

59114-2014 -

"SILGUERO SOLEDAD LORENA Y OTRO/AC/ MARTIN PUBLICIDAD S/DAÑOS
Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)"
JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - OLAVARRIA

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 19 días del mes de Diciembre de 2014 reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**SILGUERO SOLEDAD LORENA Y OTRO/AC/ MARTIN PUBLICIDAD S/DAÑOS Y PERJ. DEL./CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)**", (**Causa Nº 1-59114-2014**), se procedió 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: **Doctores BAGU-COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI .-**

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

-CUESTIONES-

1ra. ¿Es justa la sentencia de fs. 436/455 vta.?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: el Sr. Juez Dr. Bagú dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia de fs. 436/455 vta., se interponen los siguientes recursos de apelación:

1) A fs. 462, apela NATIVA S.A. (compañía aseguradora de COOPELECTRIC) a través de su letrada apoderada Dra. Marina Alejandra Fal. A fs. 463 es concedido libremente, fundándose a fs. 510 y vta.; agravios que a fs.529/533 vta. obtienen réplica de la contraparte. **2)** A fs. 464 apela la parte actora a través de sus apoderadas Dras. Andrea Irene Imbrogno y Mónica E. Novack. A fs. 465 se concede libremente, fundándose a fs. 482/490 vta., obteniendo réplica de la codemandada COOPELECTRIC a fs. 516/522 vta., y del codemandado Alberto Martín a fs. 535/537.

3) A fs. 466 apela la codemandada Coopelectric (a través de su letrado apoderado Dr. Adolfo Rocha Alonso). A fs. 467 se concede libremente, fundándose a fs. 492/503 vta., obteniendo réplica de la parte actora a fs. 529/533 vta..

4) A fs. 468 apela el codemandado Alberto Martín (a través de su apoderado Dr. Marcelo Alberto Bianco). A fs. 469 se concede

libremente, fundándose a fs. 505/508, obteniendo réplica de la parte actora a fs. 524/527.

A fs. 538 vta. se cursó vista a la Sra. Asesora de menores e incapaces, la cual fue contestada a fs. 543 y vta., llamándose autos para sentencia a fs. 545.

A fs. 547 se practicó el sorteo de ley, por lo cual las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

II.- A modo de introducción resulta útil señalar que las presentes actuaciones se originaron en el accidente que tuvo lugar el día 14 de noviembre de 2009.

En dicha oportunidad, el menor Kevin Daniel Díaz se encontraba jugando al football con un grupo de amigos en una cancha “precaria” emplazada en el descampado ubicado en la calle N° 15 y ruta 226 de la ciudad de Olavarría. En un momento, y como parte del juego, comienza a treparse al cartel de publicidad de la empresa Martín Publicidad, que se encontraba montado por debajo de una línea eléctrica de media tensión, recibiendo una descarga eléctrica que lo despierta de manera inmediata, ocasionándole los daños que se describen en el escrito inicial, por cuya reparación reclama la suma de \$ 300.000.

Luego de sustanciado el expediente, la sentencia de grado imputa a la víctima el 60% de responsabilidad en el hecho dañoso, atribuyendo a la empresa Martín Publicidad el 30 % y a Coopelectric el 10% restante, reduciendo el monto pretendido a la suma total de \$ 36.000.

Para así decidir, la anterior sentenciante consideró que cabía responsabilidad a la empresa propietaria del cartel puesto que su instalación antirreglamentaria, le confiere el nexo causal requerido entre el hecho y el daño; en tanto que extiende también dicha responsabilidad a Coopelectric por no haber cumplido con el deber de seguridad a su cargo respecto del tendido eléctrico.

Por su parte, la responsabilidad de la víctima en el hecho, deriva de que el mismo –según expresa la anterior magistrada-, no habría acaecido si los padres del menor lo hubiesen resguardado de tales riesgos, impidiéndole permanecer solo o sin la presencia de adultos, en un predio peligroso o previniéndolo de los riesgos que tenía treparse al cartel o de acercarse a la ruta.

La sentencia recibe los embates recursivos antes aludidos, cuyos fundamentos y réplicas –en lo medular-, se refieren a continuación.

1) Los agravios de NATIVA S.A.:

Al fundar su recurso, la compañía aseguradora de COOPELECTRIC se limita a adherir a los argumentos de esta última; a lo que agrega que en caso de que la sentencia sea confirmada, se tenga en cuenta la medida del seguro, aplicándose en consecuencia los límites y franquicia que oportunamente denunciara en autos.

2) Los agravios de la parte actora:

La actora expresa 5 agravios, los que a continuación se describen:

A) Errónea interpretación de la responsabilidad parental:

Al respecto, las apoderadas de la recurrente sostienen que el cumplimiento del deber de educación y vigilancia debe medirse teniendo en cuenta el nivel socio cultural de la actora, destacando que el barrio que habitan sus mandantes es muy precario, donde las calles son de tierra, las casas no cuentan con todos los servicios (gas, cordón cuneta, etc.), linda con la ruta 226 y además delimita el fin de la planta urbana y el inicio de la zona rural.

Agregan que la madre de Kevin se encontraba con 4 hijos a su cargo y al momento del accidente estaba embarazada de 7 meses, mientras que el padre, por razones laborales, se encontraba fuera de la ciudad de Olavarría; señalando también que este tipo de terrenos baldíos constituyen el espacio de esparcimiento de niños que no cuentan con la posibilidad de concurrir a lugares especialmente preparados para ello.

Tales circunstancias, sostiene, morigeran la exigencia de vigilancia esperada en un padre.

En otro pasaje del desarrollo del agravio, indica que tanto padres como vecinos se encargaban de mantener a sus hijos fuera y alejados de la ruta 226 pero que no tenían conocimiento del peligro que representaba el cartel de publicidad por carecer de los conocimientos técnicos específicos sobre tendido de redes, reglamentaciones vigentes, etc.

B) Desplazamiento de prueba científica:

Señala como sustento de este agravio que la magistrada dejó de lado las conclusiones de la perito psicóloga (pericia que no fuera impugnada por las partes), reemplazándolas por el informe de la institución educativa, concluyendo que el apartamiento del juez del informe pericial, si bien es válido, debe ser razonado.

C) Omisión de las conclusiones del informe psicológico:

Al desarrollar este agravio, profundiza acerca de las conclusiones de la perito psicóloga, en virtud de las cuáles –según entiende– corresponde indemnizar el daño psicológico sufrido tanto por la madre como por su hijo Kevin.

D) Contradicción en la interpretación de la prueba:

En este punto, alude a una contradicción incurrida por la sentenciante respecto a la interpretación de la prueba que estaría dada por la mayor extensión que le dedica al tratamiento del deber de seguridad de la codemandada Coopelctric comparado con el que asigna a la responsabilidad parental, para luego, al momento de atribuir la responsabilidad, otorgarle mayor gravitación a la conducta de la víctima y deber de vigilancia de los progenitores, que a la de los codemandados por la instalación del cartel y falta al deber de cuidado.

E) Errónea ponderación de los daños:

La recurrente considera que la magistrada ha ponderado los daños en forma indebida.

Ello así, pues –según sostiene-, al denegar el lucro cesante por falta de prueba, desconoce la situación de los trabajadores informales que no pueden acreditar sus ingresos.

Por otra parte, manifiesta que la a-quo ha ponderado el daño estético sujetándolo al grado de incapacidad de la víctima, cuando –en realidad-, debió hacerlo teniendo en cuenta las cicatrices y la renguera que quedaron en el cuerpo de Kevin como consecuencia del accidente.

En cuanto al daño moral, se agravia por entender que no se ha considerado el sufrido por los progenitores ocasionado por la situación familiar que debieron afrontar a partir del accidente.

Se agravia también por la falta de consideración de la magistrada respecto del daño psicológico sufrido por Kevin y su madre, el cual fuera determinado y tarifado por la perito psicóloga designada en autos.

Por último, objeta por bajos los montos indemnizatorios otorgados por la Sra. juez de grado.

A fs. 516/522 vta. Coopelectric contesta los agravios de la actora.

Los aspectos sustanciales de tal contestación son los siguientes:

- Que los alambres que delimitan la propiedad privada donde se encuentra colocado el cartel no son precarios, sino los normales para este tipo de predios rurales.

- Que desconocía la existencia misma del cartel y que no lleva registros del uso que se le da a los espacios públicos o privados aledaños a sus líneas. Que no tiene obligación de hacerlo.

- Que su control se limita a las instalaciones riesgosas o peligrosas, o sea a aquellas que en una revisión visual y somera hacen prever en forma indudable que engendran un riesgo con potenciales daños a terceros.

- Que aún cuando hubiera registrado la existencia del cartel, la revisión visual y somera que se realiza –siguiendo, según afirma el recorrido de las líneas en camioneta-, no hubiera arrojado en modo alguno una situación de peligro para la línea ubicada encima, teniendo en cuenta que el cartel se encontraba en propiedad privada, que la invasión del cartel era mínima y solo detectable con instrumentos de medición y aún detectada la infracción, en modo alguno hacía suponer riesgos para terceros.

- Que era impensable la posibilidad de escalamiento del cartel con intención de tocar las líneas de electricidad.

- Que no debe confundirse instalaciones antirreglamentarias con instalaciones peligrosas.

- Que la condición socio – cultural de los padres no constituye una excusa absolutoria atendible del deber de vigilancia a su cargo respecto de su hijo menor.

- Que el peligro no sólo estaba en la línea de electricidad sino también en la altura del cartel (6 mts.) al cual los padres -según afirma la codemandada- permitieron que su hijo trepara.

- Que la actora, en la demanda refirió que su hijo recibió la descarga eléctrica cuando se encontraba sobre el cartel a un metro del suelo; afirmación –según indica Coopelectric- tendiente a morigerar la enorme transgresión incurrida respecto al deber de cuidado de su hijo, pues quedó demostrado que el menor se encontraba en la cima del cartel, lugar hasta donde se le había permitido ascender con el riesgo de caída que ello traía aparejado.

- Que desconocía que el lugar fuera usado como plaza de juegos y que el cartel fuera asimilable a los de trepar de las plazas convencionales.

- Que el deber de seguridad y la única obligación en tal sentido la fija el art. 15 de la ley 11.769 que impone controlar instalaciones propias peligrosas, que de entre todas las existentes son aquellas que siendo antirreglamentarias suponen riesgo previsible de daños a terceros.

- Que la distancia que fija la normativa específica entre el cartel y la línea, se considera “posición impracticable”, lo que implica que dicha distancia se fija pensando que a ese lugar tendrán acceso los técnicos que colocan o desmontan el cartel, o los que lo reparan o mantienen, munidos de los elementos necesarios para su tarea; mientras que se considera “posición practicable” a la distancia que supone la presencia de transeúntes o personas no especialistas en la cercanía de la instalación. En este último caso, la distancia es mayor.

- Que es la previsibilidad del daño lo que define si la instalación eléctrica es simplemente antirreglamentaria o peligrosa, y en este caso sujeta a la obligación de control; pero además define la existencia de relación de causalidad adecuada, y la existencia de imputabilidad de responsabilidad objetiva o subjetiva.

- Que la obligación de seguridad existe, pero que es contractual, acotada y de medios, que cumplidas las normas que lo rigen, se puede saber con precisión y antes de cada evento el límite de las obligaciones y de la responsabilidad. En caso de incumplimiento, sólo puede engendrar responsabilidad subjetiva, por lo tanto, demostrada la diligencia, no hay responsabilidad.

- Que la perito psicóloga se limita a transcribir los dichos de los entrevistados, teniéndolos por ciertos, descartando toda influencia de cuestiones ajenas al hecho de autos, como asimismo que el menor no posee afecciones o secuelas de ninguna clase y que lleva una vida normal. En cuanto al sentimiento de angustia de la madre, agrega que –de ser cierta-, se debe a que

el hecho se produjo en su presencia, resultando esta la única responsable del mismo.

-Que en este punto corresponde –tal como lo hiciera la anterior magistrada- ponderar el informe de la escuela donde docentes y directivos tienen un contacto diario y permanente de varias horas con el menor.

- Que la conclusión de la pericia psicológica de que como consecuencia de la descarga eléctrica el menor sufrió el acortamiento de una de sus piernas, es falsa. La pericial médica -continúa diciendo la recurrente-, descarta tal afección destacando que la actora no posee secuelas físicas ni psíquicas, refiriendo solamente a una pequeña cirugía reparadora en la planta del pie. Se resalta en dicha experticia que el menor realiza actividad física normal y que también lleva una vida normal acorde a su edad.

- Que la culpa de la víctima (que supone la responsabilidad de los padres del menor), debe excluir en forma total la responsabilidad que se atribuye a su mandante.

- Que considera que es correcto exigir la prueba del lucro cesante, como asimismo que el monto otorgado por tal concepto resulta elevado.

- Que respecto al daño estético considera que no se han aportado pruebas que lo acrediten pues la renguera no existe y las cicatrices pueden ser reparadas con una pequeña operación.

- Que la afección espiritual derivada de las cicatrices no se repara como rubro independiente sino que pertenece al daño moral.

- Finalmente considera que el daño moral no debe prosperar, sin perjuicio de lo cual, la suma admitida resulta excesiva.

A fs. 535/537 los agravios de la parte actora son respondidos por el codemandado Alberto Martín.

Los aspectos sustanciales del responde son los siguientes:

- Que las condiciones de vida de la familia no pueden ser tomadas en cuenta para deslindar la responsabilidad de los padres del menor, cuyo factor de atribución –según sostiene en base a un precedente de la SCBA-, es subjetivo donde para liberarse de responsabilidad los padres deben probar que han mantenido una vigilancia activa sobre sus hijos.

- Que el hecho de vivir en cercanías de la ruta impone a los padres un mayor deber de cuidado, al tiempo que destaca la particular relevancia del hecho de que al momento del accidente, el menor se hallara bajo el cuidado de su madre.

- Que el cartel de publicidad no admite otro uso más que al que está destinado, por lo que no puede ser asimilado a los juegos “trepadores” que se instalan en las plazas, máxime teniendo en cuenta que el lugar donde se encontraba emplazado el cartel no es una plazoleta de juegos.-

- Que los 6 mts. de altura del cartel constituyen una medida riesgosa para ser trepada incluso por un adulto, que permitir esa conducta por parte de un menor constituye una clara violación al deber de cuidado.

- Que la jueza no se apartó arbitrariamente de la opinión de la perito psicóloga, sino que formó su convicción en base al testimonio brindado por la directora del colegio al cual asiste el menor por provenir de quien tiene un contacto más cercano y durante más tiempo con el niño.

- Que los daños no han sido debidamente probados, incluso que los montos reconocidos por los rubros reclamados, resultan elevados.

- Finaliza sosteniendo la improcedencia de indemnizar el daño moral de los padres del menor toda vez que la falta al deber de cuidado respecto de su hijo, tuvo alto nivel de participación en el hecho.

3) Los agravios de la codemandada Coopelectric:

A fs. 492/503 vta. Coopelectric funda su recurso planteando 7 agravios que se resumen de la manera que sigue.

El primero de ellos se refiere a la inaplicabilidad al presente caso de la ley de defensa del consumidor.

Al respecto, sostiene el recurrente que no estamos en presencia de una relación de consumo, requisito imprescindible para que resulte de aplicación la normativa citada, pues en el lugar donde se produjo el evento, no sólo no se estaba desarrollando consumo alguno, sino que tampoco puede considerarse al menor comprendido en la figura del “bystander” que es aquel –según expresa la codemandada-, que se encuentra de cualquier manera expuesto a una relación de consumo. Por tal motivo, considera que no es de aplicación el deber de seguridad –entendida como obligación de resultado y capaz de producir responsabilidad objetiva-, a cargo del proveedor del servicio eléctrico.

El segundo agravio se refiere a los alcances de la responsabilidad objetiva.

En este sentido expresa la apelante que es incorrecto considerar de aplicación el art. 1113 del C.C. imputando responsabilidad objetiva al dueño o guardián de la cosa riesgosa (en el caso, la electricidad) y, al mismo tiempo, incluir en el análisis las conductas u omisiones que le caben al dueño, su culpa o negligencia.

El tercero, se refiere a la falta de consideración por la a-quo de la eximente total de responsabilidad objetiva por culpa de la víctima (con la correlativa responsabilidad de los padres por tratarse de un menor).

Sostiene que a pesar de la mínima responsabilidad que se le atribuye, la sentencia carece de todo análisis de las razones por las cuáles se llegó a tal conclusión.

Entiende que la eximición de responsabilidad debió ser total puesto ha quedado demostrado que el evento ocurrió en propiedad privada, donde el menor accedió sin autorización del propietario y estando bajo la custodia de su madre, subió al cartel con un elemento conductor y con el objetivo de tocar la línea eléctrica a mas de 6 mts. de altura.

El cuarto agravio se centra en el supuesto incumplimiento del deber de seguridad, la falta de detección de la ubicación antirreglamentaria del cartel respecto de la línea eléctrica y su verdadera implicancia jurídica.

Se agravia en cuanto la sentencia considera que Coopelectric ha incumplido su deber de seguridad y que por considerar dicho deber una obligación de resultados, engendra responsabilidad objetiva. Deber que encuentra su fuente en la ley de Defensa del Consumidor.

Al respecto considera que su deber de seguridad tiene fuente contractual derivado de la concesión y que el mismo constituye una obligación de medios, por lo que generará responsabilidad subjetiva. Agrega que las instalaciones antirreglamentarias pero no peligrosas, no forman parte de su deber de seguridad y que de todas maneras, su incumplimiento no genera responsabilidad alguna por no tener adecuada relación de causalidad con el daño.

Sigue expresando que la sentencia confunde la causalidad física o material con la causalidad jurídica.

Entiende el recurrente que para determinar la causa de un daño se debe hacer un juicio de adecuación a la luz de los hechos de la causa; habrá que preguntarse –sostiene- si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Como consecuencia, concluye que la sentencia tuvo por acreditada una relación de causalidad inexistente entre el daño y la omisión de la cooperativa eléctrica, que no tienen entre sí la relación de adecuación necesaria; y agrega que la omisión para ser jurídicamente relevante debe estar unida a un daño previsible según el curso normal de los acontecimientos, lo cual nunca pudo ocurrir en el caso de autos pues aún cuando hubiera sido detectada por Coopelectric la ubicación antirreglamentaria del cartel, en modo alguno podría hacer presumir el daño a alguien que necesariamente debió trepar a gran altura con el objetivo de tocar el cable de 32.000 volt.

Por otra parte –sigue diciendo el recurrente-, la falta de relación causal se ve reforzada por el hecho de que la distancia entre la línea eléctrica y el cartel, fijada por la normativa es considerada “impracticable”, lo que significa que la distancia de seguridad está pensada para instalaciones a las que no acceden más personas que los técnicos a los fines de la instalación, mantenimiento, reparación y desarme de la estructura; destacando que la infracción de 38 cm en la distancia de colocación del cartel, ni siquiera resulta riesgosa para los especialistas. Prueba de ello es que el cartel fue montado,

mantenido, reparado y desmontado en infracción sin evento dañoso alguno para los operarios que realizaron tal actividad.

Como quinto y fundamental agravio, la codemandada objeta el deber de seguridad a la luz del contrato de concesión y de la ley de Defensa del Consumidor.

Al respecto, sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos sistemas de responsabilidad civil autónomos y diferenciados: el subjetivo (dolo o culpa) que gira en torno a los arts. 1109 y 1072 del C.C. y el objetivo (art. 1113 del C.C.).

Por tal motivo encuentra equivocado que de una conducta incumplida se derive una imputación objetiva de responsabilidad, y a la inversa que la propiedad o guarda de la cosa riesgosa origine reproche subjetivo por dolo o culpa, tal como –según afirma-, se desprende de la sentencia en crisis.

El apelante considera que su conducta omisiva respecto del control de la colocación del cartel, no guarda relación de causalidad adecuada con el hecho dañoso, ni constituye una conducta dolosa o culposa, y tampoco la propiedad de la cosa riesgosa es capaz de originar responsabilidad objetiva por el claro eximente de responsabilidad existente.

Sostiene Coopelectric que sobre ella pesa un deber de seguridad limitado que deriva de la ley provincial que rige las concesiones eléctricas municipales.

En apoyo de sus dichos transcribe el art. 15 de la ley 11.769 que reproducimos también aquí: “Los agentes de la actividad eléctrica están obligados a mantener y operar sus instalaciones y equipos de manera tal que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir los reglamentos que dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control, en el marco de sus respectivas competencias. El Organismo de Control procederá periódicamente a la revisión, inspección, a la producción de pruebas a fin de verificar el cumplimiento de estas obligaciones, pudiendo ordenar la suspensión del servicio, la reparación o el reemplazo de instalaciones y equipos o cualquier otra medida tendiente a proteger la seguridad pública”.

El recurrente interpreta que esta obligación de seguridad pesa sobre instalaciones propias, no así de terceros, y que en todo caso, de esa norma surge que debe detectar cuándo sus instalaciones se convierten en un peligro para terceros, ya sea por el estado de sí mismas o por la influencia de instalaciones de otros, a lo que agrega que una instalación antirreglamentaria no significa que necesariamente sea peligrosa.

Sostiene que la instalación del cartel era antirreglamentaria pero no peligrosa porque nada hacía prever la ocurrencia del daño que se reclama; más aún teniendo en cuenta que la estructura se encontraba en propiedad privada lo que hace suponer que nadie ingresaría y que la distancia (38 cm) entre el cartel y la línea de electricidad se considera como “posición impracticable”, esto es, sólo accesible por personas experimentadas.

Por tales razones entiende que la normativa que regula la concesión no impone la obligación de detectar toda instalación antirreglamentaria, sino solo aquella que hace peligrosa la línea eléctrica propia en resguardo de terceros.

En este punto transcribimos un pasaje de los agravios que el propio recurrente destaca en letra negrita y subrayado, que resume su posición. Sostiene Coopelectric: “... **Tal como se dijera, mi mandante no tenía registros de la existencia del cartel, ni tampoco conocía que el lugar fuera plaza de juego de niños, ni pudo detectar visualmente la infracción mínima existente. Pero aún cuando hipotéticamente todo ello hubiera acontecido, mi mandante nunca hubiera considerado peligroso el emplazamiento, porque el escalamiento de un menor es un hecho absolutamente imprevisible que impide suponer la peligrosidad**”.

En cuanto a la ley de Defensa del Consumidor, entiende que no es de aplicación al caso que nos ocupa, pero aún cuando tales normas resultaran de aplicación, estaríamos en presencia de una obligación de medios y no de resultado.

El sexto agravio, lo constituye la falta de consideración de la sentenciante de la imprevisibilidad del daño como eximente de responsabilidad subjetiva.

Reitera que el hecho de que un menor escale un cartel es tan inconcebible y extraordinario, que supera absolutamente toda imaginación y previsión, por lo que al no existir instalación peligrosa, riesgo o daño previsible, no le cabe responsabilidad alguna.

El séptimo y último agravio, está dado por la orfandad probatoria de los daños fijados en la sentencia, los que considera infundados y elevados.

Al contestar los agravios a fs. 529/533, la parte actora manifiesta:

- Que en el caso de autos se configura una relación de consumo, sosteniendo –siguiendo a Lorenzetti-, que la relación de consumo debe ser definida de modo que abarque toda las situaciones posibles en la que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito contractual... el derecho del consumidor debe comprender todas las situaciones posibles. Siguiendo estos lineamientos considera al menor un consumidor y a la codemandada como proveedora (del servicio eléctrico).

- Que no son atendibles las causas exoneratorias que opone Coopelectric a la atribución de responsabilidad objetiva. Así, luego de encuadrar el hecho dañoso en el segundo párrafo primera parte del art. 1113, destaca que la co accionada no demostró su falta de culpa en el acaecimiento del evento dañoso, antes bien, está faltando al deber de seguridad a su cargo y al de velar por el bien público y a sus obligaciones como cooperativa.

Agrega que la actividad recreativa que desarrollaban los niños en el predio donde se encontraba instalado el cartel, era notoria y habitual, tanto que hasta tenían un profesor de football.

- Que la responsabilidad del menor y la correlativa de sus padres debe ser analizada en el contexto social en que se desenvuelven, teniéndose en cuenta que el mayor riesgo considerado por los padres de Kevin siempre fue la ruta lindera al barrio. Sostiene que los padres del menor no lo desprotegieron, sólo le dieron permiso para que saliera durante la tarde a jugar al lugar de esparcimiento del barrio.

Sigue diciendo que la conducta del niño no fue más que una travesura y que si el acceso al cartel y la zona de cables hubiese estado cercado con mecanismos de seguridad que imposibilitaran el acceso, seguramente el accidente no habría ocurrido.

Asimismo, expresa que el menor trepó al cartel inocentemente desconociendo el peligro, y que no podría pretenderse que éste – a esa edad-, conociera los riesgos de la electricidad ni que los padres tuviesen conocimientos especiales en el tema.

- Que –contrariamente a lo sostenido por Coopelectric-, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, toda vez que la misma deriva de la obligación genérica de no dañar a otro, a lo que agrega que quien explota una actividad y se aprovecha de sus beneficios, debe responder por los riesgos que con ella introduce en la sociedad (riesgo provecho).

- Que la interpretación que la codemandada Coopelectric realiza del art. 15 de la ley 11.769 carece de sentido, por cuanto en 10 años de existencia del cartel, la empresa de electricidad no cumplió con los deberes citados en dicha norma.

- Finalmente, refuta la pretendida orfandad probatoria de estas actuaciones.

4) Los agravios del co demandado Alberto Martín:

El co demandado Martín, expresa 3 agravios.

El primero de ellos, cuestiona la sentencia en lo que respecta a la mecánica de los hechos, toda vez que –según expresa el recurrente-, la hipótesis que la sentencia tiene por válida para asignar las responsabilidades no encuentra sustento en las pruebas producidas en autos.

El segundo agravio, se relaciona con la adjudicación de responsabilidad. Al respecto sostiene que instaló el cartel en un predio de propiedad privada, dentro de un espacio cercado y que por ende no puede atribuírsele responsabilidad si los niños pasan el alambre, máxime teniendo en cuenta que su empresa posee domicilio en la ciudad de Rosario a 500 km. de Olavarría (lugar donde ocurrió el hecho). Agrega que no violó sus deberes de cuidado.

Sigue diciendo que está claro que Martín Publicidad no instaló el cartel como escalera, ni autorizó su uso para treparse.

Que por tratarse de un menor, la culpa del hecho debe recaer en forma excluyente sobre sus padres.

Teniendo en cuenta la casi imposibilidad de la ocurrencia del hecho en las condiciones de instalación del cartel y la forma en que el hecho se habría producido, solicita que se establezca la culpa excluyente de la víctima o, en su caso, que se minimice el porcentaje de responsabilidad que le corresponda.

El tercer agravio, apunta a la prueba del daño y a la valoración efectuada en la anterior instancia.

Destaca que sólo ha sido probada una mínima consecuencia en la planta del pie derecho (informe pericial del Dr. Soriani), mientras que los demás rubros reclamados no han podido ser acreditados.

Particularmente se agravia del lucro cesante reconocido a la parte actora que tampoco ha logrado probar los extremos que invocara en la demanda.

En cuanto al daño moral, el mismo es considerado excesivo; al tiempo que entiende que la sentencia resulta incongruente al referirse al daño estético por el que otorga una indemnización de \$ 20.000, luego de reconocer que no debe ser reparado en forma autónoma y que las lesiones sufridas resultan irrelevantes.

Al contestar los agravios a fs. 524/527, la parte actora expresa que no existe la referida orfandad en la sentencia en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos puesto que la misma hace una descripción positiva y precisa basándose en prueba científica.

Destaca también que se encuentra descartado que el menor tuviera un elemento conductor pues de haber sido así, la descarga habría acabado con su vida.

En cuanto a la atribución de responsabilidad y el porcentaje de la misma, manifiesta que la distancia a la que se encuentra el domicilio de la empresa demandada (500 km) del lugar del hecho, no morigerara la responsabilidad objetiva ni el deber de seguridad a su cargo. Los argumentos siguientes, no son más que reiteración de los expuestos al expresar agravios.

En respuesta al tercer agravio, la actora señala que el daño estético se ve configurado por las cicatrices que presenta Kevin y con la renguera que le quedara como consecuencia del accidente.

En lo atinente a las condiciones laborales e ingresos del Sr. Díaz (padre del menor), vuelve a mencionar que el mismo se desempeñaba como albañil de manera informal y que para subsistir mientras duró la recuperación de Kevin debió recurrir a la ayuda económica de familiares y amigos puesto que tuvo que dejar de trabajar para dedicarse al cuidado de sus otros 4 hijos.

Finalmente, destaca que –excepto en lo que respecta al quantum-, la sentencia resulta acertada en lo que al daño moral concierne.

Por su parte, la Asesora de Menores e Incapaces al contestar la vista que le fuera conferida, a fs. 543 y vta. considera que el porcentaje de responsabilidad de las codemandadas debe ser elevado en tanto el alambrado que corre paralelo a la línea de electricidad fue instalado con posterioridad al evento y que la instalación del cartel en cercanías de la mencionada línea lo convertía en una cosa riesgosa.

III.- De las posiciones expuestas por las partes en sus expresiones de agravios y sus contestaciones, podemos extraer 4 cuestiones medulares para la resolución del caso que nos ocupa, que consisten en la determinación de: **1)** si resulta de aplicación la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y modificatorias, **2)** el factor de atribución de responsabilidad, **3)** la existencia de culpa de la víctima y su incidencia en el resultado dañoso, y **4)** los rubros indemnizatorios y el quantum de los mismos.

Seguidamente entonces, realizaré un análisis de tales cuestiones en el orden indicado en el párrafo anterior.

1) La aplicación de la ley de Defensa del Consumidor:

Recordemos para comenzar que la sentencia de grado atribuye a las demandadas responsabilidad objetiva derivada del art. 1113 2da. parte in fine del C.C. y –respecto de Coopelctric-, del deber de seguridad que acompaña a la relación de consumo.

Esta atribución de responsabilidad por aplicación de la ley 24.240, nos lleva a indagar sobre el origen de la misma con particular atención –claro está-, a la situación que se plantea en autos.

Así, el artículo 1º de la mencionada ley –en lo que aquí interesa-, dispone que “...Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, **y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.**” (el destacado me pertenece).

En el artículo siguiente (2º), la ley 24.240 define a la relación de consumo como “...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario...”.

Fulvio G. Santarelli -con cita de Mosset Iturraspe-, refiriéndose a la figura del Bystander, explica que la legitimación lata de todo aquel que se encuentre expuesto a una relación de consumo, tiene raíces en concepciones que procuran alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes (Fulvio G. Santarelli, en “Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada” dirigida por Picasso y Vázquez Ferreyra, Ed. La Ley, T. I, pág. 52, comentario al art. 2º).

Analizando la legitimación en vistas a la reparación de daños, Santarelli opina que "...la interpretación lata no parece recomendable, ya que el sistema nacional carece de una normativa integral de responsabilidad por producto; adolece de una definición de producto elaborado, no existe la premisa del "ingreso del producto en el mercado", entre otros conceptos que el derecho comparado ha construido para identificar la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios por los daños causados por aquellos. El art. 40 de la presente ley, dista mucho de constituir un sistema tal como el apuntado. Por otra parte, "la exposición a una relación de consumo" en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legitima a todos frente a un daño cuya causalidad se acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada "producto"; claro está sin que tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico".

Con todo –continúa el autor-, "...debe anticiparse que la tendencia es hacia la aplicación lata de la legitimación de que se trata, tal como el Máximo Tribunal lo ha demostrado en el caso "Mosca, Hugo c/ Pcia. de Buenos Aires" del 6 de marzo de 2007 en donde se reconoció la legitimación al actor que sin ser parte de una relación de consumo (espectáculo deportivo) se vio expuesto a ella sufriendo lesiones por las cuales se responsabilizaron a los organizadores del evento".

Se decía en el citado caso "Mosca..." que "... el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados... De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el periodo precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes... Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales".

El límite -que surge del fallo mencionado en el párrafo anterior- a esa atribución objetiva de responsabilidad, está dado por la vinculación inmediata de los hechos con el accionar del organizador (en el caso mencionado), o del proveedor del servicio eléctrico en nuestro caso, y en la previsibilidad de los mismos.

En la misma dirección Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli sostienen que en el contexto normativo actual, la obligación de seguridad puede existir con independencia de la celebración de contrato alguno cuando pueda identificarse una relación de consumo. En este último supuesto –agregan-, su estructura desborda su consideración como mero deber de protección, anexo a la prestación principal, para asumir el carácter de una obligación autónoma de fuente legal, derivada del principio informador emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores (Carlos A. Hernández – Sandra A. Frustagli, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada" dirigida por Picasso y Vázquez Ferreyra, Ed. La Ley, T. I, pág. 77, comentario al art. 6º).

Siguen diciendo los autores citados que, la noción de relación de consumo determina el ámbito en el cual puede identificarse la actuación de la obligación de seguridad, de modo que será exigible cuando aquélla sea reconocida, la que se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24.240, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual, puesto que –en el marco de la normativa de defensa del consumidor-, se prioriza la noción de relación por sobre la de contrato a fin de incluir todas aquellas situaciones fácticas en las cuales las personas quedan expuestas a las prácticas y comportamientos empresariales desplegados en el mercado de bienes y servicios (ob. cit. pág. 77).

En la obra que venimos mencionando, Hernández y Frustagli destacan con lucidez la ampliación del ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor a partir de la reforma introducida por la ley 26.361.

En un párrafo que transcribimos en honor a su claridad, expresan los autores: “Así, la ley 26.361 amplía el radio de aplicación hacia quienes se encuentran “expuestos a una relación de consumo”, expresión que tiene connotaciones significativas en orden a la seguridad. Semánticamente, “expuesto” deriva del verbo exponer, una de cuyas acepciones significa poner algo en contingencia de perderse o dañarse –conforme el Diccionario de la Real Academia Española-. Con ese entendimiento aquel sujeto que se sitúa frente a un peligro derivado de una relación de consumo, o que resulte efectivamente afectado, se verá beneficiado con la aplicación de la ley 24.240. En definitiva, se trata de un problema de determinación de beneficiarios del régimen de responsabilidad por defectos de seguridad de bienes y servicios.” (Hernández - Frustagli, ob. cit. pág. 78).

Y agregan, reforzando y esclareciendo aún más los argumentos que vienen desarrollando que: “En el Derecho comparado, las legislaciones más avanzadas evidencian similar apertura, incluyendo como beneficiarios de tutela no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a toda víctima. En esa línea, la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, legitima expresamente a todo “perjudicado” (art. 4), en tanto que el Código de Defensa del Consumidor de Brasil señala, en el artículo 17, que “Para los efectos de esta sección [Responsabilidad por el hecho del producto o del servicio] se equiparan a los consumidores todas las víctimas del evento”. Al respecto, Lima Márquez expresa categóricamente que “... basta ser víctima de un producto o servicio para ser privilegiado con la posición de consumidor legalmente protegido por las normas de responsabilidad objetiva por el hecho del producto presentes en el Código de Defensa del Consumidor” (ob. cit. págs. 78/79)

Consecuentemente, el acreedor de la obligación de seguridad, es determinable en tanto sujeto potencialmente afectado o expuesto a un riesgo.

Por otra parte, es dable señalar –como lo hacen los autores citados-, que el contenido de la obligación de seguridad, en el marco de las relaciones de consumo, constriñe al deudor a incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor. De lo que se trata es de concretar una garantía de inocuidad de los productos y servicios, de asegurarle al consumidor que de su correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños (con cita de Graciela Lovece, Hernández - Frustagli, ob. cit. pág. 79).

Tras el desarrollo que antecede, estamos en condiciones de afirmar que a los efectos de determinar la responsabilidad de Coopelctric, resulta de aplicación la ley de defensa del consumidor, pues claramente la víctima se vio expuesta a una relación de consumo, es decir, a la práctica y comportamiento de la cooperativa proveedora del servicio eléctrico.

Admitido lo cual, seguidamente debemos determinar el alcance del factor de atribución de tal responsabilidad y las consiguientes causales exonerativas (puntos 2 y 3 de los cuatro consignados al comienzo de este acápite).

2) El factor de atribución:

En esta materia, encontramos por un lado a quienes si bien reconocen que en el ámbito de las relaciones de consumo la obligación de seguridad generalmente es de resultado, admiten que por excepción sea de medios (Pizarro, Ramón Daniel y Ricardo Lorenzetti, entre otros); y por el otro, a los que entienden que el estatuto de defensa del consumidor estructura una órbita especial de responsabilidad, una de cuyas características es la de ser objetiva (Carlos A. Hernández, Sandra A. Frustagli, Sebastián Picasso, entre otros). Sostienen estos últimos autores que la responsabilidad objetiva emergente de la obligación de resultado surge de los supuestos del art. 5º de la LDC y de otros deberes a cargo del deudor tales como de advertencia, subsanación, sustitución, retiro y recupero del producto.

Sin embargo, el propio Picasso –comentando el fallo de la CSJN en autos “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.” del 22/4/08-, destaca el criterio amplio del Máximo Tribunal Nacional al analizar los alcances de la obligación de seguridad.

Señala el autor que la Corte Nacional al aclarar que “en el caso” (refiriéndose a “Ledesma...”) la violación de la obligación de seguridad genera responsabilidad objetiva, deja traslucir que la solución podría variar en otros supuestos regidos por normas diferentes. Esta prevención – agrega Picasso-, nos confirma que, en el criterio de la Corte, la obligación de seguridad que dimana del art. 42 de la Constitución Nacional puede articularse con distintos alcances según los supuestos, dependiendo también de normas infraconstitucionales que resulten aplicables a cada uno de ellos (Picasso, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, L.L. 2008-C, 562).

En la misma senda se ubicó el voto del Dr. Roncoroni en la causa C. 85.552, "Andrade de Elgart y otros c/ Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. s/ daños y perjuicios" del 22/8/07.

Allí, el magistrado –luego de señalar que una línea portadora de energía es una cosa riesgosa per se, aun cuando la misma se encuentre instalada y mantenida respetando estrictamente las normas de seguridad pues en función de su naturaleza, o según su modo de utilización, generan amenaza a terceros-, expresaba que la obligación de seguridad siempre integra el elenco de prestaciones debidas por el concesionario, ya fuere que su fuente se encuentre en la ley, el contrato de concesión, el contrato de distribución o suministro de electricidad o la relación de consumo, según las posturas que se adopten al respecto.

Dicha obligación de seguridad –continuaba diciendo en su voto el Dr. Roncoroni-, puede describirse como la obligación, en virtud de la cual, el concesionario que presta el servicio eléctrico, debe velar porque ni los vicios, defectos u omisiones de las líneas portadoras y distribuidoras de la energía, ni el riesgo per se resultante de la naturaleza misma de ella, ni los que surjan o "pongan" en juego las acciones u omisiones de terceros o el obrar de la naturaleza, en determinadas y multivariadas circunstancias, causen daños a las personas o a los bienes.

Y, adentrándose luego en la categorización de las obligaciones como de "medios" o de "resultado", citaba a Vázquez Ferreyra en estos términos *"Creemos que la solución está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si en cambio, lo normal es que un mínimo de cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado. De ahí que lo aleatorio del resultado constituye el criterio de distinción que deberá ser apreciado en cada caso concreto"* (conf. Vázquez Ferreyra, R., "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en la ley de contrato de trabajo", Ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, pág. 120/122).

Citando también la obra de Alterini – Ameal y López Cabana, agrega el magistrado que estas categorías *"...han sido explicadas a partir de la distinción entre el objeto de la obligación (el bien sobre el cual recae la expectativa del acreedor) y su contenido (la conducta o comportamiento del deudor tendiente a satisfacer aquella expectativa). Se advierte sin esfuerzo que la prestación -la conducta debida- es siempre un medio y el objeto es siempre un resultado, aludiéndose a obligaciones de resultado cuando la consecución del objeto obligacional depende exclusiva o casi exclusivamente de la conducta debida del deudor y a obligaciones de medio cuando depende también de diversas circunstancias, más o menos complejas -previsibles o no- que tornan a ese resultado aleatorio y son externas a la conducta debida"* (conf. Alterini - Ameal y López Cabana, "Derecho de Obligaciones", Abeledo Perrot, 1995, pág. 500 con cita referida a Zannoni).

Es en este contexto donde habrá de analizarse el alcance de la obligación de Coopelectric.

Veamos:

Está probado y reconocido por la propia codemandada Coopelectric que la instalación del cartel de publicidad era antirreglamentaria, por no respetar la distancia requerida por la legislación vigente entre la parte superior de la estructura y la línea de conducción eléctrica.

Esa distancia, bueno es destacarlo, constituye una medida de seguridad prevista por la ley, por lo que su observancia en modo alguno puede resultar discrecional, ya sea para el dueño de la estructura como para el proveedor del servicio eléctrico.

Por otra parte, el artículo 15 de la ley 11.769 que la compañía eléctrica transcribe al fundar sus agravios, expresa que los agentes de la actividad eléctrica están obligados a mantener y operar sus instalaciones y equipos de manera tal que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública y a cumplir los reglamentos que dicten la Autoridad de Aplicación y el Organismo de Control.

De modo que en el caso en análisis, el deber de seguridad a cargo de la compañía de electricidad, deriva tanto de la Ley de Defensa del Consumidor como de la citada ley 11.769.

En cumplimiento de dicho deber de seguridad, Coopelectric debió controlar que en la colocación del cartel se respetaran las distancias de seguridad entre la estructura y la línea eléctrica antes referidas, como así también advertir a la empresa propietaria de la estructura que la misma resultaba de fácil acceso (escalamiento) para el común de las personas, tornándola potencialmente riesgosa.

Si bien es cierto, y no escapa a la apreciación de este Tribunal que una mínima diferencia de medidas puede resultar imperceptible al ojo humano, no lo es menos que el adecuado control exige algo más que una mera inspección ocular.

En efecto, desde el punto de vista del control, la instalación de un cartel de publicidad, puede dar lugar a las siguientes situaciones:

1) La empresa propietaria del cartel de publicidad informa a la compañía eléctrica su intención de instalar el cartel debajo de una línea de media tensión, oportunidad en que ésta última debe brindar la información, asesoramiento y control acerca de las medidas de seguridad requeridas por la legislación; o

2) Advertida por parte de la empresa de energía la presencia del cartel, ésta constata el cumplimiento de las medidas reglamentarias y, en caso de comprobar alguna irregularidad, solicita a la propietaria de la estructura, la adecuación de la misma o bien su relocalización.

Ninguna de las alternativas descriptas se produjo en el caso que nos ocupa. El cartel se instaló debajo de la línea conductora de

electricidad sin previo anoticiamiento a la compañía eléctrica y ésta ni siquiera reparó en dicha circunstancia; la cual –según surge del expediente-, data de 10 años.

Huelga aclarar aquí que la amplia extensión del tendido eléctrico, no puede constituirse en un motivo serio para justificar la falta de control por inadvertencia de un cartel de publicidad 6 mts. de alto, por 11 mts. de ancho, ubicado a la vera de la transitada ruta provincial 226.

Por lo demás, y abordando la cuestión acerca de la naturaleza de la obligación de seguridad (de resultado o de medios), considero que en el caso, la obligación de seguridad de la Cooperativa eléctrica asume las dos variantes.

Es de resultado respecto de la inocuidad que debe presentar el cableado frente a terceros a partir del respeto de la distancia -exigida por la legislación vigente-, que debe existir entre la parte superior del cartel y la línea de electricidad. Y de medios en lo que se refiere a la actitud diligente de advertir a la empresa de publicidad acerca de la peligrosidad de la estructura debido a su fácil acceso y escalamiento.

Arribo a tal conclusión a partir de la ya mencionada descripción de la obligación de seguridad a cargo del concesionario del servicio eléctrico que realizara el Dr. Roncoroni en su voto en la causa “Andrade...” donde extiende la misma a los riesgos que surjan o pongan en juego las acciones u omisiones de terceros o el obrar de la naturaleza, en determinadas y multivariadas circunstancias que causen daños a las personas o a los bienes; descripción que se complementa con la incidencia del también aludido factor aleatorio en el resultado dañoso para determinar si la obligación es de medios o de resultado.

En este contexto, advertimos que la obligación de seguridad –considerada desde sus dos vertientes-, se halla incumplida toda vez que por un lado tenemos que la instalación del cartel no cumple con la distancia reglamentaria entre su parte superior y la línea eléctrica (obligación de resultado a cargo de Coopelectric), y por el otro, que la compañía de electricidad no sólo no advirtió a la empresa Martin Publicidad de la peligrosidad del cartel (obligación de medios), sino que admitió no tener siquiera conocimiento de la instalación del mismo que además de sus dimensiones, se encontraba emplazado en un lugar –reitero- de gran exposición pública (adyacencias de la ruta provincial 226 en cercanías del casco urbano).

A modo de aclaración, y con la finalidad de despejar eventuales dudas interpretativas, considero oportuno destacar que si bien en el citado caso “Andrade de Elgart...” la compañía eléctrica fue eximida de responsabilidad y en estos obrados es condenada conjuntamente con la empresa de publicidad, tal diferencia de resultados obedece a cuestiones fácticas probadas en uno y otro caso, lo cual no obsta a que ambos supuestos compartan los mismos argumentos jurídicos acerca de la legislación aplicable, tipo y alcance de las obligaciones a cargo de la cooperativa y factor de atribución.

Expuesto lo anterior, en este punto me detengo a señalar que a pesar del esfuerzo puesto de manifiesto por el apoderado de la compañía eléctrica en el desarrollo de cálculos y consideraciones tendientes a persuadir de que la víctima no pudo ser alcanzada por el arco voltaico sin la utilización de un elemento conductor, al contestar el pedido de explicaciones, la presentación del perito de fs. 384/85 da cuenta de la efectiva posibilidad del acaecimiento del siniestro en cuestión sin elemento alguno que lo facilitara.

Allí, el experto expresaba que la distancia entre la línea eléctrica y el borde superior del cartel era de 1,427 metros y que el arco voltaico sólo pudo producirse a no más de 21 cms de la línea de electricidad, por lo que el campo de no riesgo de descarga eléctrica entre el cartel y dicha línea era de 1,21 mts.

Luego, tomando la altura del menor al momento del hecho (1,24 mts), el perito explica que para mantenerse erguido Kevin debió pararse de modo que sus rodillas quedaran por debajo de la cima del cartel, lo cual –según el profesional-, reduce su talla en 40 cm, pero que la misma aumenta en 50 cm **al estirar su brazo y ponerse en puntas de pie**, lo que arroja una altura de 1,34 mt sobre la línea superior de la estructura.

De modo que si tenemos en cuenta que la zona de no riesgo de electrocución era de 1,21 mt y el menor –en las condiciones descriptas por el perito- sobrepasaba el cartel en 1,34 mt podemos concluir que bien pudo ser alcanzado por el arco voltaico sin necesidad de contar con ningún elemento conductor.

La única objeción formulada por el apoderado de la cooperativa a tales mediciones, se limitó al largo del brazo estimado por el perito. Sostuvo el letrado que a los 50 cm que medía el miembro superior, debía descontarse la altura de la cabeza (20 cm), quedando de esta manera reducida a 1,14 mt la altura del menor por encima del cartel.

Sin embargo, si tomamos en cuenta que –como señaló el experto- Kevin pudo ponerse en puntas de pie, como asimismo la mayor longitud promedio del miembro superior informada por el Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan P. Garrahan (fs. 404) de 53 cm, concluimos que el niño pudo ser alcanzado por el arco voltaico sin necesidad de elemento alguno.

En efecto si a la altura de Kevin (1,24 mt) le descontamos los 40 cm del cuerpo que queda por debajo de la línea superior del cartel obtenemos una altura de 84 cm por sobre el mismo, a la cual le debemos adicionar 33 cm por la extensión del brazo derecho (largo del brazo 53 cm menos 20 cm ocupados por la cabeza), lo que nos coloca en una altura de 1,17 mt. por arriba del cartel, a la que a su vez deben agregarse los cm ganados por la posición de Kevin (puntas de pie según apreciación del perito ingeniero), sobrepasando de esta manera el área de seguridad para invadir el campo abarcado por el arco voltaico de la línea de media tensión.

Cabe señalar aquí que de haberse respetado la distancia reglamentaria de 1,8 mt entre el cartel y la línea, Kevin –en la situación descrita en los párrafos que anteceden-, no habría quedado expuesto a la acción del arco voltaico.

Sin perjuicio de lo expuesto, es del caso mencionar también que no ha quedado demostrado en autos que la víctima llevara un elemento conductor de electricidad que facilitara el acaecimiento del hecho, de modo que no puede sostenerse que aún cuando se hubieran tomado todas las medidas de prevención posibles (que como se dijo, no se adoptaron), el suceso habría ocurrido igualmente.

De todas maneras, el hecho de haber contado el menor con un elemento conductor de electricidad, sólo sería relevante para justificar que su conducta resultó factor exclusivo en el acaecimiento del hecho dañoso, si se hubiese cumplido con la distancia reglamentaria entre el cartel y la línea eléctrica antes mencionada.

En cuanto a la “posición impracticable” del cartel respecto de la línea de electricidad a la que alude la codemandada para eximirse de responsabilidad, debo decir que la misma obedece a una clasificación que trae la reglamentación de líneas aéreas exteriores de media y alta tensión emitida por la Asociación Electrotécnica Argentina, que reviste importancia en cuanto a las distancias de seguridad exigidas según se trate de una posición practicable o impracticable.

En autos no se pretenden como incumplidas medidas correspondientes a posiciones distintas a las que corresponden según la mencionada reglamentación.

Por lo tanto, debe quedar claramente diferenciado el ya aludido incumplimiento incurrido por la cooperativa eléctrica, de la incidencia que la conducta de la víctima tuvo en el evento dañoso, la que será objeto de análisis en el desarrollo del presente.

Luego del desarrollo de la atribución de responsabilidad a la codemandada Coopelectric, corresponde el tratamiento de la responsabilidad del codemandado Alberto Martín.

Como se dijo al comienzo de este acápite y también en la sentencia de grado, la misma es objetiva.

Tal conclusión fue resistida por el accionado quien al expresar agravios sostuvo –en lo sustancial de sus dichos-, que la culpa del hecho debe recaer en forma excluyente sobre la víctima (en realidad sobre los padres por tratarse de un menor), solicitando –en su defecto-, que se minimice el porcentaje de responsabilidad que le pudiese corresponder. Destacando que el cartel fue colocado en propiedad privada, dentro de un espacio cercado y que en modo alguno fue instalado para ser utilizado como escalera ni autorizó su uso para treparse.

Vistos los argumentos del recurrente, debo señalar que el cartel de publicidad, individualmente considerado es un objeto inerte que, según las

particularidades que presente su construcción, instalación, o ambas, puede convertirlo en una cosa riesgosa. Esto fue lo que ocurrió con la estructura interviniente en el hecho en análisis.

Al respecto se ha dicho que: "...tratándose de cosas inertes, la carga de alegación y prueba del actor se ve en cierto modo agravada. Es que, tal como lo explica Juan Manuel Prevot, la doctrina mayoritaria entiende que tratándose de una cosa "móvil" (ascensores, automotores, trenes, etc...) incumbe a la víctima acreditar la intervención material de la misma, situación a partir de la cual se presume que esta ha sido activa y por consiguiente causal, correspondiendo al dueño o guardián, para liberarse, probar una causa ajena. En cambio, cuando se trata de una cosa "inerte" (escalera, el piso, el automóvil estacionado, etc...) se requiere dar cuenta, además de la intervención material de la cosa en el evento lesivo, de su rol activo, lo que a diferencia de las cosas en movimiento, no se presume sino que resulta de su posición o comportamiento anormal, cuando no de un defecto o anomalía (autor citado, "Daños causados por cosas inertes" (jurisprudencia agrupada), en L.L. Córdoba, año 2011, pág. 1043; del mismo autor "Cosas inertes y nexo causal", en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, febrero de 2008, pág. 6 y sig.; puede verse también a Sagarna, Fernando A., "El vicio, los riesgos recíprocos y el factor etiológico en la causación de perjuicios", en L.L. 1994-C-361; Mayo, Jorge A., "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", E.D., 170-997; Pizarro, "Algunas reflexiones en torno a los daños causados por cosas inertes", en L.L. Córdoba, 2006-1244). Es más, tal como lo aclaran Prevot y Pizarro en los trabajos citados, dentro del universo de las cosas inertes también pueden hacerse distinciones, ya que cuando la cosa inerte no presenta un grado de peligrosidad intrínseca o natural, es menester la alegación y prueba categórica de dicha riesgosity, lo que equivale a decir que el actor debe argumentar y demostrar en qué consiste ese riesgo, cómo opera, o lo que es igual, porqué la cosa inerte es riesgosa" (esta Sala, causa nº 5760, "López Osornio..." del 9/4/13 y demás precedentes allí citados).

En este contexto, en el caso de autos está acreditada la peligrosidad del cartel debido a su estructura de fácil escalamiento, la ausencia de un cerco perimetral completo que de manera eficaz evitara, o al menos dificultara el acceso al mismo, la falta de señales indicadoras de prohibición de acceso y, fundamentalmente, la colocación de la estructura violando las normas de seguridad reglamentarias relativas a la distancia que debe existir entre el borde superior del cartel y las líneas conductoras de electricidad.

Estos extremos han quedado debidamente acreditados en autos tanto con las fotografías de fs. 26 y 27 y publicaciones periódicas de fs. 20/23, como con la pericia electromecánica de fs. 358/363 y ampliaciones de fs. 368/369, 384/385 y 391/393.

Cabe agregar aquí, que también se encuentra probado que el predio donde se encontraba emplazado el cartel, era utilizado como lugar de juegos por los niños del barrio.

Por lo tanto, el más mínimo control tanto de la línea eléctrica como del cartel, hubiera advertido al concesionario del suministro eléctrico y al propietario del cartel respectivamente, de la posibilidad de que algún niño pudiera trepar por la estructura metálica, máxime teniendo en cuenta –como se dijo-, la facilidad de escalamiento que presentaba la misma, que la hacían atractiva como desafío para niños de la edad de Kevin.

De modo que no se necesita ser muy perspicaz para prever que la ubicación y características del cartel podían generar un accidente; tanto por el riesgo de electrocución (como ocurrió en el caso en análisis), como por el de caída desde la estructura metálica.

Estas observaciones, que en modo alguno pretenden anular o minimizar la incidencia de la conducta de la víctima en el acaecimiento del hecho, tienen como finalidad poner de relieve la peligrosidad que puede representar una cosa -aparentemente inocua observada en forma aislada-, cuando sus características de ubicación, estructura, requisitos de construcción, etc., son considerados en un contexto determinado.

No caben dudas entonces, que **el cartel de publicidad era una cosa riesgosa que jugó un rol activo en el siniestro ocurrido.**

Por lo demás, la distancia existente entre el lugar del hecho y el domicilio de la empresa propietaria del mencionado cartel (500 km), no puede sostenerse como argumento serio para justificar la falta de control sobre el mismo. De otro modo, –en gran cantidad de casos- la sola acreditación de este extremo se constituiría en causal excluyente de responsabilidad.

3) La culpa de la víctima:

Es el turno ahora de considerar la incidencia de la conducta de la víctima en la ocurrencia del hecho; factor de alta sensibilidad por tratarse de un menor y encontrarse –por ende- comprometido el deber de vigilancia de los padres.

Para comenzar el tratamiento de este aspecto, considero útil destacar como dato relevante, que al momento del accidente, Kevin estaba por cumplir 9 años de edad y que para los hechos ilícitos el discernimiento se adquiere a los 10 años (art. 921 C.C.).

Esta circunstancia reviste un verdadero interés práctico pues – como es obvio-, dicho sujeto no puede incurrir en culpa.

Al respecto, Bueres y Mayo –siguiendo a la doctrina que consideran mayoritaria-, destacan que el problema debe emplazarse en el plano causal, en el de la autoría, y no en el de la culpabilidad. Por ende –sostienen-, el sindicado como responsable debe demostrar, para eximirse de responsabilidad, el hecho que reúna los caracteres del caso fortuito con arreglo a los criterios de mérito de la causalidad adecuada (Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, “Menores Dañantes y Menores Dañados” (enfoque general), Revista de Derecho de Daños, “Menor dañino y menor dañado” 2002-2, Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 80).

Tal postura fue adoptada por esta Sala en la causa nº 52.964, “Ojuez...” del 2/7/09, donde también se aclaraba que cualquiera sea el criterio

(imprevisibilidad e inevitabilidad, autoría o relación causal) que se adopte para encuadrar el supuesto de concurrencia de riesgo creado con el accionar de las víctimas sin discernimiento, nada impide acudir a los deberes emergentes de la patria potestad como sustento normativo del déficit de cuidado y control derivados de ella (arts. 264, 265 y concordantes del C.C.; conf. Sala II, causa n° 42.469 “C.M.A...” del 26/6/01 y esta Sala, causa n° 48.678, “Mendiburu...” del 28/12/05).

Es que –al decir de López Mesa-, para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un hecho ilícito dañoso, resulta imprescindible que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un hombre o al hecho de una cosa (López Mesa, Marcelo J., “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada” LL 2013-D, 1167).

Como principio –sigue diciendo el autor mencionado con cita de autores extranjeros-, no son causa de un daño más que aquellos hechos que han sido necesarios para su producción; se trata de la exigencia de que el hecho del presunto responsable haya sido condición sine qua non del daño. Destaca además, que lo que se debe establecer es un nexo o ligamen de causalidad jurídica que es el único que satisface el requisito legal de causalidad adecuada dispuesto por el art. 906 del C.C.; ello sin dejar de mencionar que la causalidad material o física es la base de la causalidad jurídica puesto que sin la primera no puede predicarse la existencia de la segunda.

Explica López Mesa que a través de los conceptos de normalidad, de previsibilidad y de imputación, y aplicando las normas vigentes, la causalidad física es recortada, para hacer que finalmente el proceso de asignación causal, que se apoya en la previsibilidad del resultado dañoso al momento de actuar, produzca que la ley sólo haga responsable al agente o sujeto dañador hasta donde llegue el poder de su voluntad: es que si el daño era previsible, la conducta dañosa implica una aceptación, al menos mediata, de ese daño como voluntario y por eso se considera que existe adecuación causal de esa conducta del dañador o de su ausencia de cumplimiento del deber de garantizar la inocuidad de la cosa o servicio que de él depende, al resultado dañoso.

El mero contacto material o la coetaneidad temporal –agrega el autor en otro pasaje del artículo citado-, pueden hacer nacer una conjetura de causalidad, pero para que esa causalidad se transforme en jurídica, debe existir en el caso una adecuación del resultado a la incidencia causal de la cosa riesgosa interviniente y a la mecánica de los sucesos descriptos.

El sistema de causalidad adecuada, que adopta nuestro Código Civil (art. 906), no requiere proximidad, ni temporal ni espacial, entre la causa y el efecto. Interesa si un hecho es generador de un resultado; así será si es apto para producir la consecuencia dañosa (López Mesa, ob. cit).

Clarificando aún más la cuestión –de por sí compleja-, al abordar el tratamiento de la diferencia entre la causalidad científica y la jurídica, López Mesa citando a Le Tourneau destaca que el jurista estudia dos eventos

conocidos (el daño y el hecho generador alegado) y busca si, entre los dos, existe un nexo de probabilidad, nada más.

Concluyo con el autor que vengo siguiendo que la relación causal es aquel elemento del acto ilícito que vincula el daño directamente con el hecho dañoso e, indirectamente, con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva de responsabilidad, razón por la cual, como factor aglutinante que es, hace que el daño y el riesgo queden integrados en el acto que es fuente de la obligación de indemnización.

Analizada la conducta de la víctima en el mencionado contexto, advertimos que la misma tuvo significativa gravitación en la ocurrencia del hecho.

En efecto, el menor trepó el cartel de 6,10 mts. de altura, parándose en puntas de pie con el brazo derecho extendido en la forma indicada en la pericia electromecánica, lo que lo expuso al arco voltaico de la línea de media tensión que pasaba sobre la estructura en cuestión.

A ello debe sumarse la presencia en el lugar de la madre del menor, circunstancia que surge del relato de Kevin a la perito psicóloga (ver fs. 198 vta.), y de la respuesta a la repregunta tercera de la declaración testimonial (fs. 316) de la Sra. Marta Corina Benítez (testigo propuesto por la parte actora); testimonio por demás valioso toda vez que la testigo declaró haber estado presente en el lugar y haber visto lo ocurrido.

De modo que, además de la incidencia de la conducta del menor, el déficit en el deber de cuidado y control de la madre respecto de su hijo, contribuyó también en la causación del hecho, puesto que el mismo podría haberse evitado si la progenitora hubiera impedido el escalamiento del cartel por parte de su hijo Kevin.

Mas esa prevención requerida a la madre –bueno es aclararlo aquí–, en modo alguno se sustenta en conocimientos técnicos tales como el voltaje de la línea eléctrica o la existencia del arco voltaico que la rodea, que, por cierto, la mayoría de las personas no posee, sino que se apoya en una apreciación del más mínimo sentido común esperable de todo individuo capaz cualquiera sea su condición sociocultural, cual es, la representación del peligro dada por la altura del cartel (6,10 mt) y de las lesiones que pueden derivarse de una eventual caída desde dicha altura.

Por otra parte, el progenitor al cuidado de su hijo menor, no puede pasar por alto que la estructura metálica que sostiene el cartel de publicidad, no constituye un objeto asimilable a un juego de los denominados “trepadores” que existen en las plazas y espacios públicos de la ciudad, en los cuáles es común ver advertencias acerca de las edades de los niños que habilitan su uso.

Sin embargo, estos elementos –si bien importantes–, no resultan suficientes para eximir de responsabilidad en forma total a los codemandados, más si para atenuarla sensiblemente.

Arribo a esta conclusión luego de considerar que si bien la debida atención de la madre podría haber evitado el accidente, el mismo tampoco habría ocurrido si el cartel hubiera contado con adecuadas medidas de seguridad que

impidiesen su escalamiento y hubiera sido instalado respetando las distancias reglamentarias respecto de la línea de media tensión que pasaba sobre el mismo (ya instalada al tiempo del montaje de la estructura publicitaria); omisión también imputable a la empresa concesionaria del suministro eléctrico por incumplimiento del deber de seguridad al que me refiriera en el punto 2.

Estas consideraciones me llevan a compartir el criterio de distribución de responsabilidad entre actora y demandados adoptado por la magistrada de la anterior instancia.

4) Los rubros indemnizatorios y el “quantum” de los mismos:

Finalmente, habré de adentrarme en la consideración de los rubros indemnizatorios admitidos o denegados en la sentencia de grado y –en su caso-, los montos por los que prosperaron y que dieron lugar a diversos embates recursivos.

A.- Daño patrimonial:

Por este rubro se reclama: **el lucro cesante**, consistente en lo que dejó de percibir el padre de Kevin mientras este estuvo internado en la ciudad de Bs. As. (tiempo durante el cual quedó al cuidado de sus otros cuatro hijos), y durante los siguientes tres meses en que no encontró trabajo, estimando un ingreso mensual de \$ 2.000; y **daño material** por la suma de \$ 50.000 que debió pedir en préstamo a sus familiares y amigos para atender a las necesidades del hogar durante dicho lapso.

La jueza de la anterior instancia otorgó la suma de \$ 10.000 en base a presunciones (art. 163 CPCC) puesto que no encontró debidamente probados los extremos invocados por la accionante.

Este aspecto de la sentencia es recurrido por los codemandados por considerar que el reclamo no ha sido probado y –en su caso- por resultar elevado el monto concedido por el mismo.

El Código Civil define al lucro cesante como *“la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito”* y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial, al lado del “perjuicio efectivamente sufrido” o daño emergente (art. 1069).

Como es sabido, la procedencia de este rubro se asienta en un juicio de probabilidad, en una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso no de no haber tenido lugar el hecho dañoso (esta Sala in extenso en causa n° 53.322, “Larregina...” y sus acumuladas, del 22/10/09).

Ahora bien, para que ese juicio de probabilidad pueda llevarse a cabo, es necesario que la víctima (en el caso su progenitor por ser quien habría dejado de percibir los ingresos provenientes de su actividad como albañil) demuestre ciertos extremos fácticos, en cuyo defecto este daño no podrá ser resarcido (art. 375 del C.P.C.C. (esta Sala, causa n° 53.322, “Larregina...” y sus acumuladas, del 22.10.09.; Sala II, causa n° 45.685, “Colazo...”, del 11.09.03., entre otras).

En palabras de Zavala de González, debe acreditarse la aptitud productiva, su efectivo despliegue con anterioridad al hecho (la “actividad” rentable) y que la suspensión a raíz de las lesiones ha sido el germen eficiente de la pérdida de ingresos. Lo expuesto –aclara la prestigiosa autora- es sin perjuicio de que en ciertos casos este último nexo pueda presumirse en función de las circunstancias del caso, como ocurre si se trata de un trabajador independiente (sin cobertura laboral), que desarrollaba tareas de modo personal, no sustituible y con alguna habitualidad. En cuanto al monto de los ingresos, también es necesario su acreditación, en especial de los que se obtenían en una fecha próxima al hecho, aunque en defecto de prueba certera sobre el *quantum* es factible su estimación prudencial por el juez, según expresamente lo autoriza el art. 165 del C.P.C.C. (Zavala de González, “Resarcimiento...”, cit., T. 2A, pág. 309, esta Sala causa nº 53.758, “Rebollo...” del 3/2/10).

En este caso, tanto en la causa penal como en la civil **ni siquiera se intentó demostrar** la actividad del progenitor, la regularidad de la misma, los ingresos aproximados percibidos en los meses anteriores a la fecha del accidente de su hijo Kevin, que cesada la internación del menor y de regreso a su ciudad, su padre tuviere dificultades en conseguir trabajo, etc.; circunstancias cuya carga probatoria se encontraba en cabeza de la accionante por haberlas invocado (art. 375 del CPCC), máxime teniendo en cuenta que fueron desconocidas por los codemandados (fs. 58 vta., fs. 87 vta. y 97).

La orfandad probatoria de los aspectos indicados en el párrafo anterior, impide conceder por vía presuncional indemnización alguna, toda vez que las presunciones a que se refiere el art. 163 inc. 5º del CPCC deben fundarse en hechos reales y probados, y que por su número, precisión, gravedad y concordancia, puedan producir en el magistrado convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica; norma que se complementa con el art. 165 del mismo cuerpo legal que dispone que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, **siempre que su existencia esté legalmente comprobada**, aunque no resultare justificado su monto (el destacado me pertenece).

La misma suerte debe correr el reclamo del daño material antes individualizado, por no haberse acreditado elemento alguno que permita admitirlo.

Es de hacer notar aquí que los testigos ofrecidos por la parte actora, ni siquiera fueron preguntados por tales aspectos (actividad e ingresos del progenitor de Kevin y préstamos recibidos por la familia para afrontar las necesidades del hogar) y que la causa penal tampoco aporta prueba al respecto.

Por tales razones considero que deben admitirse los recursos de los codemandados, revocándose esta parcela de la sentencia de la anterior instancia.

B) Daño psicológico:

La Corte Nacional ha considerado que: "...cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas **en forma permanente**, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (el destacado me pertenece), (Fallos: 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847; causa M. 802.XXXV, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", del 6/3/07. En la misma dirección, esta Sala en la causa n° 50.427, "Basso...", del 12/04/07, cuya doctrina fue reiterada en las causas n° 51.028, "Sarachu...", del 20/09/2007, n° 52.544, "Echeverría...", del 29/04/09., n° 53.758, "Rebollo", del 3/2/10, n° 58.624, "Quintana..." del 11/9/14).

Con especial referencia al **daño psíquico**, esta Cámara, a través de sus dos Salas, ha seguido la postura que sostiene que el denominado "daño psicológico", no obstante su indisputable autonomía conceptual, no puede –en principio- verse como un rubro resarcitorio autónomo y distinto del daño moral y patrimonial, por lo que no constituye un tercer género (esta Sala, causas n° 49.261, "Oroquieta...", del 08.06.06; n° 49.607, "Otero...", del 07.09.06., n° 50.982, "Saez..." del 06.12.07.; n° 52.544, "Echeverría..." del 29.04.09., n° 53.514, "Romay...", del 18.11.09., n° 57753, "Medrano...", del 4.6.13, entre otras ; Sala II, causa n° 45.685, "Colazo...", del 11.09.03.; n° 47.844, "Villarreal...", del 24.02.05., n° 58.624, "Quintana..." del 11/9/14, entre otras). Esta ha sido, por lo demás, la postura adoptada por la S.C.B.A. (Ac. 77.461, "González...", del 13.11.02.), por un importante sector de la doctrina (véase a Galdós, Jorge M., "Daños a la persona", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año VII, N° 2, febrero de 2005), y ha sido ratificada –por mayoría- por la Comisión N° 2 de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en el mes de septiembre de 2007.

A la par del innegable interés dogmático que esta cuestión despierta, también tiene una no menos importante proyección práctica, ya que –al margen del costo del tratamiento psicológico, que naturalmente integra la partida de los daños patrimoniales- el **daño psíquico** que puede seguir padeciendo la persona luego de transcurrido el período de recuperación *también* debe tomarse en cuenta para cuantificar la indemnización a otorgar por la **incapacidad psicofísica**. Esta cuestión fue objeto de desarrollo por esta Sala en la causa n° 52.544, "Echeverría...", del 29.04.09., donde luego de recordarse el concepto amplio de incapacidad psicofísica que adoptara la C.S.J.N. en las causas "Camargo" y "Mosca", se hizo notar que en la segunda de ellas se tuvieron en cuenta las incapacidades físicas y psíquicas informadas por los peritajes médico-oftalmológico y psicológico, fijándose **un importe único** por este concepto. Lo propio se hizo en el precedente citado de esta Sala ("Echeverría...").

Sentado que –a excepción del supuesto mencionado anteriormente-, el daño psíquico no constituye un tercer género indemnizable, sino que se inscribe en el marco de los daños patrimonial y moral, veamos cuál es la situación que se plantea en autos.

En relación a este rubro, se han producido dos pruebas: la pericia psicológica y el informe del colegio al que asistía Kevin.

Tomando el informe del colegio al que asistía el menor, la magistrada de la anterior instancia desestima el reclamo lo cual es objetado por la actora al apelar dicho aspecto de la sentencia de grado.

Sin perjuicio de la contundencia del informe escolar de fs. 324, considero que la evaluación del establecimiento educativo, debe ser confrontada con las conclusiones de la perito psicóloga.

Al respecto debo señalar que –a diferencia de lo expresado por Coopelctric-, la experticia de fs. 198/200 vta. no se limita a reflejar el discurso del menor sino que lo somete a distintos test que allí se individualizan para luego, extraer del conjunto de esos elementos las conclusiones y respuesta a los puntos propuestos por las partes.

Observo también que la psicóloga invade indebidamente (fs. 200 respuesta al punto 2) la esfera de conocimiento de los magistrados, conducta que se desaconseja y que se exhorta a evitar en lo sucesivo, toda vez que predispone o alienta a los entrevistados (en el caso Kevin) a la obtención de un determinado resultado que no depende exclusivamente de la pericia psicológica (que alude a las consecuencias de un evento dañoso) sino también de una serie de elementos fácticos, técnicos y técnico jurídicos que exceden el marco de incumbencia de la perito psicóloga.

No obstante ello, la pericia psicológica de Kevin diagnostica que el menor padece de neurosis traumática y angustia y –sin determinar concretamente la existencia de afecciones psíquicas limitantes- aconseja tratamiento psicológico por el término de uno o dos años.

Teniendo en cuenta que la actividad escolar se desarrolla durante una pequeña fracción del día y constituye sólo un aspecto de la vida del menor, no puedo pasar por alto el resultado de la pericia en cuanto aconseja tratamiento psicológico para Kevin; tratamiento que –evaluando en forma completa el informe pericial y la amplitud que el mismo exhibe-, considero adecuado admitir por la suma de \$ 7.000 (pesos siete mil) como integrante del daño patrimonial, sin perjuicio de las consideraciones que se efectuarán al tratarse los agravios referidos al daño moral.

En lo que respecta al reclamo efectuado por el mismo rubro por la madre de Kevin, entiendo que no cabe acceder a la misma conclusión, toda vez que en su caso, el informe pericial es aún menos consistente sin especificar patología alguna, y la posibilidad de tratamiento psicológico como su duración están referidos de manera meramente potencial, lo que denota la inexistencia de daño concreto susceptible de ser reparado.

Por lo tanto, en lo que a este rubro concierne, el recurso de la actora prospera –por el monto antes indicado- para Kevin y se desestima respecto de su madre.

C) Daño estético:

Tiene dicho este Tribunal a través de sus dos Salas que el daño estético no constituye un tercer género diferente del daño extrapatrimonial y del material (arts. 1066, 1067, 1068, 1069, 1078, 1079, 1083, 1084, 1086 y ccs. del C.C.), por lo que no corresponde resarcirlo en forma autónoma, particularizada e independiente del daño moral o del daño patrimonial (Sala II, causas, n° 52421, “Vegetti...” del 5/11/08, n° 52992, “Comes Dumoulin...” del 6/8/09, esta Sala doct. causas n° 50982, “Saez...” del 6/12/07; n° 55154, “Moreno...” del 4/11/14, entre otras).

En el caso de autos, y teniendo en cuenta la inexistencia de incapacidad dictaminada por el Dr. Soriani al momento de su evaluación, donde determina que la única secuela se encuentra en la planta del pie derecho que requeriría una pequeña corrección estética y funcional, el mismo será ponderado al tratar el daño moral.

C) Daño moral:

En torno al daño moral, la Corte Nacional en el citado precedente “Mosca”, dijo: “...Que resulta procedente el reclamo de daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume la lesión por la índole de la agresión padecida, la inevitable lesión de los sentimientos del demandante. A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847)”.

La Suprema Corte provincial ha desarrollado la tesis de que el **daño moral** es “*todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y como tal debe ser indemnizado*” (S.C.B.A. L58812, 25/3/97, “Obregón”, D.J.B.A. 152, 274-284; L65757, 23/2/2000, “Villagrán”, D.J.B.A., 158, 85; L68063, 21/6/2000, “Montovio”). Más explícitamente, “*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 Cámara, Sala II, causas n° 45.193, sent. del 25-2-03, “Santillán”, voto del Dr. Galdós, y n° 45.685, sent. del 11-9-03, “Colazo”, voto del Dr. Peralta Reyes; esta Sala, causas n° 51.028, “Sarachu...”, del 20.09.07., n°

50.982, “Saez...”, del 06.12.07., n° 52.167, “Sánchez...”, del 15.04.09., n° 53.758, “Rebollo...”, del 03.02.10, n° 58.624, “Quintana...” del 11/9/14, entre otras).

Conceptualizado de esta manera, su admisibilidad - que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y su titularidad- conlleva a que su determinación se efectúe precisamente atendiendo a todos los padecimientos y aflicciones que las lesiones presumiblemente pudieron haber provocado en el estado anímico y en la vida de relación de la víctima (esta Sala, causas n° 50.427, “Basso...”, del 12.04.07., n° 51.028, “Sarachu...”, del 20.09.07., n° 50.982, “Saez...”, del 06.12.07., n° 52.167, “Sánchez...”, del 15.04.09, n° 53.758, “Rebollo...”, del 03.02.10, n° 58.624, “Quintana...” del 11/9/14, entre otras).

Por tales consideraciones considero que corresponde elevar a la suma de \$ **90.000** (pesos noventa mil) el daño moral sufrido por Kevin, abarcativo tanto de los padecimientos derivados de su atención médica, como de la incidencia psicológica del hecho ocurrido, y de la lesión estética que surge de la pericia médica de fs. 242/244.

En cuanto al agravio planteado por los progenitores, respecto a la omisión incurrida en la anterior instancia de concederles un monto indemnizatorio por este rubro, cabe señalar que la cita al art. 1078 del C.C. efectuada por la magistrada en sus considerandos, podría significar un rechazo implícito de tal pretensión; sin embargo, y aún cuando se considerare que el tratamiento de la cuestión ha sido omitida, debo señalar aquí que la norma mencionada, sólo otorga legitimación activa para reclamar por daño moral a la víctima del hecho, extendiéndola a sus herederos forzosos sólo en caso de fallecimiento de aquella –situación afortunadamente no ocurrida en el caso en análisis-.

De modo que corresponde confirmar ese aspecto del decisorio recurrido, no sin antes destacar que en el caso concreto no ha sido objetada la constitucionalidad de la aludida norma.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Dres. **Comparato** y **Louge Emiliozzi**, **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente**.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez Dr. **Bagú**, dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo:

I.- Confirmar por las razones expuestas el fallo de primera instancia en torno a la atribución de responsabilidad.

II.- Admitir parcialmente los recursos de los codemandados, revocándose la parcela de la sentencia de la anterior instancia en cuanto admite el reclamo por lucro cesante efectuado por la parte actora.

III.- Admitir parcialmente el recurso de la actora respecto del daño psicológico que por la suma de \$ **7.000** (pesos siete mil) prospera respecto de Kevin como integrante del daño patrimonial, y se desestima respecto de su madre.

IV.- Admitir en forma parcial el recurso de la actora respecto del daño moral, el que se eleva a la suma de **\$ 90.000** (pesos noventa mil) respecto de Kevin, confirmándose el rechazo de la pretensión efectuada respecto de sus progenitores (Soledad Lorena Silguero y Gustavo Daniel Díaz).

V.- A las sumas indicadas habrá de aplicarse el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada parte y adicionarse los intereses dispuestos en la sentencia de grado.

VI.- Los importes correspondientes al menor deberán ser depositados en autos.

VII.- Hacer extensiva en forma solidaria a Nativa Compañía Argentina de Seguros S.A. la condena dispuesta contra Coopelectric, con los límites de cobertura que pudieren corresponder.

VIII.- En materia de costas, y en atención a lo prescripto por el art. 274 del CPCC, en cuanto a que cuando la sentencia fuere revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, el tribunal adecuará las mismas al contenido de su pronunciamiento, aunque no hubiesen sido materia de apelación, corresponde aplicar la doctrina legal vigente que dispone que sólo cuando algunos rubros prosperan –aunque sea parcialmente-, y otros son íntegramente desestimados, las costas deben distribirse en los términos del art. 71 del C.P.C.C. (Excma. S.C.B.A. en causas Ac. 78.451, “Carquen S.A...” del 29.10.03., Ac. 85.695, “Rendichi...”, del 10.11.04., C. 93.236, “Cáceres...”, del 26.09.07.; C. 100.646, “Sánchez”, del 07.10.2009; C. 96.859, “Banco de la Provincia de Buenos Aires” del 02.12.2009; C. 104.484, “Sánchez”, del 16.12.2009; doctrina seguida por esta Sala en causas n° 52.008, “Dirazar...”, del 25.09.08.; n° 52.016, “H.J. Navas y Cía. S.A...”, del 29.10.08.; n° 52.301, “Mascetti...”, del 26.11.08.; n° 52.365, “Rivera...”, del 11.12.08.; n° 52.328, “Cooperativa...”, del 23.12.08.; n° 52.590, “Girbent...”, del 11.03.09.; n° 53.830, “Augelli”, del 24.02.11.; n° 54.908, “Vidaguren”, del 07.07.11.; n° 55.098, “Volonté”, del 15.07.11.; n° 55193, “Sucesores de Abdala”, del 25.08.11.; n° 55395, “Gordillo de Fernández...” del 13.09.11.; n° 47.650, “Transportes” del 18.10.11.; n° 56.079, “Moreira” del 17.04.12., entre otras).

Aplicando estos principios al caso de autos, y teniendo en cuenta que - aunque de manera parcial- ha prosperado la totalidad de los rubros reclamados, **corresponde imponer a los codemandados las costas de primera instancia en un 75% a cargo de Martín Publicidad, y en el 25% restante a cargo de Coopelectric.**

En lo que respecta a las costas de Alzada, siendo que ha de estarse al resultado del recurso (S.C.B.A., C. 89.530 “Díaz...” del 25/2/09; esta Sala, causa n° 53223 “Orella...” del 21/8/09), estimo equitativo imponerlas en el orden causado (art. 71 CPCC).

Ello así teniendo en cuenta que tanto la parte actora como los codemandados han resultado parcialmente gananciosos en sus embates recursivos.

IX.- Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 del Dec. Ley 8904/77.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces Dres. **Comparato** y **Louge Emiliozzi**, **adhirieron** por los mismos fundamentos **al voto precedente.-**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC.; **se Resuelve:** **I.-** Confirmar por las razones expuestas el fallo de primera instancia en torno a la atribución de responsabilidad; **II.-** Admitir parcialmente los recursos de los codemandados, revocándose la parcela de la sentencia de la anterior instancia en cuanto admite el reclamo por lucro cesante efectuado por la parte actora; **III.-** Admitir parcialmente el recurso de la actora respecto del daño psicológico que por la suma de **\$ 7.000** (pesos siete mil) prospera respecto de Kevin como integrante del daño patrimonial, y se desestima respecto de su madre; **IV.-** Admitir en forma parcial el recurso de la actora respecto del daño moral, el que se eleva a la suma de **\$ 90.000** (pesos noventa mil) respecto de Kevin, confirmándose el rechazo de la pretensión efectuada respecto de sus progenitores (Soledad Lorena Silguero y Gustavo Daniel Díaz); **V.-** A las sumas indicadas habrá de aplicarse el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada parte y adicionarse los intereses dispuestos en la sentencia de grado; **VI.-** Los importes correspondientes al menor deberán ser depositados en autos; **VII.-** Hacer extensiva en forma solidaria a Nativa Compañía Argentina de Seguros S.A. la condena dispuesta contra Coopelectric, con los límites de cobertura que pudieren corresponder; **VIII.-** Imponer a los codemandados las costas de primera instancia en un 75% a cargo de Martín Publicidad, y en el 25% restante a cargo de Coopelectric, y las de Alzada en el orden causado; **IX)** Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 del Dec. Ley 8904/77. **Notifíquese y devuélvase.**