en el fallecimiento de la víctima. Receta también, la queja de la actora acerca de la procedencia del daño moral de la conviviente María Inés Espil.

A su vez procede al dictado de un mandato preventivo, todo en el emplazamiento normativo del código civil derogado, vigente al momento de los hechos, ya que la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial actual, en la interpretación de su artículo 7, impone para juzgar

los presupuestos de la responsabilidad civil, acudir a la ley que regía al momento constitutivo de la relación jurídica, sin perjuicio de la cuantificación que debe hacerse conforme a la ley vigente al momento de la sentencia, y de la ponderación de las nuevas regulaciones normativas sobre la prevención del daño, normadas en los artículos 1710, 1711, 1712 y concs. C.C.C, que constituyen doctrina interpretativa del régimen derogado.

De los hechos relevantes para decidir no se halla en discusión que la cava inundada corresponde a un inmueble de propiedad privada de la demandada, como tampoco que Correa se ahogó mientras se bañaba en ella. De lo expuesto se desprende que la cuestión debe resolverse a partir de la comprobación previa de antijuricidad en la conducta de la demandada y en el análisis de la incidencia de la actuación de la víctima en la causación del resultado final, por lo que el aspecto medular radica en determinar si medió responsabilidad por omisión por parte de Apilar S.A. por no adoptar las medidas de seguridad idóneas y conducentes para desalentar o impedir el acceso al predio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 499, 505, 512, 1074, 1109, 1111, 1113 y concs. C.C. Se trata, en suma, y como lo decide la sentencia del a quo, de verificar la eventual habilitación al uso público o masivo de un bien que no pertenece al dominio público pero que, por sus singularidades, puede suscitar la apariencia de balneario.

La reconstrucción de las características del predio y de su peligrosidad, como de inidoneidad de las medidas resultan de la valoración en conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, de las fotos agregadas en la causa penal, la constatación auténtica que realizaron los funcionarios policiales intervinientes, y la prueba testimonial rendida en autos, lo que conforma un plexo probatorio corroborante de la presunción de verdad que emana de la rebeldía de la accionada, también sumándole la información periodística de algunos medios de Tandil, obrante en las ediciones digitales de esos diarios, es que se funda la conclusión de

que se trata de un hecho notorio en la comunidad de Tandil, dicho paraje constituye en verano, una especie de balneario clandestino como lugar de recreación.

Es de destacar que al día siguiente La Voz de Tandil en su versión digital publicó que “el municipio intimará al dueño de las cavas de Cerro Leones, según lo corrobora la Inspección General de Justicia, y que para ello están rastreando al dueño del predio para alertarlo de lo que está sucediendo”.

Así, de los hechos comprobados surge que la demandada sabía o debía saber que la cantera abandonada constituye una potencial fuente de peligrosidad en la que la recurrencia y frecuencia de personas al lugar aumentan esa potencialidad. Por lo tanto se tiene por configurada una conducta antijurídica por omisión, cuestión abordada por este tribunal en la causa Tévez Alberto c/ Ferrosur S.A., aunque con otro resultado.

Al momento de analizar el mandato preventivo, la Cámara de Apelaciones dijo:

Debe destacarse que ya en los precedentes que dieron origen a la actual función preventiva del derecho de daños, y a partir de la recordada y señera sentencia del juez Héctor Iribarne, se vienen dictando distintas medidas para prevenir y evitar el daño futuro previsible, (Sentencia de primera instancia, 8/7/1986 y C. Civil y Comercial, Morón, Sala II, 05/02/1987, “Altamirano” en L.L. 1987-D, 373, con nota de Morello y Stiglitz, Gabriel A. Cam. Federal La Plata, Sala III, 08/08/1988, “Giménez”, cit. L.L. 1989-C, 117, C. Civil y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, “S., M.A. y otra c/ Municipalidad de Tigre, cit. L.L.BA, 1994, 984).

“Este tribunal se encolumnó hace tiempo en esa orientación, (El último precedente corresponde a C.C. y C. Sala II, Azul, Buenos Aires, 11/11/2015, “Biordo, Miguel Ángel vs.

Rutas al Sur Concesionario Vial s/ daños y perjuicios”, Causa n° 59966,
(www.rubinzaonline.com.ar, RCJ 7657/15).

Que el mandato preventivo o de prevención constituye, junto con las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada, una de las herramientas procesales fundamentales para la prevención del daño. Se trata de una orden oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador.

La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso en el Código Civil y Comercial, artículos 1708, 1710 a 1713 que confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso.

Recogiendo la fuente jurisprudencial citada, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal, es decir, autónomas, como las medidas autosatisfactivas, o accesorio como la tutela preventiva, a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido solo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

De lo dicho, se desprende que el tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal.

Se dispone así, que la Municipalidad de Tandil, a través de sus organismos técnicos, dando intervención, en caso de corresponder, a otras autoridades provinciales, presente en primera instancia en el plazo de quince días corridos a partir del presente decisorio una propuesta o plan de trabajo indicando las medidas conducentes, razonables y pertinentes para suprimir el peligro de las cavas de Cerro Leones, sobre la base de las directivas legales de la menor restricción posible y del medio más idóneo, doctrina del artículo 1713 C.C.C., lo que incluye el medio menos gravoso, teniendo por finalidad primordial disuadir e impedir el ingreso al predio, fijando objetivos y plazos de cumplimiento, todo ello con intervención de la demandada, propietaria del inmueble peligroso. Una vez presentado, en el plazo indicado, en conjunto o por separado con Apilar S.A., el Sr. juez de grado procederá a la determinación y aprobación definitiva de las medidas de aseguramiento disponiendo que sea la accionada, a su costa, la que deberá ejecutarlo, delegando su fiscalización a las autoridades competentes de la Municipalidad de Tandil con contralor judicial del cumplimiento de las metas y los plazos a cargo del Sr. juez de grado, quién para asegurar su cumplimiento del presente mandato de prevención sea efectivo podrá adoptar todas las medidas conducentes, artículos 34 inc. 2 C.P.C. y 1713 del CCC.

Dispuso la Cámara:

Que el cumplimiento del presente mandato de prevención se efectúe bajo apercibimiento de lo dispuesto en los artículos 37 C.P.C. y 804 CC. La interpelación a Apilar S.A. para la ejecución de las obras, en la forma y con las modalidades que se disponga, lo será bajo apercibimiento de efectuarlo la Municipalidad de Tandil, con cargo de repetición de la accionada.

Conclusión del fallo

-En este fallo se puede ver la evolución interpretativa acerca de los conceptos de mandato preventivo y la acción preventiva para ello, el tribunal apeló a la doctrina y jurisprudencia que se fue elaborando durante la vigencia de la normativa derogada. También es claro el contraste con la sentencia del caso “Tévez, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios precedentemente analizado, porque es de observar que el principio preventivo ya hoy normado en el nuevo código, es producto de esa doctrina y jurisprudencia citada.

Es importante resaltar que el tribunal sentenciante ordena una manda preventiva, no solo a la demandada, sino también a la Municipalidad de Tandil, que no fue parte en este proceso, por lo tanto, durante su sustanciación un tercero ajeno al mismo, que fue alcanzado por la sentencia, que obliga al municipio a poner su estructura administrativa y técnica al servicio del cumplimiento de dicho mandato preventivo, y agrega que se ejercerá control judicial para que las partes alcanzadas cumplan efectivamente con dicho mandato, emplazándolas en tal sentido. Este punto de la sentencia es, con seguridad, un cambio paradigmático y un tanto difícil de entender no solo a la luz del código derogado, sino también a las normas procesales, pero se debe comprender en función de las normas vigentes en el nuevo código que incorpora expresamente el principio preventivo, que otorga facultades e impone deberes al juzgador para que actúe en el sentido de evitación del daño. Por lo tanto, el fallo de marras sentará un precedente insoslayable en materia de responsabilidad civil por daños y su prevención y/o evitación en materia de responsabilidad estatal y el principio de prevención, la acción preventiva y el mandato preventivo, y en particular cuando el Estado, por omisión, causa un daño evitable.

Conclusión final

-El principio preventivo incorporado a la nueva normativa del Código Civil y Comercial a través de la acción preventiva y el mandato preventivo, resulta un cambio paradigmático en la forma de entender la responsabilidad civil, ello marca una evolución normativa e interpretativa en el espíritu pro homine que campea en la nueva ley.

Este principio encuentra su fundamento legal en los artículos 1708 a 1715 del Código Civil y Comercial, pero que el legislador abrevó en las fuentes de la doctrina y jurisprudencia previas, a la luz del código derogado.

Así, se deja ver la evolución interpretativa del principio de prevención, su aplicación, en los tres fallos analizados en este trabajo, el cambio paradigmático del concepto de responsabilidad civil por daños que significa que los elementos constitutivos de la responsabilidad ya no son condición necesaria para su configuración.

Se ha podido ver que en el primer fallo tratado (Consumme) el concepto de principio preventivo y el mandato preventivo dictado por la Cámara de Apelaciones produjo el rechazo y negación por parte del nuestro Superior Tribunal, aunque ya existía profusa doctrina y jurisprudencia que avalaban lo dicho por la Cámara y ésta se encontraba en el proyecto de reforma del código velezano, en una idea de hermenéutica exegética normativa que estanca el derecho al momento de la creación del legislador, en la inteligencia de su mera literalidad, sin entender que la interpretación dinámica, que mantiene a la norma viva, permite la interpretación progresiva de la misma, en tanto la mantiene vigente a las nuevas realidades de una sociedad que demanda nuevas y mejores soluciones.

La evolución normativa tiende a responder a esas demandas sociales, y en el entendimiento que las sociedades evolucionan, con ella la necesidad que el legislador acompañe esa evolución.

El operador jurídico se halla frente a nuevas reglas, frente a un nuevo principio normativo, de alcances insospechados, porque pensar que una sentencia podría extender sus efectos a quien no fue parte de un proceso resultaba impensado, y menos que pudiera alcanzar al Estado en materia de responsabilidad civil e imponerle un mandato preventivo.

De todos modos la responsabilidad civil, el principio de prevención y su correspondiente acción de prevención y el mandato preventivo, sus alcances y efectos, deberán recorrer un largo camino para afianzarse en la sociedad y en los operadores jurídicos.

Bibliografía

- Alterini, Aníbal, “Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales”, 2016, pág. 143/145. Edit. Abeledo Perrot.
- Camps, Carlos Enrique, “La pretensión preventiva de daños”, 2015.
- Corvalán, Juan Gustavo, titular del Juzgado N° 19 en lo Contencioso Administrativo y Tributario, 2015, “Jornadas Internacionales s/responsabilidad del Estado, análisis ley 26.944”, recuperado de ijudicial.gob.ar.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial comentado” 2015, director, Rubinzal Culzoni T. VIII pág. 315
- Hijano, Agustín, “La Función Preventiva en el Nuevo Código Civil y Comercial”, 2016, recuperado de <https://fam.org.ar/wp-content/uploads/2016/07/23Hijano.pdf>
- Sanmartín, Lidia, “Acción Preventiva. Una alternativa al amparo en temas de Derecho a la Salud”, 2016, recuperado de tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2016/09/07/9977
- Torello, Viviana Silvia, “La acción preventiva como nueva función de la responsabilidad. Implicancias procedimentales y aspectos fundamentales”, 2017, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, septiembre 2017, recuperado de jornadasdederechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/.../Torello-Viviana-Silvia.

Anexo

Fallos completos analizados:

1)

“Díaz, Manuel y otros c/ CONSOMME S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, expediente N°

1170/11 registro Superior Tribunal de Justicia Sala A, Provincia de La Pampa.

Superior Tribunal De Justicia

Magistrados: Dr. Eduardo D. Fernández Mendía y Dra. Elena Victoria FRESCO

Fecha: 19-11-2012

1170/11: DÍAZ Manuel y otros c/CONSOMMÉ S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios

Desarrollo:

En la ciudad de Santa Rosa, capital de la provincia de La Pampa, a los 19 días del mes de noviembre del año dos mil doce, se reúne la Sala A del Superior Tribunal de Justicia integrada por su presidente, Dr. Eduardo D. Fernández Mendía y por su vocal, Dra. Elena Victoria Fresco, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “DÍAZ Manuel y otros c/CONSOMMÉ S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”, expediente n° 1170/11, registro Superior Tribunal de Justicia, Sala A, del que-

Resulta:

I.- A fs. 883/916, el Dr. José Alejandro Vanini, Fiscal de Estado de la Provincia de La Pampa y Marina E. Álvarez, abogada, en representación del Estado provincial, parte codemandada, interponen recurso extraordinario en los términos del artículo 261, inciso 2°) del Código Procesal Civil y Comercial contra la sentencia de la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo

Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 30 de diciembre de 2010, que resolvió: “I. Modificar la sentencia de fs. 607/616 por los fundamentos y con los alcances expuestos en los considerandos. En consecuencia condenar a las codemandadas CONSOMMÉ S.A., Municipalidad de Anguil y Provincia de La Pampa in solidum, distribuyendo su responsabilidad en el 50% a la primera y en un 25% a cada una de las restantes (...) IV. Intimar a que en el plazo de tres meses de quedar firme la presente se cumplimente con “el mandato preventivo” señalado en los considerandos...” (fs. 863 vta./864).-

Acreditan el cumplimiento de los recaudos formales y reseñan los antecedentes del caso. Dicen que los Sres. Manuel Díaz, Marcelo Oscar Parasacco y Susana Filomena Benvenuto promovieron demanda de daños y perjuicios contra la fábrica de lácteos Consommé S.A., la Provincia de La Pampa y la Municipalidad de Anguil pretendiendo el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el deceso de sus hijos menores de edad: Juan Ramón Díaz y Enzo Oscar Parasacco.-

Narran que el día 29 de mayo de 2002, aproximadamente a las 13 y 30, los niños Juan Ramón Díaz y Enzo Oscar Parasacco, de 12 y 10 años respectivamente, se ausentaron de sus domicilios con la intención de “ir a cazar pajaritos”.-

Agregan que a raíz de que había transcurrido un plazo razonable sin noticias de los chicos comenzaron a buscarlos sin resultados. Dicen que esta circunstancia llevó a que las Sras. Benvenuto y Ferrer, madres de los niños, concurrieran a la Comisaría de Anguil para que tomara intervención y averiguara el paradero de aquellos.-

Concluyen que luego de una intensa búsqueda, los niños fueron hallados el día 1 de junio de 2002, aproximadamente a la hora 15 y 30, sin vida, inmersos en un piletón de material perteneciente a las instalaciones de la fábrica CONSOMMÉ.- Más adelante, señalan que los actores atribuyen al Estado provincial responsabilidad por actuación negligente y omisiva de

sus funcionarios.-

Indican que la sentencia de la Cámara de Apelaciones modificó la decisión de primera instancia que había desestimado la demanda respecto de la Provincia de La Pampa, haciendo extensiva la condena a su representada al considerar que la abstención estatal fue causa o factor adecuado de consumación del hecho dañoso y además le impuso, conjuntamente con las restantes codemandadas, la manda preventiva de construir un cerco perimetral de dos metros de altura y una tapa rejilla en la pileta.-

En el capítulo IV expresan los agravios contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones.-

Dicen que el tribunal a quo infringió los artículos 35 inciso 5º), 156 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial, al dar tratamiento a cuestiones que no fueron objeto de oportuna introducción al trabarse la litis.-

Señalan que pese a reconocer el Tribunal que los actores citaron erróneamente la ley en que fundaban el reclamo, consideraron igualmente que el hecho que se imputaba a las codemandadas era la falta de servicio (art. 1112, Cód. Civ.), configurada en su doble aspecto, acción-omisión, al habilitar el establecimiento sin verificar los recaudos de seguridad. Destacan que la Cámara de Apelaciones reconoció además que los reclamantes no habían identificado con precisión cuál era el dispositivo legal que imponía la obligación de cumplir con el hecho omitido ni cuál había sido éste.

A la vez, argumentan que los jueces de la Cámara de Apelaciones, sin apoyar su decisión en los agravios de los actores, consideraron que el Estado provincial debía responder puesto que participó de la habilitación del establecimiento.-

Seguidamente, entienden que la Cámara de Apelaciones, con un tinte decididamente arbitrario, introduce un argumento no expuesto en primera instancia ni en los agravios ya que consideró que la responsabilidad del Estado derivaba de una supuesta omisión legislativa o reglamentaria.-

También dicen que los actores al demandar tampoco atribuyeron responsabilidad a su representada por el deficiente cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene del trabajo (Ley 19687).-

Razonan que el tribunal a quo al revocar el fallo desestimatorio de primera instancia y acoger la pretensión de resarcimiento sobre la base de una supuesta abstención estatal, incurre en el vicio de incongruencia desde que introdujo sorpresiva y arbitrariamente un factor de atribución de responsabilidad del Estado no deducido por los actores y respecto del cual su representada no tuvo oportunidad de alegar defensa alguna.-

Por otra parte, manifiestan que el porcentaje de responsabilidad atribuido al Estado provincial resulta arbitrario pues corresponde a una estimación de los magistrados sin sustento en ninguna prueba.-

Argumentan que para que exista incidencia causal debe existir prueba idónea que permita determinar que la actuación de su mandante contribuyó causalmente en ese porcentual de daño, extremo no concretado en autos.-

Con relación al mandato preventivo ordenado por el tribunal a quo, afirman que ello no fue objeto de reclamo y que su tratamiento no les estaba permitido (art. 257, CPCyC).-

Consideran que el Estado no puede ser garante de los incumplimientos que no le son imputables y que los jueces de Cámara no se encuentran facultados para dictar sentencias aleccionadoras o fallos de contenido social o meramente declamativos.-

A modo de conclusión, expresan que la sentencia del tribunal de mérito incurre en incongruencia y arbitrariedad al despachar mandatos preventivos a cargo de su representada fundándose en un pretendido compromiso social y función preventiva de daños.-

Finalmente, mantiene el caso federal y solicitan que se case la sentencia y se confirme la decisión de primera instancia.-

II.- Admitido el recurso por la Cámara de Apelaciones, este Superior Tribunal lo declara

prima facie admisible en los términos del artículo 261 inciso 2° del Código Procesal Civil y Comercial.- III.- A fs. 954/982 vta. Marcelo Oscar Parasacco y Manuel Díaz, ambos por sus propios derechos y con el patrocinio letrado del Dr. Sergio Aníbal Sánchez Alustiza, contestan el traslado y solicitan que el recurso extraordinario interpuesto sea rechazado, con costas.- Afirman que el argumento principal que invoca la codemandada como fundamento de su agravio es falaz pues durante todo el transcurso del proceso “...se acusó al Estado provincial de ‘habilitar’ (en el sentido de disponer administrativamente que se encontraba en condiciones de funcionamiento), a la fábrica CONSOMMÉ contribuyendo de esa manera a que funcione dentro del ejido municipal de la localidad de Anguil sin los requisitos mínimos de seguridad hacia la población circundante, esto último sobre lo cual se probó y ahora nada discute en concreto por parte del propio Estado provincial.” (fs. 966 vta).

Seguidamente sostienen que la recurrente va en contra de sus propios actos, pues pese a afirmar que no pudo defenderse, del escrito de contestación de demanda puede corroborarse expresamente que entendía de qué se la acusaba y se defendió y produjo prueba.-

Más adelante, recuerdan el principio iuranovit curia y destacan que la obligación de aplicar el derecho vigente va más allá del que invoquen los litigantes.-

Dicen que la sola argumentación de que se violó el derecho de defensa es inviable, pues el Estado provincial debió demostrar concretamente cuáles fueron las defensas de las que se ha visto privado.-

Asimismo, subraya que es un hecho incontrastable que las instalaciones de CONSOMMÉ habían sido habilitadas por el Estado en las condiciones de seguridad que se encontraban al momento de ocurrir el hecho dañoso.-

Concluyen que la codemandada apelante, estando en condiciones de cumplir con la manda constitucional de resguardo de la salud, omitió al momento de emitir el acto administrativo de la habilitación controlar los sistemas de efluentes líquidos y prever y realizar conductas

conducentes al control del estado de seguridad que presentaban las instalaciones para que, en su caso, exigir como condición de funcionamiento el adecuado encuadre de las instalaciones a las normas elementales de seguridad e higiene.-

Más adelante, sostienen que la omisión de legislar por parte del Estado provincial respecto de las condiciones de seguridad externa que conlleva la instalación de una planta fabril fue causa eficiente y coadyuvante del siniestro.- Referente a la impugnación del porcentaje de condena, expresan que la parte recurrente no invoca razones jurídicas concretas y determinadas que sustenten la refutación argüida.-

Finalmente, solicitan que se confirme la sentencia impugnada en lo atinente a la responsabilidad imputada al Estado provincial y que se tenga especial consideración al evaluar sobre el mandato preventivo impuesto a la recurrente.-

Mantienen el caso federal, pues entienden que una decisión desfavorable violentaría los artículos 14 bis, 16, 18, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente el derecho a la salud y de propiedad.-

IV.- A fs. 982/985 emite su dictamen el señor Procurador General y a fs. 986 se llama autos para sentencia y;-CONSIDERANDO:-

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al artículo 261, inciso 2º del Código Procesal Civil y Comercial? SEGUNDA CUESTIÓN: en su caso, ¿qué solución corresponde adoptar? -

PRIMERA CUESTIÓN:- 1º) La Sala 2 de la Cámara de Apelaciones modificó la sentencia de primera instancia y condenó a las codemandadas CONSOMMÉ S.A., Municipalidad de Anguil y Provincia de La Pampa in solidum, distribuyendo su responsabilidad en el 50% a la

primera y en un 25% a cada una de las restantes.-

Para ello, tuvo por probada “...la existencia de una doble omisión antijurídica. En primer lugar la legislativa –provincial y municipal–, al no reglamentar y coordinar adecuadamente las funciones de contralor de la actividad desplegada en el establecimiento (...) y en segundo término, al no verificar la seguridad de todas las instalaciones –los piletones eran parte edilicia de aquellas– del lugar en forma previa a la habilitación, dada la declaración de ‘zona industrial’ (fs. 38 Expte. 1747) que presupone un riesgo adicional de las obras, sin perjuicio de la existencia o no de una norma expresa...” (fs. 861).-

También consideró que “En nada incide el hecho de encontrarse la ‘cosa’ en propiedad privada como parecen escudarse las codemandadas al intentar eludir sus responsabilidades, pues el sistema las ha dotado de potestades suficientes para restringir (por razones de urbanismo, seguridad higiene, salubridad, etc.) el uso de la propiedad privada en pos del interés público (art. 2611 del C.C., y arts. 36 incs. 1, 6, 20 de la ley 1597).”.-

Contra esa sentencia, los representantes del Estado provincial plantean recurso extraordinario con fundamento en el artículo 261, inciso 2º) del Código Procesal Civil y Comercial, pues, a su criterio, el Tribunal a quo ha violado el principio de congruencia ya que para considerar la responsabilidad de su representada se apartó de la materia objeto de agravio infringiendo los artículos 35 inc. 5º), 156 y 257 del código adjetivo.-

2º) Tal como se ha suscitado la controversia, debemos examinar si la Cámara de Apelaciones ha transgredido el principio de congruencia al ejercer las potestades decisorias que le son propias ante un recurso ordinario de apelación.- Para ello, cabe recordar que el artículo 257 del código adjetivo, en lo que aquí interesa, establece que en la sentencia se “...examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios, incluyendo las replanteadas por la parte vencedora...”.-

Sobre los poderes del Tribunal, el artículo 258 dispone: “La Cámara de Apelaciones no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante deberá resolver los intereses y daños y perjuicios, y otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. También podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia apelada, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al fundar el recurso...”.-

De la lectura armónica de ambas normas se deduce que, concedido un recurso ordinario de apelación, las potestades decisorias del órgano judicial de segunda instancia se encuentran circunscriptas al conocimiento de aquellas cuestiones que hayan sido, por una parte, oportunamente sometidas a la decisión del órgano inferior y, por otra, comprendidas en los agravios expresados por el apelante.- Expresa el tratadista Lino Enrique PALACIO, que la regla general que establece que el tribunal “...no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...” es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual, no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (Cfr. Lino Enrique PALACIO, Derecho Procesal Civil, AbeledoPerrot, Bs. As., 2005, V, 432 y ss.).-

A manera de síntesis entonces, el tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia ya que se encuentra limitado por el principio de congruencia.-

3°) En autos, la Cámara de Apelaciones atribuyó responsabilidad por omisión al Estado provincial sobre la base de que debió fiscalizar todas las medidas de seguridad en prevención del daño y omitió adecuar la legislación a las posibles contingencias derivadas de la instalación de un establecimiento de tamaño envergadura y características.-

También juzgó con fundamento en los artículos 2611 del Código Civil y 36, incisos 1, 6 y 20

de la Ley nro. 1597, que en nada incide el hecho de encontrarse la “cosa” en propiedad privada pues el sistema la ha dotado de potestades suficientes para restringir (por razones de urbanismo, seguridad, higiene, salubridad, etc.) el uso de la propiedad privada en pos del interés público.- 4º) Para el tratamiento jurídico básico de la responsabilidad del Estado por sus hechos o actos de omisión –cabe recordar que ése ha sido el motivo de la condena– sólo procede en los casos de falta de actuación frente a conductas prescriptas en cabeza de la Administración como consecuencia de un vínculo de carácter obligatorio, esto es, la omisión antijurídica que establece el artículo 1074 del Código Civil.-

La doctrina y jurisprudencia están contestes en señalar la necesidad de recurrir al referido artículo debido a la ausencia en el Derecho Público de un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de su comportamiento o actitud de omisión o abstención (Cfr. Miguel S. MARIENHOFF, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud ‘omisiva’ en el ámbito del derecho público, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2001, 19).-

El artículo 1074 del Código Civil dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.-

El término “ley”, expresa MARIENHOFF, trasunta y comprende las omisiones que constituyan situaciones antijurídicas, latamente consideradas, sin que incluyan o comprendan deberes pura y simplemente morales o espirituales, pues en estos supuestos la ley positiva no los ampara (Cfr. Marienhoff, 25).- Por otra parte, son presupuestos ineludibles para la procedencia de la pretensión indemnizatoria sustentada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita: i) la ejecución irregular del servicio; ii) la existencia de un daño cierto y iii) la relación de causalidad directa entre el daño cuya reparación se persigue y la prescindencia estatal o conducta omisiva, de manera que las consecuencias dañosas puedan

serle imputadas (art. 901 y cc. del C. Civil) (Cfr. Fallos 331:1691; 328:2546, entre otros). Así, sólo deberá responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran quebrar la vinculación causal.-Isidoro GOLDENBERG, en los casos de responsabilidad por omisión y desde el punto de vista de la relación de causalidad, ponía de resalto que ese “no hacer” tenía que asumir el rango de condición apta o adecuada para el que desmedro se produzca (Cfr. Isidoro H. GOLDENBERG, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, segunda edición y con actualización jurisprudencial, La Ley, Bs. As., 2000, 163).

Es decir que en la responsabilidad por omisión, el nexos causal adquiere particular importancia debiendo existir una relación directa, inmediata y exclusiva entre la conducta cuestionada y el perjuicio reparable.- 5º) En autos, como se ha señalado, la Cámara de Apelaciones declaró la responsabilidad del Estado provincial pues consideró la falta de verificación de seguridad de todas las instalaciones del lugar en forma previa a la habilitación como un factor de atribución determinante.

Sin embargo, no estableció ese factor negativo como causa adecuada del resultado dañoso. Dicho de otro modo, si bien consideró que la abstención estatal fue causa o factor adecuado de consumación del hecho dañoso (fs. 861 vta.) no determinó que la verificación de las medidas de seguridad fueran idóneas para evitar la contingencia acaecida.-

En efecto, al tratar los agravios vinculados con el porcentaje de responsabilidad atribuido al accionar de los menores, consideró que “...parece lógico colegir que difícilmente hubieran acatado (los niños) la advertencia de un cartel de peligro o no hubieran intentado trepar el alambre olímpico que sugiere el perito (de 2 metros de altura), pero la sumatoria de todos esos elementos, con más la rejilla de protección del piletón, las barandas y escalera de escape, hubieran eximido de responsabilizar a las codemandadas.” (fs. 862).-

Para que exista responsabilidad del Estado, ha dicho el alto Tribunal Judicial de la Nación,

debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Cfr. CS, “SÁNCHEZ GRANDEL”, 22/05/2012). En consecuencia, al no comprobarse la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado provincial, la sentencia apelada se aparta de los presupuestos exigidos para la configuración de la responsabilidad extracontractual.-

6°) Por otra parte, el ejercicio del poder de policía que corresponde al Estado provincial – cuyo incumplimiento se le endilga a fs. 861, segundo párrafo– no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad por el accidente ocurrido en el interior de un predio del que no era propietario ni guardador.-

Así, la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general y que como en el caso en examen dependan del previo otorgamiento de la habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en corresponsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de la reglamentación dictada a tal efecto.-

Cabe agregar que el daño tampoco ha derivado de la naturaleza de la actividad habilitada – producir, procesar, elaborar, industrializar, envasar, depositar, fraccionar, manipular, transportar y distribuir leche fluida en cualquiera de sus estados, (cruda, enfriada o pasteurizada), y sus subproductos y derivados– sobre los que el Estado debe garantizar el control y fiscalización conforme la normativa jurídica (Ley nro. 1424 y Dto. 462/94).-

La atribución de responsabilidad del Estado debe responder a criterios de razonabilidad, criterio que evidentemente está ausente en el fallo de la Cámara de Apelaciones. Si se confirma lo resuelto, podría responsabilizarse a la Provincia por todos los accidentes ocurridos en el interior de predios habilitados para la explotación de cualquier actividad comercial en todo el ámbito provincial, lo que debe calificarse de erróneo.-

No es necesario ni justificado, reflexiona Santiago Muñoz Machado, convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general (Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas, segunda edición, Civitas, Madrid, 1998, 129).-

7º) Por otro lado, se advierte que falta de adecuación de la legislación como fundamento para determinar la responsabilidad de la recurrente no fue objeto de controversia en estas actuaciones.-

En efecto, al promover la demanda de daños y perjuicios derivados del accidente, el actor alegó que el Estado provincial es responsable de lo “acontecido con los menores” por su actuación negligente y omisiva; por haber permitido funcionar una fábrica láctea sin resguardo de la integridad de las personas que integran la comunidad; por no haber respetado el ordenamiento jurídico vigente; por la emisión del acto administrativo permisivo con negligencia culposa o dolo eventual (fs. 10/10 vta).- En la oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar se fijó como hecho controvertido, en lo que aquí interesa, que los demandados omitieran en sus respectivos ámbitos de actuación el cumplimiento de las obligaciones de seguridad (fs. 164/165).- De ello, se observa que aquella causal de responsabilidad no integró el marco fáctico-jurídico en el que el actor planteó la litis y por consiguiente el tribunal de mérito no estaba habilitado para hacer extensiva la condena al Estado provincial sobre la base de la omisión legislativa, a riesgo de dictar una sentencia violatoria del principio de congruencia.-

8º) Además, hacer responsable al Estado del hecho dañoso por no haber legislado –por falta de adecuación de la legislación– resulta excesivo, pues ello llevaría a extender la responsabilidad del Estado a situaciones inconcebibles.

La Dra. KEMELMAJER de CARLUCCI, en su voto en la causa “TORRES” de la Suprema

Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, citando a Celso A. BANDEIRA DE MELLO, expresó: se debe ser muy cauteloso cuando se trata de responsabilizar al Estado por actos omisivos pues otro criterio puede conducir a absurdas conclusiones; en efecto, dice, el Estado debiera cumplir proveyendo de todo cuanto interesa a la sociedad pues teóricamente, de él se esperan todas las medidas aptas para defender el bienestar de la colectividad y de los individuos; entonces, ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre sería posible al lesionado reclamar por la omisión estatal, así, debería responder por los asaltos en las plazas públicas, por hechos de la naturaleza que no fueran previstos, tales como anegamientos producidos por grandes lluvias, inundaciones producidas por ríos a los cuales no se canalizó debidamente o se rectificó su curso. (Suprema Corte de Mendoza, abril 4 1989 TORRES, Francisco c. Provincia de Mendoza, LL, 1989 C, 514).-

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, no es razonable asignar a ese deber genérico un alcance de tal amplitud que lleve a la absurda consecuencia de convertir a éste en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito extraño a su intervención directa y competencia (Cfr. Fallos 329: 3169). Sostener lo contrario, significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder (cfr. Fallos 323:318 y 3599; 329:2088).-

Conforme lo expuesto, la Sala A de este Superior Tribunal de Justicia juzga que el tribunal a quo ha quebrantado el principio de congruencia en los términos de los arts. 35 inc. 5º y 257 del CPCyC., motivo por el cual corresponde dar respuesta afirmativa a la PRIMERA CUESTIÓN.-SEGUNDA CUESTIÓN:- 1º) Como corolario de las consideraciones precedentes, se hace lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por la parte demandada –Estado provincial–, casando la sentencia impugnada en lo que ha sido materia

de agravios y, atento a las particularidades del caso y por razones de economía procesal, se resuelve sin reenvío (art. 271, CPCyC) revocando lo resuelto por la Cámara de Apelaciones respecto de la extensión de la condena a la codemandada Provincia de La Pampa.-

2°) Corresponde trasladar el porcentaje de responsabilidad atribuido a la recurrente (25%) a la demandada CONSOMMÉ S.A., en el entendimiento de que el control y mantenimiento de los alambrados linderos y demás medidas de seguridad en el interior del predio estaban a su cargo.-

Ello es así, pues cuando en la producción del daño interviene una cosa que presenta riesgo o vicio, el dueño o guardián responden de manera objetiva.-

Que esta decisión no afecta en modo alguno su derecho de defensa, pues la demandada CONSOMMÉ S.A. fue legalmente notificada con entrega de copia del escrito recursivo de la codemandada (fs. 952/952 vta.), circunstancia que le permitió conocer plenamente la pretensión de la recurrente, sin que formulara alegación u oposición alguna considerando la eventualidad de que el recurso extraordinario provincial prosperara, como en definitiva ocurrió.-

3°) Como consecuencia de lo resuelto, corresponde relevar a la recurrente –Estado provincial– del cumplimiento del mandato preventivo dispuesto por la Sala 2 de la Cámara de Apelaciones.

4°) Las costas se imponen a la vencida (art. 62, CPCyC).

Por todo lo expuesto, la Sala A del Superior Tribunal de Justicia;-

RESUELVE:-

1) Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 883/916, casar la sentencia impugnada en lo que ha sido materia de agravios y, en consecuencia, confirmar los puntos 1 y 3 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia (fs. 607/616 vta.) respecto de la codemandada Provincia de La Pampa.-2) Imponer las costas de esta instancia

extraordinaria a la vencida (artículo 62 del CPCC), y regular los honorarios de los Dres. José Alejandro Vanini y Marina E. Álvarez, en forma conjunta, en el 35% de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia (art. 14, última parte, Ley de Aranceles); y los del Dr. Sergio Anibal Sánchez Alustiza en el 28% de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia (art. 14, primera parte, Ley de Aranceles).-

3) Regístrese, notifíquese por Secretaría mediante cédulas y, oportunamente, devuélvanse estas actuaciones a su procedencia.

DR. EDUARDO D. FERNÁNDEZ MENDIA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

CONGRUENCIA – La congruencia como límite al conocimiento de la alzada. Expresa el tratadista Lino Enrique PALACIO, que la regla general que establece que el tribunal “...no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...” es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual, no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (Cfr. Lino Enrique PALACIO, Derecho Procesal Civil, AbeledoPerrot, Bs. As., 2005, V, 432 y ss.).-

[...] el tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia ya que se encuentra limitado por el principio de congruencia.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Responsabilidad del Estado por sus hechos o actos de omisión: procedencia.

La responsabilidad del Estado por sus hechos o actos de omisión [...] sólo procede en los casos de falta de actuación frente a conductas prescriptas en cabeza de la Administración como consecuencia de un vínculo de carácter obligatorio, esto es, la omisión antijurídica que establece el artículo 1074 del Código Civil.-

[...] El artículo 1074 del Código Civil dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.-

El término “ley”, expresa MARIENHOFF, trasunta y comprende las omisiones que constituyan situaciones antijurídicas, latamente consideradas, sin que incluyan o comprendan deberes pura y simplemente morales o espirituales, pues en estos supuestos la ley positiva no los ampara (Cfr. Marienhoff, 25).-

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Actividad ilícita del Estado: presupuestos ineludibles para su procedencia.

Son presupuestos ineludibles para la procedencia de la pretensión indemnizatoria sustentada en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita: i) la ejecución irregular del servicio; ii) la existencia de un daño cierto y iii) la relación de causalidad directa entre el daño cuya reparación se persigue y la prescindencia estatal o conducta omisiva, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas (art. 901 y cc. del C. Civil) (Cfr. Fallos 331:1691; 328:2546, entre otros).

[...] sólo deberá responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran quebrar la vinculación causal.-Isidoro GOLDENBERG, en los casos de responsabilidad por omisión y desde el punto de vista de la relación de causalidad, ponía de resalto que ese “no hacer” tenía que asumir el rango de condición apta o adecuada para el que desmedro se produzca (Cfr. Isidoro H. GOLDENBERG, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, segunda edición y con actualización jurisprudencial, La Ley, Bs. As., 2000, 163).

[...] Para que exista responsabilidad del Estado, ha dicho el alto Tribunal Judicial de la Nación, debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Cfr. CS, “Sánchez Granel”, 22/05/2012).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Alcance.

La circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general y que [...] dependan del previo otorgamiento de la habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en corresponsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de la reglamentación dictada a tal efecto.-

[...] No es necesario ni justificado, reflexiona Santiago Muñoz Machado, convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general (Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas, segunda edición, Civitas, Madrid, 1998, 129).-

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Alcance: inexistencia de responsabilidad del Estado por el hecho dañoso por no haber legislado.

Hacer responsable al Estado del hecho dañoso por no haber legislado –por falta de adecuación de la legislación– resulta excesivo, pues ello llevaría a extender la responsabilidad del Estado a situaciones inconcebibles.

La Dra. KEMELMAJER de CARLUCCI, en su voto en la causa “TORRES” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, citando a Celso A. BANDEIRA DE MELLO, expresó: se debe ser muy cauteloso cuando se trata de responsabilizar al Estado por actos omisivos pues otro criterio puede conducir a absurdas conclusiones; en efecto, dice, el Estado debiera cumplir proveyendo de todo cuanto interesa a la sociedad pues teóricamente, de él se esperan todas las medidas aptas para defender el bienestar de la colectividad y de los individuos; entonces, ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre sería posible al lesionado reclamar por la omisión estatal, así, debería responder por los asaltos en las plazas

públicas, por hechos de la naturaleza que no fueran previstos, tales como anegamientos producidos por grandes lluvias, inundaciones producidas por ríos a los cuales no se canalizó debidamente o se rectificó su curso. (Suprema Corte de Mendoza, abril 4 1989 TORRES, Francisco c. Provincia de Mendoza, LL, 1989 C, 514).-

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que si bien el Estado tiene el deber de velar por la seguridad de los ciudadanos, no es razonable asignar a ese deber genérico un alcance de tal amplitud que lleve a la absurda consecuencia de convertir a éste en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito extraño a su intervención directa y competencia (Cfr. Fallos 329: 3169). Sostener lo contrario, significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder (cfr. Fallos 323:318 y 3599; 329:2088).-

2) Causa N° 2-60404-2015

“Tévez, Alberto Ariel c/ FERROSUR ROCA S.A. s/ Daños y perjuicios. -Causa N° 2-60413-2015

“Tévez, Alberto Ariel c/ GALASUR S.A. s/ Daños y perjuicios.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires.

Juzgado En Lo Civil Y Comercial N° 1 -

Olavarria Sentencia Registro n°: 63

En la ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Mayo del año Dos Mil Dieciséis, reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y

Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi, Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: “Teves, Alberto Ariel C/ Ferrosur Roca S.A. S/ Daños y Perjuicios” (Causa N° 60.404) y “Teves, Alberto Ariel C/ Galasur S.A. S/ Daños y Perjuicios” (Causa N° 60.413), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. Galdós – Dr. Peralta Reyes – Dra. Longobardi.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

Cuestiones:

1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 305/313 de la causa 4166/2011 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios” y de fs. 253/261 de la causa 1232/2012 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Galasur S. A. s/ daños y perjuicios”?

2ª.- ¿Son justas las regulaciones de honorarios efectuadas en las sentencias recurridas?

3ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Votación:

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: I.- Causa 4166/2011 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios”, numeración de este Tribunal causa 60.404, en adelante denominada indistintamente causa “Ferrosur” o causa 60.404.

El Sr. Alberto Ariel Teves, mediante apoderado, demandó a Ferrosur Roca S.A. la indemnización de los daños, patrimonial y moral, que estimó en \$ 700.000, derivados del fallecimiento de su hijo menor, de 17 años, Ariel Alfredo, quién fue hallado sin vida en el interior de una de las tolvas de un vagón de un tren que contenía piedras a granel, en la

ciudad de Cañuelas, el día 11 de Noviembre de 2011. Explica que el sábado 6 de Noviembre de 2011 su hijo salió de su casa, en Hinojo, con destino a la confitería “Praga” de Olavarría, encontrándose con sus amigos en la plaza céntrica de esa ciudad y que luego ingresó y permaneció en esa confitería hasta aproximadamente las 6:30 hs. del domingo 7 de Noviembre. Luego, los jóvenes comieron en un local de comidas rápidas y se despidieron en la parada de colectivos ubicada en las calles San Martín y Moreno, lugar en el que Ariel fue visto por última vez. A partir de entonces el padre y su familia buscó infructuosamente a su hijo, radicando la pertinente denuncia policial, sin poder hallarlo hasta que el día 11 de Diciembre, aproximadamente a las 13 hs. fue encontrado muerto en un vagón, en Cañuelas, perteneciente a un tren de la demandada que estuvo estacionado en la playa de maniobras de Olavarría desde las 7 hs. aproximadamente del día domingo 7 de Noviembre. Allí la formación ferroviaria estuvo detenida hasta las 9 hs. de ese día, oportunidad en la que el vagón fue trasladado junto con otros de similares características hasta las inmediaciones de la cantera Galasur S.A., ubicada en Sierra Chica, donde se lo cargó con pedregullo a granel. El cuerpo de Ariel fue hallado varios días después (el 11 de Noviembre) por un grupo de empleados de una planta de acopio de materiales, lindero a las vías férreas de la ciudad de Cañuelas, encontrándolo sobre la boquilla de una de las tolvas de un vagón cargado con pedregullo a granel. La autopsia indicó que el joven falleció en el interior del vagón, propiedad de Ferrosur Roca S.A. y que el fallecimiento se produjo el día 7 de Noviembre de 2011. Sostiene que el fundamento de la responsabilidad de la demandada radica en la responsabilidad objetiva por riesgo creado, en su condición de propietaria del vagón tolva y de guardiana del pedregullo que transportaba, en los términos del art. 1113 CC. Añade que el fallecimiento se debió a la cosa riesgosa constituida por el vagón tolva cargado con piedras que estaba bajo su guarda, como consecuencia de un cuadro de asfixia al quedar el joven literalmente sepultado dentro de la tolva, debajo de las piedras, y que media relación de

causalidad entre la cosa riesgosa (el vagón tolva cargado de piedras) y el fallecimiento de Ariel. Todo ello se encuentra potenciado por los defectos de los controles de seguridad de la demandada para impedir que el joven ingresara al vagón, ubicado sobre los rieles de su propiedad. Enfatiza que la responsabilidad de Ferrosur deriva de su condición de dueña del vagón en el que fue hallado muerto, de guardiana de la carga y propietaria del predio en el que se encontraba el vagón tolva en ocasión de que el menor ingresara en él; además, los dependientes de la accionada debían haber controlado la actividad de carga de la piedra a granel cuando llenaron el vagón con ese material, revelando la falta de seguridad y la omisión de medidas para impedir el ingreso al predio y al vagón mismo. Tras ello detalla y cuantifica los daños resarcibles que reclama.

Sustanciado el proceso a fs. 305/314 se dictó sentencia única que rechazó la demanda, impuso las costas a la actora vencida y reguló los honorarios de los letrados y peritos intervinientes.

A fs. 316 el apoderado de la demandada apela la sentencia -recurso luego desistido a fs. 372- y, por altos, los honorarios de los peritos, el que fue fundado a fs. 323 y todos concedidos a fs. 322. La actora apela la sentencia a fs. 325, recurso que fue concedido a fs. 326 y los letrados apelan sus honorarios a fs. 346, siendo concedido el recurso a fs. 347.

A fs. 362/371 expresa agravios la actora, los que fueron contestados a fs. 377/385.

II.- Causa 1232/2012 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Galasur S.A. s/ daños y perjuicios”, numeración de este Tribunal causa 60.413, en adelante denominada indistintamente causa “Galasur” o causa n° 60.413.

Sobre la base de los mismos hechos debatidos en el expediente anterior, en esta causa el actor demandó a Galasur S.A. a quién atribuye responsabilidad en su condición de propietaria del pedregullo que transportaba el vagón, destacando que el daño provino de una cosa de riesgo

(el pedregullo mencionado) y que medió relación de causalidad entre esa cosa riesgosa (las piedras cargadas en el vagón) y el fallecimiento por asfixia de Ariel, al quedar literalmente sepultado por esas piedras. Aduce defectos en el control de seguridad por parte de los dependientes de la demandada al omitir medidas adecuadas para verificar la carga del vagón. En lo sustancial reitera los argumentos vertidos en el expediente anterior y formula el mismo emplazamiento fáctico y jurídico, diferenciando únicamente la consideración de la cosa riesgosa que intervino: el vagón tolva en la causa Ferrosur y el pedregullo en la causa Galasur.

A fs. 117 se ordena la acumulación de ambas actuaciones. A fs. 253/261 obra glosada copia de la sentencia única dictada en ambos procesos y a fs. 286/294 se agregó copia del escrito de expresión de agravios de la actora. Por lo demás se apelaron las regulaciones de honorarios: el perito contador por bajos lo hace a fs. 263; la demandada recurre por altas todas las regulaciones de los peritos intervinientes a fs. 265, y fundó a fs. 267.

III.- La sentencia única desestimó la demanda entendiendo que medió culpa de la víctima en los términos del art. 1113 CC. Parte de la base de que se atribuye responsabilidad a Ferrosur Roca S.A. por ser propietaria del vagón tolva y guardiana de su contenido (la piedra a granel) y de que Galasur S.A. es demandada como dueña de la mencionada carga de pedregullo. También da por sentado que es trasladable al juicio civil las constancias probatorias de la causa penal sustanciada, pese a que se ordenó su archivo por no configurarse un delito penal, y que la cuestión litigiosa se emplaza en la teoría del riesgo creado, previsto en el citado art. 1113 CC. La sentencia sostuvo que está acreditado que Ariel Alfredo se retiró junto a sus amigos de la confitería Praga de Olavarría alrededor de las 6:30 hs. del domingo 7 de Noviembre de 2011 y que fue encontrado muerto el día 11 de Noviembre de ese año, en Cañuelas, en un vagón de tren que transportaba piedra a granel proveniente de la cantera Galasur S.A. de Hinojo, Partido de Olavarría, habiendo fallecido por asfixia, sin poder

determinarse si ella se produjo antes o después del ingreso del joven a la tolva ni si se encontraba dormido o desvanecido en ese momento. Se comprobó pericialmente que estaba alcoholizado ya que tenía 3 gramos de alcohol en sangre por litro. Además señala que el archivo decretado en la causa penal revela que no existe prueba que en el fallecimiento del joven Teves intervinieran terceras personas. Más adelante puntualiza que del informe de la Comisión Nacional del Transporte glosado a fs. 185/186 del expediente “Ferrosur” se desprende que Ferrosur Roca S.A. era concesionaria del ramal ferroviario que incluía la obligación de conservación y mantenimiento de la Estación Olavarría, incluyendo la playa de camiones, resultando responsables de los daños que pudieran resultar de los bienes muebles o inmuebles. Igualmente la pericia contable obrante a fs. 145/147 de la causa n° 60.413 explica que Ferrosur Roca S.A. prestaba a la cantera Galasur S.A. el servicio de transporte por tren de carga de materiales minerales triturados desde Sierra Chica hacia Cañuelas procediendo la empresa ferroviaria al envío a la cantera de vagones vacíos, lugar en la que con personal propio procede al llenado de los vagones. Tras ello la sentencia valora la pericia planimétrica y de inspección obrante a fs. 199/202 de los autos “Ferrosur” que indica que el predio que la empresa ferroviaria posee en la ciudad de Olavarría entre las Avenidas Colón y Del Valle, paralelo a la Avenida Pringles, tiene cuatro zonas por las que se puede acceder materializadas en las vías de ingreso y egreso a la estación que se ubican sobre la Avenida Colón; la Avenida Del Valle; la calle Bolívar y la calle San Martín destacando que en la zona ubicada entre Avenida Del Valle y calle Bolívar se encuentra cortado el alambrado olímpico, lo que permite el acceso al predio. Añade que el sector del lugar lindante con la Terminal de Ómnibus de Olavarría se encuentra cercado por un muro de mampostería de 0,30 metros de ancho y 1,30 de altura sobre el que se apoyan placas de hormigón, ubicadas en forma oblicua al muro con un espacio entre placa y placa que oscila entre 0,15 cm. a 0,20 cm. espacios éstos por los que podría ingresar una persona según su contextura física. Por otro lado la pericia de

ingeniería mecánica (fs. 260/261, 272/273 y explicaciones de fs. 285) explicó que una persona puede ingresar a un vagón tolva accediendo por la escalera de inspección y luego en el interior deslizarse en él como si fuera un tobogán, resultando la salida más dificultosa que el ingreso lo que depende de las características físicas de la persona. Tras ello se refiere al sistema de revisión de las formaciones ferroviarias, lo que se produce cuando ingresan o egresan al patio de maniobras. En caso de revisiones de trenes estacionados el control se lleva a cabo mediante dos revisores mecánicos y en los vagones tolva se verifica que el sistema de boca de descarga se encuentre en condiciones operativas (compuertas, palancas, trabas, etc.) y que el cuerpo del vagón no presente rajaduras ni roturas. El día 07 de Noviembre de 2010 la carga del vagón tolva n° 875153 de la empresa ferroviaria fue precargado en la cantera de la codemandada mediante un sistema mixto (esto es con pala cargadora frontal y carga del vagón desde la cabina que opera el encargado). La sentencia prosigue señalando que a tenor de la declaración testimonial de los amigos de Teves resulta que fue visto con vida por última vez a las 06:30 horas, aproximadamente, del día 07 de Noviembre de 2010 en la parada de colectivos ubicada en las calles San Martín y Moreno de Olavarría manifestándoles que se iba porque lo pasaban a buscar y que se dirigió por calle San Martín hacia la Avenida Pringles. No existen elementos que permitan establecer a ciencia cierta qué ocurrió desde entonces (en Olavarría) hasta el día 11 de Noviembre cuando la víctima apareció sin vida en la localidad de Cañuelas, en el interior del vagón tolva n° 875153 integrante de la formación ferroviaria n° 234311. En esa oportunidad el análisis químico pericial arrojó como resultado que Teves presentaba 3 gramos de alcohol por litro en sangre. Luego la sentencia destaca que el día 7 de Noviembre de 2011 la formación ferroviaria se encontraba detenida en la playa Olavarría, que es un predio privado, aguardando ser enviada a la cantera Galasur S.A. ubicada en Hinojo. Sobre la base de todas las consideraciones precedentes concluyó que medió culpa de la víctima, que interrumpió totalmente el nexo causal en los términos del art. 1111 del Código

Civil. Por lo tanto rechazó la demanda porque “el ingreso de una persona a un predio de propiedad privada y luego a un vagón tolva, implica un acto de imprudencia rayano en la temeridad, y en el caso del joven Teves, de 17 años, tenía conocimiento de la peligrosidad de la acción”. Impuso las costas a los demandados vencidos y reguló honorarios a los letrados y peritos intervinientes.

IV.- Contra ese pronunciamiento en la causa “Ferrosur” se interpusieron los siguientes recursos de apelación: a fs. 316 los apoderados de las demandadas Ferrosur Roca S.A. y Galasur S.A. recurren la sentencia, los honorarios que se les fijaran a su favor en el expediente 60.404 por considerarlos bajos y atacan por altos los establecidos a favor de los peritos intervinientes, y cuestionan los regulados en la causa n° 60.413 por entender que resultan bajos. Seguidamente impugnan por altos los honorarios de los peritos.

A fs. 317 se conceden los remedios procesales descriptos anteriormente.

A fs. 323 obra la fundamentación de la apelación articulada contra los honorarios de los peritos. A fs. 325 la apoderada de la actora recurre la sentencia recaída en el proceso en cuestión. A fs. 326 se lo concede.

A fs. 346 el Dr. Néstor Guillermo Di Giano, por su propio derecho, recurre por considerar baja su retribución fijada en ambos procesos. A fs. 347 la Sra. Juez de Grado concede el mencionado recurso.

Recibidos los autos en la Alzada, a fs. 372 los apoderados de Ferrosur Roca S.A. y Galasur S.A. desisten de la apelación que plantearan oportunamente contra la sentencia, manteniendo las apelaciones contra los honorarios regulados. En la causa “Galasur” se interpusieron los siguientes recursos: a fs. 263 el perito contador recurrió - por bajos - y fundó sus honorarios. A fs. 264 se concedió el mencionado recurso. A fs. 265 los letrados de las codemandadas recurren los honorarios por resultar bajos; y por considerar altas las retribuciones fijadas a los

peritos finalmente las atacan, por bajas, en la causa n° 60.413 apelando también por alta la suma fijada a favor del perito contador. A fs. 266 la Sra. Juez de Primera Instancia concede las apelaciones interpuestas; a fs. 267 los apoderados de las accionadas fundan la apelación articulada contra los honorarios del perito contador, quién la contesta a fs. 269.

Luego de otras contingencias procesales, arriban los autos a esta Alzada. A fs. 286/294 se glosa la expresión de agravios de la parte actora; a fs. 299 los letrados de Ferrosur Roca S.A. y Galasur S.A. desisten de la apelación y mantienen los recursos deducidos contra las regulaciones de honorarios; y a fs. 301/312 obra la réplica de la expresión de agravios.

V.- Los agravios de la actora fueron agregados a fs. 286/294 de la causa “Galasur” y respondidos a fs. 301/312, y cuyas copias se agregaron a fs. 362/371 y fs. 374/385 de la causa n° 60.404.

En su escrito de expresión de agravios la demandante señala que se disconforma de la sentencia porque ese pronunciamiento consideró interrumpido el nexo causal entre el riesgo de las cosas y la muerte del joven de 17 años; alega que no se acreditó que haya mediado una conducta de la víctima con entidad suficiente para interrumpir el nexo causal; añade que no se valoró adecuadamente la prueba producida la que descarta que la víctima hubiera actuado con culpa o adoptado una conducta que pudiera ser considerada causa adecuada de su propia muerte. En subsidio, y sobre la base del principio de eventualidad procesal, también aduce que la circunstancia de que el joven estuviera alcoholizado no autoriza a presumir válidamente que dicha embriaguez fuera determinante de su ingreso a la playa de maniobras ni a la tolva y sostiene que es un error de la sentencia juzgar temeraria la conducta de la víctima por haber ingresado a un predio privado. Esto resulta contrario a la obligación legal de los propietarios y guardianes de cosas riesgosas de adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar la ocurrencia de hechos previsibles, como el de autos. Apoyado en ese

núcleo argumental el escrito recursivo más adelante desarrolla esos agravios de modo pormenorizado. En efecto, y en lo sustancial, destaca que por aplicación de la teoría del riesgo creado prevista en el art. 1113 del Código Civil no se probó que la víctima haya desarrollado una conducta culposa con aptitud para interrumpir el nexo causal entre las cosas riesgosas y su propia muerte, criticando la conclusión de que la alcoholemia de la víctima hubiera tenido gravitación en su fallecimiento. Pone de manifiesto que la doctrina y la jurisprudencia obligaba a la demandada a adoptar medidas de seguridad para evitar la ocurrencia de hechos que, como el aquí juzgado, son previsibles. En ese sentido se detiene extensamente en el emplazamiento geográfico de la playa de maniobras del ferrocarril donde se hallaba estacionado el vagón tolva y destaca -entre muchas otras consideraciones- que el predio está emplazado en el centro de la ciudad, a pocas cuadras de la plaza principal y del boliche bailable al que había concurrido Teves, concluyendo que resultaba totalmente accesible desde la vía pública y que carecía de custodia y cartelera que alertara al público del peligro que representa ingresar en él. En este tópico concentra sus esfuerzos en resaltar la insuficiencia de las medidas de prevención, lo que según su parecer se desprende de la pericia de ingeniería. Sostiene que Ferrosur Roca S.A. no adoptó mecanismos idóneos y adecuados para prevenir el ingreso del menor a la playa y a la tolva, hechos absolutamente previsibles en atención a lo localización y estado de descuido de las cosas riesgosas. Paso seguido formula otras consideraciones sobre la previsibilidad del ingreso al predio de la demandada y acerca del deber de custodia, vigilancia y prevención que le corresponde al dueño tanto para impedir el ingreso a ese lugar como para acceder al interior del vagón tolva. Tan es así que, dice, que no se ha desvirtuado las conclusiones de la pericia de ingeniería mecánica que indica claramente la posibilidad de ingresar al interior del vagón tolva utilizando la escalera de inspección que resulta de la foto n° 1 agregada a dicha pericia. Luego cuestiona la omisión de la empresa ferroviaria y de la dueña de la cantera en adoptar medidas de prevención para la

carga y descarga de los vagones tolva. Por lo expuesto y, en lo medular, solicita se revoque la sentencia y se haga lugar -con costas- a la demanda resarcitoria de daños promovida.

Llamados autos para sentencia a fs. 386 de la causa n° 60.404 y a fs. 313 de la causa n° 60.413 y firme el resultado del sorteo del orden de votación (cf. fs. 387 y fs. 314 respectivamente) los expedientes se encuentran en condiciones de ser resueltos.

VI.- 1.- Destaco inicialmente que conforme lo estatuido por el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial -sustancialmente análogo al art. 3 CC- la cuestión a dilucidar en el sub lite queda sujeta a las previsiones del derogado Código Civil. Es que, tal como lo referí en la causa “Braszka”, “una de las primeras reglas de interpretación del actual art. 7° CCCN consiste en distinguir los ‘hechos constitutivos’ de la relación jurídica, de sus consecuencias, derivaciones o efectos. Las relaciones jurídicas nacen, se modifican o se extinguen en virtud de hechos a los que la ley le asigna efectos generadores o constitutivos; esos ‘hechos constitutivos’ (comprensivos de los hechos modificatorios y extintivos) se rigen y son juzgados por la ley vigente al momento de producirse. En cambio los efectos o consecuencias de las relaciones jurídicas constituidas bajo la ley anterior se rigen de inmediato por la nueva ley (Moisset de Espanés, Luis, ‘El daño moral (arts. 522 y 1078)’ y ‘La irretroactividad de la ley (art. 3)’, cit., J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-355). Kemelmajer de Carlucci afirma que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ‘La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes’ cit., pág. 100). Los presupuestos de la responsabilidad civil (antijuricidad, causalidad, daño y factor de atribución) son hechos constitutivos que se rigen por la ley vigente en el momento de su producción, lo que no impide que queden alcanzadas por la ley nueva las consecuencias o efectos no concluidos, no operados o no consumidos, aunque se trate de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad (esta Sala Causa N° 56441, del 8/9/15 ‘D. B., A c/ A., L. C. y Otros s/ Derechos

personalísimos-Sumario’; Causa N° 56571, del 8/9/15 ‘D. B., A. c/ A., L. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios’; causa n° 59625, “Braszka, Carlos Jorge y otros...”, del 20/10/15).

Por lo demás, y de cualquier manera, lo más significativo es que la actual regulación de la responsabilidad civil prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación, en todos los casos, tiene marcado vigor como doctrina interpretativa o argumento de autoridad de las disposiciones del Código Civil derogado, dado que se receptaron los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales vigentes (Saux, Edgardo “Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado” La Ley 2015-F , 520).

2.- El recurso de apelación es improcedente, por infundado, por lo que propiciaré al Acuerdo –aunque por otros fundamentos- la confirmación de la sentencia que desestimó la demanda resarcitoria de daños. No es motivo de controversia las legitimaciones pasivas atribuidas a la demandadas: Ferrosur Roca S.A. como titular de la concesión del servicio ferroviario y guardiana del vagón tolva en el que fue hallado el cuerpo de la víctima de autos, de los inmuebles correspondientes a la playa de maniobras lindantes a la Terminal de Ómnibus de Olavarría y del ubicado en la localidad de Cañuelas, en el que se encontraba estacionado el precitado vagón tolva en el que se encontró a la víctima; Galasur S.A. resulta propietaria de la piedra a granel cargada en la formación ferroviaria de Ferrosur (art. 1113 CC).

A modo de anticipo conclusivo destaco que no se acreditó la responsabilidad civil de las codemandadas toda vez que el actor no alegó ni probó la antijuricidad en los hechos en juzgamiento, presupuesto ineludible del deber de resarcir (conjuntamente con la relación causal, los factores de atribución, y el daño; arts. 1066, 1066, 1067, 1073, 1074 y ccs. C.C.; arts. 1708, 1716, 1717, 1721, 1726, 1732, 1737 CCCN). Ello así, esencialmente, atendiendo al modo en el que se trabó la litis ya que no se introdujo como hecho controvertido la

responsabilidad de la accionada fundada en la omisión de adoptar medidas de evitación del daño, aspecto sobre el que luego volveré (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 164, 266 y ccs. C.P.C.; arts. 168 y 171 Constitución Provincia Bs As). En suma: la falta de acreditación de la antijuricidad de la conducta de la demandada obsta la procedencia de la pretensión resarcitoria, conforme el principio de congruencia decisoria (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 164, 266 y ccs. C.P.C. cit. anteriormente).

Sin embargo, y a todo evento, partiendo de los hechos alegados y de la prueba producida cabe también decidir, a mayor abundamiento, que no existió por parte de Ferrosur Roca S.A. ni de Galasur S.A. incumplimiento del deber general de no dañar a otro tipificante de la antijuricidad por omisión como requisito de la responsabilidad civil (arts. 19 CN, arts. 1066 y 1074 CC).

3.- Comenzando con el análisis de la causa corresponde partir de algunos presupuestos fácticos que no son objeto de controversia. La sentencia de Primera Instancia expresa textualmente que “que no existen discrepancias en relación a que en las primeras horas del día 7 de Noviembre de 2010, el joven Teves fue visto en la ciudad de Olavarría, más precisamente en el interior del local bailable denominado “Praga”, ubicado en la intersección de las calles Vicente López y San Martín. Tal es lo declarado en sede policial por sus amigos Lucas Ruspil (fs. 27), Mariano Nicolás Beratz (fs. 28), Francisco Salazar (fs. 29), Alejandro Andrés Santana (fs. 30), Giuliano G. Faedda (fs. 31) y Emiliano Walter (fs. 32 de la causa penal), coincidiendo los testimonios de Beratz, Santana y Faedda, en que alrededor de las 6.30 hs. se retiraron del lugar junto a Teves, dirigiéndose a la parada de colectivos situada en calle San Martín, para tomar un ómnibus de regreso a sus hogares. Que en dicha circunstancia Ariel Teves les manifestó que se iba porque lo pasaban a buscar, y se marchó a pié por San Martín hacia la Avda. Pringles, momento este, en el que fue visto con vida por última vez” (sic. fs. 257). Este núcleo argumental del decisorio que ubica a Ariel Alfredo

Teves dirigiéndose a pie por calle San Martín de Olavarría hacia Pringles, tal como se puntualiza en la contestación de la expresión de agravios, descarta la aseveración de la recurrente cuando afirma en el escrito recursivo -sin rebatir con sustento probatorio aquella conclusión- que “lo único cierto es que resultó acreditado que el joven fue visto con vida por última vez en la Terminal de Ómnibus de Olavarría, que linda con la playa de maniobras de Ferrosur Roca S.A. donde se hallaba estacionado el vagón tolva, y que fue hallado en Cañuelas, cuatro días después muerto por asfixia dentro de la tolva” (sic., fs. 363). Ello así, aunque en definitiva el lugar último en el que fue visto Ariel Alfredo y si estaba o no en la Terminal de Ómnibus de Olavarría no modifica el resultado final de la litis.

La otra circunstancia de hecho relevante decidida en la sentencia y que se encuentra firme es “que posteriormente, el día 11 de Noviembre, el cuerpo sin vida del joven fue hallado en la estación ferroviaria de la localidad de Cañuelas, en el interior de un vagón de tren que transportaba piedra a granel, proveniente de la cantera Galasur S.A. de la localidad de Hinojo, Partido de Olavarría (acta policial de fs. 51/52, declaración testimonial de Sebastián R. Delgado de fs. 60 y fotografías de fs. 100/102 y 110/111 de la causa penal)” (sic., fs. 257 vta.). Este otro presupuesto fáctico tampoco está en discusión y además Delgado en la citada causa penal describe el hallazgo del cuerpo del joven Ariel en los siguientes términos “que en la fecha (en alusión al 11/11/2010) siendo aproximadamente las 13:20 hs., en momentos que personal a su cargo estaba descargando las piedras que contenían los vagones por medio de las boquillas, los cuales cuentan con tres tolvas cada una, en el vagón 875153, o sea el del medio de los tres vagones existentes, al culminar la descarga observan por medio de la boquilla, que en la tolva se encontraba un cuerpo del sexo masculino sin vida. Que solamente pudo apreciar que se hallaba vestido y en posición fetal. Que ante tal situación llamó telefónicamente al 911 donde alertó sobre lo sucedido” (sic., fs. 60/60 vta.). De modo coincidente la pericia practicada por la Superintendencia de Policía Científica de Cañuelas, a

fs. 98/115 de la causa penal, explica que los peritos intervinientes “siendo las 16:30 horas del día de la fecha nos constituimos, en el lugar de los hechos, sito en la Estación de Trenes de Cañuelas, sector descarga de piedra; en la vía Nro. 7, donde se encontraba un vagón “Tolva” con el número 875153” (sic., fs. 99). Tras ello relatan que realizaron una minuciosa inspección ocular primero en el exterior del vagón tolva y luego en su interior observando en el fondo el cuerpo sin vida de una persona de sexo masculino. Posteriormente “el personal ferroviario procedió a abrir la boquilla de descarga del vagón, cayendo automáticamente el cuerpo de la víctima. Éste vestía un jeans azul, zapatillas, chomba clara y pullover con cierre” (sic., fs. 102). Esa pericia tiene agregada numerosas fotografías, un croquis del predio de la estación Cañuelas de ferrocarriles correspondientes al sector de descarga de piedra y un plano general de la zona (arts. 384 y 474 CPC).

Se advierte entonces que la actora procura la conexión fáctica y jurídica entre el hallazgo del cuerpo de Ariel, el 11 de Noviembre de 2010 en Cañuelas, en el interior de un vagón tolva, de Ferrosur Roca S.A., cargado con pedregullo de Galasur S.A. que había partido de Olavarría con la presencia del joven visto por última vez en cercanías de la Terminal de Ómnibus de Olavarría, a las 06:30 hs. de la mañana del día 07 de Noviembre de 2011 (lugar lindante con el inmueble de la empresa ferroviaria, como se desprende de la pericia de fs. 257/258 causa “Galasur” y fs. 200/202 causa “Ferrosur”). Con ese basamento fáctico, sin soslayar que quedó firme que Ariel fue visto por sus amigos caminando con probable destino a dicho lugar (la Estación de Ómnibus de Olavarría ubicada al lado de la playa del ferrocarril) en ocasión de promover la demanda la actora fundó la responsabilidad de las accionadas en la responsabilidad objetiva por riesgo creado pero sin indicación precisa, clara y asertiva de la conducta ilícita endilgable a los accionados. No adujo ni explicó cuál era la conducta antijurídica de Ferrosur Roca S.A. y de Galasur S.A, más allá de argumentar detenidamente que el fundamento del deber de resarcir recae en el riesgo creado por las cosas de los

codemandados (el vagón tolva por un lado y el pedregullo por el otro). En efecto, en los escritos constitutivos de ambos expedientes (causas n° 60.404 y n° 60.413) el actor reitera la misma matriz fáctica de atribución de responsabilidad modificando sólo la cosa riesgosa que intervino en uno u otro caso; reitero el vagón tolva para Ferrosur y las piedras cargadas en el vagón para Galasur S.A. Así a fs. 94 vta./96 vta. de la causa Ferrosur y a fs. 43 vta./44 vta. de la causa Galasur la parte actora atribuye la responsabilidad de las codemandadas en los siguientes términos: “el caso sub exámine debe ser encuadrado dentro de los supuestos de responsabilidad objetiva que describe el art. 1113 2da parte in fine del C. Civil, puesto que existe un daño cierto, derivado del fallecimiento del hijo de mi mandante (lo que se encuentra acreditado mediante acta de defunción que se adjunta a la demanda), ocasionado por una cosa riesgosa, constituida por la piedra cargada en los vagones tolvas que transportaron la misma. Existe, asimismo, una relación de causalidad entre la cosa riesgosa (agrego, por mi lado, las piedras cargadas en el vagón tolva, para Galasur S.A. y el “vagón Tolva cargado de piedra” para Ferrosur Roca S.A.) y la muerte de Ariel Alfredo Teves, puesto que como ha sido mencionado el deceso se produjo como consecuencia de un cuadro de asfixia, al quedar el joven literalmente sepultado dentro de la tolva, debajo de las piedras. Y, por último, ha sido cabalmente demostrada la responsabilidad de la empresa demandada, toda vez que reviste el carácter de dueño y guardián de las cosas –piedras a granel- (art. 1113 C.C.), lo cual será demostrado en el estado procesal oportuno” (sic., fs. 44).

Más adelante dice que “del conjunto de pruebas colectadas en la I.P.P. surge claramente que Ariel Alfredo Teves murió como consecuencia de un cuadro de asfixia, al resultar atrapado bajo el pedregullo de propiedad de la demandada, volcado en el vagón tolva de la empresa transportista, al que había accedido antes. Con arreglo a las leyes de la lógica y de la experiencia cotidiana se debe inferir que la víctima se encontraba dentro de la tolva, con vida –a estar al resultado de la necropsia-al momento en que el pedregullo a granel fue cargado, vertido, en ella. La responsabilidad de la

aquí demandada, Galasur S.A. derivaría, conjuntamente con la de Ferrosur S.A., propietaria y guardián del vagón en el que encontrara la muerte la víctima en autos, de su condición de propietario del pedregullo a granel arrojado sobre la víctima (art. 1113 C.C.) y de su desidia, puesta de manifiesto por la falta de advertencia de la víctima dentro del vagón antes de iniciar la carga –para el supuesto de acreditarse que ella era la responsable de dicha operación- (art. 1109 C.C.)” (sic., fs. 44/44 vta.).

De ese modo la actora se refiere al factor de la atribución de responsabilidad, a la relación causal y más adelante en otro capítulo alude a los daños pero en ningún caso explicó la antijuricidad de conducta que podía endilgársele a las coaccionadas. El incumplimiento del deber de seguridad con sustento en la antijuricidad por omisión no fue un elemento fáctico constitutivo del proceso ya que las referencias en el escrito de demanda relativas a estas cuestiones son más bien incidentales o complementarias y no adujo de modo claro y concreto cual fue el comportamiento ilícito más allá de la intervención de las cosas de riesgo (arts. 330 incs. 4 y 5 CPC, 34 inc. 4, 163 inc. 6 y ccs. CPC). Sin ánimo de resultar reiterativo puntualizo que en la demanda contra Galasur se sostiene que “en el caso sub análisis, el riesgo de la cosa se ha visto potenciado por la desidia de su dueño y guardián, quien permitió por no establecer controles de seguridad adecuados, cargar con la piedra de su propiedad, los vagones donde fuera encontrado sin vida el joven Ariel Alfredo Teves” (sic., fs. 44). En el otro proceso cuando describe la imputación a Ferrosur le atribuye “no establecer controles de seguridad adecuados (evitando), que la víctima inocente fuera colocada o ingresara al vagón tolva ubicado –necesariamente- sobre los rieles de su propiedad” (sic., fs. 95 tercer párrafo). Cabe recalcar que las extensas y detalladas consideraciones del apelante vinculadas a las características del predio en el que está emplazada la playa de maniobras de Ferrosur Roca S.A., que son pormenorizadas y hacen foco en el resultado de la prueba pericial practicada en autos, constituyen reflexiones tardías y extemporáneas que no pueden ser computadas en la

sentencia sin infringir el principio de congruencia decisoria, porque no se trata de aspectos propuestos al Juez de Primera Instancia conforme el art. 272 del C.P.C. En ese sentido se inscriben las consideraciones de fs. 366 vta./370 del agravio cuando formula muchas reflexiones -insisto: introducidas en esa etapa- tendientes a demostrar que las demandadas, especialmente Ferrosur S.A., incumplieron el deber de seguridad al no impedir el ingreso del joven a la playa de maniobras del ferrocarril y que luego ingresara al interior del vagón tolva.

En definitiva: conforme los términos en los que se trabó la Litis, atendiendo a los hechos litigiosos introducidos en las dos demandas resarcitorias, las pretensiones deben ser desestimadas porque no se ha dado cumplimiento con la carga de alegación y prueba de uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil que es la antijuricidad (arts. 1066, 1067, 1074, 1113 y conec. CC; arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6, 272, 330 incs. 4 y 5, 384 y ccs. CPC). Es que sin desconocer que algunos autores entienden que la antijuricidad no siempre es presupuesto indispensable de la responsabilidad civil, máxime si se trata de daños derivados de un factor objetivo de atribución por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar”, pág. 196; De Lorenzo, Miguel Federico, “Una nueva dimensión para el principio de no dañar al otro”, RCyS 2014-I) el criterio mayoritario predica que en todos los casos los elementos o requisitos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, relación causal, daño y factores de atribución (arts. 1066, 1067, 1111, 1113 y conec. CC.; arts. 1708, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720 y conec. CCCN).

4.- No obstante lo expuesto, aunque sea a mayor abundamiento, procederé igualmente a analizar la prueba producida desde una interpretación amplia de los escritos constitutivos del proceso, considerando que el relato introductorio, los escritos de contestación de demanda, la sentencia, las apelaciones, y la conducta procesal de todos los litigantes, habilitan formalmente el examen de fundabilidad del pronunciamiento que, en definitiva, juzgó que

medió culpa de la víctima que interrumpió el nexo causal entre el hecho de las cosas de riesgo de las demandadas y su fallecimiento (arts. 1111 y 1113 CC).

Desde esta óptica entiendo que el fallo debe ser confirmado pero por no constituir antijuricidad por omisión en la conducta de las accionadas que no impidieron el ingreso de Ariel al interior del inmueble de la playa de maniobras del ferrocarril en Olavarría, el 7 de Noviembre de 2010, y una vez adentro de ese lugar, evitar que se metiera en el interior de un vagón tolva, el que posteriormente se cargó con piedra a granel de Galasur S.A. (arts. 512, 1066, 1074, 1109 y concs. C.C.).

5.- Si bien el Código Civil de Vélez Sársfield consagró un criterio de antijuricidad formal y subjetivo, fundado en que es ilícito el acto contrario a una norma concreta con sustento en la culpa o el dolo (arts. 1066, 1067, 1074 y concs. Código Civil), lo cierto es que por influencia de la doctrina y la jurisprudencia terminó prevaleciendo el criterio de la antijuricidad atípica y material que no requiere de norma vulnerada para el resarcimiento del daño sino sólo la prueba de su existencia y la ausencia de causas de justificación por parte del dañador (Picasso, Sebastián, “La antijuricidad en el Proyecto de Código”, La Ley 2013-E, 1; Saux, Edgardo I., “El alterum non laedere quince siglos después” RCD 1075/2014.).

La antijuricidad “se trata de un concepto puramente objetivo -dice un fallo- en cuanto no es necesario tener presente la voluntariedad del sujeto; la antijuricidad es un elemento objetivo independiente de la culpabilidad ... Comprende no sólo lo prohibido expresamente por la ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, pues se trata de principios y valores inmanentes tutelados e impuestos por múltiples preceptos positivos del Derecho Argentino. En definitiva, la ilicitud no se confunde con la ilegalidad; y será antijurídica cualquier conducta que vulnere la regla del alterum non laedere” (cf. C 4ª.

Civ., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 7/4/2014, “G., I. R. c/A. de M. P. /Daños y perjuicios”, voto del Dr. Claudio Leiva, Microjuris AR/ MJJ 85338). En la antijuricidad gravitó notoriamente la influencia del principio constitucional de no dañar a otro, previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional (cf. C.S., 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra v. Ejército Argentino LL 2012-F-559). La antijuricidad material (superadora de la antijuricidad formal) fue receptada en los art. 1717 a 1720 CCCN y se refiere al daño causado por una acción no justificada (Cám. Civil y Comercial Mercedes, Sala Primera, 21/10/2014, “A., E. E. C/ B., S. y Otra s/ Daños y Perjuicios”, elDial.com - AA8B19 Voto Dr. Ibarlucía).

En el marco de la constitucionalización del derecho privado, el art. 1717 CCCN recepta el principio del “alterum non laedere” como fundamento del deber de reparar, el que constituye el primer precepto jurídico y moral de toda sociedad civilizada y asimismo un principio general del derecho (cf. Trigo Represas Félix, “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, Revista de Derecho de Daños, Proyecto de Código Civil y Comercial, Tº II, Rubinzal – Culzoni Editores, 2012-3 136 y ss.). La antijuricidad extracontractual es atípica y deriva de la vulneración de ese deber general de conducta (de acción y de omisión).

En este marco corresponde analizar la eventual ilicitud por omisión de observar el mandato indeterminado de no dañar a otro (art. 19 CN, arts. 1066,1067 y 1074 CC y arts. 1717 y conscs. CCCN). Dice Picasso que “el concepto de omisión se construye siempre en relación a una conducta debida que no se cumplió; es preciso que exista un previo deber de actuar. Por consiguiente, cabe preguntarse cómo se conjuga esta exigencia lógica con el deber general de no dañar”. Añade con relación al CC que se entiende que “para que existiera ese deber de actuar es preciso que, en virtud de cierta relación particular entre los sujetos, pudiera deducirse la existencia de un “deber de seguridad” que imponga a uno de ellos el sacrificio de su libertad de abstención (cf. De Lorenzo, “El daño injusto...”, p. 92), o que ello viniera

impuesto en el caso concreto por el sentimiento de solidaridad humana y amor al prójimo (cf. Bueres, comentario al art. 1066, “Código Civil Comentado”, Tº 3-A, p. 62), o bien se afirmaba que cada uno es libre de no actuar, y que únicamente cuando se configurara un abuso de ese derecho podía haber responsabilidad” (cf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, cit., t. 4, p. 345; Picasso Sebastián en Lorenzetti Ricardo L - (Director) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo VIII, pág 363). Concluye afirmando que con relación al régimen del CCCN, aplicable al caso como doctrina interpretativa del CC, “conjugando todas la pautas del art 1710 CCCN, puede decirse que habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero”.

Recalco este argumento porque reviste marcada gravitación: en el caso en juzgamiento la regulación normativa actual sobre la antijuricidad prevista en el CCCN, que receptó la doctrina y jurisprudencia anterior elaborada sobre el tema, constituye una insoslayable herramienta de interpretación del sistema del Código Civil derogado, no sólo por la compatibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad civil en general, el anterior y el actual, sino también porque este parámetro constituye una derivación de la aplicación inmediata del nuevo Código, conforme el art 7 CCCN.

El CCCN se erige en argumento de autoridad o doctrina interpretativa del Código Civil derogado y las normas actuales constituyen valiosas herramientas de interpretación del Código Civil derogado (Moisset de Espanés, Luis – Tinti, Guillermo P., “El artículo agregado a la fianza en las locaciones. Primera aproximación”, Zeus, T. 90, D-141) o doctrina corroborante (CNFed. Civ. y Com., sala III, 17/11/2015, “Gil, Graciela Beatriz y otros c. Edenor SA s/ daños y perjuicios”, La Ley online AR/JUR/73164/2015, voto Dra Graciela Medina) o fuente no formal del derecho, “pues como recordaba Vélez Sársfield en su nota al

viejo art. 4044 –luego derogado por la ley 17.711– “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir. De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art. 31 y art. 75 inciso 22º)” (CNCom., Sala B, 06/08/2015. –“M., J. E. c. V., O. H. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tráns. c/ les. o muerte)”, E.D. 03/09/2015, Nro. 13.804 – 2015). En idéntica y coincidente línea hermenéutica se afirma que el CCCN tiene la naturaleza de “directriz de interpretación” (SCBA, Ac. 79855, 19/2/2002, “García, Héctor Manuel y otros c/ Alves Dos Santos, Antonio José y otros. Daños y Perjuicios”) o de “pauta orientadora” (doctrina de CNCIV, Sala A, 28/10/2015, Expte. 95.419/2012, “A.A.R. c/ G.A.M. s/ daños y perjuicios”, elDial.com – AA93BB, voto Dr. Picasso).

6.- La jurisprudencia, siguiendo los criterios doctrinales prevalecientes, se ha pronunciado en varias oportunidades coincidiendo –en general- en que determinar en concreto si el dueño o guardián omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas para la evitación de daños (criterio normativo que ahora recogen los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y concs. CCCN) es una cuestión de hecho que debe ser ponderada en cada caso y conforme sus singularidades. Sin embargo, el primer distingo radica en diferenciar las omisiones a mandatos jurídicos determinados o expresos de las omisiones genéricas a mandatos jurídicos indeterminados, - como en el sub-lite-fundados en el deber general de no dañar a otro, el “alterum non laedere”, que tiene jerarquía constitucional y se vincula con el deber de seguridad, también de linaje constitucional (arts. 19, 42 C.N.; ver en ese sentido: C.S., 31/08/2010, “B. H. y otro v. Estado

Nacional – Secretaría de Turismo – Daños y perjuicios”, en L.L. 2010-E, 405, y particularmente voto Dr. Lorenzetti). En ese precedente, y al juzgarse la responsabilidad del Estado por falta de servicio, la Corte Federal entendió incumplido el “deber de información sobre los riesgos existentes en el lugar y un deber de seguridad consistente en adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño” (en el caso del deceso de un menor que murió ahogado en un lago, ubicado dentro del perímetro del complejo turístico al que había sido llevado junto a un contingente de niños). Se juzgó (reitero para el uso del lago emplazado en el lugar de recreación) que “se encuentra acreditado que el Estado Nacional no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar. En el lugar no había ninguna clase de advertencia sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso. En el caso, la omisión señalada adquiere particular importancia habida cuenta de que los testimonios son concluyentes en que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores, que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia, que no se hallaba cercado y que los carteles fueron colocados horas después del accidente” (voto de la mayoría). En sentido concordante en el voto del Dr. Lorenzetti se acotó que “el Estado nacional debió informar acerca de los riesgos existentes en el lugar para los niños y no lo hizo, ya que no había ninguna clase de advertencias sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso” y “que el Estado nacional debió adoptar medidas preventivas de seguridad para evitar que los niños sufrieran daños”. “Que en el sub lite – añadió-, la colocación de un cartel de advertencia o la disposición de un guía, asistente o cuidador en el lugar, hubiera evitado el enorme daño causado con la pérdida de la vida de un menor de edad. Al no haberlo hecho, el Estado nacional ha incurrido en un grave incumplimiento del deber de seguridad. En ausencia de tales medidas, se concluye que el Estado nacional no empleó los medios razonables para el cumplimiento regular del servicio”. La nota sobresaliente del caso es que el deber de seguridad y el de evitar el daño (arts. 19 y

42 C.N.) derivó del análisis de la conducta debida pero en el caso de ingreso al predio consentido por su dueño y guardián (que no es el supuesto de autos), en el que el deber de información estaba comprendido en el marco de la obligación de control y vigilancia del Estado que promovía el turismo social visitando la zona. En parecida orientación otros precedentes judiciales han destacado “que la conservación y custodia de los parques, lagos, espejos de agua, plazas y jardines de la ciudad corresponde a su gobierno en tanto dueño de la cosa, lo que lleva en sí el cuidado y la seguridad, estando constreñido a implementar un sistema de advertencias y prevención de riesgos sobre los bienes del dominio público comunal, resultando, por ende, en principio responsable de los daños producidos por las cosas que tiene a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil” (cf. C. N. Civ. y Com. Fed., Sala I, Causa 677/00, 28/05/2013, “E. N. c/ Estado Nacional Minist del Interior Policía Federal Arg y otros s/ daños y perjuicios”, en elDial.com – AA804E). En otro antecedente se juzgó verificada la responsabilidad por omisión de las medidas de control idóneas para impedir el ingreso de un menor que murió ahogado en una laguna, como consecuencia de la excavación que se había formado, la que contaba con 30 metros de profundidad. Pero allí el mandato expreso, incluso de construir un alambrado perimetral, surgía del decreto de autorización que imponía esa obligación al dueño del predio (cf. S.C.B.A., Ac. 73526, 23/02/2000, “Vargas, Pabla c/ Club Náutico Hacoaj s/ Daños y perjuicios”, voto del Dr. de Lazzari). Se acuñó allí la regla siguiente “para apreciar si un cierto acto de abstención puede caracterizarse como causa de determinado daño es menester verificar si ese factor negativo puede ser retenido por nuestra mente como elemento dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto que sobrevino. Pues causa adecuada de un cierto resultado es el antecedente que lo produce normalmente, según el curso natural y ordinario de las cosas” (causa cit.).

El caso de autos es distinto. Se trata de una doble secuencia de hechos: el ingreso clandestino a un predio privado seguido del posterior ingreso clandestino a un vagón tolva, al que se puede acceder desde una escalerilla, y desde allí, deslizarse hacia abajo, tipo tobogán (conf. pericia fs. 99/111 causa penal; arts. 384 y 474 C.P.C.).

Con relación al primer íter fáctico y jurídico (el acceso no tolerado al inmueble) en otro precedente de la Suprema Corte se resolvió -por mayoría-que medió responsabilidad concurrente en partes iguales entre las dos víctimas y el dueño de la cava, porque en lo tocante a la conducta de la demandada “el uso frecuente (del lugar) era conocido y tolerado por el propietario del predio en el que se encuentra emplazada la cava, de manera tal que el conocimiento que los fallecidos pudieron haber tenido acerca de su titularidad no implicaba la prohibición de acceso al lugar” (allí se condenó por el 50% de responsabilidad)” (cf. S.C.B.A., C 93.665, 17/06/2009, “Boggio, Lucía del Valle y otro c/ Fundación Country Golf Club Argentino s/ Daños y perjuicios”, voto de la mayoría del Dr. Negri, Genoud, Hitters y de Lazzari). Se dijo que “el riesgo intrínseco de la cosa resultó potenciada por las insuficientes y deficientes medidas de seguridad”. En su voto de adhesión el Dr. de Lazzari argumentó que “no han resultado suficientes las medidas precautorias adoptadas por la demandada. Con plena conciencia de la peligrosidad de la cosa y su riesgo, y acabado conocimiento de actos habituales de imprudencia de niños y jóvenes desaprensivos, debía haber implementado resguardos de protección suficientes. El hecho de las víctimas –sin perjuicio de su incidencia puntual, como se refleja en la atribución de responsabilidades (del 50%)- tuvo por antecedente un obrar causalmente atribuible al titular de la cosa”. En otro caso jurisprudencial parecido al anterior se sostuvo que “la formación de la tosquera en el terreno fue producto de la extracción de suelos de dicho predio, mediando consentimiento de sus propietarios. Es esa utilización de la cosa la que produjo una depresión en el lugar, luego cubierta de agua, sin la debida señalización ni eficaz cerramiento. Ello generó la peligrosidad

o riesgo que, junto con la acción negligente de los occisos, contribuyó en el desencadenamiento del evento dañoso”. Allí, la condena por el 40% de responsabilidad se fundó en que el recurrente no cuestionó la conclusión del fallo sobre la peligrosidad del lugar donde acaecieron los decesos (cf. S.C.B.A., Ac. 89522, 15/03/2006, “N., E. C. c/ P. de B. A. y S., ML L.; M. L.; M., M. V. y V., P. s/ Daños y perjuicios”).

El actual art. 1710 CCCN, en lo pertinente, dispone “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño...”. Desde otro lugar, y a propósito de esa norma, sostuve que “se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así en la medida que esa conducta dependa de la persona (“en cuanto de ella dependa”, dice la norma) y en base a los dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso. El inciso a) sienta la regla y el inc. b) proporciona las pautas para su evaluación, teniendo en cuenta que existe un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (lo que se relaciona con el parámetro de lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión. De lo contrario se estaría exigiendo el despliegue de conductas heroicas (Leiva, Claudio F., “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” –inédito-). La acción de prevención, también conocida como tutela inhibitoria, puede consistir en una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión” (Galdós Jorge M. en Lorenzetti Ricardo L. - (Director) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, tomo VIII, pág. 295).

7.- Con las pautas anticipadas cabe verificar ahora si medió antijuricidad por el deficitario cumplimiento en la adopción de medidas impeditivas del ingreso al predio y al vagón. En este punto es relevante ponderar el régimen actual del CCCN que constituye doctrina interpretativa o argumentativa del Código derogado.

En primer lugar no puede soslayarse el alto grado de alcoholismo de la víctima cuya pericia química determinó que tenía 3 gramos de alcohol etílico en sangre (conf. fs. 176/177 causa penal). Tampoco se contradijo la conclusión del fallo de que no existe prueba que demuestre que el fallecimiento de Teves fue consecuencia de la intervención de terceras personas máxime que la causa penal tramitada caratulada “Teves, Ariel Alfredo s/ Averiguación causales de muerte” concluyó con el archivo de las actuaciones porque la muerte se produjo por causas que no constituyen ilícito (conf. fs. 280 causa penal). En este contexto fáctico y jurídico cabe verificar ahora si medió omisión antijurídica de Ferrosur en la adopción de medidas impeditivas de ingreso al predio y al vagón (arts. 1066, 1074 y concs. CC). Y me refiero sólo a Ferrosur como guardián del inmueble y del vagón tolva porque Galasur S.A - en su condición de dueña de la piedra cargada y dado que el contacto de la víctima con dicha carga resulta un hecho sobreviniente al ingreso al vagón- carecía de poder de injerencia o de mando para adoptar cualquier medida en el sentido indicado.

La omisión antijurídica de la demandada consistiría en no haber evitado el ingreso de la víctima al predio de la playa de maniobras de ferrocarriles, en el que en la mañana del 07 de Noviembre de 2011 se encontraba estacionado el vagón tolva 875153, integrante de la formación ferroviaria n° 234311 (que luego fue cargado con pedregullo a granel en la cantera de Galasur S.A. ubicada en Hinojo en cercanías a Olavarría) y que a partir de allí se trasladó hacia la ciudad de Cañuelas en la que fue encontrado el cuerpo del menor. A ello se le añade otro reproche de abstención: no haber impedido que el joven, una vez adentro del inmueble, ingresara al interior del vagón tolva, lo que sólo podía hacer subiendo una escalerilla y

desplazándose hacia abajo, tipo tobogán (pericia fs 200/202 y plano fs 199 causa Ferrosur, pericia fs 99/115 causa penal).

La sentencia recoge el dictamen pericial que señala que “en lo que respecta al lugar en que se hallaba detenida la formación ferroviaria n° 234311 el día 7 de noviembre de 2010, previo a ser enviada a la cantera Galasur, esto es, la playa de maniobras de Olavarría, se llevó a cabo una pericia planimétrica y de inspección por medio de la Asesoría Pericial de La Plata (fs. 199/202 de los autos “Ferrosur”), que peritó el predio que Ferrosur Roca S.A. posee en la ciudad entre las avenidas Colón y Del Valle, paralelo a la Avda. Pringles, concluyendo que existen cuatro zonas por donde se puede acceder al lugar, materializadas en el sector de las vías de ingreso y egreso a la estación que se ubican sobre la Avda. Colón; la Avda. Del Valle; la calle Bolívar, y la calle San Martín, destacando que en la zona ubicada entre Avda. Del Valle y calle Bolívar se encuentra cortado el alambrado olímpico, lo que permite el acceso al predio (sic., fs. 258 vta. / 259 de causa “Galasur”). En sentido concordante la pericia de fs. 200/202 de la causa Ferrosur explica la ubicación general del predio, muy amplio y con distintas construcciones y material ferroviario, y que tiene las vías de ingreso señaladas (por las Avenidas Del Valle y Colón y las calles San Martín y Bolívar) algunas de las cuales - cómo también se dice en la pericia anterior y se desprende del plano y de las fotos agregadas-exhiben un estado un tanto deficitario. Por ejemplo y al momento de la pericia por el ingreso de la calle San Martín “existe un portón de doble hoja abierto por el que se puede acceder al predio” (fs. 200/202 de la causa Ferrosur cit.). Sin embargo, y concentrándonos en la parte del inmueble lindante con la Terminal de Ómnibus, lugar en el que se lo ubica a Ariel como de posible acceso al inmueble, se advierte que la propiedad a cargo de Ferrosur “se encuentra cercada por un muro de mampostería de 0,30 m. de ancho y 1 m. de altura sobre el cual se apoyan placas de hormigón, ubicadas en forma oblicua al muro, con un espacio entre placa y placa que varía entre 0,15 cm. y 0,20 cm.. En cuanto al ingreso de una persona a través de las

placas, dependerá en cada caso de las dimensiones del cuerpo de la misma. (sic., fs. 258 vta. /259 de causa “Galasur”; fs. 200/202 de la causa Ferrosur cit.).

El principio general y el punto de partida del análisis es la regla de prohibición de ingreso a una propiedad privada. Pese a ello no puede soslayarse que el “cerco (de placas de hormigón premoldeadas que limita la Terminal con la estación” y los “límites en costados y contrafrente de la Terminal”, también contruidos con esas placas de hormigón), no constituyen obstáculos de difícil superación para quién pretenda ingresar clandestinamente a un lugar prohibido. Las fotos son claras y elocuentes y mostrarían la posibilidad de ingreso si alguien, invadiendo la propiedad de otro, pasa por entre las placas y se mete en el inmueble (conf. plano y fotos fs. 200 vta./202). En definitiva: el cerco que delimita ambos inmuebles (la Terminal de Ómnibus de Olavarría y la playa de maniobras de ferrocarriles) no es totalmente seguro en el sentido de dificultar o vedar categóricamente el ingreso a un lugar prohibido. Pero, pese a ello, resulta contundente para desestimar la configuración de una omisión antijurídica de la demandada tener en cuenta que la víctima debió desplegar una conducta positiva o de acción para entrar a un vagón tolva, convencimiento que resulta del cotejo y examen de las fotos agregadas a la pericia de la causa penal (fs. 98/115). O sea, al ingreso clandestino a un lugar prohibido (primera acción) se le añade el evidente esfuerzo que luego debió realizar el joven para meterse en el interior de un vagón tolva de 2,70 metros de altura -pericia fs.citada- (segunda acción). Para eso es necesario primero subirse a la plataforma del vagón (las fotos muestran que la altura es mayor a un metro) y de ahí subirse por una escalerilla de cinco escalones para pretender ingresar en él (conf. pericia fs. 260/261, 272/273 y explicaciones fs. 285, causa Ferrosur, recogida por la sentencia apelada; arts. 384 y 474 C.P.C.). Además la misma estructura del vagón, que incluso la demanda detalla con precisión, pone de relieve anticipadamente que es casi imposible salir por sus propios medios

y que tiene tres boquillas de descarga del material que muestran muy claramente que esas son sus salidas naturales (arts. 384 y 474 C.P.C.).

En definitiva: no se configuró una conducta antijurídica en la abstención de la accionada porque el deber general de actuar para impedir el daño (arts. 19 Const. Nacional y arts. 1710, 1711 y concs. CCCN) no puede llevarse al extremo de pretender la evitación de conductas imprevisibles, que se apartan de lo que sucede de ordinario y del curso natural de las cosas (arts. 901 y 906 CC y arts. 1727 CCCN).

En ausencia de un mandato expreso de prohibición que le imponga a la demandada de manera asertiva el deber de actuar o de asumir una conducta determinada (evitar el ingreso a un vagón tolva estacionado en una playa de maniobras ferroviarias que es un inmueble privado) el deber general de no causar daño a otro, esto el mandato indeterminado de no dañar, no se encuentra vulnerado en el caso. Se advierte que el accionar desplegado por la víctima fue el que constituyó en ilícita su propia actuación al ingresar a un lugar prohibido, primero, metiéndose por entre las placas de hormigón que dividían los inmuebles. Y, segundo, adentro del predio, subiéndose a un vagón tolva, por una escalera, previo ingreso a una plataforma, y desde allí tirarse tipo tobogán en el interior del vagón (arts. 1066, 1067, 1074 y concs. CC).

Por lo expuesto propicio al acuerdo la confirmación de la sentencia apelada, por los fundamentos dados, con costas en la Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPC).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido, por iguales fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: I.- Regulación en causa 4166/2011 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios” (n° 60.404):

A.- En atención al monto reclamado en la demanda, el cual asciende a la suma de \$ 700.000 (cf. fs. 93 vta. 2° párr.), al valor y mérito de los trabajos realizados en autos, y atento a lo dispuesto por los arts. 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23 2° párrafo, 26 2° párrafo, 28 inc. b y concs. del Decreto/Ley 8904/77, regúlense los honorarios de los profesionales intervinientes por la demanda rechazada, de la siguiente forma: los del Dr. Ignacio Aramburu, en su carácter de apoderado de la demandada –Ferrosur Roca S.A.–, en la suma de pesos cuarenta y seis mil seiscientos sesenta y siete (\$ 46.667), los del Dr. Gustavo Blanco, quien actúa como patrocinante del Dr. Ignacio Aramburu, en la suma de pesos noventa y cuatro mil (\$ 94.000), los del Dr. Néstor Guillermo Di Giano, quien reviste la condición de apoderado de la parte actora, en la suma de pesos setenta y tres mil quinientos (\$ 73.500), en todos los casos con más el aporte legal e I.V.A. en caso de corresponder, MODIFICÁNDOSE en relación a los Dres. Ignacio Aramburu y Néstor Di Giano, y CONFIRMÁNDOSE, dada la forma de apelación, respecto del Doctor Gustavo Blanco, la regulación recurrida de fs. 313 punto 2° apartado A).

B.- En atención al valor y mérito de la labor desarrollada en estas actuaciones, y en orden a lo dispuesto en el art. 1° punto 7 del Decreto 6732/87, establézcase la retribución del perito Médico Dr. Jorge A. Soriani, en la suma de pesos veintiún mil (\$ 21.000), con más el aporte que por ley corresponda e I.V.A. de acuerdo a la condición que el profesional revista ante dicho tributo, CONFIRMÁNDOSE así, la regulación apelada de fs. 313 punto 2° apartado A).

C.- De acuerdo a la importancia, valor y mérito de la tarea desplegada en estos autos, y conforme lo normado en los arts. 8, 9, 10, 12 y 16 del Título Primero y arts. 1° y 5° del Título

Segundo del Decreto 6964/65, fijanse los estipendios de los peritos Ingenieros Civil Sr. Jorge A. Besoky y Electromecánico Sr. Segundo Daniel Piris, en la suma de pesos veintiún mil (\$ 21.000) para cada uno, con más el aporte establecido por ley e I.V.A. de acuerdo a la condición que cada profesional revista ante dicho tributo, CONFIRMÁNDOSE así, la regulación apelada de fs. 313 punto 2º apartado A).

D.- Por los trabajos realizados ante este Tribunal, y atento a lo normado por el art. 31 del Decreto/Ley 8.904/77, fijanse los honorarios del Dr. Ignacio Aramburu, quien reviste el carácter mencionado anteriormente, en la suma de pesos nueve mil trescientos setenta y ocho (\$ 9.378), los del Dr. Gustavo Blanco, el que se desempeña como patrocinante del Dr. Ignacio Aramburu, en la suma de pesos dieciocho mil setecientos cincuenta y cinco (\$18.755), y los de la Dra. Laura Di Giano, actuante como apoderada de la actora, en la suma de pesos diecinueve mil seiscientos noventa y tres (\$ 19.693), en todos los casos con más el aporte legal e I.V.A. en caso de corresponder.

II.- Regulación en causa 1232/2012 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Galasur S. A. s/ daños y perjuicios” (nº 60.413):

A.- En atención al monto reclamado en la demanda, el cual asciende a la suma de \$ 700.000 (cf. fs. 42 vta. 2º párr.), al valor y mérito de los trabajos realizados en autos, y atento a lo dispuesto por los arts. 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23 2º párrafo, 26 2º párrafo, 28 inc. b y concs. del Decreto/Ley 8904/77, régulanse los honorarios de los profesionales intervinientes por la demanda rechazada, de la siguiente forma: los del Dr. Ignacio Aramburu, en su carácter de apoderado de la demandada –FerroSur Rocar S.A.-, en la suma de pesos cuarenta y seis mil seiscientos sesenta y siete (\$ 46.667), los del Dr. Gustavo Blanco, quien actúa como patrocinante del Dr. Ignacio Aramburu, en la suma de pesos noventa y cuatro mil (\$ 94.000), los del Dr. Néstor Guillermo Di Giano, quien reviste la condición de apoderado de la parte

actora, en la suma de pesos setenta y tres mil quinientos (\$ 73.500), en todos los casos con más el aporte legal e I.V.A. en caso de corresponder, MODIFICÁNDOSE en relación a los Dres. Ignacio Aramburu y Néstor Di Giano, y CONFIRMÁNDOSE, dada la forma de apelación, respecto del Doctor Gustavo Blanco, la regulación atacada del punto 2º apartado B) de fs. 261 “in fine”/261 vta.

B.- Atendiendo al valor y mérito de las tareas efectuadas en la presente, y en orden a lo establecido en los arts. 175, 183, 207 y ccs. de la Ley 10.620, modificada por la Ley 13.750, fíjase la retribución del perito Contador Lucio Daniel Librandi, en la suma de pesos veintiocho mil (\$ 28.000), con más el aporte de ley e I.V.A. en caso de corresponder, CONFIRMÁNDOSE así, la regulación apelada de fs. 261 vta.

C.- Por los trabajos realizados ante esta Instancia, y según lo establecido por el art. 31 del Decreto/Ley 8.904/77, fijanse los honorarios del Dr. Ignacio Aramburu, en la suma de pesos nueve mil trescientos setenta y ocho (\$ 9.378), los del Dr. Gustavo Blanco, en la suma de pesos dieciocho mil setecientos cincuenta y cinco (\$18.755), y los de la Dra. Laura Di Giano, en la suma de pesos diecinueve mil seiscientos noventa y tres (\$ 19.693), en todos los casos con más el aporte que por ley corresponda e I.V.A. de acuerdo a la condición que cada profesional revista ante dicho tributo.

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto precedente, votando en análogo sentido, por idénticos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: confirmar la sentencia apelada de fs. 305/313 de la causa 4166/2011 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios” y de fs. 253/261 de la causa 1232/2012 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/

Galasur S. A. s/ daños y perjuicios”, por los fundamentos dados. Imponer las costas en la Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPC). Modificar y confirmar las regulaciones de honorarios practicadas en ambos procesos a los letrados actuantes en ellos como así también a los peritos intervinientes conforme lo resuelto en la Segunda Cuestión en los diferentes apartados de los Considerandos I) y II). Fijar la retribución a los profesionales que desplegaron su labor en esta Instancia, conforme también se especifica en la parte pertinente de la Segunda Cuestión. Glótese copia del presente decisorio en la causa acumulada.

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto antecedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

Sentencia:

Azul, Mayo 16 de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., CONFÍRMASE la sentencia apelada de fs. 305/313 de la causa 4166/2011 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Ferrosur Roca S.A. s/ daños y perjuicios” y de fs. 253/261 de la causa 1232/2012 caratulada “Teves, Alberto Ariel c/ Galasur S. A. s/ daños y perjuicios”, por los fundamentos dados. IMPÓNGANSE las costas en la Alzada a la actora perdidosa (art. 68 CPC). MODIFÍCANSE y CONFÍRMANSE las regulaciones de honorarios practicadas en ambos procesos a los letrados actuantes en ellos

como así también a los peritos intervinientes conforme lo resuelto en la Segunda Cuestión en los diferentes apartados de los Considerandos I) y II). FÍJASE la retribución a los profesionales que desplegaron su labor ante esta Instancia, conforme también se especifica en la parte pertinente de la Segunda Cuestión. GLÓSESE copia de la presente sentencia en la causa acumulada. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE.

María Inés Longobardi: Presidente Cámara Civil Y Comercial Sala II

Victor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós: Jueces Cámara Civil y Comercial Sala II

ANTE MÍ

Claudio Marcelo Camino: Secretario Cámara Civil y Comercial Sala II

3) Causa N° 2-60647-2015

“Espil, María Inés y otro/a c/ Apilar S.A. y otros/as s/ Daños y perjuicios.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires.

En la ciudad de Azul, a los 17 días del mes de Noviembre del año Dos Mil Dieciséis, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi, Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Espil María Inés y Otro/a c/ Apilar S.A. y Otro/a s/ Daños y Perj. Estado (Uso Autom. s/ Lesiones)" (Causa N° 60.647), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del

C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. Galdós – Dr. Peralta Reyes - Dra. Longobardi.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

Cuestiones:

1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 365/377 y su aclaratoria de fs. 380?.

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

Votación:

LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo:

I.- 1.- El 13 de Enero de 2011 el Sr. Ángel Matías Correa, de 31 años, falleció ahogado en la cantera inundada conocida como la “Cava de Cerro Leones”, en Tandil, en ocasión en que se bañaba en ese lugar en compañía de otros jóvenes. A raíz del hecho su conviviente, María Inés Espil, y su hija menor P. A. C. y su otro hijo, R. A. C. (representado por su madre Verónica Noemí Sosa) promovieron demanda resarcitoria contra Apilar S.A. en su condición de dueña del inmueble. Sustanciado el proceso, la sentencia de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la accionada a pagar la suma total de \$ 600.000 en concepto de daños patrimoniales y morales. El pronunciamiento decidió que medió responsabilidad compartida y atribuyó el 75% a la demandada condenándola a pagar los rubros siguientes: \$ 150.000 para la conviviente estimados por el total del daño patrimonial derivado del fallecimiento; \$ 125.000 por idéntico concepto para cada uno de sus hijos; \$100.000 por daño moral para cada hijo y rechazó, por falta de prueba, el daño moral de la conviviente; también consideró que el reclamo por daño psicológico de cada hijo estaba comprendido en el monto fijado por daño moral o no patrimonial. La sentencia fue objeto de un pedido de aclaratoria en cuanto los montos mandados pagar y ante ello el Sr. Juez de

Grado indicó que el total admitido (por el 100% de responsabilidad) asciende a \$ 600.000, suma de la que corresponde abonar el porcentaje del 75% por el que prosperó la pretensión. En definitiva, pese a que el actor recurrente en oportunidad de solicitar la aclaratoria de la sentencia entendió que el monto efectivo de condena y por el porcentaje de admisión de la demanda era de \$ 500.000 (y no \$ 600.000) y siendo que el fallo aclaró solo ese monto total (\$ 600.000) y se remitió al porcentaje del 75 % de esa suma omitiendo indicar de modo expreso la cifra final, cabe concluir que el monto condenado a pagar a Apilar S.A. asciende a \$ 450.000.

La sentencia de grado entendió que estaba acreditado que Ángel Matías Correa murió ahogado por un paro cardiorrespiratorio traumático a consecuencia de asfixia por inmersión, mientras se bañaba en una cava inundada propiedad de la demandada Apilar S.A., y también tuvo por probados los vínculos filiatorios alegados y la configuración de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil. Ello así sobre la base de las fotocopias certificadas de la causa penal caratulada “Correa, Ángel M. s/ averiguación de causales de muerte” (expediente n° 131/11 en trámite ante la UFI n° 12 de Tandil), particularmente del acta de inspección ocular que indica que en el ingreso del predio existía una tranquera con llave y había un cartel que decía “Prohibido Pasar-Propiedad Privada” y de las declaraciones testimoniales de Héctor Oscar Zampieri que relató que fueron a pegarse un chapuzón con Correa y con Ezequiel Alonso y que ingresaron al inmueble sin inconvenientes. El pronunciamiento de grado también consideró que es de público y notorio conocimiento que las cavas inundadas se utilizan socialmente como balnearios, lo que surge de la consulta de varias páginas web y de facebook que mencionó, e incluso de algunas notas periodísticas que reflejan estudios efectuados por la Universidad Nacional de La Plata que explican la dificultad que representa para los bañistas el piso de arcilla de esos espejos de agua. Sobre la base de algunas de esas notas periodísticas existentes en los diarios de Tandil, y recogidas

oficiosamente de la web, concluyó que es de público y notorio conocimiento que la Cantera de Cerro Leones se ha convertido en un balneario clandestino, por lo que reviste la condición de cosa riesgosa en los términos del art. 1113 CC. Tras ello y si bien tuvo en cuenta que existía un cartel prohibiendo el ingreso y había una tranquera con llave que impedía el acceso al predio por el camino principal, puso el foco en el carácter de cosa marcadamente riesgosa que exhibe la cava con agua (en realidad se trata de dos cavas) y en que resulta muy fácil y sencillo ingresar a la propiedad, por lo que sostuvo que en la práctica y para la comunidad existe una apariencia de balneario, generándose en la víctima y en terceros una representación errónea del carácter del lugar y de su seguridad. Luego ponderó los dichos del testigo Nicolás E. Alonso que cuenta que era habitual la concurrencia a la cava a bañarse, además de otras declaraciones testimoniales coincidentes en el sentido de que otras personas concurrían asiduamente. Ello sustentó la conclusión argumental: la cantera abandonada funciona como un “balneario clandestino” y se trata de una cosa riesgosa que amerita que el dueño tome recaudos mínimos para desalentar o dificultar su acceso, los que fueron omitidos adoptar.

Concluyó que no se demostró que la accionada adoptó medidas de seguridad en cantidad y calidad adecuadas para impedir el ingreso al balneario clandestino, especialmente en épocas estivales en las que es visitado con asiduidad por vecinos del lugar. Para ello se detiene en las declaraciones de Alonso quién explicó que los alambrados del predio eran muy defectuosos, y “en parte tenían y en parte no”. Luego la sentencia dice textualmente que “puede concluirse (en) el... estado de abandono de la cantera, encontrándose la misma privada de los cuidados necesarios ante las posibilidades de generación de daños que por sus propias cualidades o por su misma conformación las excavaciones encerraban (art. 902 del Cód. Civ.). Todo titular del derecho de dominio posee además de un plexo amplio de derechos, obligaciones y deberes. Es obligación de todo propietario conservar y mantener la cosa sobre la que recae su señorío. Más aún sabiendo que decenas de personas concurren verano a verano a las cavas inundadas.

La concurrencia asidua de personas al lugar aumenta el riesgo y la potencialidad dañosa. Sin embargo, no obra en autos acciones por parte del responsable propietario tendientes a minimizar los potenciales riesgos” (sic. fs. 373). Finalmente el fallo argumentó que “teniendo en cuenta los hechos y el contexto en el cual se desencadenaron los hechos, a sabiendas que resulta de público y notorio que la cava inundada en cuestión se ha convertido en un ‘balneario clandestino’ y que el hecho de la concurrencia masiva al mismo en épocas estivales desde hace larga data puede haber creado también y paradójicamente la creencia en las personas que concurren de una cierta “legitimidad” para ello, llevo a la convicción de que corresponde en este caso distribuir las responsabilidades, atribuyendo las mismas a Apilar S.A. en un 75% y a la víctima Ángel Matías Correa en el otro 25 % -por entender que aún mínimamente y a todas luces insuficiente, habría algún cartel y alguna inscripción que alertara sobre la propiedad privada y la prohibición de bañarse” (sic., fs. citada). Determinada la responsabilidad civil de la accionada en el porcentual señalado, la sentencia se abocó a los daños resarcibles comenzando con el daño patrimonial reclamado por la conviviente María

Inés Espil. Así confirió la suma total de \$ 150.000 como daño patrimonial por valor vida y como damnificada indirecta, sobre la base del art. 1079 CC, ya que el fallecimiento de su compañero la privó de la asistencia material que le brindaba. Del informe agregado surge que Acosta trabajaba en la Metalúrgica Egea S.A. y percibía en diciembre de 2010 la suma de \$ 2408. De ese modo y en función del art 165 CPC fijó \$ 150.000 por ese concepto. Luego, considerando que el causante asistía a sus dos hijos menores (uno de ellos hijo de su conviviente y el otro fruto de otra relación anterior) con esos mismos parámetros otorgó \$ 125.000 para cada uno de los hijos. En lo relativo al daño moral desestimó la pretensión deducida por la conviviente porque se trata de un daño que debe ser acreditado y la actora no padece de stress postraumático por lo que no existe duelo patológico. En cambio y para los hijos, partiendo de la presunción de daño moral derivada del fallecimiento del padre y

teniendo en consideración la corta edad de los dos niños, fijó la suma de \$ 100.000 para cada uno. Finalmente en lo relativo al daño psicológico y a la necesidad de asistencia terapéutica, que no constituye un daño autónomo y que no se acreditó la existencia de una patología o enfermedad, lo consideró incluido en el monto ya conferido en concepto de daño moral.

2.- Esa sentencia dictada a fs. 365/377 y su aclaratoria de fs. 380 y vta. fue apelada por la demandada (a fs. 384) y por la actora (a fs. 379).

La actora expresó agravios a fs. 397/400 y la demandada a fs. 402/407, recursos que fueron respondidos a fs. 409/414 y fs. 415/416.

A fs. 419/420 dictaminó el Asesor de Incapaces quién solicitó se confirme la sentencia y manifestó que dado el carácter riesgoso de la cantera y considerando las noticias periodísticas que dan cuenta que constituye un balneario clandestino es necesario adoptar medidas de carácter preventivo.

3.- La actora en su pieza impugnativa vierte dos agravios: uno vinculado con la distribución de responsabilidad en el hecho dañoso y otro relativo al rechazo del daño moral de la conviviente por falta de prueba. En lo tocante al primero, manifiesta que la sentencia se equivoca en asignar un 25% de culpa a la víctima porque de los testimonios de Juan Santiago A. Décima y de Nicolás Alonso se desprende claramente que las cavas inundadas de Cerro Leones se encuentran abandonadas desde hace muchos años, con alambrados en mal estado o inexistentes, aclarando los testigos que mientras se bañaban con la víctima no fueron alertados por ninguna persona ni acerca de la peligrosidad del lugar ni sobre la prohibición de bañarse. Luego pone mucho énfasis en destacar que no media responsabilidad de ninguna especie en Correa ya que está muy difundido el uso de la cava inundada como balneario y se trata de una situación sistemática que se produce en Tandil todos los veranos, lo que es conocido por los dueños del inmueble y por las autoridades que no adoptan ninguna medida,

lo que incluso subsiste luego del hecho dañoso. Reitera la insuficiencia de cartelaría adecuada para prevenir y disuadir al público visitante y la ausencia de interés para evitar que un predio privado se constituya en un lugar privado con acceso público, destacando que el viejo y arrumbado cartel que dice “Prohibido pasar. Propiedad privada” data de la época en la que se explotaba la cantera. Continúa manifestando que la accionada a sabiendas consintió (y lo sigue haciendo) la utilización sistemática de las cavas como balneario o pileta de acceso a numeroso público. También se refiere al desinterés de la demandada en “frenar el ingreso de ocasionales bañistas” a los espejos de agua y a las publicaciones periodísticas que se pueden encontrar en la web vinculadas al público que se baña habitualmente en las canteras inundadas de Cerro Leones y a su atractivo turístico y recreacional. Tras ello menciona y transcribe tres publicaciones pertenecientes al diario Hoy de Tandil de fecha 18 de Diciembre de 2013, al artículo editado en La Voz de Tandil del 13 de Enero de 2009 y en El Eco de Tandil del 6 de Diciembre de 2014, todos los que son coincidentes en el generalizado uso del inmueble como balneario, no obstante resultar una propiedad privada y en puntualizar que constituye un lugar peligroso. El restante agravio de la actora versa sobre el rechazo del daño moral de la conviviente. Sostiene que se trata de un daño que -contrariamente a lo decidido por la sentencia- no requiere prueba, la que surge de la propia índole de la lesión y de sus circunstancias, y que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 CC. Luego se detiene en el concepto mismo de daño moral, en la innecesariedad de su prueba para la concubina, en el error del fallo de rechazarlo porque la prueba pericial psicológica concluyó que la actora no sufre de un duelo patológico, en función de todo lo cual sostiene que es procedente el reclamo de la coactora por el daño no patrimonial padecido.

4.- La demandada se queja de tres aspectos del fallo: “la incorrecta aplicación de los arts. 1111 y 1113 CC; la arbitraria valoración de los hechos y de la prueba y la improcedencia, desproporción y pedido de rectificación del monto de condena”. La primera impugnación

afirma que en el caso medió culpa de la víctima, persona hábil y mayor de edad, que cometió un acto ilícito al ingresar a una propiedad privada, dándole un uso irregular ya que usó como piscina un espejo de agua ubicado en el interior de la cantera. El segundo agravio, el atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba y en la apreciación de los hechos, involucra varias cuestiones: no procede que el juez utilice como prueba oficiosa información publicada en las páginas web, máxime que una de ellas es una cuenta de facebook anónima y de contenido político. Además se tuvo en cuenta una nota que se refiere a las características de las cavas en la zona de La Plata lo que no tiene nada que ver con las cavas de Cerro Leones de Tandil. Más adelante sostiene que la conclusión del juez de que es de público conocimiento que el lugar constituye un balneario clandestino asiduamente visitado no surge del expediente sino por elementos obtenidos fuera del proceso. Luego menciona la prueba de la existencia de medidas de seguridad que se desprenden de la causa penal: la policía para poder ingresar al predio debió dirigirse al domicilio del cuidador para buscar las llaves del candado de la tranquera; los intrusos ingresaron a una propiedad privada, el testigo Del Rio, quién tenía las llaves del predio, manifiesta que Zampieri (compañero de baño y cuñado de la víctima) declaró en autos y en sede penal que las autoridades policiales y los bomberos buscaron la llave del candado para trasladar a Correa. También en la causa penal a fs. 44 y 269 una fotografía muestra el cartel de “Prohibido bañarse”. Por consiguiente controvierte la conclusión del fallo acerca del carácter de balneario clandestino del lugar y la omisión que se le atribuye a la demandada de tomar medidas de seguridad, advertencia y señalización. Por lo demás afirma que tampoco se consideró que Correa no estaba en condiciones físicas de afrontar nadando el cruce de la cava. Agrega más adelante otras consideraciones y, en lo esencial, concluye afirmando que el siniestro se produjo de modo exclusivo por la culpa de la víctima que se metió en una propiedad privada y que le dio al predio un uso distinto, en contra de la voluntad de su dueño. El tercer y último agravio se titula la “Improcedencia,

desproporción y pedido de rectificación en la redacción del monto de condena” y en él se cuestionan los rubros resarcibles y sus montos. Con relación al daño patrimonial por la muerte del causante sostiene que no se encuentra probada la relación estable del damnificado con María Inés Espil, pues si bien reconoce la convivencia aduce que no se acreditó que fuera estable y permanente, máxime que Correa tenía otro hijo menor de edad fruto de otra relación. Luego cuestiona la cuantía del resarcimiento, que considera alto atendiendo al ingreso de \$ 2408 de Correa y a que hacía solo siete meses que trabajaba en la metalúrgica Egea S.A. por lo que es dudosa su continuidad laboral y que la coactora trabaja en el servicio doméstico. También reputa excesivos los montos otorgados a los hijos porque se trataba de una familia humilde, lo que se desprende de la promoción del incidente del beneficio de litigar sin gastos, y que es previsible que al adquirir la mayoría de edad los hijos tengan sus propios trabajos para sostenerse económicamente. Tras ello embate contra el monto por daño moral de cada hijo teniendo en cuenta que el informe psicológico de la menor P. C. es favorable. Concluye efectuando consideraciones acerca de la falta de precisión en la sentencia del monto de condena ya que el 75% del total de las sumas asciende a \$ 450.000, lo que el fallo de grado omitió aclarar, solicitando se tenga presente esta cuestión.

5.- Una vez que se agregó el original de la causa penal glosada en pieza fotocopiada, requerida como medida para mejor proveer, se reanudó el plazo para dictar sentencia definitiva. Por ello y siendo que ya estaba firme el proveído que hace saber el orden de votación resultante del sorteo, el expediente ahora se encuentra en condiciones de ser resuelto.

II.- 1.- Anticipo mi opinión en el sentido de que procede hacer lugar parcialmente al agravio de cada recurrente, acogiendo la queja de la demandada y distribuyendo en el 50% para cada parte la participación causal en el fallecimiento de la víctima, receptando también la queja de la actora acerca de la procedencia del daño moral de la conviviente María Inés Espil.

Finalmente habré de propiciar el dictado de un mandato preventivo, todo en el emplazamiento normativo del Código Civil derogado, vigente al momento de los hechos, ya que la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial actual, en la interpretación que resulta de su art. 7 CCCN, impone para juzgar los presupuestos de la responsabilidad civil acudir a la ley que regía en el momento constitutivo de la relación jurídica, sin perjuicio de la cuantificación que debe hacerse conforme la ley vigente en el momento de la sentencia, y de la ponderación de las nuevas regulaciones normativas sobre la prevención del daño (arts. 1710, 1711, 1712 y concs. CCCN) que constituyen doctrina interpretativa del régimen derogado (conf. “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LL 2015-F, 867).

2.- En autos se discute la responsabilidad de la demandada como dueña del predio, considerado riesgoso, en los términos del art. 1113 CC (similar al actual 1757 CCCN) en el que falleció ahogado el joven Ángel Matías Correa, mientras se bañaba, junto a unos amigos, en una de las cavas inundada del Cerro Leones de Tandil, conocida como la Cava de Cerro Leones. Se atribuye responsabilidad objetiva a Apilar S.A. como dueña del inmueble en el que funcionó hace muchos años una cantera, y que al cesar su explotación comercial las depresiones, pozos o cavas que quedaron en el lugar como consecuencia de la extracción de material se llenaron de agua convirtiéndose en una suerte de laguna o espejo de agua emplazado en medio de las sierras (conf. fotos glosadas a fs. 21 y 22 de la causa penal caratulada “Correa, Ángel M. s/ averiguación de causales de muerte” -expediente n° 131/11 en trámite ante la UFI n° 12 de Tandil-). Destaco, de paso, que esa causa que concluyó con el archivo de las actuaciones por no comprobarse la comisión de ningún delito, fue requerida por el Tribunal como medida para mejor proveer toda vez que las piezas fotocopiadas de las fotos del lugar no permitían apreciar claramente las características y morfología del lugar (precisamente por ser fotocopias en blanco y negro de fotos color). De los hechos relevantes para decidir no se encuentra en discusión que la laguna formada en la cava (en realidad, son

dos cavas pero el causante falleció en la que los bañistas denominan cava principal o cava más grande) corresponde a un inmueble privado propiedad de la demandada. Tampoco puede dudarse que las características del suelo y del terreno, con vegetación y dos espejos de agua, sumado a la amplia y dilatada superficie del predio (como se desprende de las fotos de la causa penal) ponen de relieve su extensión total y las dificultades para su deslinde.

Igualmente no es materia de disputa que Correa se ahogó mientras se bañaba en una de las dos cavas (arts. 384 y 456 CPC; arts. 901, 902, 906 y conec. CC).

La imputación de responsabilidad objetiva que la actora le formula a la accionada radica que en su condición jurídica de propietaria de la cosa riesgosa (el inmueble cuyos pozos o depresiones como consecuencia de su explotación minera se convirtieron en espejos o lagunas por la acumulación de agua) omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas y adecuadas para impedir el ingreso al predio, considerando insuficientes las existentes. Al promover la demanda sostuvo que la cava era frecuentada sin inconvenientes por los vecinos del lugar quienes iban a bañarse a la laguna formada en la cantera, destacando “la ausencia de trabas u obstáculos que les impidieran el acceso”, que Correa y sus amigos ingresaron “por una zona donde no existe alambrado o cerco perimetral, ni indicadores o carteles de advertencia de peligro ni señalización alguna”. También manifestó que no “existe medida restrictiva de seguridad o prevención para evitar el ingreso o advertir del peligro entrañado por el uso de los espejos de agua formados en la cantera abandonada” alegando que la “tranquera principal de acceso al predio permanece abierta todo el año “y que no existe en el lugar sereno o personal de seguridad”. Más adelante sostuvo que “la ausencia de cercado perimetral, cerramiento y/o señalización de advertencia sobre el peligro entrañado por el sitio, que no cuenta con personal de socorro ni de seguridad. Todo ello induce a pensar a las personas que frecuentan el lugar, conforme a las reglas de la experiencia cotidiana, que no existen riesgos implicados por el uso con fines deportivos y de esparcimiento de los espejos

de agua. La responsabilidad de la demandada –concluyó- se funda en la omisión de las diligencias debidas” (sic., fs. 68 y vta.).

Con lo expuesto se desprende con nitidez que la cuestión debe resolverse a partir de la comprobación previa de antijuricidad en la conducta de la demandada y en el análisis de la incidencia de la actuación de la víctima en la causación del resultado final, por lo que el aspecto medular radica en determinar si medió responsabilidad por omisión por parte de Apilar S.A. por no adoptar las medidas de seguridad idóneas y conducentes para desalentar o impedir el acceso al predio (arts. 499, 505, 512, 1074, 1109, 1111, 1113 y concs. CC). Se trata – en suma y cómo lo decide la sentencia apelada- de verificar la eventual habilitación al uso público o masivo de un bien que no pertenece al dominio público pero que, por sus singularidades, puede suscitar la apariencia de balneario (arts. 499, 512, 901, 902, 906, 1074, 1109, 1111, 1113 y concs. C.C.).

3.- Entiendo que se encuentra probado que las medidas de seguridad resultaron insuficientes, conforme las circunstancias de tiempo y lugar, no obstante la contribución causal paritaria del comportamiento de la víctima (arts 499,512,901,906, 1074,1111,1109,1113 y concs CC). Ello se infiere –en primer lugar- de los efectos de la rebeldía en la que inicialmente incurrió la accionada, y –en segundo lugar- de la ponderación de la prueba rendida en la causa penal y en este proceso, integrada y complementada con lo que de modo corroborante surge de las informaciones periodísticas publicadas en las ediciones digitales de diarios de la ciudad de Tandil que ratifican la aseveración del juez de que constituye un hecho notorio que la cava de Cerro Leones opera de hecho como una suerte de balneario clandestino (arts. 34 inc. 5, 59, 60,163 inc 5, 375, 376, 384 y concs. C.P.C.; arts. 901, 906, 1066, 1067, 1111, 1113 y concs. CC).

Las aseveraciones de inicio vertidas en la demanda sobre la inidoneidad de las medidas de prevención resultan alcanzadas por los efectos de la rebeldía de Apilar S.A., ya que se rindió suficiente prueba corroborante de la presunción prima facie o “iuris tantum” de verdad de los hechos alegados (fs. 67/69 y fs. 96 y 119, y arts. 59 y 60 CPC). En efecto y tal como lo decidió el Tribunal, Palacio ha sostenido -con absoluta claridad- que "la declaración de rebeldía en lo que concierne al requisito de fundabilidad ... (significa) que la presunción desfavorable que engendran la incomparecencia o el abandono debe ser, en principio, corroborada a través de la prueba producida por el actor o por el demandado sobre los hechos en que fundan, respectivamente, su pretensión u oposición, y no excluye la posibilidad de que esos hechos sean desvirtuados por la prueba producida por el rebelde" (aut. cit., “Derecho Procesal Civil”, tomo IV, págs. 202 y 203). También ha decidido el Superior Tribunal, en la misma línea de pensamiento, que "el estado de rebeldía sólo crea una presunción a favor de la veracidad del relato de los hechos que constan en la demanda, pero no tiene por sí el efecto de que la misma sea procedente sin más, siendo potestad privativa de los juzgadores de grado determinar si, no obstante su configuración, se encuentran o no acreditados los presupuestos fácticos del reclamo impetrado, puesto que no puede ser más gravosa la consecuencia jurídico-procesal respecto de aquel demandado que comparece a estar a derecho, aunque cumpliendo de manera genérica el imperativo de negar los dichos de la contraparte" (S.C.B.A., L 90.813, sentencia del 12-12-07, sumario JUBA B 59540)” (cf. esta Sala, causa n° 57.651, 12/07/2013, “Rodríguez, María Isabel c/ Palazzo, Jorge s/ Cobro de Pesos, voto Dr. Peralta Reyes).

Está acreditado, como lo aduce la demandada al expresar agravios, que el inmueble en la entrada principal tiene una tranquera y que, contrariamente a lo sostenido por la actora, estaba cerrada con candado, lo que –empero- no incluye al resto del extenso inmueble que no tiene

un adecuado y mínimo sistema de advertencia mediante señalamiento, carteles o cerramiento con alambrados o con cualquier otro material.

En el acta que da lugar al inicio de la instrucción policial el oficial actuante manifiesta textualmente que “nos comisionan para constituirnos en la cava ubicada en Cerro Leones donde existen dos lagunas en una de las cuales una persona de sexo masculino se habría arrojado a las aguas con el fin de bañarse y habría perdido la vida. Que en forma inmediata nos constituimos en el lugar ..., tratándose del Paraje denominado Cerro Leones al cual se accede a través de la calle principal denominada Juan Basso Aguirre. Que luego de sobrepasar las instalaciones del Club denominado Figueroa, sobre la mano derecha, observamos la tranquera de ingreso a una ex-cantera conocida como la cantera de Andraca, por ser quien la alquila. Que en virtud que la tranquera de acceso se encuentra cerrada con cadena y candado, los ocupantes del móvil se dirigen al domicilio del cuidador del lugar en busca de la llave, en tanto el suscripto junto con el Oficial Guimenez y uno de los enfermeros ingresamos corriendo a pie, observando que a unos cinco metros de la tranquera existe un cartel que reza “Prohibido pasar-Propiedad privada” escrito con letras rojas en fondo blanco. Que es así que llegamos hasta la segunda laguna formada por una cava abandonada, encontrándonos a mitad de camino con un grupo de personas que nos señala el lugar del hecho por lo que seguimos corriendo hasta la margen de la laguna ...” (sic., fs. 3/4 causa penal). Ello, y como también lo indica el agravio de la demandada, se corresponde con la manifestación de Fabio Germán Del Río, quien tenía en su poder la llave de la tranquera y que declaró que el Sr. Héctor Zampieri (familiar de la víctima) fue a buscarlo desesperado diciéndole “se ahogó mi cuñado”, frente a lo cual él se dirigió a la laguna y de allí fue corriendo a su domicilio a buscar las llaves del candado de la tranquera de ingreso, que para acelerar el trámite la policía llegó antes y que luego procedieron a abrir la tranquera (fs. 11 causa citada).

Entonces, a modo de incuestionable primera conclusión, el inmueble no está totalmente abierto al público al menos desde la que parece ser la vía de ingreso principal. Sin embargo, ello no importa cumplimentar de manera suficiente, y razonable el necesario y adecuado deber de prevención, advertencia y alerta de que las características y condiciones físicas y morfológicas del lugar lo tornan en una cosa esencialmente riesgosa (art. 1113 CC). Para ello resultan sumamente valiosas las fotos color agregadas (en realidad las pocas fotos agregadas) a fs. 21/22 de la causa penal y cuyas copias en blanco y negro no legibles se glosaron con el escrito de demanda. Se advierte que el terreno es muy amplio y extenso, tiene bastante vegetación en algunas zonas y que la laguna está emplazada en medio de elevaciones rocosas, de regular altura. Por lo demás se ve un cartel que dice “Prohibido bañarse” que es muy precario y está escrito sobre la roca (arts. 384 C.P.C. y 906 CC).

En sentido coincidente los testigos, especialmente los amigos de Correa que declararon en el expediente penal y en autos, se pronunciaron acerca de la ausencia de dificultad para ingresar a la cava, a la existencia de otras personas en el lugar, y al estado de abandono del alambrado. Así, Héctor Oscar Zampieri, relata que fue a bañarse con Matías Correa (entendiendo que en alusión a la víctima Ángel Matías Correa), con Oscar, Gastón y Rodrigo Correa y Ezequiel Alonso (fs. 8/9 causa penal). Si bien las declaraciones de los testigos Nicolás Ezequiel Alonso y Juan S. A. Decima no abundaron acerca de las características de la vía principal de ingreso ya que no fueron preguntados con detalle acerca del modo en que entraron al predio, lo cierto y decisivo es que del contexto total de sus dichos se infiere con nitidez la ausencia de medidas de seguridad, alerta o señalamiento que advirtieran acerca de la prohibición de acceso a una propiedad privada peligrosa. Acoto que al deponer en autos dibujaron, a requerimiento del juez, un croquis del lugar. Alonso manifestó que “nosotros entramos por otro lado” (no por la entrada principal) y cuando Decima fue preguntado si en el acceso existían carteles de advertencias o propiedad privada o prohibido el ingreso contestó que “...

por la entrada que entramos nosotros, no. Es una calle que se mete dentro de la cantera, se choca con un tranquerón que habitualmente estaba abierto. Aclara que lo sabe porque había gente conocida del dicente que iba habitualmente” (sic., fs. 212). En lo sustancial coincidieron en que la cantera está abandonada desde hace tiempo, muchos vecinos del barrio Cerro Leones van a bañarse al lugar (Alonso contó que en la primera cava además de ellos había cuatro chicos más y en la segunda cava una pareja), que “si mal no recuerda cuatro años atrás había un local o kiosco de expendio de bebidas y comida”, que el lugar “tiene alambrados en parte si y en parte no” y que “si mal no recuerda le parece que existen uno o dos carteles frente al bar de Cerro Leones” (sic., fs. 212/213; arts. 384 y 456 CPC). También manifestó Alonso que “nosotros entramos por otro lado, no entramos por la cantera” “más delante de lo que era la entrada” (repregunta 28) y describe la entrada principal como “... una entrada de camino de piedra con una ese, me parece que había como subiendo a la laguna hecha con la misma cantera y otra laguna atrás. Eran dos cavas...” (sic., fs. 207 vta.). Recapitulando: la reconstrucción de las características del predio y de su peligrosidad como de la inidoneidad de las medidas resultan de la valoración en conjunto, conforme las reglas de la sana crítica, de las fotos agregadas en la causa penal, la constatación auténtica que realizaron los funcionarios policiales intervinientes, y la prueba testimonial rendida en autos, lo que conforma un plexo probatorio corroborante de las presunción de verdad que emana de la rebeldía de la accionada (arts. 59, 60, 384, 456 y conchs. CPC; arts. 979 y 906 CC). Empero, no advierto obstáculo procesal en integrar y ratificar ese plexo probatorio con la eficacia coadyuvante que corresponde asignar a la información periodística de algunos medios de Tandil, obrante en las versiones o ediciones digitales de esos diarios, y a la que el Juez de grado acudió complementariamente para fundar su conclusión de que se trata de un hecho notorio en la comunidad de Tandil que el paraje constituye, sobre todo en el verano, una especie de balneario clandestino, dado su uso asiduo y clandestino como lugar de recreación

y esparcimiento (arts. 375, 376, 384 y 456 y conchs. CPC). El tema requiere de algunas precisiones.

4.- El Sr. juez de grado calificó de hecho notorio que la cava y la laguna allí formada es usada por los vecinos para bañarse en épocas estivales y luego procedió oficiosamente a consultar diversos sitios web que informan sobre las características de la denominada Cava de Cerro Leones, que hasta recogen opiniones y propuestas comunitarias sobre el destino público o privado del paraje (por ejemplo “estatizarlo” para su afectación a un uso comunitario), lo que generó la enfática oposición de la demandada al expresar agravios aduciendo la vulneración de su derecho de defensa en juicio y del debido proceso legal. Incluso al contestar los agravios vertidos por la actora también cuestionó la consulta que dicha parte efectuó en esa pieza procesal de otros sitios web que, de modo coincidente, relatan que se trata de un hermoso pero peligroso lugar natural de Tandil, de fácil acceso. La información recogida oficiosamente por el Juez de grado en la red de redes Internet y la posteriormente agregada por la actora al expresar agravios, versa sobre una cuestión precisa y concreta: la conversión de un paraje privado en una suerte de “balneario clandestino”.

Para dilucidar el punto acerca de los medios de prueba, y conforme está planteada en autos la cuestión, soy de la opinión que cabe conferir valor probatorio corroborante al contenido de cierto material obrante en Internet, circunscripto aquí al que corresponde a la publicación periodística existente en soporte o versión digital de los diarios zonales, lo que ostenta valor probatorio coadyuvante de lo que en Primera Instancia consideró un hecho notorio para la comunidad de Tandil: el uso de la laguna como balneario. Por ello, y atendiendo al agravio, no tendré en cuenta los datos que surgen de una cuenta anónima de Facebook ni el informe de una Universidad Nacional sobre el suelo arcilloso de otro tipo de cavas de otros lugares, sino que me ceñiré (y ello alcanza para asignar efectos probatorios coadyuvantes) a la información periodística publicada en las páginas de Internet mencionadas en la sentencia y sobre las

cuales la demandada se pronunció (reitero: muy críticamente por cierto) al expresar sus agravios y contestar los de la actora. Es decir la admisibilidad del valor probatorio de la información obrante en Internet no involucra toda la información o la totalidad de datos o material que sobre Las Cavas de Cerro Leones pueda encontrarse en la red de redes. De ese modo evito incurrir en el eventual error al que se refiere la demandada a fs. 409/412 cuando cuestiona la seriedad y la exactitud de imágenes y fotos atribuidas a ese lugar que, afirma, no corresponden a ese predio sino que pertenecen a otras cavas del Partido de Tandil.

Para ser más preciso: no encuentro obstáculo en admitir la ponderación de la información periodística obrante en Internet, circunscripta del modo anticipado, para robustecer la conclusión del Juez de que constituye un hecho notorio que las cavas de Cerro Leones se convirtieron, en la práctica, en un balneario o lugar de fácil y frecuente acceso del público y de vecinos. Sobre el punto, y antes de detenerme en el valor probatorio de esa información digital a la que se accede mediante la consulta de los sitios web pertenecientes a los medios periodísticos de Tandil, puntualizo que su admisibilidad formal (lo que también cuestiona la demandada) radica en que no sólo no constituye “prueba autónoma” (en el sentido de erigirse en un único medio de prueba) sino que se trata de prueba complementaria de la afirmación del magistrado de que un suceso constituye un hecho notorio (la conversión del lugar peligroso y deficitariamente señalado en balneario clandestino). Es decir y en suma: constituye un medio probatorio sobre la base del cual el juez refuerza su apreciación de que un suceso reviste entidad de hecho notorio (arts. 36 inc. 4, 163 inc. 5, 384 y concs. C.P.C.).

Destaco que si bien medió oposición en tal sentido por parte de la accionada, no cuestionó en lo sustancial la veracidad de la fuente ni adujo la falsedad o adulteración de esa información.

En conclusión: la consulta oficiosa a la red de redes Internet se circunscribe en el caso a cierta e individualizada información periodística, de fácil y sencilla consulta informática, de

indudable seriedad y veracidad, que corrobora o robustece la afirmación del magistrado de que un suceso constituye un hecho notorio (art. 384 C.P.C.).

La doctrina legal de la Suprema Corte sostiene que “existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa generalidad o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada (cf. S.C.B.A., Ac 82684, 31/03/2004, “Abdelnur de Molina, Amalia c/ Meroni, José y otro s/ Incumplimiento de contrato y daños y perjuicios”, voto Dres. de Lazzari, Roncoroni, Pettigiani, Negri y Soria; S.C.B.A., Ac 61024, 07/07/1998, “Proyectos Especiales Mar del Plata Sociedad del Estado c/ Seminara S.A.I.C.F. y otros s/ Cumplimiento de contrato”, voto Dres. Negri, Laborde, de Lazzari, Pettigiani y Hitters, LLBA 1998, 1358). Añadió el Superior Tribunal que “es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento personal o la ciencia personal del juez, con la notoriedad general o judicial; aquél se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que forman el medio social donde ocurrió o donde ejerce aquél sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba ...”. Con esa base fáctica se consideró eximido de prueba por constituir un hecho público y notorio la explotación de los balnearios a partir de su entrega por parte de los concesionarios (cf. S.C.B.A., Ac 61024, 07/07/1998, “Proyectos Especiales” cit., LLBA 1998, 1358) descartándose, en cambio, que revista esa naturaleza el conocimiento de que una operación quirúrgica de miopía implique un acto potencialmente riesgoso (cf. S.C.B.A., Ac 82684, 31/03/2004, “Abdelnur de Molina “ cit). Retomando el argumento acerca de la validez

probatoria como medio de prueba de la información periodística obrante en sitios web individualizados, acoto que recientemente este Tribunal se pronunció sobre la eficacia del documento electrónico (en el caso de las cintas de video) cuya autenticidad requiere de prueba complementaria ya que lo decisivo es saber si el hecho se corresponde con la realidad (cf. esta Sala, causas n° 56.441, “Del Boca, Andrea c/ Avilés, Luis César y Otros s/ Derechos Personalísimos” y n° 56.571, “Del Boca, Andrea c/ Avilés, Luis César y Otros s/ Daños y Perjuicios”, sentencia única del 08/09/2015). Más recientemente la Suprema Corte Bonaerense se expidió por la admisión formal del video cuya autenticidad operó por su reconocimiento al asistir la contraparte, sin objeciones, a la audiencia convocada al efecto y en el que fue exhibido (cf. S.C.B.A., C 118649, 01/06/2016, “Stratico, Fabián Ezequiel c/ Ferrovías S.A. Daños y perjuicios”, voto de la mayoría del Dr. de Lázzari, Sumario Juba B4201944). Tampoco soslayo que también recientemente la Casación Provincial descalificó una sentencia que tuvo por acreditada importantes cuestiones de hecho vinculadas a una relación laboral exclusivamente sobre la base de la información obrante en un sitio web (cf. S.C.B.A., 13/05/2015, “González, Elisa Miriam c/ Santoro, Carlos Horacio y otro/a s/ despido”, en MJJ92915). En efecto, en ese precedente se sostuvo que “debe revocarse la sentencia en cuanto condenó a los codemandados en los términos del art. 31 LCT, pues para concluir que existió un grupo económico que empleó al actor se basó en un elemento de juicio ajeno al expediente (esto es, una prueba no ofrecida ni producida, ni siquiera ordenada en el marco de las atribuciones conferidas a los jueces del trabajo en el art. 12 de la Ley 11.653), constituido por los supuestos medios informáticos a disposición que permitió el acceso a una supuesta página web de la que el tribunal tomó datos e infirió conclusiones incorporadas al pronunciamiento, que gravitaron como factores esenciales de la decisión bajo censura” (Del voto del Dr. Hitters, al que adhirieron los Dres. de Lázzari, Negri, Pettigiani, Soria, Kogan y Genoud –mayoría”). En cambio de lo que aquí se trata –repito- es de conferir

valor probatorio corroborante a información periodística seria y precisa obrante en la versión digital de los diarios por lo que la diferencia radica en el medio de registro (digital y no en papel) de la información, a la que acudió oficiosamente el juez de grado para robustecer su convicción de que un suceso de esa ciudad constituye un hecho notorio (arts. 34 inc. 4, 163, incs. 5 y 6, 384 y concs. C.P.C.). Es que, como bien se afirmó, uno de los problemas esenciales que presenta el valor probatorio de los documentos electrónicos es la “certificación de la autenticidad del documento en el momento de su redacción” (conf. Alegría, Héctor, “Valor probatorio de los documentos en el moderno derecho argentino”, pág. 237, en Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Prueba – I, ver también: Quadri, Gabriel H., “Las filmaciones como prueba en el proceso civil”, en L.L. 11/10/2016, 7, en anotación a fallo citado de la S.C.B.A., 01/06/2016, “Stratico, Fabián Ezequiel c/ Ferrovías S.A. s/ daños y perjuicios”). La sentencia apelada hace alusión a fs. 371 a la publicación de “eldiariodetandil.com” (El Diario de Tandil) del día 5 de Diciembre de 2014 (y que consulté en Internet el día 7 de Octubre de 2016) en la que, para lo que aquí importa, se informa que “la pileta natural que se formó en una de las cavas de Cerro Leones fue escenario, casi, de una tragedia. F H (suprimo el nombre por resultar innecesario), joven estudiante de Veterinaria, se arrojó desde una altura de cinco metros con un clásico panzaso. Salió del agua ayudado por su amigo con traumatismo de tórax. Con las altas temperaturas, vuelve al tapete de la polémica un lugar tan bello como peligroso”. Más adelante agrega que: “no es la primera vez que llegan noticias de un lugar paradisíaco, de propiedad privada y convertido en balneario natural tras ser durante décadas la cantera de Cerro Leones. Según otros testigos, el joven se habría arrojado a las aguas desde el propio cerro, allí donde la altura oscila entre veinte y treinta metros. Había llegado a la cantera a través de la calle Baso Aguirre, ingresando junto a su amigo de a pie hasta la cava.

Las cavas de Cerro Leones son un espejo de aguas cristalinas tan bello como prohibido: hasta el día de la fecha no dispone de habilitación"

(<http://www.eldiariodetandil.com/2014/12/05/se-tiro-de-panza-en-la-cava-decerro-leones-y-casi-no-la-conto/>, visitada el 7/10/2016).

Destaco también a mayor abundamiento que en la red de redes Internet se encuentra publicada la noticia del fallecimiento del actor Matías Ángel Correa en la versión digital del diario La Voz de Tandil del día 14 de Enero de 2011, la que relata el suceso que dio origen a este expediente judicial de daños e incluso acompaña una fotografía atribuida a ese lugar

(http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_nota.php?id_n=22287, titulada “Joven se ahogó en cava de la ex cantera de Cerro Leones”, consultada el 7/10/2016).

Pero volviendo a otra de las publicaciones recogidas en el fallo, también a fs. 371, corresponde a la nota titulada “Un paraíso prohibido transformado en un popular balneario “clandestino” del 12 de Enero de 2009 publicada en ese diario cuyo título agrega “hace seis años, La Voz hablaba de un paraíso prohibido. Unas cavas gigantes rellenas de agua límpida resultaban un potencial atractivo para tandilenses y turistas en verano. Hoy se ha transformado en un populoso balneario clandestino. Una belleza única como peligrosa atrae a multitudes en las tardes de enero”

(http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_nota.php?id_n=6495, consultada el 7/10/2016). La nota bastante extensa detalla que “hace seis años, desde éstas páginas se informaba acerca de un paraíso terrenal prohibido. Unas añejas cavas de una cantera que hace décadas dejó de funcionar se transformaron en tentadores piletones naturales, de una magnitud imponente, una majestuosidad que merecería una intervención, dada las carencias que Tandil como destino turístico tiene en materia de espejos de agua, más la belleza que cobija una propiedad privada pero abandonada, ya ni siquiera con la custodia que por aquellos años supo contar.

Será por eso entonces que ayer, como en estos calurosos días de verano la ex cantera de Cerro Leones se ha transformado sencillamente en un popular balneario clandestino, con las bondades como peligros que ello reviste”. Sin el ánimo de transcribir la extensa nota, que incluso reitera informes periodísticos anteriores, señala que “los vecinos insisten sobre el singular movimiento que despierta el refrescante como prohibido atractivo, que ya no sólo invita al chapuzón de los que viven cerca, sino que se ha transformado incluso en una especie de destino turístico. Sin estar especificado en los circuitos turísticos de la ciudad, el boca a boca ha llevado a que vecinos de otros barrios e incluso turistas se acerquen para descubrir y pasar toda una tarde a pleno sol y agua en esas ollas gigantes que los mineros de antaño supieron concebir entre barrenos y petarreo de la otrora populosa actividad canteril que sirvió de aliciente para que se montara una barriada, casi un pueblo con sus propia idiosincrasia, Cerro Leones”. Al día siguiente de esa nota ese mismo diario publicó la siguiente noticia: “El municipio intimará al dueño de las cavas en Cerro Leones” 13 de Enero de 2009 “En la edición de la víspera se informó que la antigua cantera se ha convertido en un balneario clandestino que no cuenta con seguridad. Desde Inspección General se indicó que están rastreando al dueño del predio para alertarlo sobre lo que está sucediendo... (http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_nota.php?id_n=6509, consultada en la misma fecha, 07/10/2016).

En la doctrina se señala que la fotografía, la cinematografía, los videos y otras grabaciones insertas en soportes magnéticos y ópticos constituyen una prueba incompleta que requiere de su complementación con otros medios probatorios, especialmente para descartar posibles trucos del contenido y alteraciones de composición (cf. Falcón, Enrique M., “Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa”, tomo 1, pág. 743 y sigtes.). Por ello, y en general, dichos medios de prueba se integran con otros a fines de constituir prueba

completa (arts. 384, 385, 386, 390 y concs. C.P.C.; cf. esta Sala, causas n° 56.441, “Del Boca, Andrea”, sentencia única del 08/09/2015, cits.).

Dice Quadri que “en orden a la validez probatoria de estos documentos (electrónicos) debe tenerse en cuenta: a) la fiabilidad del soporte y del elemento de incorporación de los datos a éste, la fiabilidad de la adecuada reproducción y los elementos y técnicas de recuperación (calidad del conjunto informático); b) la vigencia temporal e inalterabilidad del soporte (calidad del soporte); c) el control y la relación exacta entre el contenido del soporte y la reproducción que permita tomar conocimiento de su contenido (calidad del contenido emitido), y d) la certeza en la asignación de los actos, datos o manifestaciones contenidas en el soporte (calidad de imputación de los datos del soporte)” (conf. Quadri, Gabriel H., “La Prueba en el Proceso Civil y Comercial”, T. II, pág. 884; Falcón, Enrique M., “Tratado de la prueba”, T. I, pág. 900 y ss.; Kielmanovich, Jorge L., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, pág. 394 y sigtes.). En definitiva: acudiendo a la versión digital de los diarios citados por el Juez de Grado y sobre los que se pronunció la demandada, dejando de lado la restante información (la contenida en otros sitios web) y la vertida por la actora apelante al expresar agravios, en autos media prueba compuesta que acredita certeramente la peligrosidad de las cavas del Cerro Leones y la ausencia de medidas de seguridad. Repito: a los efectos procesales de la rebeldía se le suman, integrando y conformando prueba compuesta, las constancias de la causa penal y las de este proceso, completadas con el valor coadyuvante con la información periodística publicada en La Voz de Tandil del 14 de Enero de 2011 y del 12/1/2009 que abastecen la apreciación probatoria del juez de grado de que constituye un hecho de pública notoriedad el uso de las cavas como balneario.

Los hechos comprobados en la causa ponen de relieve que la demandada, en cuanto dueña del inmueble, sabía (o debía saber) que la cantera ahora abandonada constituye una potencial fuente de peligrosidad en la que la recurrencia y frecuencia de ingresos y utilización del

espejo de agua denotan la insuficiencia de las medidas de seguridad (recordemos que el ingreso principal tenía una tranquera cerrada con llave) sin desconocer que se trata de una propiedad privada (insoslayable punto de partida) y que medió culpa de la víctima al asumir un riesgo extraordinario (arts. 1111 y 1113 CC; art. 1719 CCCN)

5.- Se ha configurado una conducta antijurídica por omisión cuestión, que –aunque con otro resultado- este Tribunal abordó no hace mucho (cf. esta Sala, causas n° 60.404, “Teves Alberto Miguel c/ Ferrosur Roca S.A. y Otros s/Daños y Perjuicios” y n° 60.413, “Teves Alberto Miguel c/ Galasur S.A. s/Daños y Perjuicios”, sentencia única del 16/05/16).

Es que sin desconocer que algunos autores entienden que la antijuricidad no siempre es presupuesto indispensable de la responsabilidad civil, máxime si se trata de daños derivados de un factor objetivo de atribución por el riesgo o vicio de la cosa o de las actividades (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar”, pág. 196; De Lorenzo, Miguel Federico, “Una nueva dimensión para el principio de no dañar al otro”, RCyS 2014-I) el criterio mayoritario predica que en todos los casos los elementos o requisitos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, relación causal, daño y factores de atribución (arts. 1066, 1067, 1111, 1113 y concs. CC.; arts. 1708, 1716, 1717, 1718, 1719, 1720 y concs. CCCN).

Si bien el Código Civil de Vélez Sársfield consagró un criterio de antijuricidad formal y subjetivo, fundado en que es ilícito el acto contrario a una norma concreta con sustento en la culpa o el dolo (arts. 1066, 1067, 1074 y concs. Código Civil), lo cierto es que por influencia de la doctrina y la jurisprudencia terminó prevaleciendo el criterio de la antijuricidad atípica y material que no requiere de norma vulnerada para el resarcimiento del daño sino sólo la prueba de su existencia y la ausencia de causas de justificación por parte del dañador

(Picasso, Sebastián, “La antijuricidad en el Proyecto de Código”, La Ley 2013-E, 1; Saux, Edgardo I., “El alterum non laedere quince siglos después” RCD 1075/2014.).

La antijuricidad “se trata de un concepto puramente objetivo -dice un fallo- en cuanto no es necesario tener presente la voluntariedad del sujeto; la antijuricidad es un elemento objetivo independiente de la culpabilidad ... Comprende no sólo lo prohibido expresamente por la ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público, pues se trata de principios y valores inmanentes tutelados e impuestos por múltiples preceptos positivos del Derecho Argentino. En definitiva, la ilicitud no se confunde con la ilegalidad; y será antijurídica cualquier conducta que vulnere la regla del alterum non laedere” (cf. C 4ª. Civ., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 7/4/2014, “G., I. R. c/A. de M. P. /Daños y perjuicios”, voto del Dr. Claudio Leiva, Microjuris AR/ MJJ 85338). En la antijuricidad gravitó notoriamente la influencia del principio constitucional de no dañar a otro, previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional (cf. C.S., 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra v. Ejército Argentino LL 2012-F-559). La antijuricidad material (superadora de la antijuricidad formal) fue receptada en los art. 1717 a 1720 CCCN y se refiere al daño causado por una acción no justificada (Cám. Civil y Comercial Mercedes, Sala Primera, 21/10/2014, “A., E. E. C/ B., S. y Otra s/ Daños y Perjuicios”, elDial.com - AA8B19 Voto Dr. Ibarlucía). La antijuricidad extracontractual es atípica y deriva de la vulneración de ese deber general de conducta (de acción y de omisión).

En este marco corresponde analizar la eventual ilicitud por omisión de observar el mandato indeterminado de no dañar a otro (art. 19 CN, arts. 1066,1067 y 1074 CC y arts. 1717 y conscs. CCCN). Dice Picasso que “el concepto de omisión se construye siempre en relación a una conducta debida que no se cumplió; es preciso que exista un previo deber de actuar. Por consiguiente, cabe preguntarse cómo se conjuga esta exigencia lógica con el deber general de

no dañar”. Añade con relación al CC que se entiende que “para que existiera ese deber de actuar es preciso que, en virtud de cierta relación particular entre los sujetos, pudiera deducirse la existencia de un “deber de seguridad” que imponga a uno de ellos el sacrificio de su libertad de abstención (cf. De Lorenzo, “El daño injusto...”, p. 92), o que ello viniera impuesto en el caso concreto por el sentimiento de solidaridad humana y amor al prójimo (cf. Bueres, comentario al art. 1066, “Código Civil Comentado”, Tº 3-A, p. 62), o bien se afirmaba que cada uno es libre de no actuar, y que únicamente cuando se configurara un abuso de ese derecho podía haber responsabilidad” (cf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, cit., t. 4, p. 345; Picasso Sebastián en Lorenzetti Ricardo L - (Director) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, tomo VIII, pág 363). Concluye afirmando que con relación al régimen del CCCN, aplicable al caso como doctrina interpretativa del CC, “conjugando todas las pautas del art 1710 CCCN, puede decirse que habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero”.

Recalco este argumento porque reviste marcada gravitación: en el caso en juzgamiento la regulación normativa actual sobre la antijuricidad prevista en el CCCN, que receptó la doctrina y jurisprudencia anterior elaborada sobre el tema, constituye una insoslayable herramienta de interpretación del sistema del Código Civil derogado, no sólo por la compatibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad civil en general, el anterior y el actual, sino también porque este parámetro constituye una derivación de la aplicación inmediata del nuevo Código, conforme el art. 7 CCCN.

El actual art. 1710 CCCN, en lo pertinente, dispone “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar

que se produzca un daño...”. Desde otro lugar, y a propósito de esa norma, sostuve que “se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así en la medida que esa conducta dependa de la persona (“en cuanto de ella dependa”, dice la norma) y en base a los dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso. El inciso a) sienta la regla y el inc. b) proporciona las pautas para su evaluación, teniendo en cuenta que existe un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (lo que se relaciona con el parámetro de lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión. De lo contrario se estaría exigiendo el despliegue de conductas heroicas (Leiva, Claudio F., “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” – inédito-). La acción de prevención, también conocida como tutela inhibitoria, puede consistir en una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión” (Galdós Jorge M. en Lorenzetti Ricardo L. - (Director) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, tomo VIII, pág. 295).

6.- La jurisprudencia, siguiendo los criterios doctrinales prevalecientes, se ha pronunciado en varias oportunidades coincidiendo –en general- en que determinar en concreto si el dueño o guardián omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas para la evitación de daños (criterio normativo que ahora recogen los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y concs. CCCN) es una cuestión de hecho que debe ser ponderada en cada caso y conforme sus singularidades (conf. esta Sala, causas n° 60.404, “Teves Alberto Miguel c/ Ferrosur Roca S.A. y Otros s/Daños y Perjuicios” y n° 60.413, “Teves Alberto Miguel c/ Galasur S.A. s/Daños y Perjuicios”, sentencia única del 16/05/16, cit. anteriormente). Sin embargo, el primer distingo radica en diferenciar las omisiones a mandatos jurídicos determinados o expresos de las omisiones

genéricas a mandatos jurídicos indeterminados, -como en el sub-lite- fundados en el deber general de no dañar a otro, el “alterum non laedere” que tiene jerarquía constitucional y se vincula con el deber de seguridad, también de linaje constitucional (arts. 19, 42 C.N.; ver en ese sentido: C.S., 31/08/2010, “B. H. y otro v. Estado Nacional – Secretaría de Turismo Daños y perjuicios”, en L.L. 2010-E, 405, y particularmente voto Dr. Lorenzetti). En ese precedente, y al juzgar la responsabilidad del Estado por falta de servicio, la Corte Federal entendió incumplido el “deber de información sobre los riesgos existentes en el lugar y un deber de seguridad consistente en adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño” (en el caso del deceso de un menor que murió ahogado en un lago, ubicado dentro del perímetro del complejo turístico al que había sido llevado junto a un contingente de niños). Se juzgó (reitero para el uso del lago emplazado en el lugar de recreación) que “se encuentra acreditado que el Estado nacional no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar ...” (voto de la mayoría).

En sentido concordante en el voto del Dr. Lorenzetti se acotó que “el Estado nacional debió informar acerca de los riesgos existentes en el lugar para los niños y no lo hizo, ya que no había ninguna clase de advertencias sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso” y “que el Estado nacional debió adoptar medidas preventivas de seguridad para evitar que los niños sufrieran daños”. “Que en el sub lite –añadió-, la colocación de un cartel de advertencia o la disposición de un guía, asistente o cuidador en el lugar, hubiera evitado el enorme daño causado con la pérdida de la vida de un menor de edad. Al no haberlo hecho, el Estado nacional ha incurrido en un grave incumplimiento del deber de seguridad. En ausencia de tales medidas, se concluye que el Estado nacional no empleó los medios razonables para el cumplimiento regular del servicio”. La nota sobresaliente del caso es que el deber de seguridad y el de evitar el daño (arts. 19 y 42 C.N.) y derivó del análisis de la conducta debida en caso de ingreso al predio consentido por su dueño y guardián, en el que el deber de

información estaba comprendido en el marco de la obligación de control y vigilancia del Estado que promovía el turismo social visitando la zona.

En parecida orientación otros precedentes judiciales han destacado que “que la conservación y custodia de los parques, lagos, espejos de agua, plazas y jardines de la ciudad corresponde a su gobierno en tanto dueño de la cosa, lo que lleva en sí el cuidado y la seguridad, estando constreñido a implementar un sistema de advertencias y prevención de riesgos sobre los bienes del dominio público comunal, resultando, por ende, en principio responsable de los daños producidos por las cosas que tiene a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1113 del Código Civil” (cf. C. N. Civ. y Com. Fed., Sala I, Causa 677/00, 28/05/2013, “E. N. c/ Estado Nacional Minist del Interior Policía Federal Arg. y otros s/ daños y perjuicios”, en elDial.com – AA804E; conf. esta Sala, causas n° 60.404, “Teves, Alberto M. c/ Ferrosur Roca S.A.” y n° 60.413, “Teves Alberto, M. c/ Galasur S.A.”, sentencia única del 16/05/16 cits.).

En otro antecedente se juzgó verificada la responsabilidad por omisión (en el 90%) de las medidas de control idóneas para impedir el ingreso de un menor que murió ahogado en una laguna, como consecuencia de la excavación que se había formado, la que contaba con 30 metros de profundidad. Pero allí el mandato expreso, incluso de construir un alambrado perimetral, surgía del decreto de autorización que imponía esa obligación al dueño del predio (cf. S.C.B.A., Ac. 73526, 23/02/2000, “Vargas, Pabla c/ Club Náutico Hacoaj s/ Daños y perjuicios”, voto del Dr. de Lázari). Se acuñó allí la regla siguiente “para apreciar si un cierto acto de abstención puede caracterizarse como causa de determinado daño es menester verificar si ese factor negativo puede ser retenido por nuestra mente como elemento dotado de virtualidad suficiente para producir el efecto que sobrevino. Pues causa adecuada de un

cierto resultado es el antecedente que lo produce normalmente, según el curso natural y ordinario de las cosas” (causa cit.).

En un antiguo precedente quedó firme por cuestiones formales la sentencia que condenó por el 50% de responsabilidad al dueño de una laguna a la que ingresó un menor (que falleció). El Tribunal de Alzada en consideraciones que quedaron consentidas sostuvo que “la actitud del menor de introducirse en el terreno próximo a la laguna constituyó una conducta riesgosa, dado que la peligrosidad de las mismas eran hechos públicos y notorios en las comunidades cercanas (a una de las cuales pertenecía el menor). También dijo que era clara la obligación del dueño de impedir el acceso a la laguna, tomando las medidas efectivas para ello –como su cercado- aunque no se cerrara la totalidad de la fracción de campo” (conf. S.C.B.A., Ac. 58142, 24/09/1996, “Paz, Leandro J. y otros c/ Municipalidad de Tigre y otro s/ Daños y perjuicios”, en DJBA, 151, 287). En otro caso jurisprudencial parecido al anterior se sostuvo que “la formación de la tosquera en el terreno fue producto de la extracción de suelos de dicho predio, mediando consentimiento de sus propietarios. Esa utilización de la cosa –se añadió- produjo una depresión en el lugar, luego cubierta de agua, sin la debida señalización ni eficaz cercamiento. Ello generó la peligrosidad o riesgo que, junto con la acción negligente de los occisos, contribuyó en el desencadenamiento del evento dañoso” (cf. S.C.B.A., Ac. 89522, 15/03/2006, “N., E. C. c/ Provincia de Buenos Aires y Sieglinder, María Lohman; Marcheta, Manuel Víctor y Venier, Pedro s/ Daños y perjuicios”). Allí la condena por el 40% de responsabilidad se fundó en que el recurrente no cuestionó la conclusión del fallo sobre la peligrosidad del lugar donde acaecieron los decesos (conf. S.C.B.A., Ac. 89522, 15/03/2006, “N., E. C...” cit. anteriormente, voto Dr. Soria” –por unanimidad-).

De modo similar la Suprema Corte por mayoría desestimó por cuestiones formales el recurso contra la sentencia que rechazó la demanda por el fallecimiento del policía provincial que se ahogó en la laguna artificial en la que cumplía tareas de vigilancia, considerándose

configurada culpa de la víctima. El voto en disidencia del Dr. Negri, al que adhirió el Dr. Genoud, sostuvo que “resulta incorrecto el curso del razonamiento que atribuye exclusiva gravitación al hecho de la víctima (que falleció ahogada en una laguna artificial) sin integrarlo con la ausencia de las necesarias medidas de seguridad que hubiesen impedido efectivamente el acceso a la ya de por sí riesgosa ‘tosquera’” (cf. S.C.B.A., Ac. 84581, 07/09/2005, “A. V. d. M., D. E. y o. c/ Coviare S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, en minoría: Dres. Negri y Genoud; la mayoría de los Dres. Roncoroni, Hitters, Soria, Pettigiani y Kogan desestimó el recurso por inadmisibile).

Pero el precedente que más guarda similitud fáctica y jurídica con el caso es el precedente “Boggio...” (cf. S.C.B.A., C 93665, 17/06/2009, “Boggio, Lucía del Valle y otro c/ Fundación Country Golf Club Argentino s/ Daños y perjuicios”, voto de los Dres. Pettigiani, Negri, Kogan, Genoud, Hitters, Soria y de Lazzari). Las cuestiones de autos son muy similares y por mayoría se juzgó que media responsabilidad concurrente en partes iguales entre las dos víctimas y el dueño de la cava, porque en lo tocante a la conducta de la demandada “... ese uso frecuente era conocido y tolerado por el propietario del predio en el que se encuentra emplazada la cava, de manera tal que el conocimiento que los fallecidos pudieron haber tenido acerca de su titularidad no implicaba la prohibición de acceso al lugar” (allí se condenó por el 50% de responsabilidad)” (cf. S.C.B.A., C 93.665, 17/06/2009, “Boggio, Lucía del Valle y otro c/ Fundación Country Golf Club Argentino s/ Daños y perjuicios”, de la mayoría del Dr. Negri – Genoud, Hitters y de Lazzari). Se dijo que “el riesgo intrínseco de la cosa resultó potenciada por las insuficientes y deficientes medidas de seguridad”. En su voto de adhesión el Dr. de Lazzari argumentó que “no han resultado suficientes las medidas precautorias adoptadas por la demandada. En ese contexto ... considero incorrecto el curso de razonamiento que atribuye exclusiva gravitación al hecho de las víctimas (y más allá del examen de los reales propósitos que llevaron a cada una de ellas a

internarse en la cava en la que fallecieron ahogadas) sin integrarlo con la ausencia de las necesarias medidas de seguridad que hubiesen impedido efectivamente el acceso al riesgoso lugar. Ello así toda vez que el riesgo intrínseco de la cava se agudizó en el caso por la falta de un adecuado estado de conservación de los elementos tendientes a evitar daños a los terceros, e incluso, por la ausencia de medidas de prevención suficientes”. Luego, valorando la prueba, se concluyó que “en ese esquema, el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño prevista en la última parte del art. 1113 del Código Civil, debe ser interpretada de manera restrictiva para no convertirse en una razón que impida el cumplimiento efectivo del deber de reparar. Y, en ese sentido, es absurda la conclusión que conduce a la eximición de responsabilidad por considerar que las víctimas ingresaron a la laguna contra la voluntad de su dueño sin considerar que, en la realidad de los hechos según surge de la prueba producida, ese uso fue largamente conocido y tolerado por la fundación propietaria del predio en el que se encuentra emplazada la cava, de manera tal que el conocimiento que los fallecidos pudieron haber tenido acerca de su titularidad no implicaba la prohibición de acceso al lugar”.

En definitiva: se configuró una conducta antijurídica en la abstención de la accionada porque infringió el deber general de evitar o impedir la producción o agravamiento del daño previsible (art. 19 Const. Nacional y arts. 1710, 1711 y concs. CCCN), conforme lo que sucede de ordinario y según el curso natural de las cosas (arts. 901 y 906 CC y arts. 1727 CCCN).

7.- La mayor frecuencia con que se verifican en estos estrados litigios fundados en la culpa por omisión como presupuesto constitutivo de la antijuricidad (arts. 512, 1074, 1111 y concs. CC) y la actual regulación expresa de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710/1713 CCCN) tornan conveniente recordar el señero “leading case” “Altamirano”. Allí, se juzgó el fallecimiento de tres niños ahogados en una acumulación de agua formada en el

terreno de la empresa industrial que interrumpió el curso natural de las aguas fluviales, alterando el recorrido del arroyo. La recordada sentencia de Primera Instancia del Dr. Héctor Pedro Iribarne, en la que también se dispuso un mandato preventivo –aspecto éste revocado por la Alzada- sostuvo, en consideraciones aquí aplicables, que “la obligación de cercar la propiedad tiene por fundamento la protección de dos intereses: el del propietario, en cuanto el cerco impide el ingreso de personas en su propiedad, o al menos lo dificulta, y también está ordenada a la protección de los terceros, respecto de los riesgos que pueden existir dentro de la finca propia (del fallo de primera instancia) . . . No haber previsto el estancamiento de las aguas por causa de las excavaciones, y no haber asegurado su drenaje, configura una omisión ilícita, por la que se debe responder por los daños ocasionados (del fallo de primera instancia)” (cf. sentencia de primera instancia, 8/7/1986 y C. Civ. y Com. Morón, Sala II, 05/02/1987, “Altamirano, Elsa R. c. Cerámica Martín S.A. y otros”, en L.L. 1987-D, 373, con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Stiglitz, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia” Cita Online: AR/JUR/1701/1987; en el mismo sentido: Trib. cit., 11/2/87, “Carrizo, María I. y otro v. Cerámica Martín S.A. y otros”, en J.A. 1988-III, pág. 316). La doctrina sentada por el Dr. Iribarne fue luego reiterada en otro precedente en el que también, y al igual que el caso resuelto por el Juez de Morón, la obligación de cercar tenía expresa fuente normativa en ordenanzas municipales incumplidas (cf. C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, “S., M. A. y otra c. Municipalidad de Tigre”, en LLBA, 1994, 984, Cita Online: AR/JUR/3214/1994). Se dijo allí que “el dueño del inmueble debió adoptar las medidas de seguridad inherentes para evitar la utilización de la laguna que se hallaba en él, profunda y riesgosa, ya que había medidas concretas que estaba obligado a tomar, como el cerco que propone el decreto 1005 del D. E. Municipal, sin que este último sea excluyente de otras medidas, por lo que cabe también el reproche subjetivo para el demandado. El derecho de

propiedad no tiene un alcance absoluto, es un concepto relativo que tiene en mira el interés social y si la cosa está descuidada, si permite la invasión, si los mecanismos de seguridad son fácilmente obviados, si el inmueble es riesgoso y se potencian los riesgos con la inoperancia del dueño sería una conducta antifuncional, ampararse en ese derecho de propiedad para convertir al mismo en una trampa y causa de peligros y muertes para la comunidad” (conf. C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, “S., M. A. y otra c. Municipalidad de Tigre”, en LLBA, 1994, 984, Cita Online: AR/JUR/3214/1994 cit. anteriormente). “Cuando previsto el riesgo, y los medios para evitarlo éstos no han sido empleados, es “a fortiori” aplicable la regla según la cual cuanto mayor sea la situación de peligro en la que actúe cada sujeto, mayor es el deber de prever y mayor la obligación por las consecuencias posibles” sostuvo, coincidentemente, otro tribunal en una sentencia también muy recordada (conf. C. Fed. La Plata, Sala III, 08/08/1988, “Giménez, Domingo y otra c. Estado Nacional – Ejército Argentino”, en L.L. 1989-C, 117, con nota de Carlos A. Ghersi, en D.J., 1989- 2, 610, Cita Online: AR/JUR/720/1988). En ese antecedente de una excavación en Quilmes, al igual que para los depósitos de aguas acumuladas en Morón y San Isidro, se ordenaron mandatos preventivos para efectivizar la función social de la judicatura e impedir la repetición de hechos nocivos.

8.- Todo lo expuesto en torno a la responsabilidad del demandado no excluye la parcial contribución causal de la víctima, cuyo comportamiento contribuyó a la causación de su propio daño en un 50% (arts. 499, 512, 902, 906, 1111, 1113 y concs. CC). La culpa de la víctima al que aludía el art. 1113 CC constituye, en el caso, y conforme el nuevo CCCN, el hecho del damnificado (art. 1729 CCCN), que asumió voluntariamente una situación de peligro que opera como eximente del demandado a nivel de causalidad (arts. 1719 1ª parte, 1725, 1726, 1727, 1729 y concs. CCCN). La víctima era una persona adulta, de 31 años, que –más allá de sus deficiencias en cuanto a las medidas de seguridad- ingresó a un inmueble

privado, que por ser vecino del lugar debía saber que no correspondía al dominio público, y asumió el riesgo de bañarse y nadar en la laguna artificial formada en la cava inundada. El testigo Nicolás E. Alonso -quien ingresó con Correa al predio y compartió el baño con la víctima- manifestó que “en la cava primera nos metimos ahí nomás en la orilla. Y en la segunda salimos a nadar o a bracear” (sic., fs. 66 vta. causa penal). Por su lado Héctor O. Zampieri relató en sede penal el hecho de la siguiente manera: “... llegando a los pocos minutos al lugar...” observa que todos ya se habían dado un chapuzón en la primera laguna. Que el dicente le manifiesta a los nombrados de ir a la segunda laguna, donde los mismos lo acompañan, que llegando al lugar le consultan si la laguna de mención es más angosta y más profunda que la anterior manifestando que es más corta pero más honda, una vez escuchado lo que decía el declarante Matías Correa, Alonso Ezequiel y Gastón se tiran a la laguna para cruzarla. Que el declarante observa a Correa Matías que a mitad de la laguna no chapoteaba agua con los pies, y comienza a gritar a viva voz a Alonso Ezequiel el cual estaba llegando a la otra orilla que volviera a ver ayudar a Matías, como este hacía caso omiso a lo manifestado por el denunciante a raíz que no lo escuchaba por el ruido del agua, el denunciante le comienza a decir verbalmente a Matías Correa que se nadara hacia la orilla, observando éste que Matías Correa avanzaba muy poco y que gritaba “Ha, Ha”. Que en ese momento observa a Gastón que iba nadando junto a Matías Correa, que regresa por motivos que desconoce pasando a unos pocos metros de Matías, observando que Gastón ve a Matías que no podía nadar, no haciendo nada al respecto llegando a la orilla donde se encontraba el dicente, llegando a dos metros de la orilla viendo éste que le tiran un termo a Matías a fines que éste lo agarre como ve que el termo llegó a pocos metros de la orilla comienza ahí el declarante a decirle en forma verbal a Matías “Dale, Vamos, Vamos” escuchando que Matías le decía en forma verbal “Sacame, sacame” (sic.), observando que Matías se hunde no saliendo a flote el dicente sale inmediatamente del agua ... Preguntado con respecto al ciudadano Alonso

Ezequiel el mismo manifiesta que el nombrado se quedó del otro lado de la laguna sobre la orilla cansado de nadar no pudiendo volver hacia donde estaba el declarante. (sic., fs. 68 vta./69 de la causa penal).

Dice Zavala de González que "... la aceptación de riesgos no es institución autónoma sino una aplicación del hecho de la víctima, como causa o como concausa del daño, al participar activamente en una situación de peligro especial, enfrentándolo desaprensivamente" (conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños", Tº 4, pág. 287). En ese emplazamiento fáctico y normativo corresponde juzgar el comportamiento de la infortunada víctima, el que, en función del nuevo Código Civil y Comercial, la asunción de riesgo, como lo señala la doctrina reciente, opera como eximente en el plano causal (en ese sentido se pronunciaron Tolosa, Pamela y González Rodríguez, Lorena, "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial", en R. C. y S., 2015, pág. 46; Calvo Costa, Carlos A., "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado. Parecidos, pero diferentes", en L.L. 2014-E, 749). Agregan las autoras citadas que "el Código Civil y Comercial 2014 resuelve la discrepancia normativamente en torno a la asunción de riesgos en el art. 1719", concluyendo que "queda claro que técnicamente no constituye una eximente especial, sino que puede constituir, en determinadas circunstancias, un caso particular del hecho de la víctima que interrumpe el nexo causal..." (cf. auts. cits., en R. C. y S., 2015, pág. 57).

Por lo expuesto corresponde exonerar de responsabilidad a la demandada en la mitad del daño producido por la propia víctima (arts. 1111 y 1113 CC).

III.- 1.- En lo relativo a la procedencia y cuantificación de los daños, y comenzando por el patrimonial, por el denominado valor vida de la víctima, Ángel Matías Correa, de 31 años, la demandada se agravia porque dice que son elevadas las sumas otorgadas a la conviviente,

María Inés Espil, de \$ 150.000 y la conferida para cada hijo menor, P. A. C. y R. A. C., de \$100.000 para cada uno. Esos montos sólo fueron recurridos por altos; por lo que el agravio no es procedente.

Antes que nada corresponde identificar el contenido del daño patrimonial por el llamado valor de la vida humana, que está representado por lo que el occiso destinaba para alimentar a su propio grupo familiar, conviviente e hijos, ya que en el régimen del Código Civil derogado mientras los hijos están comprendidos en la presunción de daño de los arts. 1084 y 1085 CC, la conviviente es legitimada por vía del art. 1079 CC.

El daño material presumido por el fallecimiento que se desprende de la interpretación de la segunda parte de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil que rige la cuestión, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial prevaleciente, consistente en lo necesario para la “subsistencia de la viuda e hijos del muerto” (lo que se ha denominado gastos alimentarios, es decir lo que el causante destinaba para la asistencia material y económica de sus familiares más directos) comprende sólo a los herederos forzosos (los niños Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa). Empero ello no quita que por vía del art. 1079 CC se admita el resarcimiento de la conviviente (María Inés Espil). Acoto, a mayor abundamiento, que el nuevo Código Civil y Comercial también incluye a la conviviente dentro del daño presumido (art. 1745 CCCN), lo que –insisto- como argumento interpretativo debe ser tenido en cuenta para decidir y aplicar el régimen derogado (arts. 1, 2, 3 y 7 CCCN). El derecho patrimonial de la concubina por el fallecimiento de su compañero ya ha sido reconocido por este Tribunal (esta Cám., Sala I, voto Dr. Ojea en causa n° 39.334, 31/08/98, “Flaim c/ Bahl. Ds. Pjs.”). En tal sentido explica Zavala de González que “la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para el sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aporte dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más

necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar” (cf. Zavala de González, Matilde, “Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte”, Tº 2, pág. 158; esta Sala, causa nº 60.557, 20/10/16, “Córdoba Valenzuela, Héctor Manuel y Otros c/ Canova, Néstor Andrés y Otros s/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. o Muerte (Exc. Estado)”).

Sobre el punto cabe mencionar que la doctrina legal de la Casación Bonaerense señala que el concubinato requiere “la acreditación de una comunidad de vida, acorde con un vínculo afectivo estable, en el que resulta indispensable que el estado conyugal aparente, sea notorio, continuo y no interrumpido, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él” (S.C.B.A. Ac. B64398, 30/05/2007 “Ferreyra”; S.C.B.A. Ac.56761, 19/02/2002 “Córdoba; conf. esta Sala, causas nº 55.340, 13/03/12, “Perotti ...”; nº 58.857, 18/11/14, “Miñana c/ Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. s/ Daños y Perjuicios” y nº 55.340, 13/03/12, “P., C. y otros c/ A., A. R. s/ Daños y Perjuicios”). La protección del interés jurídicamente relevante del conviviente, aunque no constituya un derecho subjetivo en el sentido de tener expreso reconocimiento legal en el Código derogado, y que habilita para reclamar el resarcimiento por daño patrimonial por la muerte de su pareja, surge del 1079 CC que protege no sólo los derechos subjetivos sino también todo interés jurídico no contrario a derecho, es decir todo interés no reprochado por el ordenamiento legal, criterio ratificado por el Código Civil y Comercial que concibe al daño, para lo que aquí interesa, como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona y que produzca consecuencias patrimoniales o no patrimoniales (arts. 1735 y 1736 CCC). En la relación convivencial no existe ninguna ilicitud que excluya la protección del interés de la pareja supérstite, máxime que el nuevo art. 1745 inc. b CCCN lo incluye en la presunción de daño ampliando los arts. 1084 y 1085 CC.

Este Tribunal viene sosteniendo que el concubinato requiere “la acreditación de una comunidad de vida, acorde con un vínculo afectivo estable, en el que resulta indispensable

que el estado conyugal aparente, sea notorio, continuo y no interrumpido, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él” (S.C.B.A. Ac. B64398, 30/05/2007 “Ferreyra”), mostrándose ella en el marco de “publicidad y permanencia” (S.C.B.A. Ac. 56761, 19/02/2002 “Córdoba). El tiempo de convivencia requerido para configurarse una comunidad de vida o estado convivencial similar al matrimonial constituye una cuestión de hecho sujeta a la ponderación de las circunstancias, ya que no hay reglas fijas y dependerá de las circunstancias de cada caso. La estabilidad en la convivencia, sumada a la apariencia de matrimonio permiten conceder derechos o bien hacer cesar derechos otorgados por el ordenamiento jurídico” (Azpiri, Jorge O. “Uniones de hecho” pág.64; en el mismo sentido y coincidiendo que en el derecho del trabajo se exige legalmente una convivencia mínima de dos años –art.248 ley 20744 y ley 24241-; Novellino Norberto J. “La pareja no casada. Derechos y obligaciones” pág. 39/40). Se puntualiza que “la fijación de un plazo mínimo de convivencia debe ser requisito sine qua non de la unión” (Fama, María Victoria “Convivencia de pareja: Aportes para una futura regulación” en Revista de Derecho de Familia N°52 pág.63; esta Sala, causa n° 55.340, 13/3/2012, “P., C. y Otros c/ A., A. R. s/ Daños Y Perjuicios”).

El apelante afirma que la Sra. Espil no acreditó la estabilidad en el vínculo por lo que no está probado el requisito de la convivencia. Si bien en el agravio se hace referencia a la falta de prueba de la estabilidad o a la “vigencia en años” del vínculo, su suerte adversa resulta de que las alegaciones sobre la legitimación de la Sra. Espil vertidas en la demanda están alcanzadas por los efectos procesales de la rebeldía (arts. 59, 60 y concns. CPC), a lo que se añade que quedó reconocida expresamente por la demandada la existencia del vínculo convivencial (art. 354 C.P.C.; conf. fs. 406), la existencia de un hijo en común -Paloma Abril- y la de la convivencia en un domicilio compartido (los testigos son contestes que “Correa vivía en su casa con su mujer y la nena”; declaraciones de Alonso y Decima, fs. 207/208; 212/213; arts.

384 y 456 CPC), todo ello conlleva en sí mismo la presunción de estabilidad en la unión (arts. 901 y 906 CC; 163 inc. 5 y 384 CPC).

Los hijos están asistidos por la presunción de daño –tanto patrimonial (arts. 1084 y 1085 Cód. Civ.) como moral (art. 1078 Cód. Civ.)- en el texto legal habla de subsistencia, concepto que supone lo que habría podido suministrar como sostén y ayuda efectiva (C.S. “Sevarro” L.L. 1997-E-120). Lo indemnizable no es “la muerte en sí misma, sino los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado” (esta Sala causa N° 42642, 28/08/01 “Castillos de Villamarín Fernanda c/Etcheverry Darío”, DJJ 161-189, con sus citas y remisiones), atendiendo a que en caso de muerte del padre “deberá evaluarse el ingreso económico aportado por el progenitor, descontándose del monto resarcitorio la parte que hubiese usado el fallecido para su propio beneficio (vgr. alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc.)” (Cifuentes Santos - Sagarra Fernando Alfredo, “Código Civil”, T. II, pág. 421).

2.- Para cuantificar el daño patrimonial por muerte, el art. 1745 CCCN, indica los perjuicios que deben resarcirse, mas, a diferencia del art. 1746 CCCN destinado a reglar las indemnizaciones por lesiones o incapacidad, no determina el modo en que deben cuantificarse esos perjuicios. De allí que en razón del principio de aplicación sistemática de las normas, cabe acudir a las pautas que al efecto brinda el art. 1746 CCCN. Dicho precepto, aplicable al caso porque constituye una consecuencia no agotada o no consumida de la relación jurídica nacida bajo la ley anterior, que debe ser ponderada con realismo económico en el momento de la sentencia teniendo en cuenta que la obligación resarcitoria constituye una deuda de valor (arts. 1, 2, 3, 7 y 772 CCCN, ver in extenso “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LL 2015-F, 867) impone, como primer paso, acudir a un criterio objetivo de medición.

En efecto y conforme la doctrina del Tribunal el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art 1745 CCCN) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte. Empero, es necesario puntualizar que la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conlleva la aplicación mecánica y automática del resultado numérico al que se arribe; por ende cabe concluir que el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de ponderación ineludible para el juez, pero que en modo alguno excluye la valoración de otros parámetros aconsejados por la sana crítica en su dialéctica relación con las circunstancias del caso. (CCC, Sala II, Azul, 29/12/2015, “G., A. F. vs. Tucci, Fabricio César y otro s. Daños y perjuicios”, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 760/2016).

Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 CCCN, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Código Civil y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Código Civil y Comercial).

A fines de descartar la alegación de que las sumas indemnizatorias son excesivas, y para abastecer el mencionado deber de argumentar (arts. 1, 2, 3, 7, 1745, 1746 y concs. CCCN), acudo a las fórmulas polinómicas mediante las cuales pretende alcanzarse el valor actual de los ingresos futuros perdidos. La reparación por el daño material causado –en el caso de autos el denominado valor de la vida humana-, debe estar dado por un capital que, puesto a interés,

se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona, mediante la percepción, por parte de las personas con derecho a percibirla, de una suma mensual similar a la que hubieran recibido, de no haber mediado el evento.

Las fórmulas polinómicas se enuncian como: image.

Donde "C" es el capital que se mandará pagar; "A" es la ganancia anual perdida, "n" el número de años faltantes para llegar a la edad productiva de la víctima (o, en lo casos en que, como en autos, se trate del cálculo del valor vida, la edad hasta la que se considera que la víctima hubiera continuado realizando aportes económicos a cada uno de los accionantes) e "i" el interés anual que se presume devengará el capital mandado a pagar. Entre las fórmulas existentes para calcular el valor presente de una renta futura no perpetua, puede traerse a colación la fórmula simple (cfr. Zavala de González, "Tratado de daños a las personas. Disminuciones psicofísicas", Tomo 2, Astrea, 2009, págs. 233 y sgtes.), que se expresa en los siguientes términos:

$$C = a . b$$

Donde "C" es el monto que se mandará a pagar, "a" significa la disminución patrimonial periódica sufrida, más un interés y "b" equivale al total de períodos a resarcir, con las siguientes precisiones: "a" representa la disminución económica mensual x 12 meses (o 13 meses si la víctima cobraba aguinaldo), más una tasa del 6% y "b" el coeficiente de edad.

Los datos relevantes computables y acreditados son sólo la edad, el grupo familiar y el sueldo: el causante tenía 31 años, convivía con la Sra. Espil y la hija de ambos (Paloma Abril) y tenía otro hijo (Rodrigo Ariel) y trabajaba en relación de dependencia percibiendo un sueldo mensual de \$2048 en diciembre de 2010 (ver fs. 272 y 292) según se desprende de los informes de la empresa empleadora, a esa época que adjuntó los recibos quincenales de Correa (fs. 292/295).

La fórmula simple permite calcular el monto correspondiente a cada sucesor, así en el presente caso Paloma Abril Correa tenía un año y un mes al momento del hecho (nació el día 13/12/09), por lo cual el período resarcitorio (hasta alcanzar los 21 años) es de 20 años. Veinte años arroja un coeficiente computable de 11,469921 –cfr. la tabla de coeficientes de pág. 243/244, ob. cit.–, dicho coeficiente de edad completa el punto “b” de la fórmula; en lo que respecta al ingreso, punto “a” de la fórmula, el mismo se conforma para el caso de Paloma, contemplando que la víctima destinaría un 60% de sus ingresos a los hijos, en este caso tiene dos, con lo cual se asigna un 30% a cada uno, el otro 40% cabe presumir que lo hubiera destinado en un 20% a la cobertura de sus necesidades personales y el 20% a su conviviente (Espil). El ingreso se obtiene entonces restando a \$ 2048 el 20% destinado a gastos personales (\$ 409), lo que arroja un disponible de \$ 1.639 que cabe presumir se hubiera destinado en un 30% a los hijos y un 20% a la conviviente, por ende, el componente a de la fórmula para Paloma da un ingreso computable de \$ 6.775,62 (que surge de: \$ 2048 - \$ 409= \$1639 x 13 meses = \$ 21.307 + el 6% (\$ 1.278,42) = \$ 22.585,42 cuyo 30% destinado a Paloma es \$ 6.775,62. De modo que la fórmula simple para el caso de Paloma es: $C = \$ 6.775,62 \times 11,469921$, lo que da \$ 77.715,89. Siguiendo el mismo mecanismo para Rodrigo Ariel Correa (19/12/1998) el período resarcitorio es de 9 años por lo que el coeficiente de edad es de 6,801692 y el ingreso que se le hubiera destinado \$ 6.775,62, con lo cual la indemnización alcanza la suma de \$ 46.085,68. Y en lo que respecta a la conviviente Espil, teniendo en cuenta una expectativa de vida de 70, y siendo que tenía 30 años al momento del hecho (70-40) el coeficiente de edad previsto en la tabla de fs. 244 de la obra citada, es 15,046297, mientras que el ingreso que cabe presumir que el difunto hubiera destinado a ella (20%) es \$ 4.517,08, con lo cual se conforma la ecuación: $\$ 4.517,08 \times 15,046297 = \$ 67.965,32$. Cálculos que arrojan un total de valor vida a distribuirse en la forma descripta entre los hijos y la conviviente del fallecido de \$ 191.766,89 (art. 1745 inc. b del CCCN).

También puede recurrirse a las ya clásicas fórmulas “Vuotto” y “Méndez”; fórmulas que si bien nacieron para el cálculo de indemnizaciones por incapacidad laboral, también son fórmulas de cálculo del valor actual de una renta futura no perpetua y en consecuencia pueden emplearse, mediante las adaptaciones del caso, para calcular una indemnización por fallecimiento. La denominada fórmula “Vuotto” (“Vuotto, D. y otro c/ A.E.G. Telefunken Argentina SAIC”, Cámara Nacional del Trabajo, Sala III, sentencia del 16/6/1978) se caracteriza por utilizar un ingreso anual constante (la víctima percibía al momento del hecho la suma de \$ 2.048 mensuales, multiplicado por trece meses alcanza un ingreso de \$ 26.624 al año), una tasa de descuento del 6% y fijar en 65 años la fecha límite del individuo de su capacidad de producción de ingresos. Para aplicar dicha fórmula al cálculo del valor vida debe utilizarse la porción de los ingresos que se estima que la víctima empleaba para la satisfacción de las necesidades económicas de cada accionante y consignarse, en cada caso, la edad (no necesariamente 65 años) hasta la que se presume hubiera continuado efectuando esos aportes económicos a cada uno. Teniendo en cuenta dichas pautas, y efectuando un cálculo individualizado para cada uno de los actores—acorde los parámetros ya indicados al aplicar la fórmula anterior-, los resultados conforme la fórmula Vuotto serían prácticamente iguales a los de la fórmula simple: para Paloma Abril Correa una suma de \$77.715,83; para Rodrigo Ariel Correa la suma de \$46.085,68 y para la conviviente María Inés Espil la suma de \$67.965,33. La fórmula descripta anteriormente fue modificada por la denominada “Méndez” (“Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA SA y Otro s/ accidente-acción civil”, Cámara Nacional del Trabajo, Sala III), que introdujo cambios: el ingreso se recompuso mediante del siguiente mecanismo: el ingreso que tenía la víctima al momento de hecho se multiplica por un coeficiente de ajuste que surge de dividir 60 por la edad de la víctima al momento del hecho y se multiplica por trece meses, para obtener el ingreso anual (en el caso de autos es: $\$ 2048 \times 1,875 \times 13 = \$ 49.920$); la tasa de descuento se fija en el 4% y la edad

jubilatoria de la víctima se eleva a 75 años. Esta fórmula, al igual que la anterior, también puede ser empleada para calcular el valor vida si se completan sus variables de modo similar al indicado respecto de su antecesora. Acorde la fórmula “Méndez”, la indemnización por daño patrimonial que correspondería a Paloma Abril Correa sería de \$178.224,94; la que correspondería a Rodrigo Ariel Correa sería de \$97.507,71 y la que correspondería a la conviviente María Inés Espil sería de \$173.042,99.

Siendo que en autos sólo debe argumentarse y fundar por qué la suma otorgada en concepto de daño patrimonial no es alta, todo lo anteriormente expuesto es suficiente para desestimar el recurso (arts. 1, 2, 3, 7 y conec. CCCN). Sin perjuicio de ello, y obiter dicta, los criterios objetivos de cuantificación mencionados denotan también la dificultad judicial para compatibilizar los meros resultados matemáticos con el arbitrio y la ponderación de las circunstancias del caso. En esta materia “tiene dicho la Casación local mediante voto del Dr. De Lázzari que ‘en la determinación del quantum indemnizatorio, los jueces deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto’” (S.C.B.A., Ac.94556, 07/04/2010, “Schmidt, José Alberto c/ S.A.E.S. Línea 5 s/ Enfermedad Profesional”; S.C.B.A. Ac. C106323, 19/09/12 “V., N. B. c/ Durisotti Rodolfo. Daños y Perjuicios”; conf. esta Sala, causa n° 57.090, 27/03/2013, “Pérez...”). En otro pronunciamiento el Dr. de Lázzari argumentó que “sólo la propia experiencia vital, el mantener la congruencia con anteriores pronunciamientos, el conocimiento concreto de la situación general de nuestra sociedad, las particulares circunstancias acreditadas en la causa y una buena dosis de sentido común, pueden resultar una guía en este momento” (cf. S.C.B.A., causa C 188085; esta Sala, causa n° 60.631, 27/09/16, “Mutuberría ...”, cit.). Por todo lo expuesto los montos indemnizatorios para el daño patrimonial (insisto: sólo recurridos por altos) deben ser confirmados. Por consiguiente, las sumas otorgadas por daño patrimonial por

el 100% de responsabilidad (la demanda prospera por el 50%) comprensiva de \$150.000 para la conviviente y \$125.000 para cada uno de los dos hijos, o sea \$400.000 en total no es elevada y habiendo sido apelada sólo por la demandada, debe ser confirmada (arts. 165 y 384 CPC; arts. 1066, 1067, 1079, 1084, 1085 y concs. CC). En lo particular, destaco que si bien la indemnización por daño patrimonial concedida a Rodrigo Ariel Correa (\$125.000) luce un tanto superior a la resultante de las fórmulas matemáticas traídas a colación, debe tenerse en cuenta que, como fuera dicho, el recurso a las fórmulas matemáticas no implica una aplicación automática de su resultado, por lo que en las circunstancias del caso y los montos conferidos por el Tribunal en antecedentes análogos, estimo que la indemnización otorgada a Rodrigo debe ser confirmada.

3.- Corresponde ahora analizar el daño moral reclamado por los coactores, anticipando que procede el agravio de la actora y se debe declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 CC y admitir el daño no patrimonial de María Inés Espil. En efecto la conviviente está excluida del art. 1078 Cód. Civil por lo que la cuestión debe resolverse mediante su declaración de inconstitucionalidad cuya remoción –por la injusticia de su exclusión legitimatoria- habilita suplir la consiguiente laguna normativa y aplicar los principios generales del derecho de daños, que otorgan aptitud legitimatoria a la pareja estable. Este Tribunal al pronunciarse sobre la legitimación por daño moral de los hermanos sentó varios criterios interpretativos (Cám. Civ. y Com. Azul, sala II, causas n° 42.604, 03/04/02, “Andrade de Elgart...”; n° 47.221, 17/12/04, “Giacoboni...”; n° 54.544, 10/03/11, “Aizpurú ...” y n° 55.340, 13/03/12, “Perotti ...”).

Para lo que aquí interesa, y para dar respuesta al agravio, cabe mencionar los siguientes parámetros relativos al alcance y compatibilización constitucional de la norma que regula el daño moral extracontractual en el Código derogado:

- El art. 1078 Código Civil es la norma específica que regula el daño moral extracontractual y contempla una legitimación reducida: sólo al damnificado directo y a los damnificados indirectos únicamente en caso de fallecimiento otorgándose a los herederos forzosos.

- El art. 1079 Código Civil es la norma general que regula el daño patrimonial y confiere legitimación activa a los damnificados directos e indirectos (aquí: la conviviente y los dos hijos menores), generándose un distinto tratamiento entre las víctimas indirectas por daños materiales y morales. Por consiguiente la restricción del art. 1078 Código Civil puede resultar arbitraria e irrazonable, vulnerando derechos constitucionales.

- La vía idónea para remover el obstáculo legal que representa la restricción del art. 1078, Código Civil, es la declaración de inconstitucionalidad. La norma injusta resulta inaplicable por ser inconstitucional, es decir incompatible con la Carta Magna. Ello sin perder de miras que constituye la “última ratio” del ordenamiento jurídico.

- No puede afirmarse que el art. 1078 Código Civil sea siempre, genérica y anticipadamente inconstitucional por limitar la legitimación activa; en cambio, el art. 1078 siempre es inconstitucional, en supuestos puntuales, cuando excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es evidente, notoria y presumible: en este caso la muerte del conviviente (en supuesto equiparable al matrimonio) constituye un supuesto paradigmático y conlleva presunción de inconstitucionalidad por la notoriedad del daño presumido (vgr., la inmensidad del dolor del padre por la discapacidad del hijo que sobrevive; conf. “in extenso” exptes. cits. supra).

Por lo demás, y siendo que el actual art. 1741 CCCN incluye a la conviviente como legitimada activa por daño no patrimonial, no cabe dudas que la aplicación interpretativa del nuevo régimen legal como argumento de autoridad o de fuente no formal del derecho descarta cualquier objeción. Igualmente recuerdo que un pionero antecedente de Sala 2 de la

Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Mar del Plata se pronunció de ese modo (confiriendo \$ 30.000 de indemnización por daño moral para la concubina y el hijo) (Civ. Y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, “R. S. E. v. Bustos, Esteban y otra”, J.A. 2005-IV 31, con nota desaprobatoria de Benavente, María I., “Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art.1078 C. Civ. es inconstitucional?, y aprobatoria de Humphreys, Ethel y Tanzi, Silvia, “Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo” en LLBA 2005-134 y de Rito, Graciela, “La legitimación activa para reclamar daño moral”, en L.L. Bs. As., 2005-1049). Se argumentó, en lo sustancial y en consideraciones totalmente trasladables al caso, que se trataba de una convivencia estable, con un proyecto en común del que había nacido un hijo; que debía atenderse al paulatino reconocimiento del status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial, por lo que sería injusto que estando unidos por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumida en caso de matrimonio y negada si no media ese vínculo pero está acreditada la convivencia estable y el hijo en común, lo que resulta lesivo del principio de la reparación íntegra del daño; que la restricción de los legitimados activos no puede importar desconocer la situación de quién experimenta un dolor equiparable al de la esposa, a más de atender a la interpretación valiosa de la ley, a la protección de la familia y a la igualdad de la ley, conforme la tutela que le confiere los tratados internacionales. Este criterio– y, en lo medular, su sustento argumental, - lo reiteró luego ese mismo tribunal (otorgándose \$ 60.000 por ese rubro para la conviviente) (Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2, 26/12/07, “Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra s/ daños y perjuicios” con nota aprobatoria de Edgardo I. Saux, “El daño moral y la concubina”. ¿Ocaso del artículo 1078 del C. Civil?, RC y S 2008-449), postura seguida también por la Sala 1 de esa Cámara, en caso en el que se indemnizó el daño moral de la compañera de la víctima en \$ 80.000 (Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 1, 1/10/2009 “A.S., c/ Plaza Juan Domingo s/ Ds y Pjs”, elDial - AA5876). También declaró la

invalidez constitucional la Sala II de la Cámara Primera de San Isidro (Cám. Apel. Civ. y Com. 1ª. de de San Isidro, Sala II, 27/02/2007 “Hernández María R. c/ Witomski Mario N. y otro” L.L.B.A. 2007-461, con nota de Félix A. Trigo Represas “La responsabilidad indistinta del dueño y del guardián del automotor causante de un daño” L.L.B.A. 2007-489; conf. Galdós, Jorge Mario, “La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente”, en comentario a fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K ~ 2013-11-11 ~ G. P., G. R. c. Casa Balda S.A.C.A.I. e I. s/ daños y perjuicios, en R. C. y S., 2014-V, 95).

Puede afirmarse que es mayoritaria la postura jurisprudencial que sostiene que “es inconstitucional la exclusión de la concubina del derecho a la reparación del derecho moral en caso de muerte de su compañero (estipulada en el art. 1078 del Código Civil), puesto que, de conformidad con la reforma constitucional argentina de 1994, que ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, la diferencia de trato respecto de la cónyuge supérstite resulta discriminatoria y no está justificada con criterios razonables y objetivos” (cf. Cám. Nac. Apel. del Trabajo, sala V, 15/02/2012, “Umaña Navarro, Carmen p/sí y en rep. de su hija menor S. F. U. c. M y G Construcciones S.R.L. y otro”, DT 2012 (abril), 958 con nota de Carlos Pose; LL 2012-C, 454, con nota de Juan J. Formaro; D.J. 08/08/2012, 72; en el mismo sentido: Cám. Civil Junín, 14/02/2012, “Ferrari, Susana Mariel c/ Martínez, Rubén Ignacio y otro s/ Daños y perjuicios”, voto Dr. Guardiola; Cám. 4ª de Apel. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/10/2013, “A., M. A. y otros c. J., C. A. s/ d. y p. (accidente de tránsito)”, RCyS 2014-II, 73; Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 03/09/2013, “M. L. E. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y D.D.H.H. y otro s/ daños y perjuicios”, La Ley Online, AR/JUR/71117/2013; Cám. 1ª Apel. en lo Civil,

Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, 28/06/2013, “C., C. p/ sí y en rep. de su hija menor G. N. E. c. T. M., O. s/ ordinaria – ds. y ps. (con excep. contr. alq.)”, DFyP 2013, diciembre, 221). Por lo demás esta es la postura de la S.C.B.A. (Ac. C 100285, 14/9/2011, “R. A. H. c/ K. S. y ots. s/ daños y perjuicios”, voto de la mayoría de los Dres. Hitters, Kogan y Pettigiani y de adhesión, por sus fundamentos, de los Dres. Negri y Soria).

Por lo tanto, y por aplicación de estos principios generales, corresponde en el caso declarar la inconstitucionalidad del art 1078 CC que excluye a la coactora María Inés Espil como legitimada activa para reclamar el daño extrapatrimonial (art. 31 CN), confiriéndole la suma de \$ 320.000 por el total (100 %) del rubro, teniendo en cuenta para actuar el arbitrio del art 165 CPC, que al momento del hecho tenía 30 años, convivían con Correa desde el año 2005 luego de dos años de noviazgo, quién- afortunadamente- no presenta trastorno psicológicos indicadores de duelo patológico (pericia fs. 320/322) lo que, como es sabido, no es presupuesto para la admisión del daño no patrimonial.

Las cuantías otorgadas para los hijos en \$ 100.000 para cada uno, solo recurridas por elevadas, no son altas (arts. 165 y 384 CPC; arts. 1066 y 1078 CC).

Recuerdo otra vez que el daño moral “constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral” (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, “Toledo”, A.y S. 1995 III,635; Ac.53110, 20/9/94, “Colman”, D.J.B.A. 147-299, J.A. 1995-III-183, A.y S. 1994-III-737), (esta Sala, causa n° 45.193, sent. del 25-2-03, "Santillán", causa n°47.417, del 28/10/04, “Escobar”; N° 54862, 23/03/11 “Miranda”)) (cf.

esta Sala, causa n° 57.332, 29.08.13, “Moyano de Córica ...”). Con otras parecidas expresiones la Suprema Corte Provincial afirmó que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu y los más caros afectos (entre otros); por lo que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante (S.C.B.A., D.J.J. tomo 172-342; esta Sala, causa n° 37.202 del 9-5-96, causa n° 42.469 del 26-6-01, entre otras).

La Corte Nacional en la causa “Baeza” receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el “precio del consuelo” y que considera que para su cuantificación puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido (C.S., 12/4/2011 “Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios”, con mi nota en R.C.y S. 2011-XII, 259). “Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado...El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”. En ese precedente agregó que “el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (causa cit.). Este parámetro interpretativo -que es recogido por el art. 1741 CCCN-, ha sido anteriormente receptado en antecedentes de esta Sala (conf. causas N° 51.466 “A., H.”, del 29/04/08, Causa N° 51.467 “G. de S., M.”, del 29/04/08 y Causa N° 54.530 “Torres”, del 23/08/11). Para

cuantificar este daño no patrimonial- como lo denomina el referido art 1741 CCCN- cabe tener en cuenta que tiene función compensatoria y sustitutiva del enorme perjuicio al patrimonio moral de los actores (conf. “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, 2004 - 3, “Determinación judicial del daño – I”, pág. 31; y “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, 2005 - 3, “Determinación judicial del daño – II”, pág. 89”) (conf. esta Sala, causa nº 58.109, 20.02.14, “Montesano ...”), y que debe atender la índole del hecho generador de la responsabilidad (un hecho ilícito extracontractual cometido por gravísima imprudencia del conductor del auto) y la entidad del sufrimiento causado “aunque sea dificultosísima su cuantificación” (C.S., 14/7/2015, "Meza"). La explicitación de las pautas fácticas apreciadas para cuantificar son primordiales para apreciar la razonabilidad de la indemnización y para permitir su revisión por las instancias superiores.

Siendo que la cuantía del daño por la muerte del padre, de 31 años (conf. partida fs. 14), representa un dolor inconmensurable, máxime la minoridad de Rodrigo Ariel de 12 años al momento del hecho (fs. 15) y de Paloma Abril de escasos un año de edad (fs. 18), quién afortunadamente tiene una evolución psicológica normal y sin patología (conf. Pericia psicológica fs. 319 y respuesta de fs. 343 a las impugnaciones; arts. 384 y 474 CPC) no es elevado el fijado en \$ 100.000 para cada uno de ellos (art. 165 CPC). Pondero también que para el caso de Ramiro la evolución psicológica no es favorable y el impacto por la muerte del padre, sumado a cierta ausencia de contención tornan necesario que sea asistido psicológica y psiquiátrica dado que padece de un trastorno emocional con conductas disociales con dependencia de tóxicos (pericia fs. 327/328 y explicaciones fs. 343; arts. 384 y 474 CPC).

IV.- 1.- Procede ahora abocarme al mandato de prevención que corresponde dictar en autos.

Debe destacarse que ya en los precedentes que dieron origen, hace muchos años, a la actual

función preventiva del derecho de daños, y a partir de la recordada y señera sentencia del Juez Héctor P. Iribarne, se vienen dictando distintas medidas para prevenir y evitar el daño futuro previsible (sentencia de primera instancia, 8/7/1986 y C. Civ. y Com. Morón, Sala II, 05/02/1987, “Altamirano,” en L.L. 1987-D, 373, con nota Morello y Stiglitz, Gabriel A.. C. Fed. La Plata, Sala III, 08/08/1988, “Giménez,” cit L.L. 1989-C, 117,; C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, “S., M. A. y otra c. Municipalidad de Tigre”, cit LLBA, 1994, 984). Este Tribunal se encolumnó hace tiempo en esa orientación (el último precedente corresponde a CCC, Sala II, Azul, Buenos Aires, 11/11/2015, “Biordo, Miguel Ángel vs. Rutas al Sur Concesionario Vial s. Daños y perjuicios”, Causa nº 59966, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7657/15).

No es sobreabundante precisar que el mandato preventivo o de prevención constituye –junto con las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada- una de las herramientas procesales fundamentales para la prevención del daño. Se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador.

La doctrina de ese antecedente puede sintetizarse del modo siguiente:

- La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso en el Código Civil y Comercial y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso (arts. 1708, 1710 a 1713).

- Las normas citadas, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo

(sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido sólo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

- Las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial importan la modificación implícita de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal.

Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal.

- El Poder Judicial debe controlar pero no ejecutar las medidas, pues no se trata de convertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos.

Sin embargo, normalmente puede esclarecer que una determinada situación es peligrosa (por ejemplo, cables de electricidad sin coberturas de protección en lugares públicos) y que debe subsanarse mediante resortes adecuados. Sobre esa base, se encuentra en condiciones de ordenar que se elimine el riesgo mediante la adopción de medidas idóneas, aunque no siempre se está en condiciones cognoscitivas de detallar en concreto las que resultan procedentes.

2.- Por eso entiendo pertinente disponer que la Municipalidad de Tandil, a través de sus organismos técnicos, dando intervención -en caso de corresponder- a otras autoridades provinciales, presente en Primera Instancia en el plazo de quince días corridos a partir del presente decisorio una propuesta o plan de trabajo indicando las medidas conducentes,

razonables y pertinentes para suprimir el peligro de las cavas del Cerro Leones, sobre la base de las directivas legales de la menor restricción posible y del medio más idóneo (doct. art. 1713 CCCN), lo que incluye el medio menos gravoso, teniendo por finalidad primordial disuadir e impedir el ingreso al predio, fijando objetivos y plazos de cumplimiento, todo ello con intervención y participación de la demandada. Destaco que debe asegurarse la participación e intervención de la demandada, propietaria del inmueble, en la determinación de las medidas de aseguramiento del inmueble peligroso. Una vez presentado, en el plazo indicado, en conjunto o por separado con Apilar S.A, el Sr Juez de grado procederá a la determinación y aprobación definitiva de las medidas de aseguramiento disponiendo que sea la accionada, a su costa, la que lo deberá ejecutarlo, delegando su fiscalización a las autoridades competentes de la Municipalidad de Tandil con contralor judicial del cumplimiento de las metas y los plazos a cargo del Sr. Juez de grado, quién para asegurar su cumplimiento efectivo podrá adoptar todas las medidas conducentes (arts. 34 inc. 2 C.P.C. y 1713 CCCN). Dispónese que el cumplimiento del presente mandato de prevención se efectúe bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del C.P.C. y 804 del Código Civil. La interpelación a Apilar S.A. para la ejecución de las obras, en la forma y con las modalidades que se disponga, lo será bajo apercibimiento de efectuarlo la Municipalidad de Tandil, con cargo de repetición de la accionada.

3.- La medida propuesta se sustenta, entre otros muchos principios y reglas generales sobre la adopción oficiosa de mandatos de prevención (arts. 1,2,3,7 y concs. CCCN):

1) firmeza en la prudencia jurisdiccional. El dictado de la medida requiere del juez firmeza y prudencia, lo que significa concederla sólo cuando se configuran los presupuestos de la figura, teniendo particularmente en cuenta la efectividad de la medida. Si bien no reviste

carácter excepcional, el juez para despacharla debe considerar si se dispusieron por parte de la administración pública medidas similares o parecidas relativas al mismo objeto.

2) El contenido de las medidas. Resulta conveniente en los casos como los de este proceso en los que la cuestión relativa a la causa del daño reviste dificultades técnicas, que el juez determine el objetivo específico a cumplimentarse delegando su implementación en los organismos estatales competentes. Esto supone seguir la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en la causa "Mendoza" (cf. CS, 20/06/2006, "Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros", La Ley 2006-D, 281 Fallos 329:2316) consistente en transferir la responsabilidad de la elaboración del relevamiento de la situación de hecho y de la ejecución de las medidas conducentes a los órganos competentes del poder administrador que es –como se dijo- el que cuenta con los recursos técnicos y materiales necesarios para su mejor efectivización; aunque sujeto al control judicial del cumplimiento de los objetivos establecidos (cf. Zavala de González, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo I arts. 1708 a 1723, con la colaboración de Rodolfo González Zavala, Alveroni Ediciones, págs. 268 y ss.).

3) Control para asegurar su implementación. Resulta importante que el juez, cuando la dificultad de la situación fáctica lo amerita, determine un mecanismo o programa de ejecución, con plazos y etapas, y -en su caso- apercibimientos y sanciones, quedando sujeto al control judicial lo atinente a la verificación de su cumplimiento.

4) El costo de las medidas. En lo relativo a cómo se distribuyen los costos económicos que insume la ejecución de las medidas, en el caso, el propio legitimado pasivo de la tutela de resarcimiento, esto es la demandada, será beneficiada si la adopción de las medidas de prevención supone evitar costos futuros por la producción de daños probables (cf. C4a.CCórdoba, 28/04/2016, “M.,M.M.E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba

(EPEC) s/ ordinario – Daños y perj. Otras formas de respons. Extracontractual – Recurso de apelación” – Expte. 1279260/36 El Derecho (14/06/2016, nro. 13.977), máxime si no son trasladables por no resultar asegurables. Concluyo señalando que el costo económico de la erogación que para Apilar S.A. en cuanto propietario signifique la adopción de las medidas de seguridad conducentes y razonables, estará comprendido en el costo de afrontar el resarcimiento de eventuales daños futuros, estando especialmente comprometida la salud y la vida de terceros, particularmente niños que ingresan al predio.

V.- Por todo lo expuesto propicio al acuerdo modificar la sentencia apelada y admitir la demanda por el 50% de responsabilidad del accionado, declarando para el caso la inconstitucionalidad del art. 1078 CC en cuanto excluye el daño moral de la conviviente María Inés Espil, cuyo monto se fija en \$ 320.000, confirmando en lo demás la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio, prosperando en definitiva la demanda por el 50% de \$150.000 por daño patrimonial y \$ 320.000 por daño moral para María Inés Espil y en el 50% de \$ 125.000 por daño patrimonial y \$ 100.000 por daño moral de cada hijo, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, con los intereses firmes ordenados en el pronunciamiento apelado.

Decretando el mandato preventivo que se da cuenta en el considerando IV, e imponiendo las costas de ambas Instancias en el 50% a cada parte en función del progreso recíproco de las respectivas pretensiones (arts. 68, 274 CPC) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Sres. Jueces Dres. Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve

modificar la sentencia apelada y admitir la demanda por el 50% de responsabilidad del accionado, declarando para el caso la inconstitucionalidad del art. 1078 CC en cuanto excluye el daño moral de la conviviente María Inés Espil, cuyo monto se fija en \$ 320.000, confirmando en lo demás la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio, prosperando en definitiva la demanda por el 50% de \$ 150.000 por daño patrimonial y \$320.000 por daño moral para María Inés Espil y en el 50% de \$ 125.000 por daño patrimonial y \$ 100.000 por daño moral de cada hijo, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, con los intereses firmes ordenados en el pronunciamiento apelado. Decretando el mandato preventivo que se da cuenta en el considerando IV, e imponiendo las costas de ambas instancias en el 50% a cada parte en función del progreso recíproco de las respectivas pretensiones (arts. 68, 274 CPC) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Sres. Jueces Dres. Peralta Reyes y Longobardi, adhieren al voto que antecede, votando en el mismo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

Sentencia:

Azul, 17 de Noviembre de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., se resuelve: MODIFICAR la sentencia apelada y

ADMITIR la demanda por el 50% de responsabilidad del accionado, DECLARANDO para el caso la inconstitucionalidad del art. 1078 CC en cuanto excluye el daño moral de la conviviente María Inés Espil, cuyo monto se fija en \$ 320.000, CONFIRMANDO en lo demás la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio, PROSPERANDO en definitiva la demanda por el 50% de \$ 150.000 por daño patrimonial y \$ 320.000 por daño moral para María Inés Espil y en el 50% de \$ 125.000 por daño patrimonial y \$ 100.000 por daño moral de cada hijo, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, CON los intereses firmes ordenados en el pronunciamiento apelado. DECRETANDO el mandato preventivo que se da cuenta en el considerando IV. IMPONER las costas de ambas Instancias en el 50% a cada parte en función del progreso recíproco de las respectivas pretensiones (arts. 68, 274 CPC); y DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE.

María Inés Longobardi: Presidente Cámara Civil y Comercial Sala II

Victor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós: Jueces Cámara Civil y Comercial Sala II

ANTE MÍ

Claudio Marcelo Camino: Secretario Cámara Civil y Comercial Sala II