

RESPONSABILIDAD

- Niño ahogado en una excursión - responsabilidad
- Río Lujan - carencia de cartel indicador de profundidad
- Valoración del testimonio de un menor de 14 años
- Desplazamiento de la guarda
- No resulta aplicable el art. 1117 Cód. Civil
- Contrato innominado - Obligación de vigilancia
- Obligación tácita de seguridad
- Convención Sobre los Derechos del Niño
- Obligación de resultado
- Iglesia González Catán-Persona Jurídica: parte
- Filial de la Confederación Bautista de Gonzalez Catán
- Principal responsable por el hecho de las Personas que están bajo su dependencia
- Contrato de concesión privado
- Explotadora Parque Diversiones: Responsabilidad
- Responsabilidad del Estado - Municipio Luján - Conducta omisiva
- Poder de Policía
- Indemnización por valor vida
- Indemnización por daño moral
- Curso de los intereses

“Gerschman Nancy Noemí c/ Confederación Evangélica Bautista y otros s/ daños y perjuicios”

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

Causa: 51.327

R.S.: 274/05

Fecha: 17/11/05

Firme

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los DIECISIETE días del mes de Noviembre de dos mil cinco, 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 Liliana Graciela Ludueña y Juan Manuel Castellanos para, pronunciar sentencia en los autos caratulados: **"GERSCHMAN NANCY NOEMI C/ CONFEDERACION EVANGELICA BAUTISTA Y OTROS 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. 811/825?

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. 811/825 interpone la actora, la Confederación Evangélica Bautista, Guillermo Chávez Serpa y Benerando Colinas recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 862/5, 874/5, 878/884, replicados a fs. 895, 900 y 902/906.

Actuó el Sr. Juez a-quo la pretensión resarcitoria condenando a Benerando Colinas, Confederación Evangélica Bautista de Gonzalez Catán y Confederación Evangélica Bautista S.A. a pagar a la actora la suma de \$ 120.000, en proporción a su responsabilidad, con más sus intereses y costas. Hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Guillermo Chavez Serpa, con costas a la actora; rechazando la demanda contra la

Municipalidad de Luján y Diversiones Buenos Aires S.R.L., con costas.

II.- Se agravia la actora de la conclusión del Sentenciante que le imputa una responsabilidad del 30% en el desgraciado suceso, por no haber adoptado las medidas necesarias para la vigilancia y control del menor, sosteniendo que tomó las medidas que toda madre hubiera tomado: el niño jugaba asiduamente en la Iglesia y a la excursión acudía gente de la misma, irían a la Laguna de Lobos para disfrutar del agua, razón por la cual llevó su traje de baño y el niño no sabía que un río puede tener corrientes peligrosas o que navegan embarcaciones de gran envergadura como en el Río Luján, solicitando que la totalidad de la responsabilidad le sea atribuida a los demandados.

La Confederación Evangélica Bautista, los demandados Guillermo Chavez Serpa y Benerando Colinas se agravian porque el Juez "confunde" -dicen- las personas demandadas toda vez que sostiene que la Iglesia de Gonzalez Catán y la Confederación Evangélica Bautista son una misma persona, cuando en realidad no lo son. Por lo que debe prosperar la defensa de falta de legitimación opuesta por la Confederación. Se quejan de que el Sentenciante haya concluido en que Benerando Colinas es dependiente de la Confederación Evangélica Bautista.

También se agravian que el Juez no encuentre probado una vigilancia diligente sobre los tres menores, que exista un contrato atípico innominado, en el que uno de los contratantes sufre en su ejecución y que resulta inaplicable en la especie lo establecido por el artículo 1117 del Código Civil y del escaso porcentaje de responsabilidad endilgado a la madre. Se agravian, además, de que el Sentenciante libera de responsabilidad a la Municipalidad de Luján, ya que la falta de carteles de advertencia o alambrados que desalienten el ingreso a tan peligroso recurso hídrico y la falta de control la hacen responsable a través del ejercicio del poder de policía. Piden la revocación de lo decidido en cuanto a que Diversiones Buenos Aires S.R.L. carece de responsabilidad, por haberse hallado el cuerpo de la víctima fuera de su ejido, habiendo omitido el Sentenciante, dicen los apelantes, sentenciar respecto de Tansy S.A., propietaria del inmueble concesionado, lo que solicitan

se subsane.

III) Atento la cantidad de codemandados y terceros citados al proceso, conviene precisar liminarmente, como ha quedado trabada la litis. La pretensión resarcitoria fue promovida contra la Confederación Evangélica Bautista, Guillermo Chavez Serpa, Benerando Colinas y/o contra quién resulte ser propietario y/o responsable y/o guardador de la Iglesia Evangélica Bautista de Gonzalez Catán. Por providencia firme de fs. 357, se tuvo presente el desistimiento de la acción y del derecho respecto del demandado genérico. Los codemandados Serpa y Colinas citan como terceros obligados a la Municipalidad de Luján y al Concesionario Argenpark (fs. 126 y 153 vta.), lo que se dispone por auto firme de fs. 159 vta. (artículo 94 C.P.C.C.). Es así que contesta la demanda Diversiones Buenos Aires S.R.L. en su carácter de titular de la explotación comercial de Argenpark (fs. 241/248); ampliándose la citación de tercero a Tansy S.A. en su carácter de titular del inmueble concesionado donde se asienta Argenpark (fs. 274 vta.).

IV) De la valoración de las pruebas traídas al proceso, así como las de las causas N° 41.394 y N° 88.245 - que tramitaran por ante el Tribunal de Menores N° 2 y por ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 2, respectivamente, ambas del Departamento Judicial de Mercedes, que obran en fotocopias y tengo a la vista- que realizo conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 384 C.P.C.C.), encuentro acreditado que el día 1° de febrero de 1997 se produjo el deceso de Fabián Osvaldo Gerschman, de 11 años de edad, por asfixia por sumersión (informe del médico de policía de fs. 41, fotografías de fs. 44/49, causa 41.394; certificado de defunción de fs.6).

La víctima concurrió en un contingente perteneciente a la Iglesia Evangélica Bautista de Gonzalez Catán, a cargo del Pastor Auxiliar Benerando Colinas (informe policial de fs. 19, declaración de fs. 25, Cs. 41.394). Los menores Adrián Ricardo Pérez de 12 años, Julio César Segovia de 11 años y la víctima -sin saber nadar- se metieron al río, pudiéndose rescatar a los dos primeros semiahogados, y varias horas más tarde fue encontrado el infortunado niño, ya sin vida, por buzos de los Bomberos Voluntarios (fs. 28, causa

penal).

El picnic a la Laguna de Lobos fue organizado por el grupo de Jóvenes de la Iglesia Evangélica Bautista de Gonzalez Catán, siendo frecuentes estas excursiones, contando con la autorización del Pastor Guillermo Chavez Serpa, tal como expresamente lo reconoce a fs. 12 de la causa penal, precisando Zalazar que en cada salida es común que un joven invite a un amigo que no es creyente (testimonios coincidentes de Escalante preg. n° 17, acta de fs. 548/51 y 569, y de Zalazar preg. n° 10 y 13, acta de fs. 411/415).

Así fue que, la testigo Hortensia Ruiz, que concurre habitualmente a la Iglesia, autoriza a su hijo Adrián Ricardo Perez a concurrir ya que conocía la gente de la Iglesia, también concurre el menor Julio Segovia e invitaron a Fabián Osvaldo Gerschman, vecino de ellos y con quien asiduamente jugaban en la Iglesia (acta de fs. 405/406).

La víctima fue autorizada por su madre para concurrir al picnic a la Laguna de Lobos, quien previamente había consultado con jóvenes de la comisión y abonado la suma de \$ 3, acompañándolo personalmente a la Iglesia el día indicado a las 6,30 horas. aproximadamente; la testigo Ruiz refirió haberla visto pasar y el propio Benerando Colinas reconoció al prestar declaración informativa en la causa penal el 25/11/97 "que la mamá trajo (al niño) y que (el dicente) lo mandó recibir por otro muchacho que estaba más al fondo", retirándose luego la progenitora (posiciones de la actora nros.º6 y 7, pliego de fs. 540, acta de fs. 541, 2º y 3º pliego de fs. 634, acta de fs. 637 y 2º pliego de fs.653, acta de fs. 654, artículo 421, pár. 1ero. C.P.C.C.).

Debido a que había llovido el día anterior o bien porque el dinero recaudado no alcanzaba para cubrir el costo del viaje -según los distintos testimonios-, los organizadores, casi dos horas después, deciden cambiar el lugar de destino, tal como reconoce Colinas al absolver la 7ma. posición del acta de fs. 404, según pliego de fs. 403. Parte entonces el contingente a cargo del Pastor Auxiliar Colinas, quien también se encargaba de "atender y cuidar a los chicos" como lo reconoce al absolver la 5º posición del acta de fs. 404, hacia el Río Luján en un micro escolar locado al efecto (testimonios de Zalazar, preg. 11 y 12, acta de fs. 413 y de

Andrade preg. 4º, acta de fs. 542/548). Obviamente, la actora desconocía este cambio de planes.

Llegados a destino, tras abonar la entrada, ingresan al "Parque de Diversiones y Parking Argenpark" -tal como consta en el cartel de entrada según fotografías de fs. 140 y 143-, siendo contestes los testigos en que el recreo tenía unos portones a la entrada, los que se abrieron luego de abonar la entrada, describiéndolo como un parque de diversiones, como una mini plaza, con toboganes, subibajas, con mesas y bancos enclavados a unos 2,50 metros aproximadamente de la orilla del río, que no existe ningún alambrado, ni cartel de advertencia, ni ningún bañero o guardián, que el río en esa altura es profundo, ya que circulan barcos de paseo, es sucio y oscuro, precisando que no había playa, sino un barranco, una bajada, pero nada advertía el peligro, siendo ilustrativas al respecto las fotografías glosadas a fs. 136/139 y 141/142 (testimonios de Andrade preg. 5º, de Cruz preg. 27, 30, 31 y de Zalazar preg. 18, 21 y 23, actas ya referidas). La descripción del lugar, ha quedado corroborada, con la inspección ocular donde se verifica la falta de cartel indicador, de alambrado o de otro tipo de protección que alerte de la peligrosidad del río, accediéndose directamente al mismo por la entrada de Argenpark (fs. 195).

El grupo estaba compuesto por unas 50 personas entre adultos y jóvenes, entre ellos unos diez niños entre 11 y 12 años de edad (testigo Andrade). Se instalan en el recreo, tras rezar y cantar, imparte el pastor Colinas instrucciones generales de organización y advierte que no se acerquen al río; el matrimonio Zalazar-Escalante se instala cerca del río para cuidar la entrada al mismo y en el momento que se estaban preparando para almorzar y tras ver el paso de un barco de paseo, escuchan gritos que unos chicos se estaban ahogando. Cruz y Zalazar corren hacia el lugar distante unos 50 ó 100 metros aproximadamente, se tiran al agua pudiendo rescatar a uno de los niños, quien les relata que los dos amigos habían desaparecido en el río. Luego de varios intentos, Cruz puede rescatar a uno de ellos que flotaba boca abajo, semiahogado, y tras ser llevado a la orilla es reanimado por otras personas hasta que llega la ambulancia procediendo a trasladar a Perez y Segovia al Hospital Nuestra Señora de Luján. Los adultos

vuelven al río y se tiran varias veces, lo recorren, no pudiendo encontrar a Fabián, hasta que llegan los Bomberos y la Policía para hacerse cargo de la situación y, es recién a las 20 hs. aproximadamente, que los buzos de Bomberos pueden rescatar su cuerpo sin vida (constancias de fs.14/17 cs. 41.394; testimonio de Cruz de fs.9 cs. penal, reiterado en sede civil a fs. 407, coincidente con el testimonio de Luis Salazar de fs. 10 cs. penal y de fs. 411/415, posic. 7ma. de Colinas, acta de fs. 404 vta., artículo 456 C.P.C.C.).

Deseo destacar que los menores Adrián Perez y Julio César Segovia en su declaración informativa en la causa de menores coinciden en afirmar que le pidieron permiso al Sr. Benerando para ir a ver unas piletas y unos juegos, a lo que éste asintió, fueron primero a ver los juegos pero como no había pileta para nadar se fueron a explorar al río, cuando bajaron a la orilla, Fabián primero entró al agua y caminaba porque parecía que era playo y después se metieron los otros dos, juntos caminaban haciendo pie pero había partes que había pozos, vieron que a Fabián el agua le llegaba al cuello y en ese momento pasó un barco grande de excursión, que hizo olas, entonces Adrián "se hundió sintiendo que se ahogaba y después perdió el conocimiento". Segovia pudo "pisar una piedra, viendo que sus amigos se estaban hundiendo atinando a pedir auxilio" (fs. 53/54 y 56/57). A pesar de la categórica disposición del artículo 424 del C.P.C.C. en punto a la edad mínima del testigo para declarar, considero fundamental valorar como indicios las declaraciones por ellos brindadas en el Tribunal de Menores el 7/02/97 por haber participado directamente en el desgraciado suceso cuyas consecuencias civiles aquí se juzgan (Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", T.I-449; Rosetti, "Pasado y Presente en la prueba testimonial", Rev. De Derecho Procesal, Prueba T.II-2005, pág. 171 y sgts.).

V) El análisis de la prueba aportada me lleva a concluir que cuando la Sra. Nancy Gerschman autoriza a su hijo a realizar una excursión, interiorizándose del lugar, conversando con los organizadores, abonando el costo, acompañándolo en el día y hora señalado hasta el lugar del encuentro, dejándolo junto al Pastor y a los otros miembros de la Iglesia, ha desplazado circunstancialmente la guarda material de su hijo (argumento artículo 265 Código Civil), es

decir, les confió el cuidado del niño para que le presten una adecuada vigilancia tendiente a la preservación de su integridad física, velando por su seguridad y reintegrándolo sano y salvo.

No puede encuadrarse esta relación contractual en la norma del artículo 1117 del Código Civil, toda vez que es determinante para su aplicación que se trate de un establecimiento educativo en sentido estricto, quedando fuera de su ámbito otro tipo de actividades como las recreativas, deportivas, etc., que no estén estrictamente dedicadas a la enseñanza (Caseaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T.IV-568; Novellino, "Responsabilidad por daños de establecimiento educativos", pág. 62; Bueres-Highton, "Código Civil", T.3B-22; Belluscio, "Código Civil", T.5-633).

Se trata entonces de un contrato innominado en el que no hubo una prestación onerosa por parte de la progenitora del menor -el pago de \$ 3 fue imputable, a mi entender, al costo del traslado y de la entrada al recreo, artículos 1137 y 1139 Código Civil- y del que nació la obligación de vigilancia del guardador circunstancial: el Pastor Auxiliar Colinas a cargo de la excursión y del cuidado de los niños, dependiente de la Confederación Evangélica Bautista, por lo que la responsabilidad emergente es contractual.

Se reconoce implícitamente establecida en determinadas relaciones contractuales -como la que vengo describiendo- la obligación tácita de seguridad con fundamento jurídico y ético en el principio de buena fe que consagra el artículo 1198 del Código Civil. Será norma de buena fe que en el cumplimiento de todo contrato, independientemente de su objetivo rijan el deber general de respeto y cuidado hacia la otra parte, no hay nada más valioso que la indemnidad de la persona y bienes (Gregorini Clusellas, "La obligación de seguridad impuesta a quienes se encomiendan menores", L.L. 1989-B-489).

Sostiene Ferreyra Rubio que el principal efecto derivado de la buena fe como pauta de integración del estatuto regulador de una relación jurídica, consiste en la creación de ciertos deberes de conducta que no hacen a la prestación principal, son los que la doctrina ha llamado

deberes secundarios de conducta ("La buena fe, el principio general en el Derecho Civil", Madrid, 1984). Vazquez Ferreyra define la obligación tácita de seguridad, como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, viniendo impuesta tal obligación por la fuerza integradora de la buena fe ("La obligación de seguridad civil y ley de contrato de trabajo", pág. 99; "Daños y Perjuicios en el transporte de pasajeros, la obligación de seguridad", J.A. 1991-II-109).

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha señalado que el deber de seguridad, como obligación accesoria integra y ensancha, implícita o tácitamente, a la prestación principal. "En nuestro derecho positivo y salvo la existencia de algunas normas aisladas que regulan tales deberes accesorios, el entramado que sostiene a todas ellas es el principio general de la buena fe, que en materia contractual aparece estampado en el artículo 1198, 1era. parte del Código Civil" (Ac. 75.111, 14/04/04, "Fernandez, Fernando c/ Roll S.R.L. Y/o Soul Train s/ Ds.Ps."). Conceptualizándola a propósito de los daños sufridos por un asistente a un baile organizado por un club, como la obligación accesoria en virtud de la cual además de los deberes primarios que se conjugan en la obligación principal prevista en el contrato, se debe velar porque ni las prestaciones o servicios prestados, ni los objetos o dependientes suyos, ni la actividad provoquen daños en las personas (Ac. 86.024, 10/08/05, "Mandirola Juan y otra c/Club Deportivo Alsina s/Daños y Perjuicios", votos del Dr. Roncoroni) (esta Sala, mi voto, Cs. 52.098, R.S. 241/05).

Esta obligación tácita de seguridad recobra particular relieve en aquellas relaciones contractuales cuyo objeto consista en la guarda de menores. Resulta impensado que una madre contrate una excursión sin tener en cuenta la indemnidad de su hijo.

Al respecto, la Convención Sobre Los Derechos del Niño reza en su art. 3º.2 que debe asegurarse "al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley". Este

es uno de los tratados internacionales que tiene jerarquía superior a las leyes, por imperio directo del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, o sea, está junto y al lado de la Constitución, en la cabecera del derecho argentino. La recientemente sancionada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone su aplicación obligatoria en toda decisión judicial respecto de las personas hasta los 18 años de edad, consagrando expresamente el derecho del niño a su integridad física (artículos 2º y 9º 2da. parte ley 26.061, B.O. 28/09/05). En el mismo sentido, la Constitución Provincial dicta que todas las personas gozan, entre otros, del derecho a la vida y a la integridad física (artículo 12 puntos 1 y 2).

Deben meritarse las particularidades de las diferentes relaciones jurídicas que involucran el cuidado de niños, por ejemplo la magnitud de los riesgos, la edad de los mismos, la temporalidad de la guarda, entre otras, para sentar una directiva sobre la intensidad con la que pesa el deber de obrar con prudencia (artículo 902 Código Civil). La calificación del deber de seguridad como de resultado tiende a impedir que el responsable se libere de las consecuencias de su culpa, en los casos en que no podría ser probada por las víctimas y a ello debe tenderse cuando por las circunstancias del contrato le es exigible una mayor diligencia, para reforzar la situación de la parte más débil de la relación (Cám. Nac. Civ., Sala C, 6/09/1988, "Parrás Norma c/Arzobispado de Buenos Aires", L.L. 1989-B-488).

Cuando la madre delega la guarda temporal de su menor hijo para realizar una excursión al Pastor Colinas que lo recibe y a cuyo cuidado en definitiva estaba, asume éste una obligación determinada de asegurar su integridad, debiendo prever que el niño puede cometer imprudencias; asume -en la especie y dadas las especiales características- una obligación de resultado de restituirlo sano y salvo a su progenitora, mediante el empleo de una diligencia absoluta (artículo 902 Código Civil).

Existe una obligación de resultado, cuyo incumplimiento objetivo hace efectiva la responsabilidad del deudor, salvo que demuestre que el daño se produjo por caso fortuito o por una causa ajena, lo que no encuentro acreditado

(artículo 375 C.P.C.C.). A la madre actora la bastó acreditar que su hijo no le fue reintegrado con vida (Salvat-Galli, "Derecho Civil Argentino, Obligaciones", T.I-149; Borda, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", T.I-97).

No bastaba la advertencia general impartida por Colinas de no acercarse al río, no debió dejarse de prever que cuando los tres menores piden autorización al propio Pastor para ir a ver unas piletas y unos juegos, se podrían dirigir al río para darse un baño, para explorar atraídos por la fascinación del lugar y el calor reinante, tanto más que en el lugar existía un barranco, una bajada, que permitía directamente el ingreso a tan peligroso curso hídrico, sin ninguna contención o cartel indicador de su peligrosidad. Todo ello debió ser previsto por Colinas, empleando una mayor vigilancia ya sea siguiéndolos de cerca o pidiendo a alguno de los adultos que lo hiciera.

¿Cómo es posible que los tres niños ingresaran al río, a unos 50 metros de donde se encontraban los adultos, sin que nadie los viera, y que recién acudan cuando son advertidos por los gritos desesperados del pequeño Segovia que encontró una piedra para evitar el oleaje y así poder pedir auxilio y salvar su vida?

Concluyo entonces, que es responsable del daño que sufriera la víctima, el Pastor Auxiliar Benerando Colinas de la Iglesia de González Catán, a quien se le había delegado temporalmente la guarda, debiendo emplear en el cuidado de la vida e integridad física del niño una diligencia absoluta en los términos del artículo 902 del Código Civil, omitiendo las diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (artículos 512 y 1109 del Código citado), por lo que el agravio debe ser desestimado.

VI) La Iglesia de González Catán no es una persona jurídica, no es un ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones (artículos 30 y 32 del Código Civil) y, por lo tanto no pudo ser traída al proceso como parte demandada.

Parte en el proceso es: "toda persona física o de existencia ideal, que reclama el auxilio de la jurisdicción, ya sea por sí o por representante, para la satisfacción de una

pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción" (Arazi-Rojas, "Código Procesal...", T.I-39).

En estos obrados no se ha deducido pretensión resarcitoria alguna contra ella, la propia accionante desiste de la acción y del derecho contra el demandado genérico, lo que se tuvo presente por providencia firme de fs. 357, por lo que corresponde revocar el decisorio en cuanto el Sentenciante la condena (artículos 34 inc. 4º y 163 inc. 6º C.P.C.C.).

VII) La responsabilidad del Pastor Auxiliar Colinas de la Iglesia de González Catán, debe hacerse extensiva a la Confederación Evangélica Bautista, desestimando la defensa de falta de acción por ella opuesta.

En el Registro Nacional de Cultos se encuentra inscripta bajo el n°672 la entidad religiosa denominada Convención Evangélica Argentina (Confederación Evangélica Bautista y Misión Evangélica Bautista), la que fue autorizada para funcionar como persona jurídica el 24/12/1935 (Dto. n°75587; informe de la Inspección General de Justicia de fs. 88). El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto certifica que el local filial ubicado en Tortoral y Simón Pérez 633 de Gonzalez Catán, fue autorizado a funcionar en tal carácter el 28/08/1980, estando inscripto en el Registro Nacional de Cultos bajo el mismo número: el 672 (informe de fs. 85/86, 87 y 782).

El Sr. Guillermo Chavez reconoce que es pastor de la Iglesia Evangélica Bautista de Gonzalez Catán, que lo era a la fecha del accidente, revistiendo la calidad de Co-pastor o Pastor Auxiliar el Sr. Benerando Colinas. También reconoce que la Iglesia pertenece a la Confederación Evangélica Bautista, a la que es asociada, aportando una cuota de asociados que se paga anualmente y que el predio donde se erige es de propiedad de la Confederación (posiciones 1,2, ampliaciones 1, 2 y 3, posiciones 3 y 4, ampliaciones 1, 2, y 3 del pliego de fs. 396, acta de fs. 397; posiciones 1,2 del pliego de fs. 403, acta de fs. 404, art. 421 C.P.C.C.). Lo mismo es reconocido por el representante legal de la Confederación Sr. Arnaldo Marchesotti, agregando que como la Iglesia no tiene personería jurídica, la Confederación le da cobertura legal y la representa legalmente (posiciones 1, 2, 3, 4 y 1º ampliación del pliego de fs. 399, acta de fs. 400).

Si la Iglesia de Gonzalez Catán se asienta en un inmueble propiedad de la Confederación (informe del Registro de la Propiedad Inmueble de fs. 100/101, artículos 2503 y 2505 Código Civil), el que fue adquirido con el aporte de los fieles del lugar, pero que al carecer de personería jurídica la inscripción dominial se encuentra a nombre de aquélla, si realizan aportes de cuotas de afiliación y si la Confederación la representa legalmente, no hay duda que la nombrada Iglesia es una filial de la Confederación, tal como ha quedado probado (artículo 375 C.P.C.C.). Ello así, por más esfuerzo que realicen los apelantes para cambiarle el verdadero significado al vocablo filial, que se aplica -según el Diccionario de la Real Academia- "a la iglesia o al establecimiento que dependa de otro" (Diccionario de la Lengua Española, XXI edición, Ed. Espasa, pág. 968).

La Confederación Evangélica Bautista como persona jurídica de derecho privado puede ser demandada por acciones civiles y responde por el hecho de las personas que están bajo su dependencia, en las condiciones establecidas en el título "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos" (artículos 42 y 43 C.C.).

Requiere el artículo 1113 1er. párrafo del Código Civil que exista, al momento de causarse un daño, una determinada relación entre el responsable indirecto y el agente del daño, que justifique el nacimiento de la obligación resarcitoria de aquél. No se exige, contrariamente a lo sostenido por los apelantes, la existencia de un contrato de trabajo. El Código Civil no dice que se deba responder por el hecho de los dependientes, sino que expresa que el principal debe responder por el hecho de las personas que están bajo su dependencia, lo que no implica necesariamente una subordinación permanente, sino que abarca también la sujeción ocasional, temporaria o parcial para uno o varios asuntos determinados y, no me cabe duda, a la luz de las pruebas de autos, que esta última existía entre Colinas y la Confederación. Es que el vínculo de subordinación es solo una condición puramente objetiva para atribuir o propagar la responsabilidad desde el agente autor material del daño, hacia el principal responsable, pudiéndose extender dicho vínculo a situaciones en que el agente directo del daño goza de una mayor independencia y

autonomía en el ejercicio de su cometido (Vazquez Ferreyra con oportuna cita de Zelaya Etchegaray, en Bueres-Highton, "Código Civil...", T.3A-486; Agoglia-Boragina-Meza; "Responsabilidad por el hecho ajeno", pág. 87; Mayo, "Los Aspectos de la responsabilidad por el hecho de los dependientes...", Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, 1990, T.II-89; esta Sala, mi voto cs. 46.451 R.S. 88/02).

Si la filial Iglesia de Gonzalez Catán, organiza una excursión a cargo del Pastor Auxiliar Colinas, si es habitual que se inviten a jovenes "no creyentes" tal como depone Zalazar, evidentemente para acercarlos a su fe, y así se hizo con Fabián, no hay duda que se está ejerciendo una actividad en interés de la Confederación.

Por último, existió además, al decir del maestro Borda una "razonable relación" entre las funciones propias del dependiente y el perjuicio ocasionado ("Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", T.II-245), o dicho en otras palabras medió relación de causalidad adecuada entre el ámbito funcional y el hecho dañoso de Colinas como pastor de la filial, por lo que de conformidad con lo prescripto por los artículos 901 y sgts., 1113 lera. parte, 1122, 43 y ccdts. del Código Civil, la Confederación Evangélica Bautista debe responder por el hecho dañoso causado por su dependiente, desestimándose este agravio.

VIII) Concluyó el Sentenciante que se ha operado la fractura del nexo causal, en forma parcial por la culpa in vigilando de la madre que no adoptó las medidas necesarias para la vigilancia y control del menor, importando una infracción a sus deberes de madre, por lo que le achaca el 30% de responsabilidad en la producción del hecho, de lo que se agravia la actora.

Si bien es cierto que del juego armónico de los artículos 265 y 1114 del Código Civil 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 de los padres 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 mis votos, Cs. 14.758 R.S. 286/84; 49.678 R.S. 28/04; Compagnucci

de Caso, "Responsabilidad civil por accidentes de automotores" 2 a., pág. 229; Orgaz, "La culpa", pág. 170, n° 63; Salas, "Responsabilidad de los padres por daños causados por sus hijos" en Estudios..., pág. 139, n° 27).

Al analizar la prueba en el punto IV se detalla minuciosamente cual fue la actitud de la progenitora del menor en la emergencia (párrafo 5to.), al que me remito.

¿Cómo endilgarle a la actora el no haber adoptado las medidas necesarias para la vigilancia y control de su hijo? En todo momento ella pensó que su hijo estaba en Lobos, que si bien cuenta con una laguna, no entraña el peligro de un río. Esto fue lo que evaluó la madre al autorizarlo a realizar la excursión, al igual que las otras madres cuyos niños concurrieron al paseo.

Fabián no cruzó una avenida de intenso tránsito sin mirar, como para endilgarle a la progenitora responsabilidad por falla en la educación vial, simplemente quiso tomar un baño en el río, donde los mayores que debían custodiarlo no lo advirtieron a pesar de estar a escasos metros, ni le advirtieron sobre su peligrosidad, su profundidad, de la existencia de embarcaciones de paseo, de la contaminación del agua..., tampoco encontró valla alguna que le vedara el ingreso, ni pudo leer un inexistente cartel de prohibición de baño.

En definitiva, Fabián desconocía el peligro, y su madre, tampoco le hubiera podido advertir o prevenir acerca de la peligrosidad del Río Luján, pues ella también desconocía el destino final de la excursión.

Cuando dos hermanas de la Iglesia comunicaron a la Sra. Hortencia, madre de Adrián y vecina de la accionante, que su hijo había sufrido un accidente, no hicieron lo propio con la Sra. Gerschman. En su desesperación y en el convencimiento que habían ido a Lobos, llega hasta Cañuelas con unos vecinos pero no se había reportado en la Comisaría ningún accidente; no pudo encontrar persona alguna en la Iglesia en toda la tarde. A las 23 horas llega el micro en que había viajado el contingente, por supuesto Fabián no regresa, pero nadie le quiere informar lo ocurrido, hasta que cerca de la medianoche un "chico" le terminó contando que su hijo se había ahogado y que habían viajado a Luján y no a Lobos, como tenían

previsto. Se dirige inmediatamente a Luján, corroborando la tragedia en la Comisaría de Luján Primera, procediendo Jorge C. Gerschman a reconocer el cadáver, el que fue entregado a su madre en la madrugada del día 2 (declaración de fs. 21/22, no desvirtuada por ninguna otra prueba, y constancias de fs. 39 y 43 de la causa 41.394).

Lo que causa estupor en el estudio de la causa, es la actitud "inhumana" de los responsables de la excursión de no comunicarle inmediatamente a la madre lo sucedido, no acompañarla al lugar del hecho donde su hijo era buscado, de ocultarle la noticia.

No encuentro infracción alguna al deber de vigilancia por parte de la madre como le endilga el Sentenciante, no encuentro acreditado la fractura del nexo causal, por lo que propongo revocar este aspecto del decisorio, acogiendo el agravio de la accionante (artículos 901 y siguientes del Código Civil).

IX) Desestimó el Sr. Juez a quo la pretensión resarcitoria contra Diversiones Buenos Aires S.R.L. por haber ocurrido el accidente en la costa del Río Luján, pero no dentro de su ejido. De lo que se agravan los codemandados, sosteniendo que la única forma de ingresar al río era pagando una entrada en el Recreo para utilizar sus instalaciones. También solicitan, se subsane la omisión de condenar a Tansy S.A. en su carácter de co-explotadora del Parque de Diversiones allí instalado.

Suscribieron Tansy S.A.(concedente)y Diversiones Buenos Aires S.R.L.(concesionario) un contrato que ellos denominan de concesión, por el que la primera les acuerda la concesión del inmueble identificado como fracciones I-II y III (cuartel n° 5), lotes 12 al 15 y 27 al 30 (Manzana letra C) y la fracción 3°, estableciéndose como canon el 40% de la facturación bruta mensual del parque (cláusula 1° y 4° fs. 233/236, artículo 354 inc. 1ero. C.P.C.C.).

Diversiones Buenos Aires S.R.L. (titular de la explotación comercial de Argenpark), fue habilitada por la Municipalidad para desarrollar actividades en los rubros: "Parque de diversiones, confitería, proveeduría de camping, kiosco, local para la venta de artículos de santería, regalos y

fotografías, embarcadero para alquiler de canoas" (certificado de fs. 239, expediente Municipal n° 4069 del 31-1-90, que corre por cuerda), siendo titular del inmueble Tansy S.A. (informe del Registro de la Propiedad Inmueble de fs. 264/271).

El contrato de concesión privado ha sido definido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, como aquél por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros, obligándose esta otra a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por tiempo limitado y bajo el control de aquélla, entregándole la primera bienes para la explotación y comprometiéndose o no la última a abonar una compensación (E.D. 107-161; en el mismo sentido Gastaldi, "El contrato de concesión privada", Astrea, 1974; Lorenzetti, "Tratado de los contratos", I-643 y sgts.).

El control se manifiesta en el dominio que siempre debe tener el concedente sobre la prestación del servicio, ya que éste ha sido delegado y se traduce en la posibilidad de reglamentación y vigilancia, sometiéndose en mayor o menor grado a la organización, dirección, control y modalidad de prestación de servicios impuestos por el concedente. Se reserva además el derecho de inspeccionar la actividad del concesionario, imponer los precios que pueden cobrarse al público y hasta inspeccionar su contabilidad.

Existen elementos distintivos con la locación de cosas: la oferta contractual en la concesión consiste en un proceso licitatorio o bien la adhesión a un pliego de condiciones; la finalidad de la locación es el uso y goce de la cosa, en la concesión hay habitualmente un uso de bienes inmuebles, muebles, además de la prestación de servicios; en la concesión hay un uso del nombre de concedente y en ocasiones de su marca, lo que no ocurre en la locación, y finalmente, el concedente controla la prestación del concesionario frente a los terceros (Lorenzetti, ob. cit., pág. 653).

Independientemente de la calificación que las partes le hayan podido dar al contrato de fs. 233/236, las consideraciones expuestas me llevan a concluir que no se trata de una concesión privada propiamente dicha, sino que participa de las notas características de una locación de cosas.

En efecto, Tansy S.A. le cede el uso y goce de la cosa: inmueble, juegos y atracciones -art. 1499 Código Civil-, durante un tiempo determinado: 5 años -art. 1505 ídem-, y, Diversiones Buenos Aires S.R.L. abona como contraprestación un precio determinado en dinero, representativo del 40% de la facturación bruta mensual del Parque de Diversiones, que nunca podrá ser inferior a A 3.000 (artículos 1137, 1143, 1197 del código citado). Esta forma de convenir el pago del canon locativo en una suma "determinable", es perfectamente autorizada por el art. 1493 del Código Civil (Spota, "Instituciones de Derecho Civil, Contratos", Vol. IV-385 y ss.).

El precio determinable, en el sentido que el canon importará el 40% de los ingresos brutos con un monto mínimo, no es suficiente para calificar el contrato como de concesión, sino reúne las características arriba explicitadas, y, no transforma a la sociedad propietaria de los bienes en un co-explotador de la actividad.

No habiéndose acreditado tal calidad, y por ende, la responsabilidad contractual que de ello se deriva, corresponde rechazar la demanda contra Tansy S.A..

Al expresar agravios sostienen los codemandados que, en su defecto, debe responder Tansy S.A. por ser titular de la cosa riesgosa en los términos del artículo 1113 2do pár. 2da. parte del Código Civil, pero ello no fue propuesto a la decisión del Juez de Grado, por lo que esta Alzada encuentra una valla imposible de sortear al amparo de lo prescripto por el art. 272 C.P.C.C..

Los poderes de la jurisdicción de la Alzada quedan enmarcados dentro de las dos grandes vertientes que ofrecen por un lado el postulado de congruencia y por el otro, el principio dispositivo. Esto es la limitación que resulta de la relación procesal, que aparece con la demanda y contestación, y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (S.C.B.A. Ac. y Sent. 1971-II-920; Ac. Y Sent. 1978-III-191).

Si se admitiere que en la Alzada pudieran tratarse capítulos no esgrimidos en Primera Instancia, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del

derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (S.C.B.A. Ac. 40.631, Ac. 51.677, Ac. 52.837; esta Sala, mis votos Cs. 34.196 R.S. 217/95; 46.049 R.S. 243/01).

En conclusión, no revistiendo Tansy S.A. la calidad de co-explotadora junto a Diversiones Buenos Aires S.R.L., ni pudiéndosele endilgar responsabilidad extracontractual por el riesgo de la cosa, por haber sido omitido en la Sentencia recurrida y a la luz de lo dispuesto por el artículo 273 C.P.C.C., es que propongo desestimar la pretensión resarcitoria en su contra.

X) Distinta suerte en cambio, debe correr la pretensión resarcitoria respecto de Diversiones Buenos Aires S.R.L. . Paso a explicitar mi punto de vista.

Al contingente, luego de abonar la entrada al "Parque de Diversiones y Parking Argenpark", se le permitió el acceso a su predio, para disfrutar de sus comodidades e instalaciones.

El Río Luján es un curso hídrico que atraviesa heredades tanto perteneciente al dominio público, en algunos casos, como a particulares, en otros (artículos 2340, 2347 Código Civil). Como el Río Luján carece de las características de balneario, el Municipio de Luján ha construido un muro de contención a lo largo de la costa municipal y colocado carteles indicadores de la prohibición de baño, salvo en los predios privados. Argenpark es una propiedad privada.

Surge de la inspección ocular ya referida, que en el recreo no existía alambrado ni otro tipo de protección, ni carteles de prevención, ni se acreditó la presencia de empleado alguno del parque que alertara sobre la peligrosidad del río. La única forma de acceder al río en ese lugar, es ingresando a dicho predio, previo pago de la entrada y, contrariamente a lo sostenido por el Sentenciante, la víctima fue hallada en la rivera del río Luján, en el interior del Parque Recreativo Argenpark (fs. 29 causa 41.394, croquis de fs. 12 y fotografías de fs. 44/49 causa penal).

Celebró el contingente un contrato con Diversiones Buenos Aires S.R.L., para utilizar las instalaciones y acceder al parque. De modo tal que, la empresa además de la obligación principal, debe velar -en virtud de la obligación tácita de seguridad a la que me he referido en el

punto V-, con apoyo jurídico y moral en lo prescripto por el artículo 1198 1er. párrafo del Código Civil, que ni los servicios prestados, ni los objetos, ni la actividad, ni el lugar provoquen daños, es decir, se compromete a preservar la indemnidad de las personas hasta la finalización del contrato.

La responsabilidad de este tercero aparece incuestionable: la víctima no podría haber ingresado directamente a tan peligroso curso de agua de no encontrarse en dicho recreo.

Como lo afirmara en otra oportunidad, la Casación Bonaerense recepta la postura doctrinal según la cual el juez, para determinar la relación causal adecuada contenida en el artículo 906 del Código Civil debe formular ex post facto un juicio de probabilidad, o pronóstico póstumo u objetivo del resultado dañoso, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, para verificar si ese daño era previsible que se aprecie en abstracto (Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", pag. 30; autor citado, "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa", Revista Notarial Bs.As., n.845, año 1979, pag. 980; Goldemberg, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", pág. 229; Gesualdi, "Responsabilidad civil", pag. 45; Alterini-López Cabana, "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", cit., L.L. 1986-E-981; Alterini, "Responsabilidad Civil", pág 160; Orgaz, "La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño", L.L. 55-804 nota 39; autor citado, "La culpa", pág. 129; Carranza, "Notas para el estudio de la relación causal...", L.L.145-746; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", págs. 220/221).

No debe olvidarse que aunque el "hecho causa" y el "hecho resultado" pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos (Goldemberg, "El principio de causalidad adecuada...", J.A. 1997-II-190).

Se denomina en nuestro derecho consecuencia inmediata la que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (artículo 901 párrafo 1ero. Código

Civil) y esta consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción del resultado dañoso. Siendo imputables al autor del hecho las consecuencias inmediatas de los hechos libres (artículo 903 Código Civil), esto es, las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.

Sigo de ello que, en virtud de la obligación tácita de seguridad, habiendo omitiendo Diversiones Buenos Aires S.R.L., las diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar debe responder (artículos 512, 902, 1198 Código Civil), revocando este aspecto del decisorio.

XI) Se agravan los apelantes por la desestimación de la demanda contra el Municipio de Luján por omisión del poder de policía.

En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos o actos de omisión o abstención. Por ello ha de encuadrárselo por analogía (artículo 16 Código Civil) en lo prescripto por el artículo 1074 del Código Civil, toda persona -dice la norma- que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otra, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

Actuar no supone sólo hacer, sino también dejar de hacer aquello que podría ser realizado, la cuestión es determinar cuándo existe la obligación de actuar por parte del Estado -Municipio en la especie- transformándose en causa de su responsabilidad su abstención.

El mentado artículo 1074 queda circunscripto a las abstenciones puras y simples, que consisten en una inactividad fundamental que en principio -según el texto del artículo- no compromete la responsabilidad del sujeto inactivo. Pero este principio de irresponsabilidad no es absoluto y cede cuando, excepcionalmente, hay obligación jurídica de obrar (Huici, "La Responsabilidad del Estado por Omisión", L.L. 1993-D-829).

Para que una conducta omisiva genere responsabilidad civil debe estar causalmente ligada con un resultado final, es decir, que ese no hacer viene a ser una

condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca (Goldenberg, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", pág. 212; López Cabana, "Responsabilidad del Estado derivada del ejercicio del Poder de Policía", en Derecho de Daños, T.I-747).

Reiteradamente ha sostenido la Casación Provincial que "para apreciar si un 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 (Ac. 70.593, 28/9/1999; Ac. 81.917, 30/4/2003; D.J.J.B.A. 180-8156; en el mismo sentido, Llambías Joaquin, L.L. 1981-B-523).

El poder de policía es una función propia del Estado, pero el ejercicio del poder de policía de seguridad no es suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte; la responsabilidad del Estado -como toda otra responsabilidad- está limitada y su atribución ha de responder a criterios de razonabilidad, no es razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención pueda llevar a involucrarla a tal extremo de todas las consecuencias dañosas producidas en su municipio (esta Sala, mis votos Cs. 48.560 R.S. 310/03; 48.192 R.S. 320/03).

De modo tal que, no se ha logrado acreditar, a mi entender, la relación causal entre el acto omisivo del Municipio y el daño sufrido por el niño, de modo que se impone la desestimación de la pretensión resarcitoria a su respecto.

XII) Fijó el Sentenciante en la suma de \$50.000 la indemnización por valor vida, apelando la actora por considerarla baja y los demandados por considerarla elevada.

Está legitimada la madre de la víctima -única que lo ha reconocido, artículos 79 y 247 del Código Civil, certificado de nacimiento de fs. 11- para accionar como lo hace al amparo de lo prescripto por el artículo 1085 del Código Civil por revestir el carácter de heredera forzosa (artículos 3567 y 3568 del mismo código). La muerte de una persona sólo

puede dejar damnificados indirectos, porque el único damnificado directo es la propia víctima, aquellos son todas las personas distintas a la víctima que sufren a causa del hecho una lesión en un derecho propio (esta Sala, Cs. 13.339 R.S. 63/84; 19.302 R.S. 18/88; 21.121 R.S. 163/88; 34.065 R.S. 195/95; 43.894 R.S. 11/01).

La vida humana tiene un valor que debe establecerse de acuerdo con determinados factores que inciden en él, como la edad de la víctima, las posibilidades futuras y la situación de los damnificados en cuanto a las necesidades asistenciales, sexo y posición económica.

El daño material por la pérdida de un hijo no es una chance en abstracto, vaga, hipotética y aleatoria. Es un daño futuro cierto derivado de la esperanza con contenido económico que constituye, para una familia humilde como la de autos, la vida de un hijo de once años, estudiante (había cursado el 6° año del EGB durante 1996, egresando en 1997 por fallecimiento, informe de fs. 600). Ese resarcimiento cabe como pérdida de la oportunidad de que en el futuro, al vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para su madre. Y esa pérdida de chance o posibilidad es un daño futuro, pero que bien puede calificarse como cierto y no eventual (esta Sala, mis votos Cs. 19.972 R.S. 318/87; 24.645 R.S. 145/90; 30.879 R.S. 220/93; 43.894, R.S. 11/01). El requisito de la certidumbre existe con respecto al daño futuro, cuando se trata de consecuencias del acto ilícito que aparecen desde ya como la prolongación inevitable o previsible del daño actual y ya sucedido (S.C.B.A., L.38445, D.J.J.B.A. 133-20)

En este sentido, la Corte Suprema ha declarado que siendo el fallecido un menor de edad, el daño causado por el deceso debe resarcirse en cuanto al perjuicio patrimonial que se concreta en la pérdida de las esperanzas de que algún día pudiera prestarles auxilio o ayuda personal y económica (10/4/03, in re "V.R.E. vs. Provincia de Buenos Aires", L.L. 203-E-415; Compagnucci de Caso, "El daño resarcible y la pérdida de la chance", J.A. 2004-I-217).

Valorando las constancias objetivas de la causa, encuentro justo y equitativo en uso de la facultad que confiere el artículo 165 in fine C.P.C.C., elevar el monto

resarcitorio y establecerlo en la suma de \$ 140.000 (artículos 1083, 1084 y 1085 Código Civil), acogiendo el agravio de la accionante y desestimando el de los demandados, modificando este aspecto del decisorio.

XIII) Fijó el Sentenciante en la suma de \$50.000 el daño moral, los demandados lo apelan por considerarlo excesivo.

Tomando en consideración las circunstancias de la abrupta muerte de la víctima, y, en uso de la facultad que confiere el artículo 165 in fine del C.P.C.C., propongo mantener este rubro en la suma fijada (artículo 1078 Código Civil). Importa esta indemnización una lesión a afecciones legítimas, a derechos extrapatrimoniales que pese a no menoscabar el patrimonio, hacen sufrir a las personas en sus intereses morales tutelados por la ley, que para mensurarlos debe tenerse en cuenta la índole especial del hecho generador de la responsabilidad que incide sobre los sufrimientos padecidos y el tipo de interés moral afectado (esta Sala, Cs. 24.264 R.S. 26/90), por lo que propongo desestimar el agravio, confirmando este aspecto del decisorio.

XIV) Fijó el Sentenciante en la suma de \$50.000 el daño psíquico, dejando sentado que no constituye un tercer género. La actora se agravia por considerarlo bajo ya que no sólo incluye el daño psíquico sino también el tratamiento; los demandados sostienen que es elevado, pero no cuestionan su procedencia.

Concluyó la Perito Psicóloga que presenta la actora un cuadro de daño psíquico de grado grave -Duelo Patológico-, correspondiendo un grado de incapacidad entre el 25% al 50% de acuerdo al Baremo Neuropsiquiátrico para valorar Incapacidades Neurológicas y Daño Psíquico, estimando en un 25% la incapacidad debido a la intensidad de la experiencia traumática del hecho en sí (pericia de fs. 502/505, explicación de fs. 513, de la que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.). Agrega que, debe someterse la actora a una psicoterapia-psicoanalítica individual durante dos años aproximadamente, de una sesión semanal a un costo aproximado de \$50 cada sesión.

Merituando la opinión de la perito, la intensidad y lo traumático de la experiencia sufrida, no sólo

por el fallecimiento de su hijo sino por la demora injustificada de su anoticiamiento, me llevan a proponer -en la medida de los agravios- elevar este monto indemnizatorio a la suma de \$60.000, incluido el tratamiento aconsejado (argumento artículos 1068, 1079 del Código Civil, 165 in fine C.P.C.C.).

XV) Se quejan los demandados desde el momento en que el Sentenciante manda liquidar los intereses, pidiendo lo sean desde la fecha de la sentencia.

Reiteradamente he sostenido que por tratarse de un hecho ilícito los intereses se deben a partir del mismo, ya que se ejerce una pretensión de resarcimiento de los daños causados por un cuasidelito y la causa fuente de la obligación de resarcir es el hecho ilícito en cuyo caso la mora se produce ex-re (artículo 499 y 622 del Código Civil) (S.C.B.A. Ac. 40.669, 12/9/89; 45.272 11/8/92; esta sala, mi voto Cs. 33.697 R.S. 111/95). Tesis que mejor se compadece con la idea de indemnización integral que inspira en esta materia nuestra legislación, por lo que propongo confirmar lo decidido en este aspecto.

XVI) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta alzada (artículos 260, 261 y 266 C.P.C.C.), corresponde revocar parcialmente la sentencia y en su consecuencia, condenar a don **Benerando Colinas, Confederación Evangélica Bautista, Diversiones Buenos Aires S.R.L.** a pagar a doña **Nancy Noemy Gerschman** la suma de **pesos DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$250.000)**, con más sus intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago con más las costas de Primera Instancia (artículos 274 y 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.). Rechazando la demanda contra **Tansy S.A.** y contra la **Municipalidad de Luján**, con costas a los codemandados cuya citación impetraron (artículo 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.). Las costas de esta Instancia se imponen a los codemandados vencidos en el proceso de apelación (artículo 68 pár. 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la NEGATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor

Castellanos, por iguales fundamentos votó también PARCIALMENTE por la NEGATIVA.

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

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde revocar parcialmente la sentencia y en su consecuencia, condenar a don **Benerando Colinas, Confederación Evangélica Bautista, Diversiones Buenos Aires S.R.L.** a pagar a doña **Nancy Noemy Gerschman** la suma de **pesos DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$250.000)**, con más sus intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago con más las costas de Primera Instancia (artículos 274 y 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.) Rechazando la demanda contra **Tansy S.A.** y contra la **Municipalidad de Luján**, con costas a los codemandados cuya citación impetraron (art. 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.) Las costas de esta Instancia se imponen a los codemandados vencidos en el proceso de apelación (art. 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

ASI LO VOTO.

El señor Juez doctor Castellanos por los mismos fundamentos, votó en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 17 de noviembre de 2005

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se revoca parcialmente la sentencia y en su consecuencia, se condena a don **Benerando Colinas, Confederación Evangélica Bautista, Diversiones Buenos Aires S.R.L.** a pagar a doña **Nancy Noemy Gerschman** la suma de **pesos DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$250.000)**, con más sus intereses desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago con más las costas de Primera Instancia. Se rechaza la demanda contra **Tansy S.A.** y contra la **Municipalidad de Luján**, costas a los codemandados cuya citación impetraron. Las costas de esta Instancia se

imponen a los codemandados vencidos en el proceso de apelación, difiriéndose las regulaciones de honorarios.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. Juan Manuel Castellanos, Dr. José Eduardo Russo. Ante mí: Dr. Esteban Santiago Lirussi.-