

RESPONSABILIDAD

- Daño causado por un animal
- Animal feroz
- Responsabilidad del zoológico
- Legitimación: propietario y guardián del animal
- Factor atribución: objetivo riesgo
- Eximente parcial de responsabilidad
- Guarda delegada del niño víctima

“Villar Patricia c/ Ciocci Claudio s/ Daños y Perjuicios”

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I

Causa: 49.428

R.S.: 334/03

Fecha: 27/11/03

Firme

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los VEINTISIETE días del mes de noviembre de dos mil tres, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores José Eduardo Russo, Juan Manuel Castellanos y Liliana Graciela Ludueña, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "VILLAR PATRICIA C/ CIOCCI CLAUDIO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres. LUDUEÑA - CASTELLANOS - RUSSO, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 344/56?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 344/56, interpone la parte demandada recurso de apelación, que libremente concedido, es sustentado a fs. 424/431, replicado a fs. 434/437.

Desestimó el Sentenciante la excepción de falta de legitimación de obrar pasiva interpuesta por don Claudio José Ciocci. Hizo lugar a la pretensión resarcitoria incoada por doña Patricia Marina Villar y don Gabriel Gustavo Ibarrola, en representación de su hijo menor Nahuel Leandro Ibarrola y Villar, contra don Claudio José Ciocci y "Fundación Zoológica Hurlingham", condenándolos a pagar la suma de \$83.500 al menor y \$2.500 a los padres, con más actualización, intereses y costas. Habiéndose expedido la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 438 vta.

II) Desestimó el Sentenciante la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por don Claudio Ciocci, de lo que se agravia el apelante realizando consideraciones generales pero no realiza una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera equivocadas, lo que acarrea como lógica conclusión que corresponda declarar desierto el recurso en este aspecto.

La idea elemental de la impugnación es que se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o la inexactitud de las conclusiones procesales primeramente obtenidas (Guasp, "Derecho Procesal Civil", T.II-710).

En nuestro ordenamiento procesal vigente, la apelación se concibe inequívocamente como una "revisión" del proceso tratando de obtener una depuración de sus resultados por métodos autónomos que lleva, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una "revisio prioris instantiae", de ahí que solamente se tiene a la vista el resultado que se trata de revisar (artículos 260 y 266 del C.P.C.C.), resultando muy patente la concepción revisora de la apelación en el carácter netamente excepcional de la prueba en segunda instancia (art. 255 C.P.C.C.) (esta sala, Cs. 3.524 R.S 268/77, 3.743 R.S. 296/77, 7.154 R.S. 116/80, 17.913 R.S. 186/87, entre otras).

Si bien es cierto que se concibe la apelación como un proceso, no lo es menos que, debe tener a la vista el resultado que trata de revisar, puesto que las críticas dirigidas a actos procesales anteriores a la sentencia o el mero disentir, como lo intenta el apelante, pero desentendiéndose de las conclusiones del fallo resultan de patente inidoneidad para fundar el recurso, toda vez que este proceder en manera alguna satisface la requisitoria legal de los artículos 260, 261 y 266 del C.P.C.C., y en consecuencia, acarrea como lógica conclusión, su deserción (S.C.B.A. Ac. y Sent. 1957-II-39, 1961-I-312, etc.; esta sala cs. 10.134 R.S. 137/82, 10.916 R.S. 105/82, 17.734 R.S. 152/86, 19.936 R.S 150/87).

III) Se quejan los apelantes, por el progreso de la acción a su respecto, sosteniendo que el hecho se debió a la imprudencia de la abuela del niño, por lo que solicitan su rechazo, o en su defecto ,se valore la incidencia causal de tal conducta como violación a la vigilancia activa.

Se trata de una mordedura provocada por un mono Cai al niño Nahuel Leandro Ibarrola en el parque argentino de fauna autóctona donde funciona la "Fundación Zoológica Hurlingham". Supuesto encuadrado como analizaré en el artículo 1124 del Código Civil y no en el artículo 1129 del mismo ordenamiento.

"El propietario de un animal -dice el artículo 1124- , doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario".

La norma se refiere a un hecho autónomo del animal, esto es que haya prevenido de un acto propio sin intervención fáctica de la conducta del hombre. Debe ser espontáneo o sea instintivo, reflejo o natural. La participación activa del animal debe corresponderse necesariamente con su conducta instintiva, propia de su condición biológica.

La referencia al propietario y al guardián está indicando sin hesitación, que dicha normativa se aplica a los daños causados por animales sobre los cuales una persona pueda ejercer un poder de mando.

Ha quedado acreditado que el mono en cuestión era un Cebus Apella, también conocido como Capuchino una de cuyas características es que son "mordedores" (testigo Jorge Cutini, acta de

fs. 333, pregunta 4º), lo que era advertido al público por medio de un cartel existente en el lugar que decía "Cuidado con sus Niños, estos animales muerden" (testigos López, pregunta. 3º, acta de fs. 330 vta. y Loewenbaun, pregunta 2º, acta de fs. 242 vta.).

Se trata entonces, de un animal feroz usando la terminología de la norma, o, salvaje que es el que "obra con ferocidad y dureza", tal la definición del Diccionario de la Lengua Española. Cammarota los ha caracterizado como aquellos cuyos instintos se sobreponen a cualquier domesticación accidental y se mantienen latentes para exteriorizarse en cuanto cesan los motivos determinantes de su aparente mansedumbre -castigos, terror, seguridades especiales, etc.- ("Responsabilidad Extracontractual", nº 395). Potencialmente según sus hábitos, son peligrosos para el hombre aunque se encuentren encerrados en una jaula o detrás de alambrados distantes del público, como el supuesto de autos.

Cuando Vélez Sarsfield agregó al término animal los adjetivos "doméstico" y "feroz", no hizo otra cosa que declarar que el artículo 1124 como los que le siguen -arts. 1125, 1126, 1127, 1128, 1130 y 1131-, se aplican tanto a unos como otros. De ahí que, cuando el daño es provocado por un animal feroz, se mecanizan también dichas normas, salvo que el animal no reporte utilidad para la guarda o servicio del predio en cuyo caso es aplicable la presunción iuris et de iure del artículo 1129 del Código Civil (Sagarna, "Responsabilidad Civil por daños causados por animales", pág. 63).

Cuando el daño es causado por un animal feroz "del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio", resulta de aplicación el artículo 1129 del Código Civil. Es decir que, además de

la ferocidad es requisito ineludible de aplicación que el animal no reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio.

No se ha previsto expresamente en la legislación de fondo el caso de animales feroces útiles, esto es, el animal de un jardín zoológico. Pero entiendo que el artículo 1129 no puede resultar de aplicación ya que sólo fulmina la tenencia innecesaria y sin finalidad práctica de las bestias, lo cual no sucede cuando el animal cumple una finalidad útil. Participo del criterio amplio que la utilidad puede ser, no sólo la guarda o el servicio del predio, sino para cualquier otra que se traduzca en beneficios económicos o científicos para el tenedor. De ahí que no están comprendidos en la norma los daños producidos por el animal feroz -mono Cai en el caso- que se encuentra en el zoológico pues tiene una finalidad de esparcimiento y educación.

Excluido pues el supuesto de los animales feroces útiles del régimen de responsabilidad del artículo 1129, la responsabilidad por los hechos dañosos de los mismos habrá de ajustarse al sistema ordinario o común de los artículos 1124 al 1128 (Cazeaux - Trigo Represas, T.III-400; Cárdenas-Kelmenajer de Carlucci-Lavalle Cabo-Smith, "Código Civil", T.5-701; Bueres-Highton, "Código Civil", T.3b-209; Acuña Anzorena, adiciones a Salvat, "Fuentes", T.IV-202; Mosset Iturraspe - Piedecabras, "Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil", pág. 428).

IV) Se agravia el Sr. Ciocci sosteniendo que habiendo entregado en custodia a la Fundación Zoológica Hurlingham los animales existentes en el predio, no debe ser condenado ya que la responsabilidad es disyuntiva, pero no le asiste razón.

En efecto, resultan legitimados pasivos -al leer del artículo 1124 del C.C.- el "propietario" del animal, esto es el que tiene título dominial sobre el mismo y el guardián a quien identifica como "la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él".

La doctrina que participa de la opinión que la responsabilidad es disyuntiva está influida por el pensamiento de los juristas franceses, que es pacífico en el punto. Se fundan en el artículo 1385 del Código de Napoleón que dice "el propietario de un animal o quien se sirve de él, es responsable del daño", la ley claramente establece una alternativa, por lo que habiéndose desplazado la guarda a la persona que se sirve del animal, sólo ella responde. Pero muy distinta es la redacción de nuestro artículo 1124, en su texto no hay alternativa, después de responsabilizar al propietario, se establece que la misma responsabilidad pesa sobre la persona que se sirve del animal, es decir establece una responsabilidad conjunta.

Al respecto la Suprema Corte tiene declarado que si al producirse un daño causado por un animal, el titular del derecho real de dominio es un sujeto de derecho y otro es quien ejerce la guarda, la responsabilidad de ambos concurre sin que la presencia de uno de ellos excluya el deber de resarcir del otro. El artículo 1124 del Código Civil, no autoriza a consagrar una excepción a la regla del artículo 1113 del mismo código ,porque si el dueño o guardián son responsables concurrentes por el daño que se produce con la cosa que no presenta riesgo ni vicios, resulta indudable que la misma concurrencia debe producirse cuando el daño es el resultado de las contingencias que presentan los animales por su propia naturaleza (Ac. y Sent. 1985-II-661; Ac. 42.989 "Lorenzo

c/Gambora s/Ds. Ps.", Ac. y Sent. 1991-II-370; Ac. 32.287 "Yalour de Furlong G. C/Egana s/Ds. y Ps.").

Tanto el propietario cuanto el guardián son responsables en forma conjunta o indistinta por todo el daño que el animal causare, sin perjuicio de la acción recursoria del guardián contra el dueño como edita la última parte de la norma, lo que corrobora que la responsabilidad de este último se mantiene no obstante haber desplazado la guarda (Spota, "Los daños causados por animales y la responsabilidad indistinta del dueño y del guardián", J.A. 1946-IV-94; Borda, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", T.II-273; Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", T.I-109, Sagarna, op. cit., pág. 121; Cámara Civil y Comercial Azul, 20/4/1994, L.L. Bs.As. 1994-548), por lo que desestimo este agravio.

V) Se agravian los apelantes, por la procedencia de la acción, por la culpabilidad impuesta -dicen- únicamente en cabeza de los accionados, endilgándole reproche a los padres del niño por omitir la concreta vigilancia del menor.

Encuentro acreditado que el día 2 de noviembre de 1994, el niño Nahuel Leandro Ibarrola de entonces 2 años de edad, fue llevado por su abuela doña Marina Marín, al Zoológico. Relata la testigo Margarita Loewenbaum, que concurrieron con un grupo de alumnos de la Escuela Media n° 10 de Merlo, junto a otra profesora y una preceptora (la abuela del niño) al zoo en horas del mediodía para que los chicos pudieran comer allí y pasar el día hasta el regreso; que cerca de las mesas de cemento para comer estaba ubicada una jaula con monos...en un momento determinado "por darle un alimento al mono el nieto de la Sra.

Marina fue mordido...al tratar de apropiarse del alimento". "La jaula poseía una valla hecha con un caño de un metro de altura aproximadamente y un cartel que explicaba que no había que darle de comer a los monos porque mordían"..."que por debajo de la valla podía (pasar) un niño" (acta de fs. 242/243). También depone como testigo López Mariela Roxana (acta de fs. 330/332) que se desempeñaba a la fecha del hecho como guía, relata que la jaula de los monos tiene un vallado de contención alejado de la jaula de un alambre de 15 cm. x 25 cm. de un metro veinte de alto aproximadamente, que el tejido de la jaula es un alambre de 5 x 5 cm. (aclarando el testigo Cuttini que es de acero Sima, fs. 333 vta.). Que el mono Cai no puede sacar la cabeza de allí ya que tiene una circunferencia de 8 cm. pero que una "manito si puede ser que pase". La testigo no pudo precisar si había guía con este grupo al momento del hecho, que ella estaba en el bar a unos 10 metros y que el cuidador estaba dando de comer a los loros. En lo que discrepan las testigos, es que mientras la primera sostiene, que el niño pasó por debajo del vallado, la segunda relata, que el niño fue alzado por su abuela sobre el vallado y que lo acercó para que le diera de comer a los monos, ya que éste tiene un alambrado que impide su paso.

Si bien los testigos discrepan de si el niño pasó por debajo del vallado o si fue alzado por su abuela para traspasarlo (no dejo de valorar que la segunda era a esa fecha empleada de Ciocci, artículo 456 C.P.C.C.), existe concordancia, que la inocente víctima se acercó a la jaula, esto es traspasó el vallado distante un metro aproximadamente de la jaula y se acercó a ella -única forma de darle de comer una galletita al mono-. Ello así sin ser advertido por personal del zoológico, o sin que la abuela, advirtiera la peligrosidad del

acercamiento tratándose de monos "mordedores" y a pesar de estar destacado en un cartel a la izquierda de la jaula.

Los animales para el Derecho son cosas, perteneciendo a la categoría de "cosas animadas". El ser titular o servirse de un animal feroz -en la especie- crea una situación de peligro, porque se trata de una cosa animada que en algunas oportunidades no puede ser controlada. Esa imposibilidad de vigilancia y autoridad sobre el animal crea un riesgo, lo que conduce a proteger a los damnificados por el hecho que produzca.

Sigo de ello que, al haberse accionado contra el propietario y el guardián del Cai en los términos del artículo 1124 del Código Civil el factor de atribución es objetivo, se funda en el riesgo creado, no constituyendo la culpa o la negligencia elementos exigidos por el precepto para hacer la imputación, presumiéndose la responsabilidad de los demandados. Basta tan solo con demostrar que un animal causó un daño para que brote la peligrosidad del mismo o el riesgo creado por su dueño o guardián (Kemelmajer, op. cit., pág. 677; Borda, op. cit., pág. 270, Bustamante Alsina, "Teoría..", n° 1129; Orgaz, "La culpa", n° 217; Sagarna, op. cit., pág. 148; Caviello, "Responsabilidad por daños causados por animales", comentando fallo de la Cám. Nac. Civ., Sala D, L.L. 1992-C-242).

Los demandados invocaron como eximente, la culpa de la víctima por violación al deber de vigilancia activa, extremo que contempla el art. 1028 Código Civil.

Si bien es cierto que del juego armónico de los artículos 265 y 1114 de dicho cuerpo normativo, se presume la culpa del padre cuando el menor ha causado un daño (quinto requisito que surge de

la interpretación de la ley), no cuando ha sido víctima del mismo, no lo es menos que la responsabilidad del padre nace del defectuoso cumplimiento del deber de guarda, dirección y vigilancia y es posible imputar a la víctima, y por ende a su padres, el riesgo a que ha dado lugar (esta Sala, Cs. 14.758 R.S. 286/84; Trigo Represas-Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil por accidentes de automotores", T.2 a, pág. 229 y ss.; Orgaz, "La culpa", pág. 170, n° 63; Salas "Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos", en Estudios..., pág. 139, n° 27).

El menor al tiempo del accidente contaba con 2 años de edad, por lo que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 897, 921, 1066, 1076 y concordantes del Código Civil, al no haber llegado a los 10 años, carecía de discernimiento y por ende de voluntad, "no pudiendo incurrir en culpa ni cometer actos ilícitos" (S.C.B.A. 9/IV/63, Ac. y Sent. 1963-I-267).

Cuando el menor no ha llegado a los diez años "falta completamente el discernimiento y, en consecuencia no hay imputabilidad ni responsabilidad, porque el acto ilícito ejecutado a esa edad es un acto involuntario (Salvat-Acuña Anzorena, "Fuentes de las obligaciones" Hechos ilícitos, TEA, 1958, pág.47); en tales casos, sólo puede existir culpa de los padres, que es propia por infracción a los deberes de vigilancia activa y educación, para cuya determinación debe analizarse la conducta del menor en la emergencia (mis votos Cs. 21.634 R.S. 249/88; 30.061 R.S. 226/93; 38.169 R.S. 179/97; 40.272 R.S. 196/98; entre otras).

El niño por inadvertencia, descuido o negligencia de su abuela, a quién sus padres circunstancialmente habían confiado su cuidado (arg. arts. 254, 278 del Código Civil), traspuso una valla perimetral y

se acercó a la jaula a darle una galletita al Cai a pesar de advertir un cartel que el mono mordía. Esta inadvertencia o descuido, a mi ver, constituye una eximente parcial de responsabilidad para el dueño y guardián del animal, por infracción a los deberes de vigilancia activa de la abuela a cargo del cuidado circunstancial de Nahuel Leandro.

Es así que, valorando la conducta del menor en la emergencia, estimo que se ha logrado acreditar una eximente parcial de responsabilidad que establezco en un 40%, encuadrable en lo prescripto por el artículo 1128 del Código Civil, por lo que propongo acoger este agravio, revocando este aspecto del decisorio, recayendo la pretensión resarcitoria en un 60% en cabeza del dueño y guardián del animal.

VI) Fijó el Sentenciante, en la suma de \$43.500, la indemnización por incapacidad sobreviniente incluido el daño psicológico, apelando los demandados por considerarla alta.

A consecuencia del hecho motivo de la litis, sufrió el niño Nahuel Leandro Ibarrola, la amputación de la falange distal del dedo índice de la mano derecha, siendo trasladado inmediatamente al Hospital Nacional de Pediatría "Profesor Dr. Juan P. Garrahan", donde es intervenido de urgencia, se la practicó injerto cruzado con el dedo mayor y autoinjerto, a los 21 días se lo liberó. Luego fue sometido a tratamiento de rehabilitación por 8 meses. El perito médico pudo constatar una amputación base de tercera falange dedo índice, brida de piel palmar en dicho dedo, cicatriz queloide en extremo distal de dicho dedo, cicatriz lateral móvil dedo mayor derecho -en su cara radial- y cicatriz en palma muñeca derecha de 4 cm. móvil. Concluye dictaminando que la amputación, la limitación de la extensión por la brida palmar y

las cicatrices accidentales y quirúrgicas le ocasionan una incapacidad del 12% de la T.O. (pericia de fs. 290/294, de la que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.).

A su turno, el Perito Psicólogo informa que el niño a partir de los cinco años, cuando comienza el jardín de infantes, presentó eneuresis (orinarse, sobretodo en la cama y de noche) en forma frecuente y onicofagia, el evento dañoso le ha dejado sentimientos de inseguridad y vergozantes. Concluye el experto que, el daño psicológico es temporal, debiendo desaparecer con un adecuado tratamiento psicoterapéutico, no siendo inferior a un año de dos sesiones semanales (fs. 282/286, art. 474 C.P.C.C.).

Tanto la integridad física, como la vida humana tienen un valor económico y su afectación se traduce en un perjuicio patrimonial indemnizable (S.C.B.A. D.J.B.A. 119-457). Las aptitudes personales se consideran con valor económico en relación a lo que producen o pueden producir en el orden patrimonial, productividad que se manifiesta no sólo como trabajo productor de renta sino también en todos los aspectos de la vida de un ser humano.

Las lesiones motivan la reparación patrimonial, que comprende tanto lo relativo a las lesiones traumáticas, como a las condiciones psicológicas y estéticas, pues cabe atender a todas las calidades que permitan a la persona obrar normalmente, de modo tal, que si las mismas se vieron afectadas por el hecho dañoso, el menoscabo debe ser reparado, pero en su justa medida.

Ello sentado, valorando la edad del niño, la amputación sufrida, las lesiones estéticas, las secuelas descriptas, es que estimo justo y equitativo reducir el monto fijado por el Sentenciante a la suma

de \$25.000, acogiendo el agravio de los demandados (artículos 1068, 1086 del Código Civil, 165 in fine C.P.C.C.) y modificando este aspecto del decisorio.

VII) Fijó el Sentenciante, en la suma de \$40.000 el daño moral, apelando los demandados por considerarla alta.

A la luz de lo normado por el artículo 1078 del Código Civil, el daño moral debe comprender el resarcimiento de la totalidad de los padecimientos físicos y espirituales derivados del ilícito, su estimación no debe ni tiene porque guardar proporcionalidad con los daños materiales emergentes del ilícito pues la magnitud del daño en tal sentido, sólo depende de la índole especial del hecho generador de la responsabilidad y no del resarcimiento específicamente referido al daño material. El reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitro judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesario otra precisión (Causas 31.042 R.S. 74/94; 31.272 R.S. 21/94; 34.349 R.S. 214/95; 39.484 R.S. 109/98; 41.479 R.S. 52/99; 48.560 R.S. 310/03).

Valorando las operaciones a que debió ser sometido un niño de tan corta edad, las dolencias, molestias, angustias y el tiempo de recuperación, es que estimo adecuado, reducir este importe a la suma de \$30.000, acogiendo el agravio de los accionados (art. 165 in fine C.P.C.C.) y revocando este aspecto del decisorio.

VIII) Fijó el Sentenciante, en la suma de \$2.500 los gastos médicos, de farmacia y de traslado, apelando los demandados por considerarlos altos.

La indemnización debida por los gastos de curación, más que un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, constituye un reintegro del valor de los gastos incurridos, sea que los hubieren abonado con anterioridad o que los adeudaren, ya que al pagar todos los gastos u obligarse a hacerlo, experimentan un menoscabo inmediato en su patrimonio, se trata, en definitiva, de una pérdida real y efectivamente sufrida.

Si bien estos gastos deben probarse por el reclamante (art. 375 del C.P.C.C.), no es menester una prueba concluyente, en razón de la absoluta necesidad de los mismos y de la dificultad de obtener los medios probatorios, pero es necesario, que guarden relación de causalidad con la naturaleza del daño sufrido. La indemnización entonces debe fijarse a la luz de lo prescripto por el art. 165 in fine del C.P.C.C., con suma prudencia, pues la falta de una prueba específica obliga a recurrir a dicha norma y no puede convertirse en una fuente de indebido beneficio. Ello sentado, valorando que el niño fue asistido en un hospital público, propongo reducir el importe a la suma de \$1.500, acogiendo el agravio de los demandados (art. 1086 Código Civil).

IX) Fijó el Sentenciante los valores al 5/01/2002 inclusive, disponiendo su actualización con la relación de los números índices de precios al consumidor, nivel general, vigentes para el mes en que se verifique el efectivo pago y para el mes de enero de 2002. Sobre el capital sin actualizar se computará el interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de colocación de dinero a plazo fijo a treinta días, en los diversos períodos de aplicación, desde el 2/11/1994 hasta el 5/01/2002 inclusive, de allí en más hasta el

efectivo pago la tasa del 6% anual. Declaró inaplicable a este caso el art. 4 de la ley 25.561, modificatorio de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. Agraviándose los apelantes, por la condena de actualización monetaria y sosteniendo que la misma no es procedente.

La ley 25.561 de Emergencia pública y reforma del régimen cambiario, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Nacional, declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1º). No obstante las sustanciales modificaciones operadas a partir de ella, se ha decidido ratificar expresamente el principio nominalista consagrado por la ley 23.928 en el año 1991, una de cuyas manifestaciones fue la prohibición de la utilización de cualquier mecanismo de actualización monetaria.

A tal punto que, al modificar la ley de convertibilidad, mantuvo la redacción del artículo 7 de ésta, sustituyendo sólo el término "australes" por "pesos", disponiendo que el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada, no admitiéndose en ningún caso actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor. Ratificando además, la derogación dispuesta por su artículo 10, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

Se mantuvo firme entonces, el principio nominalista, según el cual el deudor se desobliga pagando la misma cantidad de dinero

prometida o adeudada, cualquiera sea el tiempo transcurrido entre el origen de la deuda y su pago.

En tal sentido, se ha expedido la Suprema Corte de Justicia sosteniendo que aún cuando es de público y notorio que en el transcurso del corriente año se ha producido una acentuada depreciación de nuestra moneda, el acogimiento de una pretensión como la expuesta por el accionante, además de ser contraria a las normas referenciadas en el párrafo anterior -que justamente fueron dictadas con la finalidad de evitar el envilecimiento del signo monetario- no haría más que contribuir a ese proceso ("Fabiano, Julio c/Provincia de Bs. As. (P. Ejec.) Incidente de Determinación de Indemnización", 2/10/02). El acatamiento que tal doctrina legal merece por el tribunal, responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose de tal criterio, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas (art. 161, 3 "a" Constitución Provincial; esta Sala, mis votos, Cs. 34362, R. S. 153/95; 47.955 R.S. 269/02), por lo que propongo revocar este aspecto del decisorio.

Siendo consecuencia de lo expuesto, corresponde dejar sin efecto el interés puro del 6% fijado por el Sentenciante desde el 5/01/02 hasta el efectivo pago, manteniéndose la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación conforme doctrina legal del Superior Tribunal (artículo 622 Código Civil; esta Sala, Cs. 47.863 R.S. 21/03; 47.620 R.S. 78/03; entre otras).

X) Finalmente, se agravan los demandados por la imposición de costas.

El artículo 68 en su primer párrafo de nuestra ley ritual, consagra, como regla general, el principio objetivo de la condena en costas por el vencimiento, pues, al vencedor no debe inferirle menoscabo patrimonial alguno la necesidad en que ha sido puesto de litigar para obtener el reconocimiento y declaración de su derecho, ya que no puede negarse que el litigante vencido, aunque no sea culpable, es la causa inmediata de la existencia del proceso, porque su existencia o pretensión injustificada da lugar a que no resulte inconveniente que pese sobre él la carga económica de atender a los gastos de dicho proceso (S.C.B.A., L-36.337, 29/VII/86, Sumarios, julio de 1986, n° 16; esta Sala, Cs n° 4980 R.S. 193/78; 18.192 R.S. 20.070 R.S. 256/87; Guasp, "Derecho Procesal Civil", 1968, T.I-573; Morello-Passi Lanza-Sosa Berizonce, "Códigos...", 1970, T.II-359; Colombo, "Código...", 1969, T. I-385).

El sistema adoptado por nuestro código ritual (objetivo con atenuaciones) admite que los jueces eximan total o parcialmente de costas al vencido, pero claro está, es una facultad excepcional y de interpretación restringida, donde las circunstancias subjetivas y la conducta asumida por las partes no pueden ser tomadas en cuenta ya que ello desvirtuaría la regla madre.

Si vencido es aquél contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial, no cabe duda pues que los demandados lo son, aunque el éxito de la demanda sea parcial, es decir aunque no prosperasen todas las pretensiones de los demandantes, tal como reiteradamente tiene dicho nuestro Superior Tribunal y la Sala que integro (Ac. y Sent. 1962

II-721; D.J.J.B.A. 78-317; esta Sala, Cs. 24.496 R.S. 234/90; 31.193 R.S. 66/94; 42.038 R.S. 68/99; 44.377 R.S. 169/00), por lo que corresponde confirmar este aspecto del decisorio.

XI) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (artículos 260, 261 y 266 C.P.C.C.) propongo revocar la apelada sentencia por el fundamento legal vertido y condenar, en consecuencia, a los demandados a pagar el sesenta por ciento de la condena que fijo en la suma total de \$56.500 (incapacidad sobreviniente: \$25.000; daño moral: \$30.000 y gastos: \$1.500) discriminada de la siguiente manera: \$55.000 para el menor Nahuel Leandro Ibarrola y \$1.500 para Patricia Marina Villar y Gabriel Gustavo Ibarrola, es decir que los demandados deberán pagar \$33.900, desestimando el pedido de actualización monetaria. Las costas de esta Instancia se imponen a los coactores fundamentalmente vencidos en el proceso de apelación (artículo 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, por la NEGATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Castellanos y Russo, por iguales fundamentos votaron también por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde revocar la apelada sentencia por el fundamento legal vertido y condenar,

en consecuencia, a los demandados a pagar el sesenta por ciento de la condena que fijo en la suma total de \$56.500 (incapacidad sobreviniente: \$25.000; daño moral: \$30.000 y gastos: \$1.500) discriminada de la siguiente manera: \$55.000 para el menor Nahuel Leandro Ibarrola y \$1.500 para Patricia Marina Villar y Gabriel Gustavo Ibarrola, es decir que los demandados deberán pagar \$33.900, desestimando el pedido de actualización monetaria. Las costas de esta Instancia se imponen a los coactores fundamentalmente vencidos en el proceso de apelación, difiriendo las regulaciones de honorarios.

ASI LO VOTO

Los señores Jueces doctores Castellanos y Russo por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 27 de noviembre de 2003

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se revoca la apelada sentencia por el fundamento legal vertido, condenándose, en consecuencia, a los demandados a pagar el sesenta por ciento de la condena que fijo en la suma total de \$56.500 (incapacidad sobreviniente: \$25.000; daño moral: \$30.000 y gastos: \$1.500) discriminada de la siguiente manera: \$55.000 para el menor Nahuel Leandro Ibarrola y \$1.500 para Patricia Marina Villar y Gabriel Gustavo Ibarrola, es decir que los demandados deberán pagar \$33.900, desestimándose el pedido de actualización monetaria. Las costas de esta Instancia se

imponen a los coactores fundamentalmente vencidos en el proceso de apelación, difiriendo las regulaciones de honorarios.

Fdo: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. Juan Manuel Castellanos, Dr. José Eduardo Russo. Ante mí: Ricardo Amilcar Osorio.-