

Causa nº: 2-60647-2015

"ESPIL MARIA INES Y OTRO/AC/ APILAR SA Y OTRO/A S/DAÑOS Y PERJ. ESTADO (USO AUTOM. S/LESIONES) "

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 1 - TANDIL

Sentencia Registro nº: Folio:

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

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

-CUESTIONES-

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

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

-VOTACION-

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

I.- 1.- El 13 de Enero de 2011 el Sr. Ángel Matías Correa, de 31 años, falleció ahogado en la cantera inundada conocida como la "Cava de Cerro Leones", en Tandil, en ocasión en que se bañaba en ese lugar en compañía de otros jóvenes. A raíz del hecho su conviviente, María Inés Espil, y su hija menor Paloma Abril Correa y su otro hijo, Rodrigo

Ariel Correa (representado por su madre Verónica Noemí Sosa) promovieron demanda resarcitoria contra Apilar S.A. en su condición de dueña del inmueble. Sustanciado el proceso, la sentencia de Primera Instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la accionada a pagar la suma total de \$ 600.000 en concepto de daños patrimoniales y morales. El pronunciamiento decidió que medió responsabilidad compartida y atribuyó el 75% a la demandada condenándola a pagar los rubros siguientes: \$ 150.000 para la conviviente estimados por el total del daño patrimonial derivado del fallecimiento; \$ 125.000 por idéntico concepto para cada uno de sus hijos; \$ 100.000 por daño moral para cada hijo y rechazó, por falta de prueba, el daño moral de la conviviente; también consideró que el reclamo por daño psicológico de cada hijo estaba comprendido en el monto fijado por daño moral o no patrimonial. La sentencia fue objeto de un pedido de aclaratoria en cuanto los montos mandados pagar y ante ello el Sr. Juez de Grado indicó que el total admitido (por el 100% de responsabilidad) asciende a \$ 600.000, suma de la que corresponde abonar el porcentaje del 75% por el que prosperó la pretensión. En definitiva, pese a que el actor recurrente en oportunidad de solicitar la aclaratoria de la sentencia entendió que el monto efectivo de condena y por el porcentaje de admisión de la demanda era de \$ 500.000 (y no \$ 600.000) y siendo que el fallo aclaró solo ese monto total (\$ 600.000) y se remitió al porcentaje del 75 % de esa suma omitiendo indicar de modo expreso la cifra final, cabe concluir que el monto condenado a pagar a Apilar S.A. asciende a \$ 450.000.

La sentencia de grado entendió que estaba acreditado que Ángel Matías Correa murió ahogado por un paro cardiorrespiratorio traumático a consecuencia de asfixia por inmersión, mientras se bañaba en una cava inundada propiedad de la demandada Apilar S.A., y también tuvo por probados los vínculos filiatorios alegados y la configuración de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil. Ello así sobre la base de las fotocopias certificadas de la causa penal caratulada "Correa, Ángel M. s/ averiguación de causales de muerte" (expediente n° 131/11 en trámite ante la UFI n° 12 de Tandil), particularmente del acta de inspección ocular que indica que en el ingreso del predio existía una tranquera con llave y había un cartel que decía "Prohibido Pasar-Propiedad Privada" y de las declaraciones testimoniales de Héctor Oscar Zampieri que relató que fueron a pegarse un chapuzón con

Correa y con Ezequiel Alonso y que ingresaron al inmueble sin inconvenientes. El pronunciamiento de grado también consideró que es de público y notorio conocimiento que las cavas inundadas se utilizan socialmente como balnearios, lo que surge de la consulta de varias páginas web y de facebook que mencionó, e incluso de algunas notas periodísticas que reflejan estudios efectuados por la Universidad Nacional de La Plata que explican la dificultad que representa para los bañistas el piso de arcilla de esos espejos de agua. Sobre la base de algunas de esas notas periodísticas existentes en los diarios de Tandil, y recogidas oficiosamente de la web, concluyó que es de público y notorio conocimiento que la Cantera de Cerro Leones se ha convertido en un balneario clandestino, por lo que reviste la condición de cosa riesgosa en los términos del art. 1113 CC. Tras ello y si bien tuvo en cuenta que existía un cartel prohibiendo el ingreso y había una tranquera con llave que impedía el acceso al predio por el camino principal, puso el foco en el carácter de cosa marcadamente riesgosa que exhibe la cava con agua (en realidad se trata de dos cavas) y en que resulta muy fácil y sencillo ingresar a la propiedad, por lo que sostuvo que en la práctica y para la comunidad existe una apariencia de balneario, generándose en la víctima y en terceros una representación errónea del carácter del lugar y de su seguridad. Luego ponderó los dichos del testigo Nicolás E. Alonso que cuenta que era habitual la concurrencia a la cava a bañarse, además de otras declaraciones testimoniales coincidentes en el sentido de que otras personas concurrían asiduamente. Ello sustentó la conclusión argumental: la cantera abandonada funciona como un "balneario clandestino" y se trata de una cosa riesgosa que amerita que el dueño tome recaudos mínimos para desalentar o dificultar su acceso, los que fueron omitidos adoptar. Concluyó que no se demostró que la accionada adoptó medidas de seguridad en cantidad y calidad adecuadas para impedir el ingreso al balneario clandestino, especialmente en épocas estivales en las que es visitado con asiduidad por vecinos del lugar. Para ello se detiene en las declaraciones de Alonso quién explicó que los alambrados del predio eran muy defectuosos, y "en parte tenían y en parte no". Luego la sentencia dice textualmente que "puede concluirse (en) el ... estado de abandono de la cantera, encontrándose la misma privada de los cuidados necesarios ante las posibilidades de generación de daños que por sus propias cualidades o por su misma conformación las excavaciones encerraban (art. 902 del Cód. Civ.). Todo titular del derecho

de dominio posee además de un plexo amplio de derechos, obligaciones y deberes. Es obligación de todo propietario conservar y mantener la cosa sobre la que recae su señorío. Más aún sabiendo que decenas de personas concurren verano a verano a las cavas inundadas. La concurrencia asidua de personas al lugar aumenta el riesgo y la potencialidad dañosa. Sin embargo, no obra en autos acciones por parte del responsable propietario tendientes a minimizar los potenciales riesgos" (sic. fs. 373). Finalmente el fallo argumentó que "teniendo en cuenta los hechos y el contexto en el cual se desencadenaron los hechos, a sabiendas que resulta de público y notorio que la cava inundada en cuestión se ha convertido en un 'balneario clandestino' y que el hecho de la concurrencia masiva al mismo en épocas estivales desde hace larga data puede haber creado también y paradójicamente la creencia en las personas que concurren de una cierta "legitimidad" para ello, llevo a la convicción de que corresponde en este caso distribuir las responsabilidades, atribuyendo las mismas a Apilar S.A.. en un 75% y a la víctima Ángel Matías Correa en el otro 25 % -por entender que aún mínimamente y a todas luces insuficiente, habría algún cartel y alguna inscripción que alertara sobre la propiedad privada y la prohibición de bañarse" (sic., fs. citada). Determinada la responsabilidad civil de la accionada en el porcentual señalado, la sentencia se abocó a los daños resarcibles comenzando con el daño patrimonial reclamado por la conviviente María Inés Espil. Así confirió la suma total de \$ 150.000 como daño patrimonial por valor vida y como damnificada indirecta, sobre la base del art. 1079 CC, ya que el fallecimiento de su compañero la privó de la asistencia material que le brindaba. Del informe agregado surge que Acosta trabajaba en la Metalúrgica Egea S.A. y percibía en diciembre de 2010 la suma de \$ 2408. De ese modo y en función del art 165 CPC fijó \$ 150.000 por ese concepto. Luego, considerando que el causante asistía a sus dos hijos menores (uno de ellos hijo de su conviviente y el otro fruto de otra relación anterior) con esos mismos parámetros otorgó \$ 125.000 para cada uno de los hijos. En lo relativo al daño moral desestimó la pretensión deducida por la conviviente porque se trata de un daño que debe ser acreditado y la actora no padece de stress postraumático por lo que no existe duelo patológico. En cambio y para los hijos, partiendo de la presunción de daño moral derivada del fallecimiento del padre y teniendo en consideración la corta edad de los dos niños, fijó la suma de \$ 100.000 para cada uno. Finalmente en lo relativo al daño psicológico

y a la necesidad de asistencia terapéutica, que no constituye un daño autónomo y que no se acreditó la existencia de una patología o enfermedad, lo consideró incluido en el monto ya conferido en concepto de daño moral.

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

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

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

3.- La actora en su pieza impugnativa vierte dos agravios: uno vinculado con la distribución de responsabilidad en el hecho dañoso y otro relativo al rechazo del daño moral de la conviviente por falta de prueba. En lo tocante al primero, manifiesta que la sentencia se equivoca en asignar un 25% de culpa a la víctima porque de los testimonios de Juan Santiago A. Décima y de Nicolás Alonso se desprende claramente que las cavas inundadas de Cerro Leones se encuentran abandonadas desde hace muchos años, con alambrados en mal estado o inexistentes, aclarando los testigos que mientras se bañaban con la víctima no fueron alertados por ninguna persona ni acerca de la peligrosidad del lugar ni sobre la prohibición de bañarse. Luego pone mucho énfasis en destacar que no media responsabilidad de ninguna especie en Correa ya que está muy difundido el uso de la cava inundada como balneario y se trata de una situación sistemática que se produce en Tandil todos los veranos, lo que es conocido por los dueños del inmueble y por las autoridades que no adoptan ninguna medida, lo que incluso subsiste luego del hecho dañoso. Reitera la insuficiencia de cartelería adecuada para prevenir y disuadir al público visitante y la ausencia de interés para evitar que un predio privado se constituya en un lugar privado con acceso público, destacando que el viejo y arrumbado cartel que dice "Prohibido pasar. Propiedad privada" data de la época en la que se explotaba la cantera. Continúa manifestando que la accionada a sabiendas consintió (y lo sigue haciendo) la utilización

sistemática de las cavas como balneario o pileta de acceso a numeroso público. También se refiere al desinterés de la demandada en "frenar el ingreso de ocasionales bañistas" a los espejos de agua y a las publicaciones periodísticas que se pueden encontrar en la web vinculadas al público que se baña habitualmente en las canteras inundadas de Cerro Leones y a su atractivo turístico y recreacional. Tras ello menciona y transcribe tres publicaciones pertenecientes al diario Hoy de Tandil de fecha 18 de Diciembre de 2013, al artículo editado en La Voz de Tandil del 13 de Enero de 2009 y en El Eco de Tandil del 6 de Diciembre de 2014, todos los que son coincidentes en el generalizado uso del inmueble como balneario, no obstante resultar una propiedad privada y en puntualizar que constituye un lugar peligroso. El restante agravio de la actora versa sobre el rechazo del daño moral de la conviviente. Sostiene que se trata de un daño que -contrariamente a lo decidido por la sentencia- no requiere prueba, la que surge de la propia índole de la lesión y de sus circunstancias, y que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 CC. Luego se detiene en el concepto mismo de daño moral, en la innecesariedad de su prueba para la concubina, en el error del fallo de rechazarlo porque la prueba pericial psicológica concluyó que la actora no sufre de un duelo patológico, en función de todo lo cual sostiene que es procedente el reclamo de la coactora por el daño no patrimonial padecido.

4.- La demandada se queja de tres aspectos del fallo: "la incorrecta aplicación de los arts. 1111 y 1113 CC; la arbitraria valoración de los hechos y de la prueba y la improcedencia, desproporción y pedido de rectificación del monto de condena". La primera impugnación afirma que en el caso medió culpa de la víctima, persona hábil y mayor de edad, que cometió un acto ilícito al ingresar a una propiedad privada, dándole un uso irregular ya que usó como piscina un espejo de agua ubicado en el interior de la cantera. El segundo agravio, el atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba y en la apreciación de los hechos, involucra varias cuestiones: no procede que el juez utilice como prueba oficiosa información publicada en las páginas web, máxime que una de ellas es una cuenta de facebook anónima y de contenido político. Además se tuvo en cuenta una nota que se refiere a las características de las cavas en la zona de La Plata lo que no tiene nada que ver con las cavas de Cerro Leones de Tandil. Más adelante sostiene que la conclusión del juez de que es de público conocimiento que el lugar constituye un balneario clandestino

asiduamente visitado no surge del expediente sino por elementos obtenidos fuera del proceso. Luego menciona la prueba de la existencia de medidas de seguridad que se desprenden de la causa penal: la policía para poder ingresar al predio debió dirigirse al domicilio del cuidador para buscar las llaves del candado de la tranquera; los intrusos ingresaron a una propiedad privada, el testigo Del Rio, quién tenía las llaves del predio, manifiesta que Zampieri (compañero de baño y cuñado de la víctima) declaró en autos y en sede penal que las autoridades policiales y los bomberos buscaron la llave del candado para trasladar a Correa. También en la causa penal a fs. 44 y 269 una fotografía muestra el cartel de "Prohibido bañarse". Por consiguiente controvierte la conclusión del fallo acerca del carácter de balneario clandestino del lugar y la omisión que se le atribuye a la demandada de tomar medidas de seguridad, advertencia y señalización. Por lo demás afirma que tampoco se consideró que Correa no estaba en condiciones físicas de afrontar nadando el cruce de la cava. Agrega más adelante otras consideraciones y, en lo esencial, concluye afirmando que el siniestro se produjo de modo exclusivo por la culpa de la víctima que se metió en una propiedad privada y que le dio al predio un uso distinto, en contra de la voluntad de su dueño. El tercer y último agravio se titula la "Imprudencia, desproporción y pedido de rectificación en la redacción del monto de condena" y en él se cuestionan los rubros resarcibles y sus montos. Con relación al daño patrimonial por la muerte del causante sostiene que no se encuentra probada la relación estable del damnificado con María Inés Espil, pues si bien reconoce la convivencia aduce que no se acreditó que fuera estable y permanente, máxime que Correa tenía otro hijo menor de edad fruto de otra relación. Luego cuestiona la cuantía del resarcimiento, que considera alto atendiendo al ingreso de \$ 2408 de Correa y a que hacía solo siete meses que trabajaba en la metalúrgica Egea S.A. por lo que es dudosa su continuidad laboral y que la coactora trabaja en el servicio doméstico. También reputa excesivos los montos otorgados a los hijos porque se trataba de una familia humilde, lo que se desprende de la promoción del incidente del beneficio de litigar sin gastos, y que es previsible que al adquirir la mayoría de edad los hijos tengan sus propios trabajos para sostenerse económicamente. Tras ello embate contra el monto por daño moral de cada hijo teniendo en cuenta que el informe psicológico de la menor Paloma Correa es favorable. Concluye efectuando consideraciones acerca de la

falta de precisión en la sentencia del monto de condena ya que el 75% del total de las sumas asciende a \$ 450.000, lo que el fallo de grado omitió aclarar, solicitando se tenga presente esta cuestión.

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

II.- 1.- Anticipo mi opinión en el sentido de que procede hacer lugar parcialmente al agravio de cada recurrente, acogiendo la queja de la demandada y distribuyendo en el 50% para cada parte la participación causal en el fallecimiento de la víctima, receptando también la queja de la actora acerca de la procedencia del daño moral de la conviviente María Inés Espil. Finalmente habré de propiciar el dictado de un mandato preventivo, todo en el emplazamiento normativo del Código Civil derogado, vigente al momento de los hechos, ya que la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial actual, en la interpretación que resulta de su art. 7 CCCN, impone para juzgar los presupuestos de la responsabilidad civil acudir a la ley que regía en el momento constitutivo de la relación jurídica, sin perjuicio de la cuantificación que debe hacerse conforme la ley vigente en el momento de la sentencia, y de la ponderación de las nuevas regulaciones normativas sobre la prevención del daño (arts. 1710, 1711, 1712 y concs. CCCN) que constituyen doctrina interpretativa del régimen derogado (conf. "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 2015-F, 867).

2.- En autos se discute la responsabilidad de la demandada como dueña del predio, considerado riesgoso, en los términos del art. 1113 CC (similar al actual 1757 CCCN) en el que falleció ahogado el joven Ángel Matías Correa, mientras se bañaba, junto a unos amigos, en una de las cavas inundada del Cerro Leones de Tandil, conocida como la Cava de Cerro Leones. Se atribuye responsabilidad objetiva a Apilar S.A. como dueña del inmueble en el que funcionó hace muchos años una cantera, y que al cesar su explotación comercial las depresiones, pozos o cavas que quedaron en el lugar como consecuencia de la extracción de material se llenaron de agua convirtiéndose en una suerte de laguna o espejo de agua

emplazado en medio de las sierras (conf. fotos glosadas a fs. 21 y 22 de la causa penal caratulada "Correa, Ángel M. s/ averiguación de causales de muerte" -expediente n° 131/11 en trámite ante la UFI n° 12 de Tandil-). Destaco, de paso, que esa causa que concluyó con el archivo de las actuaciones por no comprobarse la comisión de ningún delito, fue requerida por el Tribunal como medida para mejor proveer toda vez que las piezas fotocopiadas de las fotos del lugar no permitían apreciar claramente las características y morfología del lugar (precisamente por ser fotocopias en blanco y negro de fotos color).

De los hechos relevantes para decidir no se encuentra en discusión que la laguna formada en la cava (en realidad, son dos cavas pero el causante falleció en la que los bañistas denominan cava principal o cava más grande) corresponde a un inmueble privado propiedad de la demandada. Tampoco puede dudarse que las características del suelo y del terreno, con vegetación y dos espejos de agua, sumado a la amplia y dilatada superficie del predio (como se desprende de las fotos de la causa penal) ponen de relieve su extensión total y las dificultades para su deslinde. Igualmente no es materia de disputa que Correa se ahogó mientras se bañaba en una de las dos cavas (arts. 384 y 456 CPC; arts. 901, 902, 906 y concs. CC).

La imputación de responsabilidad objetiva que la actora le formula a la accionada radica que en su condición jurídica de propietaria de la cosa riesgosa (el inmueble cuyos pozos o depresiones como consecuencia de su explotación minera se convirtieron en espejos o lagunas por la acumulación de agua) omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas y adecuadas para impedir el ingreso al predio, considerando insuficientes las existentes. Al promover la demanda sostuvo que la cava era frecuentada sin inconvenientes por los vecinos del lugar quienes iban a bañarse a la laguna formada en la cantera, destacando "la ausencia de trabas u obstáculos que les impidieran el acceso", que Correa y sus amigos ingresaron "por una zona donde no existe alambrado o cerco perimetral, ni indicadores o carteles de advertencia de peligro ni señalización alguna". También manifestó que no "existe medida restrictiva de seguridad o prevención para evitar el ingreso o advertir del peligro entrañado por el uso de los espejos de agua formados en la cantera abandonada" alegando que la "tranquera principal de acceso al predio permanece abierta todo el año "y que no

existe en el lugar sereno o personal de seguridad". Más adelante sostuvo que "la ausencia de cercado perimetral, cerramiento y/o señalización de advertencia sobre el peligro entrañado por el sitio, que no cuenta con personal de socorro ni de seguridad. Todo ello induce a pensar a las personas que frecuentan el lugar, conforme a las reglas de la experiencia cotidiana, que no existen riesgos implicados por el uso con fines deportivos y de esparcimiento de los espejos de agua. La responsabilidad de la demandada -concluyó- se funda en la omisión de las diligencias debidas" (sic., fs. 68 y vta.).

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

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

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

Está acreditado, como lo aduce la demandada al expresar agravios, que el inmueble en la entrada principal tiene una tranquera y que, contrariamente a lo sostenido por la actora, estaba cerrada con candado, lo que -empero- no incluye al resto del extenso inmueble que no tiene un adecuado y mínimo sistema de advertencia mediante señalamiento, carteles o cerramiento con alambrados o con cualquier otro material.

En el acta que da lugar al inicio de la instrucción policial el oficial actuante manifiesta textualmente que "nos comisionan para constituirnos en la cava ubicada en Cerro Leones donde existen dos lagunas en una de las cuales una persona de sexo masculino se

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

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

"Prohibido bañarse" que es muy precario y está escrito sobre la roca (arts. 384 C.P.C. y 906 CC).

En sentido coincidente los testigos, especialmente los amigos de Correa que declararon en el expediente penal y en autos, se pronunciaron acerca de la ausencia de dificultad para ingresar a la cava, a la existencia de otras personas en el lugar, y al estado de abandono del alambrado. Así, Héctor Oscar Zampieri, relata que fue a bañarse con Matías Correa (entiendo que en alusión a la víctima Ángel Matías Correa), con Oscar, Gastón y Rodrigo Correa y Ezequiel Alonso (fs. 8/9 causa penal). Si bien las declaraciones de los testigos Nicolás Ezequiel Alonso y Juan S. A. Decima no abundaron acerca de las características de la vía principal de ingreso ya que no fueron preguntados con detalle acerca del modo en que entraron al predio, lo cierto y decisivo es que del contexto total de sus dichos se infiere con nitidez la ausencia de medidas de seguridad, alerta o señalamiento que advirtieran acerca de la prohibición de acceso a una propiedad privada peligrosa. Acoto que al deponer en autos dibujaron, a requerimiento del juez, un croquis del lugar. Alonso manifestó que "nosotros entramos por otro lado" (no por la entrada principal) y cuando Decima fue preguntado si en el acceso existían carteles de advertencias o propiedad privada o prohibido el ingreso contestó que "... por la entrada que entramos nosotros, no. Es una calle que se mete dentro de la cantera, se choca con un tranquerón que habitualmente estaba abierto. Aclara que lo sabe porque había gente conocida del dicente que iba habitualmente" (sic., fs. 212). En lo sustancial coincidieron en que la cantera está abandonada desde hace tiempo, muchos vecinos del barrio Cerro Leones van a bañarse al lugar (Alonso contó que en la primera cava además de ellos había cuatro chicos más y en la segunda cava una pareja), que "si mal no recuerda cuatro años atrás había un local o kiosco de expendio de bebidas y comida", que el lugar "tiene alambrados en parte si y en parte no" y que "si mal no recuerda le parece que existen uno o dos carteles frente al bar de Cerro Leones" (sic., fs. 212/213; arts. 384 y 456 CPC). También manifestó Alonso que "nosotros entramos por otro lado, no entramos por la cantera" "más delante de lo que era la entrada" (repregunta 28) y describe la entrada principal como "... una entrada de camino de piedra con una ese, me parece que había como subiendo a la laguna hecha con la misma cantera y otra laguna atrás. Eran dos cavas ..." (sic., fs. 207 vta.).

Recapitulando: la reconstrucción de las características del predio y de su peligrosidad como de la inidoneidad de las medidas resultan de la valoración en conjunto, conforme las reglas de la sana crítica, de las fotos agregadas en la causa penal, la constatación auténtica que realizaron los funcionarios policiales intervinientes, y la prueba testimonial rendida en autos, lo que conforma un plexo probatorio corroborante de la presunción de verdad que emana de la rebeldía de la accionada (arts. 59, 60, 384, 456 y concs. CPC; arts. 979 y 906 CC). Empero, no advierto obstáculo procesal en integrar y ratificar ese plexo probatorio con la eficacia coadyuvante que corresponde asignar a la información periodística de algunos medios de Tandil, obrante en las versiones o ediciones digitales de esos diarios, y a la que el Juez de grado acudió complementariamente para fundar su conclusión de que se trata de un hecho notorio en la comunidad de Tandil que el paraje constituye, sobre todo en el verano, una especie de balneario clandestino, dado su uso asiduo y clandestino como lugar de recreación y esparcimiento (arts. 375, 376, 384 y 456 y concs. CPC). El tema requiere de algunas precisiones.

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

Para dilucidar el punto acerca de los medios de prueba, y conforme está planteada en autos la cuestión, soy de la opinión que cabe conferir valor probatorio corroborante al contenido de cierto material obrante en Internet, circunscripto aquí al que corresponde a la publicación periodística existente en soporte o versión digital de los diarios zonales, lo que ostenta valor probatorio coadyuvante de lo que en Primera Instancia consideró un hecho notorio para la comunidad de Tandil: el uso de la laguna como balneario. Por ello, y atendiendo al agravio, no tendré en cuenta los datos que surgen de una cuenta anónima de Facebook ni el informe de una Universidad Nacional sobre el suelo arcilloso de otro tipo de cavas de otros lugares, sino que me ceñiré (y ello alcanza para asignar efectos probatorios coadyuvantes) a la información periodística publicada en las páginas de Internet mencionadas en la sentencia y sobre las cuales la demandada se pronunció (reitero: muy críticamente por cierto) al expresar sus agravios y contestar los de la actora. Es decir la admisibilidad del valor probatorio de la información obrante en Internet no involucra toda la información o la totalidad de datos o material que sobre Las Cavas de Cerro Leones pueda encontrarse en la red de redes. De ese modo evito incurrir en el eventual error al que se refiere la demandada a fs. 409/412 cuando cuestiona la seriedad y la exactitud de imágenes y fotos atribuidas a ese lugar que, afirma, no corresponden a ese predio sino que pertenecen a otras cavas del Partido de Tandil.

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

juez refuerza su apreciación de que un suceso reviste entidad de hecho notorio (arts. 36 inc. 4, 163 inc. 5, 384 y concs. C.P.C.). Destaco que si bien medió oposición en tal sentido por parte de la accionada, no cuestionó en lo sustancial la veracidad de la fuente ni adujo la falsedad o adulteración de esa información.

En conclusión: la consulta oficiosa a la red de redes Internet se circunscribe en el caso a cierta e individualizada información periodística, de fácil y sencilla consulta informática, de indudable seriedad y veracidad, que corrobora o robustece la afirmación del magistrado de que un suceso constituye un hecho notorio (art. 384 C.P.C.).

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

revista esa naturaleza el conocimiento de que una operación quirúrgica de miopía implique un acto potencialmente riesgoso (cf. S.C.B.A., Ac 82684, 31/03/2004, "Abdelnur de Molina" cit).

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

digital de los diarios por lo que la diferencia radica en el medio de registro (digital y no en papel) de la información, a la que acudió oficiosamente el juez de grado para robustecer su convicción de que un suceso de esa ciudad constituye un hecho notorio (arts. 34 inc. 4, 163, incs. 5 y 6, 384 y concs. C.P.C.). Es que, como bien se afirmó, uno de los problemas esenciales que presenta el valor probatorio de los documentos electrónicos es la "certificación de la autenticidad del documento en el momento de su redacción" (conf. Alegría, Héctor, "Valor probatorio de los documentos en el moderno derecho argentino", pág. 237, en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Prueba - I, ver también: Quadri, Gabriel H., "Las filmaciones como prueba en el proceso civil", en L.L. 11/10/2016, 7, en anotación a fallo citado de la S.C.B.A., 01/06/2016, "Stratico, Fabián Ezequiel c/ Ferrovías S.A. s/ daños y perjuicios").

La sentencia apelada hace alusión a fs. 371 a la publicación de "eldiariodetandil.com" (El Diario de Tandil) del día 5 de Diciembre de 2014 (y que consulté en Internet el día 7 de Octubre de 2016) en la que, para lo que aquí importa, se informa que "la pileta natural que se formó en una de las cavas de Cerro Leones fue escenario, casi, de una tragedia. F H (suprimo el nombre por resultar innecesario), joven estudiante de Veterinaria, se arrojó desde una altura de cinco metros con un clásico panzaso. Salió del agua ayudado por su amigo con traumatismo de tórax. Con las altas temperaturas, vuelve al tapete de la polémica un lugar tan bello como peligroso". Más adelante agrega que: "no es la primera vez que llegan noticias de un lugar paradisíaco, de propiedad privada y convertido en balneario natural tras ser durante décadas la cantera de Cerro Leones. Según otros testigos, el joven se habría arrojado a las aguas desde el propio cerro, allí donde la altura oscila entre veinte y treinta metros. Había llegado a la cantera a través de la calle Baso Aguirre, ingresando junto a su amigo de a pie hasta la cava. Las cavas de Cerro Leones son un espejo de aguas cristalinas tan bello como prohibido: hasta el día de la fecha no dispone de habilitación"(http://www.eldiariodetandil.com/2014/12/05/se-tiro-de-panza-en-la-cava-de-cerro-leones-y-casi-no-la-conto/, visitada el 7/10/2016).

Destaco también a mayor abundamiento que en la red de redes Internet se encuentra publicada la noticia del fallecimiento del actor Matías Ángel Correa en la versión

digital del diario La Voz de Tandil del día 14 de Enero de 2011, la que relata el suceso que dio origen a este expediente judicial de daños e incluso acompaña una fotografía atribuida a ese lugar (http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_notas.php?id_n=22287, titulada "Joven se ahogó en cava de la ex cantera de Cerro Leones", consultada el 7/10/2016).

Pero volviendo a otra de las publicaciones recogidas en el fallo, también a fs. 371, corresponde a la nota titulada "Un paraíso prohibido transformado en un popular balneario "clandestino" del 12 de Enero de 2009 publicada en ese diario cuyo título agrega "hace seis años, La Voz hablaba de un paraíso prohibido. Unas cavas gigantes rellenas de agua límpida resultaban un potencial atractivo para tandilenses y turistas en verano. Hoy se ha transformado en un populoso balneario clandestino. Una belleza única como peligrosa atrae a multitudes en las tardes de enero" (http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_notas.php?id_n=6495, consultada el 7/10/2016). La nota bastante extensa detalla que "hace seis años, desde éstas páginas se informaba acerca de un paraíso terrenal prohibido. Unas añejas cavas de una cantera que hace décadas dejó de funcionar se transformaron en tentadores piletones naturales, de una magnitud imponente, una majestuosidad que merecería una intervención, dada las carencias que Tandil como destino turístico tiene en materia de espejos de agua, más la belleza que cobija una propiedad privada pero abandonada, ya ni siquiera con la custodia que por aquellos años supo contar. Será por eso entonces que ayer, como en estos calurosos días de verano la ex cantera de Cerro Leones se ha transformado sencillamente en un popular balneario clandestino, con las bondades como peligros que ello reviste". Sin el ánimo de transcribir la extensa nota, que incluso reitera informes periodísticos anteriores, señala que "los vecinos insisten sobre el singular movimiento que despierta el refrescante como prohibido atractivo, que ya no sólo invita al chapuzón de los que viven cerca, sino que se ha transformado incluso en una especie de destino turístico. Sin estar especificado en los circuitos turísticos de la ciudad, el boca a boca ha llevado a que vecinos de otros barrios e incluso turistas se acerquen para descubrir y pasar toda una tarde a pleno sol y agua en esas ollas gigantes que los mineros de antaño supieron concebir entre barrenos y petarreo de la otrora populosa actividad canteril que sirvió de aliciente para que se montara una barriada, casi un pueblo con sus propia idiosincrasia, Cerro Leones".

Al día siguiente de esa nota ese mismo diario publicó la siguiente noticia: "El municipio intimará al dueño de las cavas en Cerro Leones" 13 de Enero de 2009 "En la edición de la víspera se informó que la antigua cantera se ha convertido en un balneario clandestino que no cuenta con seguridad. Desde Inspección General se indicó que están rastreando al dueño del predio para alertarlo sobre lo que está sucediendo ... (http://www.lavozdetandil.com.ar/ampliar_nota.php?id_n=6509, consultada en la misma fecha, 07/10/2016).

En la doctrina se señala que la fotografía, la cinematografía, los videos y otras grabaciones insertas en soportes magnéticos y ópticos constituyen una prueba incompleta que requiere de su complementación con otros medios probatorios, especialmente para descartar posibles trucos del contenido y alteraciones de composición (cf. Falcón, Enrique M., "Tratado de la prueba. Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa", tomo 1, pág. 743 y sigtes.). Por ello, y en general, dichos medios de prueba se integran con otros a fines de constituir prueba completa (arts. 384, 385, 386, 390 y concs. C.P.C.; cf. esta Sala, causas n° 56.441, "Del Boca, Andrea", sentencia única del 08/09/2015, cits.).

Dice Quadri que "en orden a la validez probatoria de estos documentos (electrónicos) debe tenerse en cuenta: a) la fiabilidad del soporte y del elemento de incorporación de los datos a éste, la fiabilidad de la adecuada reproducción y los elementos y técnicas de recuperación (calidad del conjunto informático); b) la vigencia temporal e inalterabilidad del soporte (calidad del soporte); c) el control y la relación exacta entre el contenido del soporte y la reproducción que permita tomar conocimiento de su contenido (calidad del contenido emitido), y d) la certeza en la asignación de los actos, datos o manifestaciones contenidas en el soporte (calidad de imputación de los datos del soporte)" (conf. Quadri, Gabriel H., "La Prueba en el Proceso Civil y Comercial", T. II, pág. 884; Falcón, Enrique M., "Tratado de la prueba", T. I, pág. 900 y ss.; Kielmanovich, Jorge L., "Teoría de la prueba y medios probatorios", pág. 394 y sigtes.).

En definitiva: acudiendo a la versión digital de los diarios citados por el Juez de Grado y sobre los que se pronunció la demandada, dejando de lado la restante información (la contenida en otros sitios web) y la vertida por la actora apelante al expresar agravios,

en autos media prueba compuesta que acredita certeramente la peligrosidad de las cavas del Cerro Leones y la ausencia de medidas de seguridad. Repito: a los efectos procesales de la rebeldía se le suman, integrando y conformando prueba compuesta, las constancias de la causa penal y las de este proceso, completadas con el valor coadyuvante con la información periodística publicada en La Voz de Tandil del 14 de Enero de 2011 y del 12/1/2009 que abastecen la apreciación probatoria del juez de grado de que constituye un hecho de pública notoriedad el uso de las cavas como balneario.

Los hechos comprobados en la causa ponen de relieve que la demandada, en cuanto dueña del inmueble, sabía (o debía saber) que la cantera ahora abandonada constituye una potencial fuente de peligrosidad en la que la recurrencia y frecuencia de ingresos y utilización del espejo de agua denotan la insuficiencia de las medidas de seguridad (recordemos que el ingreso principal tenía una tranquera cerrada con llave) sin desconocer que se trata de una propiedad privada (insoslayable punto de partida) y que medió culpa de la víctima al asumir un riesgo extraordinario (arts. 1111 y 1113 CC; art. 1719 CCCN)

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

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

Si bien el Código Civil de Vélez Sársfield consagró un criterio de antijuricidad formal y subjetivo, fundado en que es ilícito el acto contrario a una norma concreta con

sustento en la culpa o el dolo (arts. 1066, 1067, 1074 y concs. Código Civil), lo cierto es que por influencia de la doctrina y la jurisprudencia terminó prevaleciendo el criterio de la antijuricidad atípica y material que no requiere de norma vulnerada para el resarcimiento del daño sino sólo la prueba de su existencia y la ausencia de causas de justificación por parte del dañador (Picasso, Sebastián, "La antijuricidad en el Proyecto de Código", La Ley 2013-E, 1; Saux, Edgardo I., "El alterum non laedere quince siglos después" RCD 1075/2014.).

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

En este marco corresponde analizar la eventual ilicitud por omisión de observar el mandato indeterminado de no dañar a otro (art. 19 CN, arts. 1066,1067 y 1074 CC y arts. 1717 y concs. CCCN). Dice Picasso que "el concepto de omisión se construye siempre en relación a una conducta debida que no se cumplió; es preciso que exista un previo deber de

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

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

El actual art. 1710 CCCN, en lo pertinente, dispone "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño ...". Desde otro lugar, y a propósito de esa norma, sostuve que "se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las

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

6.- La jurisprudencia, siguiendo los criterios doctrinales prevalecientes, se ha pronunciado en varias oportunidades coincidiendo -en general- en que determinar en concreto si el dueño o guardián omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas para la evitación de daños (criterio normativo que ahora recogen los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y conscs. CCCN) es una cuestión de hecho que debe ser ponderada en cada caso y conforme sus singularidades (conf. esta Sala, causas n° 60.404, "Teves Alberto Miguel c/ Ferrosur Roca S.A.y Otros s/Daños y Perjuicios" y n° 60.413, "Teves Alberto Miguel c/ Galasur S.A. s/Daños y Perjuicios", sentencia única del 16/05/16, cit. anteriormente). Sin embargo, el primer distingo radica en diferenciar las omisiones a mandatos jurídicos determinados o expresos de las omisiones genéricas a mandatos jurídicos indeterminados, -como en el sub-
lite- fundados en el deber general de no dañar a otro, el "alterum non laedere" que tiene jerarquía constitucional y se vincula con el deber de seguridad, también de linaje constitucional (arts. 19, 42 C.N.; ver en ese sentido: C.S., 31/08/2010, "B. H. y otro v. Estado Nacional - Secretaría de Turismo - Daños y perjuicios", en L.L. 2010-E, 405, y particularmente voto Dr. Lorenzetti). En ese precedente, y al juzgar la responsabilidad del Estado por falta de servicio, la Corte Federal entendió incumplido el "deber de información

sobre los riesgos existentes en el lugar y un deber de seguridad consistente en adoptar todas las medidas necesarias para evitar el daño" (en el caso del deceso de un menor que murió ahogado en un lago, ubicado dentro del perímetro del complejo turístico al que había sido llevado junto a un contingente de niños). Se juzgó (reitero para el uso del lago emplazado en el lugar de recreación) que "se encuentra acreditado que el Estado nacional no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar ..." (voto de la mayoría). En sentido concordante en el voto del Dr. Lorenzetti se acotó que "el Estado nacional debió informar acerca de los riesgos existentes en el lugar para los niños y no lo hizo, ya que no había ninguna clase de advertencias sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso" y "que el Estado nacional debió adoptar medidas preventivas de seguridad para evitar que los niños sufrieran daños". "Que en el sub lite -añadió-, la colocación de un cartel de advertencia o la disposición de un guía, asistente o cuidador en el lugar, hubiera evitado el enorme daño causado con la pérdida de la vida de un menor de edad. Al no haberlo hecho, el Estado nacional ha incurrido en un grave incumplimiento del deber de seguridad. En ausencia de tales medidas, se concluye que el Estado nacional no empleó los medios razonables para el cumplimiento regular del servicio". La nota sobresaliente del caso es que el deber de seguridad y el de evitar el daño (arts. 19 y 42 C.N.) y derivó del análisis de la conducta debida en caso de ingreso al predio consentido por su dueño y guardián, en el que el deber de información estaba comprendido en el marco de la obligación de control y vigilancia del Estado que promovía el turismo social visitando la zona.

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

"Teves, Alberto M. c/ Ferrosur Roca S.A." y nº 60.413, "Teves Alberto, M. c/ Galasur S.A.", sentencia única del 16/05/16 cits.).

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

En un antiguo precedente quedó firme por cuestiones formales la sentencia que condenó por el 50% de responsabilidad al dueño de una laguna a la que ingresó un menor (que falleció). El Tribunal de Alzada en consideraciones que quedaron consentidas sostuvo que "la actitud del menor de introducirse en el terreno próximo a la laguna constituyó una conducta riesgosa, dado que la peligrosidad de las mismas eran hechos públicos y notorios en las comunidades cercanas (a una de las cuales pertenecía el menor). También dijo que era clara la obligación del dueño de impedir el acceso a la laguna, tomando las medidas efectivas para ello -como su cercado- aunque no se cerrara la totalidad de la fracción de campo" (conf. S.C.B.A., Ac. 58142, 24/09/1996, "Paz, Leandro J. y otros c/ Municipalidad de Tigre y otro s/ Daños y perjuicios", en DJBA, 151, 287).

En otro caso jurisprudencial parecido al anterior se sostuvo que "la formación de la tosquera en el terreno fue producto de la extracción de suelos de dicho predio, mediando consentimiento de sus propietarios. Esa utilización de la cosa -se añadió- produjo una depresión en el lugar, luego cubierta de agua, sin la debida señalización ni eficaz cercamiento. Ello generó la peligrosidad o riesgo que, junto con la acción negligente de los occisos, contribuyó en el

desencadenamiento del evento dañoso" (cf. S.C.B.A., Ac. 89522, 15/03/2006, "N., E. C. c/ Provincia de Buenos Aires y Sieglinder, María Lohman; Marcheta, Manuel Víctor y Venier, Pedro s/ Daños y perjuicios"). Allí la condena por el 40% de responsabilidad se fundó en que el recurrente no cuestionó la conclusión del fallo sobre la peligrosidad del lugar donde acaecieron los decesos (conf. S.C.B.A., Ac. 89522, 15/03/2006, "N., E. C. ..." cit. anteriormente, voto Dr. Soria" -por unanimidad-).

De modo similar la Suprema Corte por mayoría desestimó por cuestiones formales el recurso contra la sentencia que rechazó la demanda por el fallecimiento del policía provincial que se ahogó en la laguna artificial en la que cumplía tareas de vigilancia, considerándose configurada culpa de la víctima. El voto en disidencia del Dr. Negri, al que adhirió el Dr. Genoud, sostuvo que "resulta incorrecto el curso del razonamiento que atribuye exclusiva gravitación al hecho de la víctima (que falleció ahogada en una laguna artificial) sin integrarlo con la ausencia de las necesarias medidas de seguridad que hubiesen impedido efectivamente el acceso a la ya de por sí riesgosa 'tosquera'" (cf. S.C.B.A., Ac. 84581, 07/09/2005, "A. V. d. M., D. E. y o. c/ Coviarez S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", en minoría: Dres. Negri y Genoud; la mayoría de los Dres. Roncoroni, Hitters, Soria, Pettigiani y Kogan desestimó el recurso por inadmisibile).

Pero el precedente que más guarda similitud fáctica y jurídica con el caso es el precedente "Boggio ..." (cf. S.C.B.A., C 93665, 17/06/2009, "Boggio, Lucía del Valle y otro c/ Fundación Country Golf Club Argentino s/ Daños y perjuicios", voto de los Dres. Pettigiani, Negri, Kogan, Genoud, Hitters, Soria y de Lázzari). Las cuestiones de autos son muy similares y por mayoría se juzgó que media responsabilidad concurrente en partes iguales entre las dos víctimas y el dueño de la cava, porque en lo tocante a la conducta de la demandada "... ese uso frecuente era conocido y tolerado por el propietario del predio en el que se encuentra emplazada la cava, de manera tal que el conocimiento que los fallecidos pudieron haber tenido acerca de su titularidad no implicaba la prohibición de acceso al lugar" (allí se condenó por el 50% de responsabilidad)" (cf. S.C.B.A., C 93.665, 17/06/2009, "Boggio, Lucía del Valle y otro c/ Fundación Country Golf Club Argentino s/ Daños y perjuicios", de la mayoría del Dr. Negri - Genoud, Hitters y de Lázzari). Se dijo que "el

riesgo intrínseco de la cosa resultó potenciada por las insuficientes y deficientes medidas de seguridad". En su voto de adhesión el Dr. de Lazzari argumentó que "no han resultado suficientes las medidas precautorias adoptadas por la demandada. En ese contexto ... considero incorrecto el curso de razonamiento que atribuye exclusiva gravitación al hecho de las víctimas (y más allá del examen de los reales propósitos que llevaron a cada una de ellas a internarse en la cava en la que fallecieron ahogadas) sin integrarlo con la ausencia de las necesarias medidas de seguridad que hubiesen impedido efectivamente el acceso al riesgoso lugar. Ello así toda vez que el riesgo intrínseco de la cava se agudizó en el caso por la falta de un adecuado estado de conservación de los elementos tendientes a evitar daños a los terceros, e incluso, por la ausencia de medidas de prevención suficientes". Luego, valorando la prueba, se concluyó que "en ese esquema, el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño prevista en la última parte del art. 1113 del Código Civil, debe ser interpretada de manera restrictiva para no convertirse en una razón que impida el cumplimiento efectivo del deber de reparar.

Y, en ese sentido, es absurda la conclusión que conduce a la eximición de responsabilidad por considerar que las víctimas ingresaron a la laguna contra la voluntad de su dueño sin considerar que, en la realidad de los hechos según surge de la prueba producida, ese uso fue largamente conocido y tolerado por la fundación propietaria del predio en el que se encuentra emplazada la cava, de manera tal que el conocimiento que los fallecidos pudieron haber tenido acerca de su titularidad no implicaba la prohibición de acceso al lugar".

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

7.- La mayor frecuencia con que se verifican en estos estrados litigios fundados en la culpa por omisión como presupuesto constitutivo de la antijuricidad (arts. 512, 1074, 1111 y concs. CC) y la actual regulación expresa de la función preventiva de la responsabilidad civil

(arts. 1710/1713 CCCN) tornan conveniente recordar el señero "leading case" "Altamirano". Allí, se juzgó el fallecimiento de tres niños ahogados en una acumulación de agua formada en el terreno de la empresa industrial que interrumpió el curso natural de las aguas fluviales, alterando el recorrido del arroyo. La recordada sentencia de Primera Instancia del Dr. Héctor Pedro Iribarne, en la que también se dispuso un mandato preventivo - aspecto éste revocado por la Alzada- sostuvo, en consideraciones aquí aplicables, que "la obligación de cercar la propiedad tiene por fundamento la protección de dos intereses: el del propietario, en cuanto el cerco impide el ingreso de personas en su propiedad, o al menos lo dificulta, y también está ordenada a la protección de los terceros, respecto de los riesgos que pueden existir dentro de la finca propia (del fallo de primera instancia) No haber previsto el estancamiento de las aguas por causa de las excavaciones, y no haber asegurado su drenaje, configura una omisión ilícita, por la que se debe responder por los daños ocasionados (del fallo de primera instancia)" (cf. sentencia de primera instancia, 8/7/1986 y C. Civ. y Com. Morón, Sala II, 05/02/1987, "Altamirano, Elsa R. c. Cerámica Martín S.A. y otros", en L.L. 1987-D, 373, con nota aprobatoria de Augusto M. Morello y Stiglitz, Gabriel A., "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia" Cita Online: AR/JUR/1701/1987; en el mismo sentido: Trib. cit., 11/2/87, "Carrizo, María I. y otro v. Cerámica Martín S.A. y otros", en J.A. 1988-III, pág. 316). La doctrina sentada por el Dr. Iribarne fue luego reiterada en otro precedente en el que también, y al igual que el caso resuelto por el Juez de Morón, la obligación de cercar tenía expresa fuente normativa en ordenanzas municipales incumplidas (cf. C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, "S., M. A. y otra c. Municipalidad de Tigre", en LLBA, 1994, 984, Cita Online: AR/JUR/3214/1994). Se dijo allí que "el dueño del inmueble debió adoptar las medidas de seguridad inherentes para evitar la utilización de la laguna que se hallaba en él, profunda y riesgosa, ya que había medidas concretas que estaba obligado a tomar, como el cerco que propone el decreto 1005 del D. E. Municipal, sin que este último sea excluyente de otras medidas, por lo que cabe también el reproche subjetivo para el demandado. El derecho de propiedad no tiene un alcance absoluto, es un concepto relativo que tiene en mira el interés social y si la cosa está descuidada, si permite la invasión, si los mecanismos de seguridad son fácilmente obviados,

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

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

El testigo Nicolás E. Alonso -quien ingresó con Correa al predio y compartió el baño con la víctima- manifestó que "en la cava primera nos metimos ahí nomás en la orilla. Y en la segunda salimos a nadar o a bracear" (sic., fs. 66 vta. causa penal). Por su lado Héctor O. Zampieri relató en sede penal el hecho de la siguiente manera: "... Llegando a los pocos

minutos al lugar ... observa que todos ya se habían dado un chapuzón en la primera laguna. Que el dicente le manifiesta a los nombrados de ir a la segunda laguna, donde los mismos lo acompañan, que llegando al lugar le consultan si la laguna de mención es más angosta y más profunda que la anterior manifestando que es más corta pero más honda, una vez escuchado lo que decía el declarante Matías Correa, Alonso Ezequiel y Gastón se tiran a la laguna para cruzarla. Que el declarante observa a Correa Matías que a mitad de la laguna no chapoteaba agua con los pies, y comienza a gritar a viva voz a Alonso Ezequiel el cual estaba llegando a la otra orilla que volviera a ver ayudar a Matías, como este hacía caso omiso a lo manifestado por el denunciante a raíz que no lo escuchaba por el ruido del agua, el denunciante le comienza a decir verbalmente a Matías Correa que se nadara hacia la orilla, observando éste que Matías Correa avanzaba muy poco y que gritaba "Ha, Ha". Que en ese momento observa a Gastón que iba nadando junto a Matías Correa, que regresa por motivos que desconoce pasando a unos pocos metros de Matías, observando que Gastón ve a Matías que no podía nadar, no haciendo nada al respecto llegando a la orilla donde se encontraba el dicente, llegando a dos metros de la orilla viendo éste que le tiran un termo a Matías a fines que éste lo agarre como ve que el termo llegó a pocos metros de la orilla comienza ahí el declarante a decirle en forma verbal a Matías "Dale, Vamos, Vamos" escuchando que Matías le decía en forma verbal "Sacame, Sacame" (sic.), observando que Matías se hunde no saliendo a flote el dicente sale inmediatamente del agua ... Preguntado con respecto al ciudadano Alonso Ezequiel el mismo manifiesta que el nombrado se quedó del otro lado de la laguna sobre la orilla cansado de nadar no pudiendo volver hacia donde estaba el declarante. (sic., fs. 68 vta./69 de la causa penal)

Dice Zavala de González que "... la aceptación de riesgos no es institución autónoma sino una aplicación del hecho de la víctima, como causa o como concausa del daño, al participar activamente en una situación de peligro especial, enfrentándolo desaprensivamente" (conf. Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños", Tº 4, pág. 287). En ese emplazamiento fáctico y normativo corresponde juzgar el comportamiento de la infortunada víctima, el que, en función del nuevo Código Civil y Comercial, la asunción de riesgo, como lo señala la doctrina reciente, opera como eximente en el plano causal (en ese sentido se pronunciaron

Tolosa, Pamela y González Rodríguez, Lorena, "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial", en R. C. y S., 2015, pág. 46; Calvo Costa, Carlos A., "Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado. Parecidos, pero diferentes", en L.L. 2014-E, 749). Agregan las autoras citadas que "el Código Civil y Comercial 2014 resuelve la discrepancia normativamente en torno a la asunción de riesgos en el art. 1719", concluyendo que "queda claro que técnicamente no constituye una eximente especial, sino que puede constituir, en determinadas circunstancias, un caso particular del hecho de la víctima que interrumpe el nexo causal ..." (cf. auts. cits., en R. C. y S., 2015, pág. 57).

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

III.- 1.- En lo relativo a la procedencia y cuantificación de los daños, y comenzando por el patrimonial, por el denominado valor vida de la víctima, Ángel Matías Correa, de 31 años, la demandada se agravia porque dice que son elevadas las sumas otorgadas a la conviviente, María Inés Espil, de \$ 150.000 y la conferida para cada hijo menor, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, de \$ 100.000 para cada uno. Esos montos sólo fueron recurridos por altos; por lo que el agravio no es procedente.

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

El daño material presumido por el fallecimiento que se desprende de la interpretación de la segunda parte de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil que rige la cuestión, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial prevaleciente, consistente en lo necesario para la "subsistencia de la viuda e hijos del muerto" (lo que se ha denominado gastos alimentarios, es decir lo que el causante destinaba para la asistencia material y económica de sus familiares más directos) comprende sólo a los herederos forzosos (los niños Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa). Empero ello no quita que por vía del art. 1079 CC se admita el resarcimiento de la conviviente (María Inés Espil).

Acoto, a mayor abundamiento, que el nuevo Código Civil y Comercial también incluye a la conviviente dentro del daño presumido (art. 1745 CCCN), lo que -insisto- como argumento interpretativo debe ser tenido en cuenta para decidir y aplicar el régimen derogado (arts. 1, 2, 3 y 7 CCCN).

El derecho patrimonial de la concubina por el fallecimiento de su compañero ya ha sido reconocido por este Tribunal (esta Cám., Sala I, voto Dr. Ojea en causa n° 39.334, 31/08/98, "Flaim c/ Bahl. Ds. Pjs."). En tal sentido explica Zavala de González que "la muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para el sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aporte dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar" (cf. Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte", T° 2, pág. 158; esta Sala, causa n° 60.557, 20/10/16, "Córdoba Valenzuela, Héctor Manuel y Otros c/ Canova, Néstor Andrés y Otros s/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. o Muerte (Exc. Estado)").

Sobre el punto cabe mencionar que la doctrina legal de la Casación Bonaerense señala que el concubinato requiere "la acreditación de una comunidad de vida, acorde con un vínculo afectivo estable, en el que resulta indispensable que el estado conyugal aparente, sea notorio, continuo y no interrumpido, teniendo los sujetos un domicilio común y conviviendo en él" (S.C.B.A. Ac. B64398, 30/05/2007 "Ferreyra"; S.C.B.A. Ac.56761, 19/02/2002 "Córdoba; conf. esta Sala, causas n° 55.340, 13/03/12, "Perotti ..."; n° 58.857, 18/11/14, "Miñana c/ Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. s/ Daños y Perjuicios" y n° 55.340, 13/03/12, "P., C. y otros c/ A., A. R. s/ Daños y Perjuicios"). La protección del interés jurídicamente relevante del conviviente, aunque no constituya un derecho subjetivo en el sentido de tener expreso reconocimiento legal en el Código derogado, y que habilita para reclamar el resarcimiento por daño patrimonial por la muerte de su pareja, surge del 1079 CC que protege no sólo los derechos subjetivos sino también todo interés jurídico no contrario a derecho, es decir todo interés no reprochado por el ordenamiento legal, criterio ratificado por el Código Civil y Comercial que concibe al daño, para lo que aquí

interesa, como la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona y que produzca consecuencias patrimoniales o no patrimoniales (arts. 1735 y 1736 CCC). En la relación convivencial no existe ninguna ilicitud que excluya la protección del interés de la pareja superviviente, máxime que el nuevo art. 1745 inc. b CCCN lo incluye en la presunción de daño ampliando los arts. 1084 y 1085 CC.

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

El apelante afirma que la Sra. Espil no acreditó la estabilidad en el vínculo por lo que no está probado el requisito de la convivencia. Si bien en el agravio se hace referencia a la falta de prueba de la estabilidad o a la "vigencia en años" del vínculo, su suerte adversa resulta de que las alegaciones sobre la legitimación de la Sra. Espil vertidas en la demanda están alcanzadas por los efectos procesales de la rebeldía (arts. 59, 60 y concs. CPC), a lo que se añade que quedó reconocida expresamente por la demandada la existencia del

vínculo convivencial (art. 354 C.P.C.; conf. fs. 406), la existencia de un hijo en común - Paloma Abril- y la de la convivencia en un domicilio compartido (los testigos son contestes que "Correa vivía en su casa con su mujer y la nena"; declaraciones de Alonso y Decima, fs. 207/208; 212/213; arts. 384 y 456 CPC), todo ello conlleva en si mismo la presunción de estabilidad en la unión (arts. 901 y 906 CC; 163 inc. 5 y 384 CPC).

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

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

En efecto y conforme la doctrina del Tribunal el art. 1746 Código Civil y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas

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

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

A fines de descartar la alegación de que las sumas indemnizatorias son excesivas, y para abastecer el mencionado deber de argumentar (arts. 1, 2, 3, 7, 1745, 1746 y concs. CCCN), acudo a las fórmulas polinómicas mediante las cuales pretende alcanzarse el valor actual de los ingresos futuros perdidos. La reparación por el daño material causado -en el caso de autos el denominado valor de la vida humana-, debe estar dado por un capital que, puesto a interés, se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona, mediante la percepción, por parte de las personas con derecho a percibirla, de una suma mensual similar a la que hubieran recibido, de no haber mediado el evento.

Las fórmulas polinómicas se enuncian como:

$$C = A \times \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

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

$$C = a . b$$

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

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

La fórmula simple permite calcular el monto correspondiente a cada sucesor, así en el presente caso Paloma Abril Correa tenía un año y un mes al momento del hecho (nació el día 13/12/09), por lo cual el período resarcitorio (hasta alcanzar los 21 años) es de 20 años. Veinte años arroja un coeficiente computable de 11,469921 -cfr. la tabla de coeficientes de pág. 243/244, ob. cit.-, dicho coeficiente de edad completa el punto "b" de la fórmula; en lo que respecta al ingreso, punto "a" de la fórmula, el mismo se conforma para el caso de

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

También puede recurrirse a las ya clásicas fórmulas "Vuotto" y "Méndez"; fórmulas que si bien nacieron para el cálculo de indemnizaciones por incapacidad laboral, también son fórmulas de cálculo del valor actual de una renta futura no perpetua y en consecuencia pueden emplearse, mediante las adaptaciones del caso, para calcular una indemnización por fallecimiento. La denominada fórmula "Vuotto" ("Vuotto, D. y otro c/ A.E.G. Telefunken Argentina SAIC", Cámara Nacional del Trabajo, Sala III, sentencia del 16/6/1978) se caracteriza por utilizar un ingreso anual constante (la víctima percibía al momento del hecho la suma de \$ 2.048 mensuales, multiplicado por trece meses alcanza un ingreso de \$ 26.624 al año), una tasa de descuento del 6% y fijar en 65 años la fecha límite del individuo de su capacidad de producción de ingresos. Para aplicar dicha fórmula al cálculo del valor

vida debe utilizarse la porción de los ingresos que se estima que la víctima empleaba para la satisfacción de las necesidades económicas de cada accionante y consignarse, en cada caso, la edad (no necesariamente 65 años) hasta la que se presume hubiera continuado efectuando esos aportes económicos a cada uno. Teniendo en cuenta dichas pautas, y efectuando un cálculo individualizado para cada uno de los actores-acorde los parámetros ya indicados al aplicar la fórmula anterior-, los resultados conforme la fórmula Vuotto serían prácticamente iguales a los de la fórmula simple: para Paloma Abril Correa una suma de \$77.715,83; para Rodrigo Ariel Correa la suma de \$46.085,68 y para la conviviente María Inés Espil la suma de \$67.965,33.

La fórmula descripta anteriormente fue modificada por la denominada "Méndez" ("Méndez, Alejandro Daniel c/ MYLBA SA y Otro s/ accidente-acción civil", Cámara Nacional del Trabajo, Sala III), que introdujo cambios: el ingreso se recompuso mediante del siguiente mecanismo: el ingreso que tenía la víctima al momento de hecho se multiplica por un coeficiente de ajuste que surge de dividir 60 por la edad de la víctima al momento del hecho y se multiplica por trece meses, para obtener el ingreso anual (en el caso de autos es: $\$ 2048 \times 1,875 \times 13 = \$ 49.920$); la tasa de descuento se fija en el 4% y la edad jubilatoria de la víctima se eleva a 75 años. Esta fórmula, al igual que la anterior, también puede ser empleada para calcular el valor vida si se completan sus variables de modo similar al indicado respecto de su antecesora. Acorde la fórmula "Méndez", la indemnización por daño patrimonial que correspondería a Paloma Abril Correa sería de \$178.224,94; la que correspondería a Rodrigo Ariel Correa sería de \$97.507,71 y la que correspondería a la conviviente María Inés Espil sería de \$173.042,99.

Siendo que en autos sólo debe argumentarse y fundar por qué la suma otorgada en concepto de daño patrimonial no es alta, todo lo anteriormente expuesto es suficiente para desestimar el recurso (arts. 1, 2, 3, 7 y conchs. CCCN). Sin perjuicio de ello, y obiter dicta, los criterios objetivos de cuantificación mencionados denotan también la dificultad judicial para compatibilizar los meros resultados matemáticos con el arbitrio y la ponderación de las circunstancias del caso. En esta materia "tiene dicho la Casación local mediante voto del Dr. de Lázzari que 'en la determinación del quantum indemnizatorio, los jueces deben

individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto" (S.C.B.A., Ac.94556, 07/04/2010, "Schmidt, José Alberto c/ S.A.E.S. Línea 5 s/ Enfermedad Profesional"; S.C.B.A. Ac. C106323, 19/09/12 "V., N. B. c/ Durisotti Rodolfo. Daños y Perjuicios"; conf. esta Sala, causa n° 57.090, 27/03/2013, "Pérez..."). En otro pronunciamiento el Dr. de Lázzari argumentó que "sólo la propia experiencia vital, el mantener la congruencia con anteriores pronunciamientos, el conocimiento concreto de la situación general de nuestra sociedad, las particulares circunstancias acreditadas en la causa y una buena dosis de sentido común, pueden resultar una guía en este momento" (cf. S.C.B.A., causa C 188085; esta Sala, causa n° 60.631, 27/09/16, "Mutuberría ...", cit.). Por todo lo expuesto los montos indemnizatorios para el daño patrimonial (insisto: sólo recurridos por altos) deben ser confirmados.

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

3.- Corresponde ahora analizar el daño moral reclamado por los coactores, anticipando que procede el agravio de la actora y se debe declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 CC y admitir el daño no patrimonial de María Inés Espil.

En efecto la conviviente está excluída del art. 1078 Cód. Civil por lo que la cuestión debe resolverse mediante su declaración de inconstitucionalidad cuya remoción -por la injusticia de su exclusión legitimatoria- habilita suplir la consiguiente laguna normativa y

aplicar los principios generales del derecho de daños, que otorgan aptitud legitimatoria a la pareja estable. Este Tribunal al pronunciarse sobre la legitimación por daño moral de los hermanos sentó varios criterios interpretativos (Cám. Civ. y Com. Azul, sala II, causas n° 42.604, 03/04/02, "Andrade de Elgart ..."; n° 47.221, 17/12/04, "Giacoboni ..."; n° 54.544, 10/03/11, "Aizpurú ..." y n° 55.340, 13/03/12, "Perotti ...").

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

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

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

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

- No puede afirmarse que el art. 1078 Código Civil sea siempre, genérica y anticipadamente inconstitucional por limitar la legitimación activa; en cambio, el art. 1078 siempre es inconstitucional, en supuestos puntuales, cuando excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es evidente, notoria y presumible: en este caso la muerte del conviviente (en supuesto equiparable al matrimonio) constituye un supuesto paradigmático y conlleva presunción de inconstitucionalidad por la

notoriedad del daño presumido (vgr., la inmensidad del dolor del padre por la discapacidad del hijo que sobrevive; conf. "in extenso" exptes. cits. supra).

Por lo demás, y siendo que el actual art. 1741 CCCN incluye a la conviviente como legitimada activa por daño no patrimonial, no cabe dudas que la aplicación interpretativa del nuevo régimen legal como argumento de autoridad o de fuente no formal del derecho descarta cualquier objeción. Igualmente recuerdo que un pionero antecedente de Sala 2 de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Mar del Plata se pronunció de ese modo (confiriendo \$ 30.000 de indemnización por daño moral para la concubina y el hijo) (Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, "R. S. E. v. Bustos, Esteban y otra", J.A. 2005-IV-31, con nota desaprobatoria de Benavente, María I., "Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art.1078 C. Civ. es inconstitucional?, y aprobatoria de Humphreys, Ethel y Tanzi, Silvia, "Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo" en LLBA 2005-134 y de Rito, Graciela, "La legitimación activa para reclamar daño moral", en L.L. Bs. As., 2005-1049). Se argumentó, en lo sustancial y en consideraciones totalmente trasladables al caso, que se trataba de una convivencia estable, con un proyecto en común del que había nacido un hijo; que debía atenderse al paulatino reconocimiento del status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial, por lo que sería injusto que estando unidos por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumida en caso de matrimonio y negada si no media ese vínculo pero está acreditada la convivencia estable y el hijo en común, lo que resulta lesivo del principio de la reparación íntegra del daño; que la restricción de los legitimados activos no puede importar desconocer la situación de quién experimenta un dolor equiparable al de la esposa, a más de atender a la interpretación valiosa de la ley, a la protección de la familia y a la igualdad de la ley, conforme la tutela que le confiere los tratados internacionales. Este criterio- y, en lo medular, su sustento argumental, - lo reiteró luego ese mismo tribunal (otorgándose \$ 60.000 por ese rubro para la conviviente) (Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2, 26/12/07, "Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra s/ daños y perjuicios" con nota aprobatoria de Edgardo I. Saux, "El daño moral y la concubina". ¿Ocaso del artículo 1078 del C. Civil?, RC y S 2008-449), postura seguida también por la Sala 1 de esa Cámara, en caso en el que se indemnizó el daño moral de la compañera de la víctima en \$ 80.000 (Cám.

Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 1, 1/10/2009 "A.S., c/ Plaza Juan Domingo s/ Ds y Pjs", elDial - AA5876). También declaró la invalidez constitucional la Sala II de la Cámara Primera de San Isidro (Cám. Apel. Civ. y Com. 1ª. de de San Isidro, Sala II, 27/02/2007 "Hernández María R. c/ Witomski Mario N. y otro" L.L.B.A. 2007-461, con nota de Félix A. Trigo Represas "La responsabilidad indistinta del dueño y del guardián del automotor causante de un daño" L.L.B.A. 2007-489; conf. Galdós, Jorge Mario, "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente", en comentario a fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K ~ 2013-11-11 ~ G. P., G .R. c. Casa Balda S.A.C.A.I. e I. s/ daños y perjuicios, en R. C. y S., 2014-V, 95).

Puede afirmarse que es mayoritaria la postura jurisprudencial que sostiene que "es inconstitucional la exclusión de la concubina del derecho a la reparación del derecho moral en caso de muerte de su compañero (estipulada en el art. 1078 del Código Civil), puesto que, de conformidad con la reforma constitucional argentina de 1994, que ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, la diferencia de trato respecto de la cónyuge supérstite resulta discriminatoria y no está justificada con criterios razonables y objetivos" (cf. Cám. Nac. Apel. del Trabajo, sala V, 15/02/2012, "Umaña Navarro, Carmen p/sí y en rep. de su hija menor S. F. U. c. M y G Construcciones S.R.L. y otro", DT 2012 (abril), 958 con nota de Carlos Pose; LL 2012-C, 454, con nota de Juan J. Formaro; D.J. 08/08/2012, 72; en el mismo sentido: Cám. Civil Junín, 14/02/2012, "Ferrari, Susana Mariel c/ Martínez, Rubén Ignacio y otro s/ Daños y perjuicios", voto Dr. Guardiola; Cám. 4ª de Apel. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 29/10/2013, "A., M. A. y otros c. J., C. A. s/ d. y p. (accidente de tránsito)", RCyS 2014-II, 73; Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., sala II, 03/09/2013, "M. L. E. y otro c. Estado Nacional Ministerio de Justicia Seguridad y D.D.H.H. y otro s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/71117/2013; Cám. 1ª Apel. en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, 28/06/2013, "C., C. p/ sí y en rep. de su hija menor G. N. E. c. T. M., O. s/ ordinaria - ds. y ps. (con excep. contr. alq.)", DFyP 2013, diciembre, 221). Por lo demás esta es la postura de la S.C.B.A. (Ac. C 100285, 14/9/2011, "R. A. H. c/ K. S. y ots. s/ daños y

perjuicios", voto de la mayoría de los Dres. Hitters, Kogan y Pettigiani y de adhesión, por sus fundamentos, de los Dres. Negri y Soria).

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

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

Recuerdo otra vez que el daño moral "constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral" (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, "Toledo", A.y S. 1995 III,635; Ac.53110, 20/9/94, "Colman", D.J.B.A. 147-299, J.A. 1995-III-183, A.y S. 1994-III-737), (esta Sala, causa n° 45.193, sent. del 25-2-03, "Santillán", causa n°47.417, del 28/10/04, "Escobar"; N° 54862, 23/03/11 "Miranda")" (cf. esta Sala, causa n° 57.332, 29.08.13, "Moyano de Córlica ..."). Con otras parecidas expresiones la Suprema Corte Provincial afirmó que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu y los más caros afectos (entre otros); por lo que no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante (S.C.B.A., D.J.J. tomo 172-342; esta Sala, causa n° 37.202 del 9-5-96, causa n° 42.469 del 26-6-01, entre otras).

La Corte Nacional en la causa "Baeza" receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el "precio del consuelo" y que considera que para su cuantificación puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido (C.S., 12/4/2011 "Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios", con mi nota en R.C.y S. 2011-XII, 259). "Se trata -sostuvo- de compensar, en la medida posible, un daño consumado...El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". En ese precedente agregó que "el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (causa cit.). Este parámetro interpretativo -que es recogido por el art. 1741 CCCN-, ha sido anteriormente receptado en antecedentes de esta Sala (conf. causas N° 51.466 "A., H.", del 29/04/08, Causa N° 51.467 "G. de S., M.", del 29/04/08 y Causa N° 54.530 "Torres", del 23/08/11). Para cuantificar este daño no patrimonial- como lo denomina el referido art 1741 CCCN- cabe tener en cuenta que tiene función compensatoria y sustitutiva del enorme perjuicio al patrimonio moral de los actores (conf. "Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires", en Revista de Derecho de Daños, 2004 - 3, "Determinación judicial del daño - I", pág. 31; y "Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires", en Revista de Derecho de Daños, 2005 - 3, "Determinación judicial del daño - II", pág. 89)" (conf. esta Sala, causa n° 58.109, 20.02.14, "Montesano ..."), y que debe atender la índole del hecho generador de la responsabilidad (un hecho ilícito extracontractual cometido por gravísima imprudencia del conductor del auto) y la entidad del sufrimiento causado "aunque sea dificultosísima su cuantificación" (C.S., 14/7/2015, "Meza"). La explicitación de las pautas fácticas apreciadas para cuantificar son primordiales para apreciar la razonabilidad de la indemnización y para permitir su revisión por las instancias superiores.

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

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

Debe destacarse que ya en los precedentes que dieron origen, hace muchos años, a la actual función preventiva del derecho de daños, y a partir de la recordada y señera sentencia del Juez Héctor P. Iribarne, se vienen dictando distintas medidas para prevenir y evitar el daño futuro previsible (sentencia de primera instancia, 8/7/1986 y C. Civ. y Com. Morón, Sala II, 05/02/1987, "Altamirano," en L.L. 1987-D, 373, con nota Morello y Stiglitz, Gabriel A.. C. Fed. La Plata, Sala III, 08/08/1988, "Giménez," cit L.L. 1989-C, 117,; C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 17/02/1994, "S., M. A. y otra c. Municipalidad de Tigre", cit LLBA, 1994, 984). Este Tribunal se encolumnó hace tiempo en esa orientación (el último precedente corresponde a CCC, Sala II, Azul, Buenos Aires, 11/11/2015, "Biordo, Miguel Ángel vs. Rutas al Sur Concesionario Vial s. Daños y perjuicios", Causa n° 59966, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7657/15).

No es sobreabundante precisar que el mandato preventivo o de prevención constituye -junto con las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada- una de las herramientas procesales fundamentales para la prevención del daño. Se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir

el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador.

La doctrina de ese antecedente puede sintetizarse del modo siguiente:

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

- Las normas citadas, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido sólo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

- Las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial importan la modificación implícita de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal.

- El Poder Judicial debe controlar pero no ejecutar las medidas, pues no se trata de convertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos. Sin embargo, normalmente puede esclarecer que una determinada situación es peligrosa (por ejemplo, cables de electricidad sin coberturas de protección en lugares públicos) y que debe subsanarse mediante resortes adecuados. Sobre esa base, se encuentra en condiciones de ordenar que se elimine el riesgo mediante la adopción de

medidas idóneas, aunque no siempre se está en condiciones cognoscitivas de detallar en concreto las que resultan procedentes.

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

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

1) firmeza en la prudencia jurisdiccional. El dictado de la medida requiere del juez firmeza y prudencia, lo que significa concederla sólo cuando se configuran los

presupuestos de la figura, teniendo particularmente en cuenta la efectividad de la medida. Si bien no reviste carácter excepcional, el juez para despacharla debe considerar si se dispusieron por parte de la administración pública medidas similares o parecidas relativas al mismo objeto.

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

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

4) El costo de las medidas. En lo relativo a cómo se distribuyen los costos económicos que insume la ejecución de las medidas, en el caso, el propio legitimado pasivo de la tutela de resarcimiento, esto es la demandada, será beneficiada si la adopción de las medidas de prevención supone evitar costos futuros por la producción de daños probables (cf. C4a.CCórdoba, 28/04/2016, "M.,M.M.E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario - Daños y perj. Otras formas de respons. Extracontractual - Recurso de apelación" - Expte. 1279260/36 El Derecho (14/06/2016, nro. 13.977), máxime si no son trasladables por no resultar asegurables. Concluyo señalando que el costo económico de la

erogación que para Apilar S.A. en cuanto propietario signifique la adopción de las medidas de seguridad conducentes y razonables, estará comprendido en el costo de afrontar el resarcimiento de eventuales daños futuros, estando especialmente comprometida la salud y la vida de terceros, particularmente niños que ingresan al predio.

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

Así lo voto.

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

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve modificar la sentencia apelada y admitir la demanda por el 50% de responsabilidad del accionado, declarando para el caso la inconstitucionalidad del art. 1078 CC en cuanto excluye el daño moral de la conviviente María Inés Espil, cuyo monto se fija en \$ 320.000, confirmando en lo demás la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio, prosperando en definitiva la demanda por el 50% de \$ 150.000 por daño patrimonial y \$ 320.000 por daño moral para María Inés Espil y en el 50% de \$ 125.000 por daño patrimonial y \$ 100.000 por daño moral de cada hijo, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, con los intereses firmes ordenados en el pronunciamiento apelado. Decretando el mandato preventivo que se da cuenta en el considerando IV, e imponiendo las

costas de ambas Instancias en el 50% a cada parte en función del progreso recíproco de las respectivas pretensiones (arts. 68, 274 CPC) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). Así lo voto.

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

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

-S E N T E N C I A-

Azul, de Noviembre de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: MODIFICAR la sentencia apelada y ADMITIR la demanda por el 50% de responsabilidad del accionado, DECLARANDO para el caso la inconstitucionalidad del art. 1078 CC en cuanto excluye el daño moral de la conviviente María Inés Espil, cuyo monto se fija en \$ 320.000, CONFIRMANDO en lo demás la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio, PROSPERANDO en definitiva la demanda por el 50% de \$ 150.000 por daño patrimonial y \$ 320.000 por daño moral para María Inés Espil y en el 50% de \$ 125.000 por daño patrimonial y \$ 100.000 por daño moral de cada hijo, Paloma Abril Correa y Rodrigo Ariel Correa, CON los intereses firmes ordenados en el pronunciamiento apelado. DECRETANDO el mandato preventivo que se da cuenta en el considerando IV. IMPONER las costas de ambas Instancias en el 50% a cada parte en función del progreso recíproco de las respectivas pretensiones (arts. 68, 274 CPC); y DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE. Firmado: María Inés Longobardi - Presidente - Cámara Civil y Comercial - Sala II - Víctor Mario Peralta Reyes - Juez - Cámara Civil y Comercial - Sala II - Jorge Mario Galdós - Juez - Cámara Civil y Comercial - Sala II. Ante mí: Claudio

Marcelo Camino - Secretario - Cámara Civil y Comercial - Sala II.-----
