

"ARO, SANDRA PAULA C/ PROBA CONSTRUCCIONES Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"

J.14 SALA III

CAUSA N° 1911

REG. SENT. DEF. N° 11 FOLIO N° 50

En Lomas de Zamora, a los 19 días del mes de febrero de 2013, reunidos en Acuerdo Ordinario los Jueces de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de este Departamento Judicial, doctores: Norberto Celso Villanueva y Sergio Hernán Altieri, integrando conjuntamente con ambos el actual Presidente del Tribunal, doctor: Guillermo Fabián Rabino (arts. 33 inc. "b" y 35 de la ley 5.827), y con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa número: 1911, caratulada: "ARO, SANDRA PAULA C/ PROBA CONSTRUCCIONES Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS". De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial del mismo Estado, la Cámara resolvió votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1º) ¿Es justa la sentencia apelada?
- 2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, "in fine" del C.P.C. y C.); dio el siguiente orden de votación: Dr. Sergio Hernán Altieri, Dr. Norberto Celso Villanueva y Dr. Guillermo Fabián Rabino.

V O T A C I O N

A la primera cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri dijo:

I) Antecedentes - Sentencia – Agravios.

I.- 1) El magistrado titular del Juzgado Civil y Comercial N° 14 dictó sentencia en estos obrados a fojas 304/310, haciendo lugar a la demanda promovida por Sandra Paola Aro –en representación de su hija menor-, contra la firma Proba S.A., Provincia de Buenos Aires y Municipio de Almirante Brown, por la suma de treinta y nueve mil setecientos veinte pesos (\$ 39.720.-), más intereses y costas (art. 68 del CPCC). Difirió la regulación de honorarios (art. 51 de la ley 8904).

I.- 2) Se agravan del decisorio dictado la parte actora a fojas 311, la Comuna de Almirante Brown a fojas 313 y la Provincia de Buenos Aires a fojas 315, con recursos de apelación que fueron concedidos a fojas 312 y 321, los que resultan fundados en los términos que dan cuenta los memoriales de fojas 369/375, 376/380 y 381/389, cuyas réplicas lucen a fojas 391/395 y 396/397. A fojas 398 se llaman autos para sentencia providencia que se encuentra firme (art. 263 del CPCC).

I.- 3) El Municipio de Almirante Brown cuestiona en primer lugar la responsabilidad decidida; dice que el juez de grado no ha valorado la conducta de la progenitora de la víctima quien resulta ser la única culpable de lo ocurrido. Según su posición, en autos no se ha probado la mecánica del hecho, lo que pone en evidencia que la caída de la niña dentro del pozo obedece exclusivamente a la falta de cuidado de su madre, quien conocía perfectamente el barrio y la existencia del sumidero en el lugar. Aduce que su parte no ha infringido ninguna reglamentación, ni ha incurrido en faltas u omisiones a partir de las cuales pueda interpretarse su responsabilidad.

Señala además, que la construcción de desagües ha sido una obra delegada a una empresa particular y que su parte no fue anoticiada ni de la existencia de siniestros

anteriores, ni tampoco de la potencialidad dañosa del pozo de desagüe, elementos éstos que deben ser analizados teniendo en cuenta que la extensión geográfica de los conglomerados urbanos dificulta el relevamiento permanente y sistemático sobre el estado de las calzadas y las aceras. Afirma que la Administración no es un asegurador anónimo de indemnidad y que, por ende, deben probarse los actos o conductas que puedan comprometer la responsabilidad de la Comuna, lo que no se verifica en la especie.

En subsidio, se agravia por los elevados montos otorgados en concepto de incapacidad física, gastos de atención médica y traslados, daño psicológico y su tratamiento y daño moral.

Finalmente se queja por la imposición de costas a su parte y solicita que al modificarse la decisión de grado, los gastos causídicos sean impuestos a la contraria.

I.-4) La parte actora cuestiona por bajos los montos otorgados para resarcir la incapacidad física, el daño psicológico y su tratamiento, el daño moral y los gastos de farmacia y traslado. También se agravia por la desestimación del daño estético.

I.- 5) La Provincia de Buenos Aires, en primer lugar, centra sus quejas en la responsabilidad decidida. Según su posición, el sentenciante de grado ha sobredimensionado la responsabilidad del Estado, pues el accidente ocurrió luego de haberse terminado las obras de desagüe que fueron encomendadas a la empresa Proba S.A., mientras que durante su ejecución, no existió ninguna denuncia o cuestionamiento en torno a la peligrosidad del sumidero que nos ocupa. Afirma también que para un correcto funcionamiento del mismo, no pueden colocarse tapas ni rejas, por lo que no existe razón alguna para imputar su responsabilidad en la producción de este accidente.

En otro orden de ideas, señala que la actora no podía ignorar la presencia del pozo en el lugar, circunstancia ésta a partir de la cual infiere que la caída de la niña en su interior ha tenido como causa eficiente la distracción de su madre. Sobre la base de las consideraciones expuestas, solicita el rechazo de la demanda.

Subsidiariamente, se queja por la procedencia y/o cuantificación de los rubros incapacidad física, daño psicológico y moral; por lo dispuesto en materia de intereses, y por haberse omitido en la sentencia de grado la aplicación al caso de la ley 12.836, norma ésta que establece como fecha de corte de los accesorios el 30/11/01.

II.- La solución.

II.- 1) La responsabilidad.

II.- 1.a) Comienzo por señalar que disiento con el anterior juzgador en cuanto al encuadre normativo que se hubo dado a la cuestión, pues desde mi visión, resulta de estricta aplicación al caso la norma del artículo 1113, segundo párrafo, último supuesto del Código Civil, en cuanto establece un tipo de responsabilidad objetiva en cabeza del dueño o guardián de cosas riesgosas o viciosas.

Sin embargo, en el caso que aquí se debate entiendo que corresponde trazar una distinción con el tratamiento de depresiones, excavaciones, pozos, o zanjas sin vallas ni señalización alguna, en los cuales por la posición anormal que presentan sobre el terreno plano deben considerarse “riesgosas” en el sentido de la aludida norma legal (conf. esta Sala in re “OVEJERO, María c/CONIPER S.A. s/DAÑOS Y PERJUICIOS”; RSD N° 14 del 11/03/09).

Y digo ello, porque no puede asimilarse un pozo que se emplaza de modo extraordinario, anormal y súbito, a los sumideros que se construyen en las calles que no se encuentran asfaltadas y aparecen con cierta regularidad y frecuencia, con el propósito de escurrir las aguas de las aceras.

Bajo tal óptica, corresponde ahora puntualizar que cuando intervienen en el hecho “cosas inertes” –como el mentado sumidero-, aquellas se configuran como una causa activa del daño, sólo cuando su anormal situación o ubicación circunstancial, crea la posibilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa (Zavala de

González, Matilde; "Accidentes y causalidad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº15, pág. 45, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1997).

He señalado en un caso precedente en torno a esta cuestión, que la condición de inerte – en rigor de verdad -, no descarta de por sí su potencialidad dañosa ya que la responsabilidad objetiva por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (art. 1113, 2do. párrafo, 2da. Parte del Código Civil) remite tanto a aquellas que lo son por su propia naturaleza – inertes o no -, como a aquellas otras que sin serlo en sí mismas, lo generan determinadas circunstancias, situación o condición anómala, etc.

De allí que en los infortunios en los que intervienen cosas que no pueden considerarse riesgosas "per se" como en el caso, la víctima debe acreditar con suficiente rigor jurídico que las condiciones de tiempo, modo o lugar en que aquella se hallaba al momento del hecho, le han adjudicado tal carácter; pues de otro modo caeríamos en el absurdo de atribuir responsabilidades sin causa jurídica que las justifique. No cabe olvidar en este aspecto, que la responsabilidad que dimana de nuestro ordenamiento civil –aunque objetiva– se sustenta en el carácter intrínsecamente riesgoso o vicioso de la cosa productora de daño, por lo que no dándose tales características en el supuesto de cosas inertes, debe necesariamente probarse tal condición que se le atribuye (Esta Sala, "Monsalvo, Carolina c. Consorcio de Propietarios Carlos Pellegrini 319 s. Daños y Perjuicios", causa 911, S. 22/4/2010, RSD 65/2010).

Así es que este Tribunal, -siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "O'Mill, Allan E. c. Provincia de Neuquén", S. 19/11/1991, La Ley 1992-D,228-, ha indicado que cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, el damnificado debe probar que aquella jugó un papel causal, acreditando -cuando se trata de cosas inertes-, la posición o comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del párrafo 2do., segunda parte, del artículo 1113 del Código Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián, quien podrá eximirse total o parcialmente de dicha responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (esta Sala in re "Maggi, Juan Carlos c/ Videla, Martín y O. s/ Daños y Perjuicios", causa Nº 117, S. 11/06/2009, RSD Nº110/09).

Por otra parte, no puede perderse de vista que cuando se endilga responsabilidad al Estado, el Alto Tribunal de la Provincia ha señalado que: "...el Estado resulta civilmente responsable siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación (en el caso, el cuidado de la vía pública) y el daño producido, es decir cuando el damnificado demuestre la existencia de un obrar u omisión de un deber a cargo del Estado, a consecuencia de lo cual hubiese sufrido un perjuicio (conf. F. Trigo Represas, "El caso Zacarías: un fallo importante aportaciones pero no obstante deficitario, J.A., 1999-I-380). En tal aspecto, es dable remarcar que hay que analizar detenida y especialmente la relación de causalidad entre la omisión y el daño (conf. Sup. Corte de Justicia de Mendoza, "Norton, María c/ Municipalidad de Godoy Cruz", en La Ley, 1997-B-92). En ese orden es conveniente recordar lo declarado por la Comisión Nº3 del II Congreso Internacional de Daños (Bs.As., 1991) - citado por A. Kemelmajer de Carlucci in re "Norton, María c/ Municipalidad de Godoy Cruz", en La Ley, 1997-B-92)-, que sostuvo que [En principio, el Estado responde por sus simples actos omisivos cuando existe una norma que imponga el actuar. La simple omisión que genera el deber de reparar es aquella que guarda adecuada relación de causalidad. El juez debe ser estricto en la apreciación del nexo causal]. [La omisión es causal – sigue pregonando la mencionada jurista con cita de R. Lorenzetti – cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado hubiere tenido con respecto al resultado o a su evitación (idem, p. 100)]" (SCBA, C.107242, "Robledo, Benjamín Doselín contra Municipalidad de Quilmes y otro. Daños y perjuicios", S. 14-4-2010; JUBA on line).

II.- 1.b) Sobre ese piso de marcha, recordemos ahora que no existe controversia entre las partes en cuanto a que el día 14/10/1998, aproximadamente a las 16:30 horas, la

menor víctima de autos cayó dentro de un pozo de desagüe ubicado en la calle Hornero esquina Rosales del Barrio San José de la localidad de Adrogué, Provincia de Buenos Aires, a consecuencia de lo cual sufrió diversas lesiones.

Disienten en cambio en cuanto a las causas de lo sucedido, pues mientras la actora afirma que la aludida excavación no contaba con protección, ni señalización alguna; las demandadas dicen que en el lugar del hecho no existía un pozo sino un “sumidero”, y que lo ocurrido es consecuencia del incumplimiento del deber de vigilancia de la progenitora de la niña (fs. 37/46, 78/84, 99/104).

En la anterior instancia se hubo admitido la demanda sobre la base de lo dispuesto por el artículo 1109 del Código Civil; adelanto desde ya, que no obstante el encuadre normativo que considero aplicable a la cuestión propuesta -art. 1113 del Código Civil-, he de acompañar parcialmente esta decisión.

II.-2) Responsabilidad de la Municipalidad de Almirante Brown.

Comienzo por señalar que las fotografías que obran glosadas a fs. 2, son elocuentes en torno a acreditar el deplorable estado de las adyacencias del sumidero donde lamentablemente cayó la niña.

En efecto, puede advertirse de dicho medio probatorio que el indicado pozo de desagüe pluvial se encuentra emplazado en un barrio de calles de tierra donde no es sencillo establecer un límite preciso entre la arteria y la vereda, motivo por el cual, la sola circunstancia de que el mentado sumidero se encuentre invadido de pastos, hubo de impedir irreversiblemente la correcta visualización del desnivel que yace sobre el terreno, es decir, que ese estado anormal le adjudicó a la cosa inerte su potencialidad dañosa, transformándola en un elemento peligroso para cualquier transeúnte.

Precisamente por eso, y aun cuando no pueda colocarse una tapa o una reja sobre el pozo de desagüe porque, en principio, ello impediría el correcto escurrimiento de las aguas, nada justifica el incumplimiento municipal de mantener correctamente despejada la zona aledaña al mismo que permita su correcta visualización, y por ende, impida la ocurrencia de accidentes (ver fotografías de fs. 2/3 y reconocimientos de fs. 180, 181 y 222; arts.512, 906, 1109, 1113 del Código Civil).

A mi modo de ver, es esa omisión la que en el caso se ha constituido como nexo de causalidad entre el hecho y el daño, suficiente para endilgarle la responsabilidad al ente municipal.

No desconozco que en zonas donde -como en el caso de autos- existen calles de tierra, los sumideros a cielo abierto sean una solución para que se escurran las aguas, pero tal situación de ningún modo puede habilitar al municipio a desentenderse de realizar mínimas obras de conservación en ellos, con el propósito de que no pasen inadvertidos para los ciudadanos que deambulan por ese lugar. Tal inacción, que tornó a la cosa inerte en riesgosa, es la que en el caso particular se juzga para achacarle su responsabilidad.

Nótese, que dichos desagües pluviales carecen de vallados, o señalización alguna, por lo cual encontrándose contiguos a la calle y a la vereda, el corte de los pastizales que crecen en él se transforma en una acción vital para advertir su presencia.

No obstante, de los agravios se deja ver que uno de los argumentos que propone la Comuna en orden a acreditar la fractura del nexo causal, es el conocimiento de la zona por la que transitaba la menor junto a su madre por razones de su vecindad. En mi criterio esa circunstancia “per se” no puede servir de base para excusar su responsabilidad, desde que el hecho de caminar por un lugar conocido no la exime de su falta u omisión de mantener desmalezado los sumideros, a fin de que no se confundan con la continuación del suelo correspondiente a la acera o la vereda y evitar así contingencias como la que se ventila en estos actuados (fs. 180/181 y 222). Esa situación pergeñada por las malas condiciones de conservación, y que impidió la visualización del pozo o sumidero, es la causa eficiente del siniestro, motivo por el cual, ninguna incidencia puede tener el conocimiento del lugar que tenían la menor y su progenitora.

Es claro que en este aspecto la demandada pretende invertir el onus probandi ensayando un argumento que reitero, carece de fundamento y debe desecharse (arts. 1113 del Cód. Civil; 375, 384 y cctes. del Cód. Proc.). No puede perderse de vista, tal como ha dicho esta Sala antes de ahora, que el circular por la vereda constituye una prerrogativa natural del ciudadano enmarcada por un razonable criterio de seguridad, mas no el ejercicio de una actividad reservada para aquellos que cuenten con una especial destreza para deambular; tampoco es lógico pretender que los transeúntes efectúen un minucioso relevamiento de la superficie pública para arribar indemnes al lugar de destino (in re "OVEJERO, María c/CONIPER S.A. s/DAÑOS Y PERJUICIOS"; RSD N° 14 del 11/03/09).

En el caso, lo verdaderamente relevante es que no existe controversia -y además se hubo confirmado por la prueba testimonial (fs. 180/181 y 222)-, que el pozo de desagüe donde cayó la menor víctima de autos carecía de todo mantenimiento que permitiera advertir su presencia en el lugar; tampoco hay disenso en cuanto a que el sumidero en cuestión, no contaba con ningún otro elemento que hubiera impedido de alguna manera la caída de cualquier transeúnte en su interior (fs. 180/181 y 222).

Y son precisamente tales circunstancias las que motorizan la responsabilidad del Municipio, pues es dicho ente estatal, quien tiene a su cargo el deber de mantenimiento y adecuada conservación de los bienes que se encuentran bajo su dominio, en el caso, la vereda del Barrio San José, evitando el descuido y la inadvertencia de los vecinos que por allí transitan (fs. 37/46, 78/84, 99/104; doct. y arg. arts. 1113, 2339 y 2340 inc. 7° del Código Civil; CC0001 SM 57099 RSD-284-5 S 20-9-2005, B1403432).

En nada modifica lo anterior la aludida delegación de la obra pública de desagües pluviales en cabeza de la firma "Proba S.A.", ni el hecho de haber ocurrido el accidente luego de haberse concluido la misma -la obra en el Barrio San José tuvo lugar durante los años 1996/1997 (fs. 210/221)-; tampoco la alegada inexistencia de siniestros anteriores, pues tales circunstancias no tienen entidad para neutralizar la obligación municipal de mantener las calzadas y veredas en condiciones de ser utilizadas sin riesgo por los transeúntes (arts. 51, 902, 1109, 1111, 1113, 2339, 2340 inc. 7°, y 2342 del Código Civil).

Igualmente irrelevante se avizora la alegada falta de denuncia por parte de los vecinos sobre la peligrosidad del sumidero, pues sin desconocer la vasta extensión que reviste el partido de Almirante Brown, lo cierto es que ello no autoriza a concluir que exista un deber legal de hacerlo; antes bien, considero que la posición asumida por la Comuna en este sentido importa cuanto menos una traslación impropia -hacia la comunidad- de deberes que son inherentes a su función, pues tanto la calzada como las aceras, ergo, los sumideros; forman parte del dominio público del Estado y se encuentran bajo la guarda de la Municipalidad (conf. arts. citados).

Esta interpretación en modo alguno significa que la Comuna deba responder indiscriminadamente ante cualquier reclamo que se le formule por el sólo hecho de ejercer el contralor de la cosa pública -como parece interpretar la demandada-, sino atribuir concretas responsabilidades cuando, como en el caso, se advierte el incumplimiento palmario de ciertas obligaciones que le son exigibles. Aquella función, se enrola dentro de las facultades y el poder de policía que debe ejercer el municipio en el control y debida vigilancia de los espacios públicos; ello -claro está-, sin perjuicio de su eventual derecho a deslindar las responsabilidades consiguientes que pudieran resultar de cada caso en concreto (en sentido similar, CC0001 SM 57680 RSD-83-6 S 18-4-2006).

Desde otro mirador, cabe emprender ahora el análisis de la culpa endilgada a la conducta de la progenitora de la menor víctima de este accidente, a modo de culpa in vigilando.

Para ello, en primer lugar, cabe señalar que en cuestiones como la que aquí se ventila, debe tenerse en consideración la incidencia causal del hecho de la víctima inimputable, para establecer entonces la proporción en que el presunto autor quedará

exonerado de responsabilidad, pues es dicha actuación la que debe ser valorada como factor de interrupción total o parcial del nexo causal, independientemente del obrar desplegado por su progenitora.

Al respecto, cuadra indicar que no es posible acudir a la noción de culpa in vigilando, para endilgarle a los padres la falta de cuidado de su hijo en la producción del accidente, pues la responsabilidad que el artículo 1114 del Código Civil pone en cabeza de los padres, corresponde exclusivamente, a aquellos casos en los que sus hijos menores causen daños a terceros y no cuando se lo ocasionen a sí mismos (conf. REYNA, Carlos A., en "Código Civil y Normas complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial", Bs. As., Hammurabi, 1999, Tº 3A, pág. 659. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída en "Código Civil y leyes complementarias – Comentado, anotado y concordado", Bs.As., Astrea, 1984; Tº 5, pág. 615; íd. TOBIAS, José W., "Accidentes de tránsito y peatones inimputables – Responsabilidad Civil de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de diez años", La Ley, 1994-C, 471).

Sin embargo, no desconozco que a veces se ha hecho extensivo ese fundamento para responsabilizar a los padres por los daños que el menor se causa a sí mismo ya que, según lo explican Gherzi y Cahalliol, ello presupone una desatención o falta de cuidado de los progenitores en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y educación (GHERZI, Carlos Y CHALLIOL, Lilia, Responsabilidad y relación de causalidad, artículo 1113 del Código Civil, en L.L. 1988-A-12 citado por GALDOS, Jorge M., "Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", p.318, ed. Rubinzal-Culzoni editores, 1999).

Y aún cuando la jurisprudencia se ha inclinado en uno u otro sentido (v. CSJN, 30-04-96, "Malvino, María de las Glorias c/Pereyra Collazao, Oscar H.", L.L. del 13-9-96, p.6; Cám. Nac. Civ., Sala A, 4-3-86, "Bonilla, Jorge A. y otro c/Torchio, Antonio", voto del Dr. Zannoni; entre muchos otros), el Alto Tribunal de la Provincia ha elaborado una consolidada doctrina legal sosteniendo que la denominada culpa de la víctima, tenga o no discernimiento –exoneratoria de responsabilidad del dueño o guardián o de quien se sirve de la cosa riesgosa–, es el comportamiento, el accionar, la actuación o el conductismo –aun no culpable–, de quien contribuye a causar su propio daño. Descarta de este modo, cualquier adhesión a la postura de tinte subjetiva y se encolumna en la tesitura que analiza la cuestión desde la óptica de la relación causal adecuada, atendiendo a la incidencia del hecho de la víctima en el eslabonamiento del resultado dañoso generado (SCBA, Ac. 35.822, S. 27-5-86 en Ac. Y Sent., 1986-I-667, La Ley, 1987-C, 423; v. GALDOS, Jorge M., ob. cit., p. 319).

En sintonía con la doctrina legal precedentemente citada, esa ha sido en definitiva la postura que he adoptado cuando se trata de examinar el daño inferido al menor (esta Sala, "Larragueta, Cándido Alberto y O. c/ Consorcio Barrio Viplastic Manzana 4, Ed. 4 de Longchamps s/ daños y perjuicios", S. 20/04/2010, RSD 62/10).

No obstante lo señalado, y sin perjuicio de cual pudiere ser la posición adoptada al respecto, lo cierto es que luego de analizar las constancias probatorias adunadas en este expediente, arribo a la conclusión que la demandada no ha producido ninguna prueba concreta que permita inferir la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, como así tampoco, la alegada distracción de la madre de la niña o el incumplimiento de los deberes de vigilancia para con ella; al contrario, se ha limitado a presumir dicha conducta a partir de meras inferencias potenciales que no cuentan con ningún abono probatorio (arts. 375 y 385 del CPCC).

Ello –como es obvio–, no puede servir de base para eximir su responsabilidad, pues el solo hecho de imputar culpa in vigilando a la madre del menor no es suficiente para concluir en que contribuyó a la producción del hecho ilícito; el vínculo de causalidad exige una relación efectiva adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño; y éste debe haber sido causado u ocasionado por aquellas (arts. 1109, 1111 y 1113 del Código Civil; arts. 375 y 384 del CPCC).

Además, es sabido que las eximentes del artículo 1113 del Civil, exigen un indagar instructorio profundo que requiere la prueba concreta y plena del hecho indicado, con la virtualidad suficiente como para erigirse en la eximente que autoriza aquella norma. Esto significa que si la parte demandada aduce que los hechos han sucedido de modo distinto al planteado por el actor, y que ellos evidencian el factor causal ajeno, habrá de cargar con la prueba relativa a la verdadera mecánica del accidente, por lo que cualquier déficit probatorio acerca de esta última cuestión, no puede redundar más que en su propio perjuicio. Y ello así, habida cuenta que no debe caber duda alguna sobre la efectiva concurrencia de la aludida causal de exoneración (esta Sala in re “CANDREA, Saverio Eduardo c/LINEA 10 S.A. y otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Causa N° 2831, RSD N° 19 del 02/03/2012).

Refuerza mi posición en el aludido sentido, el hecho de hallarse la menor en compañía de su madre en el preciso momento de ocurrencia del accidente; esta circunstancia no es un dato menor que pueda soslayarse, pues nos permite descartar que haya existido “prima facie” una falta de vigilancia o cuidado sobre la niña por ausencia de sus progenitores.

En tales condiciones no advierto cual ha de ser la conducta reprochable tanto a la niña como a la madre, pues, no se ha acreditado otra cosa que la menor se cayó en el sumidero en circunstancias en que ambas se encontraban caminando por la vereda.

Nótese, que no se probó en autos que la niña se encontrara desplegando alguna actividad, juego, o destreza que pudiera constituir un riesgo o peligro para su integridad física. Por el contrario, tan solo se limitaba a desplazarse por la vía pública, e insisto, en compañía de su mamá.

Bajo tal óptica, descartada la actuación de la víctima en la incidencia causal del accidente, no encuentro otros elementos fácticos de profunda valía que me ubiquen en la senda que propone el quejoso, pues, si por caso lo que se insinúa para achacarle responsabilidad a la conducta de la madre, consiste en alguna mínima distracción al momento de caer la niña en el sumidero, estimo que ello no alcanza para romper el eslabonamiento causal, ni siquiera de modo parcial (conf. arts. 1113 del Cód. Civil, 375, 384 y cctes. del Cód. Proc.).

En estas condiciones, debió la Comuna aportar elementos de peso que permitan concluir en el sentido que propone, por lo que no habiéndolo hecho, no cabe más que la desestimación de las quejas vertidas en este sentido (arts. 1109, 1111 y 1113 del Código Civil; arts. 375 y 384 del CPCC).

En suma, ha quedado entonces plenamente acreditado que en la intersección de las calles El Hornero y Rosales del Barrio San José, de la localidad de Adrogué, yacía un sumidero oportunamente construido por la firma “Proba S.A.”; el cual se encontraba sin demarcación por falta de mantenimiento y conservación, que impidiera la caída de la niña en su interior. Tales circunstancias anómalas, han tornado impropia la cosa para su destino, transformándola en un elemento de alta peligrosidad para los vecinos del lugar, lo que torna procedente la responsabilidad objetiva de la Comuna del Almirante Brown, en su carácter de dueño y guardián de cosa riesgosa, que en las condiciones apuntadas, resultaba altamente peligrosa (arts. 512, 902, 1109, 1113, 2339, 2340 inc. 7° del Código Civil).

II.- 3) La responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires.

Distinta suerte correrá el remedio impetrado por la Provincia de Buenos Aires, pues no cabe soslayar que las obras de desagües pluviales realizadas por la Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas en el Partido de Almirante Brown, finalizaron en el año 1997 y fueron entregadas al Municipio local. A partir de entonces, no puede atribuírsele a la Provincia de Buenos Aires el carácter de dueño ni guardián del sumidero que nos ocupa, por lo que –en definitiva-, se halla ausente todo factor de imputación que permita atribuirle responsabilidad (fs. 210/221, ver asimismo Expte. N° 2406/1175/05; doct. y arg. art. 1113 del Código Civil).

Cómo lógico correlato de lo que vengo exponiendo, habré de proponer al Acuerdo rechazar la demanda incoada contra el ente provincial, deviniendo abstractos los demás planteos introducidos por esta parte.

II.- 4) Los daños.

Inicialmente, he de señalar en torno a las consideraciones formuladas en el escrito de réplica de la parte actora (fs. 391/395) que, la expresión de agravios traída por su contendiente en relación a los rubros indemnizatorios, satisface los requisitos exigidos por la ley ritual para considerar abastecida la crítica, por lo que habré de emprender a continuación su tratamiento (doctr. arts. 260 y 261 del CPCC).

II.- 4.a) Incapacidad sobreviniente.

Sabido es que la indemnización por incapacidad sobreviniente, tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también su proyección con relación a todas las esferas de la personalidad, es decir, la disminución de la seguridad, la reducción de la capacidad vital, el empobrecimiento de perspectivas futuras, etc. (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil Obligaciones" t. IV-A, pág. 120, nº 2373; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado" t. 5, pág. 219, nº 13, entre otros).

El daño en tratamiento está representado por las secuelas o disminución física que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta la víctima al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad -total o parcial- de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. Con esta indemnización, se tiende a paliar las ineptitudes o deficiencias físicas o cualquier otra secuela de carácter concreto y permanente que pueda afectar la vida de relación de la víctima (conf. Trigo Represas-López Mesa en "Tratado de la Responsabilidad Civil", Editorial La Ley, Buenos Aires 2004; pág. 766 y sstes.).

En el caso que nos ocupa, las lesiones físicas sufridas por la reclamante y sus secuelas, han sido acreditadas con la historia clínica del Hospital Gandulfo (fs.283/286), y con el dictamen médico pericial de fojas 276/280. Resulta de sus conclusiones, que como consecuencia del hecho objeto del presente litigio, María Isabel Aro presenta una secuela de fractura supracondilea de húmero derecho, que le ocasiona disminución de la fuerza prensil en esa mano y alteración de la motricidad fina; presenta además cervicalgia, dorsalgia y trastornos de la sensibilidad en ese mismo brazo. Se otorga por ello una incapacidad parcial y permanente del diez por ciento (10%).

El aludido dictamen pericial no mereció objeciones de las partes, por ende, y en virtud del rigor científico que ostenta el mismo, no habré de apartarme de sus conclusiones (arts. 384, 472 y 474 del CPCC).

En atención a ello y estimando las condiciones personales de la víctima -de 5 años al momento del hecho-, las lesiones e incapacidades supra mencionadas, estimo que la compensación otorgada por este concepto en la anterior instancia resulta adecuada, por lo que he de proponer al Acuerdo confirmarla (arts. 519, 520, 1068, 1083, 1086 y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC jurisprudencia y doctrina citadas).

II.- 4.b) Daño psicológico y gastos de tratamiento.

Sabido es que el desmedro producido en las aptitudes plenas del individuo, puede reconocer su origen en el compromiso, tanto de sus facultades físicas, como de su salud psíquica, que, por igual pueden afectar las posibilidades laborales y de vida de relación de la víctima. De tal suerte y en tanto el daño psíquico genere una restricción a la potencialidad productiva, debe ser indemnizado como daño patrimonial emergente -incapacidad- (esta Sala in re "AON, Gladys Margarita c/ HERNANDEZ

VIDAL, Javier Cristian y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.”, Causa N° 1547, RSD N° 206/2010 del 19/10/2010); ello sin perjuicio del tratamiento respectivo, si fuere necesario.

En el caso, la experticia psicológica de fojas 272/274 –y sus explicaciones de fojas 295/296- nos informa que la actora, como consecuencia de este accidente, padece un trastorno psíquico –“síndrome depresivo reactivo en período de estado leve”-, que la incapacita en un diez por ciento (10%). Se informa además que por la corta edad de la menor y sus particulares características, el pronóstico de dicho cuadro es bueno, siendo aconsejable la realización de un tratamiento psicológico de un año, a razón de una sesión semanal. Posteriormente, el perito nos aclara que las posibilidades de remisión de la lesión psicológica de la menor se hallan en el umbral de un sesenta por ciento (60%), elemento éste que cabe considerar para una correcta cuantificación de este daño.

En cuanto a la indemnización por los gastos de tratamiento psicológico, debo aclarar que más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituye el reintegro del valor en dinero que ha de afrontar la víctima oportunamente, pero no debemos olvidar que tratándose de un tratamiento futuro, su frecuencia y duración, dependerá de la evolución del paciente. Por ende, las sumas que en tal concepto se asignen, no puede pautarse en forma matemática de antemano, sino valorando en plenitud el plexo probatorio aportado y las particulares circunstancias que emergen de la causa (esta Sala in re "DUCCA, Daniel Darío c/ CARDOZO, Ana María y ots. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Causa N° 000820, RSD 79/2010, del 04/05/2010).

En base a lo expuesto, estimando las condiciones personales de la reclamante –ya indicadas-, la incapacidad psíquica detallada, las posibilidades de remisión del cuadro, así como el costo del tratamiento aconsejado y las particulares circunstancias que emergen del plexo probatorio aportado en esta causa, considero que los montos otorgados en la anterior instancia para resarcir estos daños resultan elevados; he de proponer entonces al Acuerdo, reducirlos y fijar por daño psicológico la suma de tres mil pesos (\$ 3.000) y por gastos de tratamiento, la suma de dos mil pesos (\$ 2.000) (arts. 519, 520, 1068, 1083, 1086 y concordantes del Código Civil y 165 del CPCC jurisprudencia y doctrina citadas).

II.- 4.c) Daño estético.

Sabido es que la lesión estética constituye un daño material en la medida en que influya sobre las posibilidades económicas futuras del damnificado o lo afecte en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida individual (SCBA, C 102588 S 25-2-2009, JUBA7). Por ello para su reparación, se pondera el afeamiento de la imagen de la víctima y la entidad dañina de la misma, cobrando singular importancia el lugar en que se producen las heridas que hoy se muestran a los terceros a través de sus cicatrices (esta Sala in re QUESADA, Analía Edith c/ MICROOMNIBUS QUILMES SACIF y otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS, Causa N° 000281, RSD N° 158, del 25/08/2009).

En el caso, considero que las lesiones sufridas por la actora no poseen las particulares características supra apuntadas, en principio, porque el dictamen médico nos informa que la menor no presenta cicatrices ni necesita realizar cirugías estético reparadoras en la zona de la lesión (ver fs. 279v.); y luego, porque la leve elevación del hombro derecho no conforma una secuela incapacitante desde el punto de vista médico legal (fs. 276/278). Por otro lado, nada se ha probado en cuanto a que dicha secuela pueda influir en las posibilidades económicas de la niña o en sus actividades sociales, y en estas condiciones deviene improcedente asignar una parcela indemnizatoria autónoma por daño estético; ello –claro está-, sin perjuicio de su valoración al momento de cuantificar el daño moral (art. 375 del CPCC; art. 1078 del Código Civil).

II.- 4.d) Daño moral.

Cuadra recordar que el daño moral es una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria (Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I., pág. 329, párrafo N° 256) y que para probar su existencia y entidad, no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción (Bustamante Alsina, Jorge en "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 8ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 244; el mismo autor en su comentario al fallo de la SCBA, 29-09-92, in re "Fernández, Ana M. y otros c Domecq, S. A. y otros", "Cuestiones de responsabilidad civil que suscita el acto ilícito homicidio", LL, 1993-A-347).

Es por ello que su cuantificación queda sujeta, más que cualquier otro concepto, al prudente arbitrio judicial, dependiendo del hecho generador, así como de las particulares situaciones que en cada supuesto se verifican (SCBA, AC. 42.303, S 03/04/90).

Tomando en cuenta las pautas antes señaladas, y a la luz de las probanzas rendidas en autos, especialmente la entidad de las lesiones físicas y psíquicas ya detalladas – entre las que valoro especialmente, la leve asimetría del hombro derecho-, los padecimientos sufridos por la reclamante con motivo del hecho que aquí se ventila, las características del evento por el que se reclama y las demás condiciones personales de la víctima, estimo que el monto otorgado en la anterior instancia para resarcir este daño resulta de todos modos elevado, por lo que he de proponer al Acuerdo reducirlo y fijarlo en la suma de ocho mil pesos (\$ 8.000) (art. 1078 del Código Civil y art. 165 del CPCC).

II.- 4.e) Gastos médicos, de farmacia y traslado.

Demostrado el daño a la integridad física, deben resarcirse los gastos médicos o farmacéuticos y de traslado que resulten una consecuencia necesaria de aquél. De allí, que proceda el reclamo por tal concepto, aún en defecto de prueba directa, cuando la realización de los gastos resulta verosímil en función de la gravedad de las lesiones sufridas. Y asimismo, aunque la atención médica haya tenido lugar en un establecimiento asistencial público o el reclamante cuente con obra social, pues es notorio que aun en estas condiciones, existen desembolsos que deben ser solventados por los pacientes, debiendo procederse para su determinación con prudencia (esta sala in re "Arias, Javier Antonio c/Sifo, Claudio y ot. s/daños y perjuicios", Casua N° 000970, RSD N° 32/2010 del 09/03/2010).

En el caso, ambas partes se agravan por el monto que se hubo otorgado por este concepto en la anterior instancia, pero ninguna de ellas ha producido prueba alguna que amerite la modificación de la indemnización asignada (art. 377 del CPCC), suma que –por otro lado-, impresiona justa y razonable de acuerdo a las lesiones que se han comprobado.

Cuadra puntualizar además –a propósito de las quejas vertidas por la parte actora-, que el costo del tratamiento kinesiológico que se nos informa en la pericia médica (fs. 279v.) no puede ser tomado en cuenta para elevar este ítem, desde que el mismo no ha sido peticionado en la demanda (fs. 37/46). Una posición contraria, como la que evidentemente nos propone la apelante, vulneraría el principio de congruencia con grave perjuicio al derecho de defensa en juicio de la contraria (art. 34 inc. 4°, 163 inc. 6° del CPCC; art. 18 de la CN).

Propongo entonces al Acuerdo, desestimar las quejas esgrimidas por ambas partes en cuanto a este tópico.

II.- 5) Las costas.

Habiéndose confirmado la responsabilidad de la Municipalidad de Almirante Brown, deviene abstracta la queja vertida por ella en cuento a este punto (art. 242 del CPCC). En lo que respecta a las costas generadas por la intervención de la Provincia de Buenos Aires, propongo que sean afrontadas por la Comuna vencida, pues –como es sabido- en los juicios por daños y perjuicios con pluralidad de demandados, la víctima no debe soportar las costas del rechazo de la demanda respecto de uno o algunos de ellos, ya que no está obligada a efectuar el análisis del acontecer dañoso a los fines de determinar quién fuera el responsable, pudiendo plantear su pretensión contra uno o todos los implicados. En tales circunstancias, si la acción progresa contra uno de ellos, debe ejercitarse la facultad que prevé el segundo apartado del artículo 68 del Código Procesal, declarándose la eximida de las mismas, las que deben ser soportadas en su totalidad por el responsable del hecho dañoso (arts. 68 y 274 del CPCC; esta sala in re “CASCO, Jorge Daniel y otros c/ ARIAS, Daniel Ángel y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”; Causa N° 1234, RSD N° 140/10 el 12/07/2010). En consecuencia,

VOTO POR LA NEGATIVA

A la primera cuestión, el Dr. Norberto Celso Villanueva dijo:

Voy a disentir –aunque parcialmente- con el fundado voto de mi colega. Se expondrán a continuación las razones que avalan mi postura.

1) DEL HECHO Y ACCIDENTE NARRADO EN LA DEMANDA – DE LA SENTENCIA DE LA INSTANCIA ANTERIOR.

a) Quiero destacar en principio que la accionante consigna en su demanda que la niña cayó en “...El pozo (que) fue dejado por la empresa demandada al finalizar la obra de construcción de zanjas para desagües pluviales...sin ningún tipo de señalización, vallado o al menos tablonos...” (fs. 38, tercer párrafo).

Es más, cita jurisprudencia encaminada a la condena por falta de control de la obra, y por haber dejado el mentado “pozo”.

En el mismo sentido la sentencia de primera instancia consigna la existencia de un pozo en el cual cayó la niña. Incluso más, redondea el concepto consignando que “...el locador de obra es responsable de todo daño que por su culpa o negligencia ocasione a terceros...” (fs. 305 vta.).

Estimo que, la ambigüedad –como mínimo- en la descripción y detalle del “pozo” en cuestión en la demanda de la actora; (al margen de no cumplimentar la manda del inc. 4° del art. 330 del rito); no ha sido casual.

Y digo lo que digo, porque no es lo mismo –a todas luces- el análisis jurídico en torno de un “pozo” sin señalar, que ha sido dejado por quienes construyeron las obras (o mientras las construían); que respecto de un sumidero (o cordón cuneta en los ámbitos rurales). O sea una obra totalmente terminada, tal como ha quedado probado en el expediente.

b) También debe tenerse presente que la obra resulta imprescindible para el barrio, dado que la misma permite el escurrimiento de las aguas.

Puede entonces advertirse claramente que el andarivel del juzgamiento transita dos carriles claramente distintos conforme la entidad del lugar donde cayera la niña: fuera un “pozo”, como consignara la accionante; o que nos encontremos frente a un sumidero o cordón cuneta para escurrir las aguas.

Sobre este imprescindible piso de marcha que opera como plataforma fáctica, y que certeramente se rescata en el voto anterior –o sea recién en esta instancia-, se enhebra el siguiente considerando.

2) DEL SUMIDERO – CONSIDERACIONES ACERCA DE LA COSA INERTE Y DEL RIESGO CREADO.

a) Puestos ya en la realidad del sumidero, debemos advertir que el mismo forma parte de la geografía cotidiana del barrio. No era una cuestión excepcional para sus

habitantes. Todos lo conocían perfectamente. Más aún, la actora tiene su domicilio a pocos metros del lugar (ver resp. posic. 2º, fs. 178/79).

Todas esas cuestiones ponen en otra dimensión –según mi opinión- el concepto de cosa inerte (cfr. CC0001 ME, causa n° 110.015, RSD-175-6, S-14-2-2006 - JUBA B600233).

Vale para el caso –y la comparto plenamente a través de mis votos y de las sentencias de mis épocas en la instancia anterior- la opinión vertida en el voto del Ministro Hitters que sustentó la mayoría en el Acuerdo 103.420 (S. 14-IX-2011), cuando dice que no se puede en pleito ninguno, prescindir de “valorar la conducta humana”; ya que frente al indudable interés social de proteger a la víctima, está en paralelo el de evitar una responsabilidad automática totalmente “objetivizada”, que pone al Juez en el papel de un autómatas no permitiéndole valorar el cuadro total de los hechos sometidos a juzgamiento.

Acudiendo a esos conceptos, y ya en las postrimerías de este considerando, digo que se advierte claramente: que la obra estaba terminada, que el sumidero no se puede “señalizar”, que no se le pueden “poner tablonés” ni “vallados”, y que forma parte de la geografía habitual.

b) Sin embargo tal cuestión no puede pasar por alto una clara obligación del Municipio: el tener el lugar lo suficientemente desmalezado para que sea advertido con claridad su presencia, aún también obviamente para quien cotidianamente circula por allí. Lo expuesto me lleva a coincidir con mi colega en la responsabilidad del Municipio.

Lo que me lleva a disentir es que no creo que la misma sea exclusivamente de ella, sino que también existió responsabilidad “in vigilando” por parte de la actora con relación a la niña. Ello será tratado en el próximo considerando.

3) DEL TRATAMIENTO Y CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CULPA IN VIGILANDO.

a) La misma será tratada en el estricto marco de los hechos traídos a juzgamiento y debidamente probados, como se ha visto con anterioridad.

Digo en principio, que la nutrida doctrina traída a colación, no empece –según mi entender- el tratamiento de la misma. En efecto; en el propio expediente traído como antecedente: “Larragueta c/ Consorcio”, no impidió que –con otro nombre- se considerara que el menor (de diez años en ese caso), fuera también considerado responsable en parte, por subirse a una pared.

Quiero decir de este modo que –según mi entender- puede y debe analizarse la culpa “in vigilando”. No reniego de quienes dicen que la conducta del menor debe analizarse a la luz de la interrupción del nexo causal. Cierto.

No existe –ni debe existir- una “responsabilidad objetiva ab initio”, por el hecho de la minoridad.

El tema es el siguiente: ¿cuando aparece la mentada interrupción, cómo se la debe llamar? Y sobre todo en el caso de un menor impúber (en estos actuados de cinco años de edad).

Aún tratando de evitar farragosas réplicas, vale también a modo de repaso de algunas opiniones que sustentan mi voto: “Estudios sobre la responsabilidad civil” pág. 296; Acuña Anzorena; “Hechos Ilícitos”, pág. 46 Salvat-Acuña Anzorena; “Responsabilidad extracontractual”, TºII, pág. 475, Camarota (cfr. CC0002 MO, causa n° 58.610, RSD-78-12, S. 19-4-2012, JUBA B2353202).

Destaco que no advierto en el punto doctrina legal que sustente -con los hechos acaecidos y narrados- una solución unívoca.

b) Las doctrinas, siempre imprescindibles y fundamentales, operan, según lo juzgo; y simplificando en extremo de dos maneras: a posteriori, categorizando y clasificando los hechos en el marco normativo previsto. O sea como postulaba Hegel para la filosofía, operan como el búho de Minerva, llegan detrás de los acontecimientos los explican, enriquecen los argumentos.

O sino a priori, buscando nuevas soluciones, cuando ha quedado obsoleto algún instituto, o –sencillamente- lo ha superado la realidad. Así se fue enriqueciendo el

Código de Vélez, con las creaciones Pretorianas que recogían estas nuevas valoraciones; y proponiendo otras soluciones.

Puede advertirse entonces el insustituible valor de la doctrina, y la necesidad de abreviar permanente en ella. Y en sus actualizaciones en un mundo cambiante como nunca antes.

Pero a mi juicio, deben evitarse los fundamentalismos; o sea no se debe sacralizarla ni dogmatizarla. No puede la doctrina, en mi concepto, operar como lecho de Procusto de la realidad. Desbrocemos sucintamente el tema para que quede claro el porqué del presente voto y los argumentos que avalan la postura.

c) Recuerdo, aún a riesgo de ser reiterativo: no nos encontramos frente a un “pozo” no señalado mientras se realizaba la obra. Situación excepcional.

Lo que existe es un sumidero (o cordón cuneta en medios rurales), que forma parte de la cotidianeidad de lugar, y que debe construirse para escurrir las aguas.

La niña tenía al momento del accidente cinco años de edad, o sea era un menor impúber, por ende carente de discernimiento y por ende inimputable (art. 127 del Cód. Civ), con incapacidad absoluta (art. 54 -inc. 2º- del mismo ordenamiento).

Cobra entonces relevancia especial la obligación de protección integral y formación que dimana de la patria potestad (arts. 264, 265 y ccs. del Código citado).

Precisamente por ello, no se puede imputar culpa a un menor de diez años, porque no resulta computable su voluntad jurídica. La patria potestad comprende el deber primario e ineludible del cuidado y vigilancia de los hijos (cfr. CC0001 ME, causa n° 111.048, RSD-178-7, S. 5-7-2007, JUBA B600309).

Creo también que este valor, consagrado en la legislación positiva vigente, es un bien a defender a ultranza.

Destaco un dato obvio: el ser humano es la criatura que más tiempo tarda en alcanzar su propia independencia y madurez, a diferencia del resto de las especies que pueblan la tierra. Por ende necesita de cuidados durante largo tiempo.

Aún los primitivos sistemas de derecho recogían ese insoslayable dato de la realidad, que entonces eran datos empíricos. El iluminismo y la modernidad alumbraron con explicaciones del porqué.

Desde Rousseau (el precursor), hasta por ejemplo Jean Piaget, quien acudiendo a Freud destaca las diversas categorías evolutivas del niño, consignando diversas etapas: premoral, heterónoma o del realismo moral (tomando al concepto moral en el amplio sentido de la palabra) y autónoma.

Un niño de 5 años explica Piaget carece de pensamiento abstracto, y no comprende el significado de las normas generales. Estas les son impuestas por los adultos. De ahí surge claramente la necesidad del cuidado.

c) Es sobre ese piso de marcha que, según mi entender, no resulta válido el argumento del cuidado de la niña a la luz de encontrarse acompañada por la madre.

Precisamente del mismo rescato lo contrario: si hubiera sido así no habría accidente. El cuidado es –prácticamente- una obligación de resultado. Adviértase, por vía de hipótesis, como sería el fallo, si la niña (en edad de preescolar), hubiera caído al sumidero en un paseo escolar fuera de la institución. No habría duda alguna.

Es por los motivos expuestos que considero que en este caso la eximente de responsabilidad prevista por el artículo 1113 -segundo párrafo “in fine” del Código Civil, ha operado de manera parcial y la estimo en un 30 %, debiendo atribuirse por tanto el 70 % de la responsabilidad en cabeza del municipio incoado.

Siendo ello así, esa porción -culpa del tercero- por quien no se debe responder, debe ser atribuida a la actora, quien en el ejercicio de la patria potestad tenía el deber de cuidar a la niña, por lo que postulo al Acuerdo que -obviamente- la distribución de la responsabilidad se traslade al plano resarcitorio, debiendo deducirse de la totalidad de los montos otorgados a la accionante el mentado 30 % (arts. 54 -inc. 2º-, 127, 264, 265, 512, 902, 1113 y concds. del Cód. Civil).

En consecuencia, con la salvedad “ut supra” apuntada, y adhiriendo por lo demás a los fundamentos expuestos por mi colega preopinante en los puntos II.-3) y II.- 5):

VOTO POR LA NEGATIVA

A la primera cuestión, el Dr. Guillermo Fabián Rabino dijo:

Habiendo sido llamado a integrar esta Sala en mi condición de presidente del Tribunal, a fin de votar ante la disidencia evidenciada por mis distinguidos colegas, debo anticipar desde ya que prestaré mi adhesión a la decisión propuesta por el Dr. Sergio Hernan Altieri, ello sin que implique desmerecer la atendibilidad que merecen las agudas consideraciones vertidas en su voto por el Dr. Norberto Villanueva, lo que me lleva a realizar ciertas disquisiciones que considero de utilidad para la dilucidación del presente litigio.-

De la atenta lectura de los fundamentos elaborados por los magistrados preopinantes, se advierte sin hesitación, que los mismos se hallan contestes en el encuadre normativo brindado a la contienda, como así también en torno la calificación de cosa riesgosa que cabe asignarle al sumidero que motivara las lesiones sufridas por la menor Maria Isabel Aro siendo de aplicación, por consiguiente, lo normado por el art. 1113 segundo párrafo, último supuesto del Código Civil, en cuanto establece un tipo de responsabilidad objetiva en cabeza del dueño o guardián de cosas riesgosas o viciosas.-

Siguiendo este orden de ideas, es que tampoco existió discrepancia en la responsabilidad que cabía endilgarle a la Municipalidad de Almirante Brown, en su carácter de dueño y guardián del espacio público, siendo su deber, procurar el bienestar de la comunidad, mantener en buen estado y condiciones de seguridad la vía pública. Es entonces, que se decidió sin matices que debe responder el Municipio ante la omisión de mantener en buen estado los sumideros como el de autos, obligación que aparece como incumplida en la especie, tal como se desprende de las probanzas meritadas en el primer voto de la presente sentencia.-

En consecuencia, el sumidero en las condiciones descriptas importa –claramente- un vicio de la vía pública cuya aptitud riesgosa es innegable, y aparece fuera de toda duda la relación de causalidad existente entre la omisión del Municipio de mantenerlo en buenas condiciones, y el golpe sufrido por la actora que derivó en los daños cuyo resarcimiento se reclama. Es así, que corresponde la objetiva imputación de responsabilidad al dueño o guardián de la acera; esto es la Municipalidad, por el mal ejercicio del poder de policía en los deberes de conservación de la vía pública.-

Comparto entonces la responsabilidad que ha de cargarse a la demandada, toda vez que se advierte que en la emergencia ha desatendido el poder de policía que posee sobre los bienes de dominio público. La supervisión de parte del Municipio del sumidero en cuestión, es un deber que nace de su situación respecto del bien que se trata, y que incumplido, la obliga necesariamente a responder ya que es aquélla, entonces, quien debe tomar las precauciones que resulten necesarias para salvaguardar la integridad de las personas y cosas que podrían resultar dañadas por bienes que pertenecen o son accesorios del dominio público. La omisión de ese deber genera responsabilidad. (C.N.Civil, Sala C "in re" "Rojas Petrona C/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires S/ Daños y Perjuicios" 30/8/94).-

Conforme con lo expuesto, entiendo que surge sin lugar a dudas el carácter de dueño o guardián del Municipio respecto del sumidero generador del riesgo, quien debió haber ejercido un poder de control y vigilancia sobre el buen estado del mismo.-

Ahora bien, la cuestión medular a tratar y que mereciera interpretaciones dispares por parte de los magistrados que me antecederan, se circunscribe a la presencia o no de la eximente prevista en el art. 1113 –segundo párrafo “in fine” del Código Civil- que tenga aptitud idónea como para interrumpir parcialmente el nexo causal.-

Hallándonos frente a una responsabilidad prevista en el art. 1113, segundo apartado del código civil, esto es, la que genera los daños provocados por el riesgo de la cosa, lo que en realidad corresponde indagar es si la conducta de la víctima (o en su caso un tercero) ha concurrido causalmente a la provocación del daño.-

En otros términos, verificar si estas conductas interrumpieron el nexo causal entre el hecho y el daño, ya sea de manera total o parcial, con aptitud suficiente como para impedir -en la medida que sea- la consumación de la responsabilidad objetiva que dicha norma endilga al dueño o guardián de la cosa (S.C.B.A. Ac. 61.303, S 8-10-96).- Sentado ello, cuadra señalar que la víctima de autos contaba -a la época del accidente- con cinco años de edad, lo que se erige como una valla a la hora de imputarle responsabilidad en el evento; pues, como es bien sabido, tratándose de un menor de diez años, no tiene discernimiento y no es computable su voluntad jurídica, la que debe recaer -en todo caso, y de comprobarse- en los progenitores, por los defectos en la vigilancia y educación que debieron asegurarle al hijo (arts. 54 inc. 2º 127, 897, 921, 1076, 1116 y conchs. del Cód. cit.).-

En un enfoque distinto, hay otro prestigioso sector de opinión que estima que la clave está en el vínculo causal, ya que si bien el riesgo creado implica una atribución legal de responsabilidad contra el dueño o guardián de la cosa riesgosa (para el caso un sumidero en estado deficiente de conservación), para exonerarse de responder este debe probar la incidencia de una causal ajena, cual es el hecho del inimputable que pone la condición que es causa adecuada del daño (Conf. Goldemberg, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Astrea Buenos Aires, 1984, p. 165; Trigo Represas, Felix A. Concurrencia del riesgo de la cosa y la culpa de la víctima, en L.L. 1993-B-306; Compagnucci de caso, Ruben, Responsabilidad Civil y relación de causalidad, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 170; Tanzi S. Culpa e la Víctima y riesgo, en L.L. 1991,-C-330.).-

De lo expuesto se sigue, que cuando se transita en el campo extracontractual -como ocurre en la especie- lo que en realidad corresponde indagar, es si la conducta del menor interrumpió o no el encadenamiento causal entre el hecho y el daño (CC 1.1 L.P. causa nº 234.248 RSD-18-00, S 22-2-2000).-

En consecuencia, resulta incorrecto referirse a la culpa, pues la víctima es un menor de cinco años carente de discernimiento y , por ende, de voluntad, que no puede incurrir en culpa ni cometer actos ilícitos (arts. 897, 921, 1066 y 1076 y conchs. del Código civil, SCBA Abril 9/1963, J.A. 1963-IV-52), sin embargo, ello no es obstáculo para valorar el propio hecho del lesionado en el accidente, para de esa forma poder establecer el grado de culpa, o en su caso, la exoneración de la misma respecto del ente municipal (Ver LLambías, Jorge J. "Código Civil Anotado", Abellido Perrot, 1979, T.II-B, pag. 448. B-&. Nº 22 y 23; ídem. Cam. Nac. Especial Civil y Comercial Sala II, Mayo 11 - 1981, El Derecho, T. 94, pag. 679).-

Claro está que -siguiendo al tratadista citado- para arribar a la exoneración apuntada, debería probar el municipio que el obrar de la víctima causó su propio daño o contribuyó a generarlo, y que ello era imprevisible e inevitable para la ocurrencia del mismo (arts. 513 y 514 del Código Civil).-

La doctrina mayoritaria, seguida también por la Suprema Corte Provincial se ha pronunciado en el sentido de que el hecho del menor -como en autos- debe ser examinado desde la relación causal, haciendo abstracción de la conducta de los progenitores y enfatizando el análisis en el comportamiento de la víctima como causatorio de su propio daño.-

La jurisprudencia casatoria bonaerense ha elaborado una consolidada doctrina legal que se ha pronunciado con la doctrina mayoritaria, sosteniendo que la denominada culpa de la víctima, tenga o no discernimiento - exonerativa de responsabilidad del dueño o guardián o de quien se sirve para sí de la cosa riesgosa- es el comportamiento, el accionar, la actuación o el conductismo -aún no culpable-, de quien contribuye a causar su propio daño. Descarta, de este modo, cualquier adhesión a la postura de tinte subjetiva y se encolumna en la tesitura que analiza la cuestión desde

la óptica de la relación causal adecuada, atendiendo a la incidencia del hecho de la víctima en un eslabonamiento del resultado dañoso generado. (SCBA Ac. 35822, 27-5-86 "Montesino C/ Ailan S/ Daños y Perjuicios" A y S 1986- I-667, L.L. 1987-C-423; Ac. L. 50821, 28-12-93 "Chodel C/Bernardis y Cia. D.J.J. 146-130 entre muchos otros).-

Y puesto en dicha faena, encuentro apropiado puntualizar -siguiendo las enseñanzas de LLambias- que para que el hecho de la víctima pueda ser alegado por el posible responsable del daño, como causa de exoneración suya, tiene que ser para éste un hecho imprevisible o inevitable; es decir, ha de configurar un caso fortuito (LLambias, Jorge J. "Código Civil Anotado", Abeledo- Perrot, Bs. as. 1979, T. II-B, pag. 443).-

Este último, o la fuerza mayor, en tanto, para operar idóneamente como factor desligante de responsabilidad debe ser imprevisible e inevitable. Imprevisible desde que debe tratarse de hechos que no son habituales, que superan la aptitud normal de previsión. Inevitable en cuanto el daño no pudo ser evitado; inexistencia de medios que podrían impedir que el mismo se produzca.-

La prevención, por su parte, deberá ser juzgada a la luz de las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar (art. 512 del Código Civil) y cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código Civil).-

En otras palabras; la inevitabilidad o irresistibilidad apuntan a que el hecho supere la aptitud normal de previsión que sea dable exigir del responsable y que posea tal envergadura que sea imposible obviarla.-

Es decir, que deben conjugarse dos factores: lo inevitable del acontecimiento y la imposibilidad que provoca para cumplir la prestación; sin embargo, si el acontecimiento inevitable era previsible, el obligado debe haber cumplido todos los recursos a su alcance para evitarlo, aunque obrando compelido por las circunstancias extremas ajenas a su voluntad el efecto inevitable fuese previsible (conf. esta sala, causa N° 22.272 del 13-3-2001).-

En ese orden de ideas, es dable afirmar entonces, que cuando el hecho ocurre según el orden natural de las cosas que acostumbran a suceder, debe considerársele previsible, de modo que quien, obrando con elementales pautas de prudencia, contó con los medios necesarios para sortear las posibles consecuencias dañosas, no deben caber dudas que las mismas fueron susceptibles de ser evitadas (CC 2.2. L.L. causa n° 91004 RSD-152-99, S 15-7-99).-

Aplicando el referido marco conceptual a la situación fáctica que engendrara este litigio, pronto se advierte la total orfandad probatoria en torno a la presencia de una conducta en la menor que conlleve a sostener que ha interrumpido, ni tan siquiera parcialmente, el nexo causal y que contribuyera a generar su propio daño (art. 375 y 382 del C.P.C.C.).-

Este déficit probatorio evidenciado en la causa respecto de la conducta de la víctima se constituye en un valladar infranqueable a las pretensiones de la legitimada pasiva, haciendo fracasar su línea argumental, ya que la acreditación de la presencia de la eximente legal –en forma contundente- es una carga que pesaba sobre el demandado y resulta una exigencia vital a tenor de la normativa aplicable al siniestro sometido a debate (art. 1113 del Código Civil).-

Efectivamente, en la especie no sólo no se ha demostrado una conducta en la niña con entidad suficiente para interrumpir el nexo causal, sino que tampoco se probó –a todo evento- la falta de un adecuado y razonable control en torno a los movimientos de la niña por parte de su progenitora, ni una actitud de ésta que pusiera en riesgo su integridad física o que la colocara en una situación de vulnerabilidad y peligro.-

Por otra parte, ante el déficit probatorio señalado no puede concluirse que la madre no hubiere arbitrado los medios necesarios para mantener a resguardo a su hija adoptando una conducta prudente a la hora de efectivizar el deber de vigilancia y protección derivado de la titularidad y ejercicio de la patria potestad (art. 264 y 265 del ordenamiento civil).-

Es así que, ponderando la inexistencia de prueba respecto a una conducta en la víctima o de su progenitora que contribuyera para que el accidente ocurriese, es que no comparto la distribución de responsabilidad que el colega que me precediera propusiera al Acuerdo, adhiriendo en un todo a la solución que propiciara el Dr. Sergio Hernán Altieri, atribuyéndole la responsabilidad exclusiva en el hecho al ente municipal.-

En consecuencia, adhiero a los fundamentos por él brindados en los puntos II.-1), II.-2), II.-3), II.-4.), y II.-5).

A la segunda cuestión, el Dr. Sergio Hernán Altieri expresó:

Visto la mayoría lograda al tratar la cuestión anterior, corresponde: Revocar parcialmente –con el alcance que surge de los considerandos precedentes-, la apelada sentencia de fojas 304/310. Por ende, debe rechazarse la demanda interpuesta por Sandra Paola Aro –en representación de su hija menor-, contra la Provincia de Buenos Aires, y atribuirse íntegramente la responsabilidad derivada del presente suceso a la Municipalidad de Alte. Brown. Asimismo, corresponde modificar los montos otorgados para resarcir el daño psicológico, su tratamiento y el daño moral, los que se fijan en las sumas de tres mil pesos (\$ 3.000), dos mil pesos (\$ 2.000) y ocho mil pesos (\$ 8.000) respectivamente. Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por la demandada Municipalidad de Almirante Brown que resultó vencida (art. 68 CPCC). Propicio diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se practiquen las correspondientes determinaciones en la instancia de grado.

ASI LO VOTO

A la segunda cuestión, por compartir los mismos fundamentos, los doctores Norberto Celso Villanueva y Guillermo Fabián Rabino expresaron que: VOTAN EN IGUAL SENTIDO.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Que en el Acuerdo celebrado quedó establecido:

1º) Que la sentencia de fojas 304/310 debe revocarse parcialmente.

2º) Que las costas de ambas instancias deben imponerse a la Municipalidad de Alte. Brown que resultó vencida.

POR ELLO: Y fundamentos consignados en el Acuerdo:

Revócase parcialmente –con el alcance que surge de los considerandos precedentes-, la apelada sentencia de fojas 304/310. Por ende, recházase la demanda interpuesta por Sandra Paola Aro –en representación de su hija menor-, contra la Provincia de Buenos Aires, y atribúyese íntegramente la responsabilidad derivada del presente suceso a la Municipalidad de Alte. Brown. Asimismo, modifícase los montos otorgados para resarcir el daño psicológico, su tratamiento y el daño moral, los que se fijan en las sumas de tres mil pesos (\$ 3.000), dos mil pesos (\$ 2.000) y ocho mil pesos (\$ 8.000) respectivamente. Impónese las costas de ambas instancias al Municipio de Alte. Brown que resulta vencido. Difiérese la consideración de los honorarios para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, devuélvanse las actuaciones.