



Poder Judicial



MORENO, CRISTIAN SILVIO JESUS Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS
21-11862273-9
Trib.Coleg. Resp. Extracontractual - 2da. Nom.

Nro. Rosario,

VISTOS: Los presentes autos "**MORENO, Cristian Silvio Jesús y otros c. Municipalidad de Rosario y otros s. Daños y Perjuicios**" CUIJ 21-11862273-9, todos en trámite por ante este Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 2da. Nominación de Rosario, venidos a despacho a fin de dictar sentencia conforme se ordena a fs. 244, de los que surge lo siguiente.

1. A fs. 5 y ss., Cristian Silvio Jesús Moreno y Fabiana Ines Moreira, promueve demanda de indemnización de daños y perjuicios (ampliada a fs. 45) contra Empresa Provincial de la Energía y la Municipalidad de Rosario, tendente a la percepción de los siguientes rubros: reparación del valor vida, pérdida de chance, daño moral (comprensivo del daño psicológico) y gastos futuros de atención psicológica.

Cuentan que día 20.05.2015, el menor Matías Moreno se encontraba jugando, trepado a un árbol que se encuentra frente a su casa, y que en determinado momento recibió una descarga eléctrica proveniente de unos cables de alta tensión, conductores de electricidad que atravesaban por el interior del mismo. Afirman que los cables se encontraban completamente camuflados por el follaje del árbol lo que lo convertían en una trampa mortal, sumado a que las ramas constituyeran una fuente conductora de electricidad, lo que ocasionó la muerte del menor.

Atribuyen responsabilidad objetiva y subjetiva a la codemandada Empresa Provincial de la Energía en su carácter de dueño y guardián de los cables eléctricos y de la electricidad y aduce que obró con marcada negligencia toda vez que, incumplió las obligaciones a su cargo y causó un daño injustificado por su omisión. Esgrimen que es deber de la EPE mantener las instalaciones en buen estado de conservación y condiciones de evitar peligro a las personas o cosas, por lo que el trazado de la línea aérea debe estar despejado y los árboles podados, para evitar cualquier contacto. Finalmente, sostienen que tanto la EPE como la Municipalidad tienen el deber de llevar adelante programas de mantenimiento y poda o corte de árboles que puedan afectar la seguridad de sus instalaciones.

Respecto la Municipalidad de Rosario, atribuyen responsabilidad en su carácter de responsable aduciendo que incumplió un deber legal determinado, un mandato imperativo, emergente del poder de policía de seguridad en materia de conservación de los bienes públicos, consistente en podar los árboles de Rosario para evitar que el roce o fricción de su follaje convierta a la planta en conductora de electricidad. Que la Municipalidad es dueña y guardiana del árbol, que es un bien del dominio público y tiene el deber legal de custodia y conservación, responsabilidad que implica falta de servicio.

Fundan su derecho y ofrecen pruebas.

2. Citada y emplazada la demandada (fs. 44), a fs. 57 y ss. comparece y responde la demanda la Empresa Provincial de Energía, persona pública estatal de la provincia de Santa Fe, efectuando una negativa puntual de los hechos descriptos por la actora en su escrito inicial.

Señala que la realidad de los hechos relatada en la demanda resulta confusa y un poco simplista en cuanto a su determinación y dinámica;



Poder Judicial

y que existen ciertos detalles en el relato que han sido omitidos.

Respecto al acta de procedimiento N° 322/15, destaca que la inspección en ocular en el lugar del hecho resulta confusa y de poca utilidad, toda vez que no se llega a comprender a que cableados se refiere y la altura de cada uno. Afirma que la descripción del cableado no es suficiente para determinar si el niño llegó a trepar a la altura del cable de baja o media tensión y que tampoco puede deducirse si ambos cableados se encontraban en contacto con el árbol o lo atravesaban.

Refiere que lo informado por personal EPE perteneciente a la Guardia Reclamos difiere notablemente con el acta mencionada, en el sentido que se informa textualmente que *"...la guardia verificó que en el lugar los cables preensamblados están lejos de donde ocurrió el suceso y en perfectas condiciones y por encima del árbol va una LAMT perteneciente al distribuidor 230 "FUNDECO" del CD OMBU. La línea aérea salda de la SET 224 y va hacia la SETA 847 "OMBU Y CORRALITO". Se deja aclarado que el servicio verificado por la guardia se encontraba normal en la zona"*.

Manifiesta que si se toma como hipótesis que el menor de edad hubiera tomado contacto directo con la Línea Aérea de Media Tensión (LAMT), es extraño que dicho fenómeno no provocada un cortocircuito que hiciera que se activara el sistema de protección de la línea, produciendo a su vez la apertura de la misma, desenergizándola automáticamente, cuestión que no sucedió.

Afirman que agentes de la EPE se apersonaron en el lugar, y constataron que LAMT no se encuentra atravesando el arbolado de la zona, y que pasa sobre la copa del árbol, sin hacer contacto alguno.

Sostienen que resulta cuestionable que se mencione como fuente de la descarga el cableado de baja tensión ya que el mismo no atravesaba el árbol y que además ello resultaría menos probable ya que en el lugar la línea de baja tensión es un cable de tipo preensamblado de 95 mm aislado, el cual por sus características constructivas ofrece mayor aislamiento y seguridad.

Apunta que habrá de determinarse qué líneas se encuentran en la zona, alturas y condiciones, y por otro lado si existen en la zona Actas de Fraude por conexiones clandestinas, que que no es ajeno a la lógica imaginar que la línea que presuntamente provocara la descarga pudiese ser una línea de conexión directa, es decir, una conexión irregular.

Esgrime que la EPE no se encuentra obligada a despejar las líneas de baja tensión del arbolado público, como así tampoco de exigir al municipio la poda de los árboles que se encuentran en contacto con líneas de suministro domiciliario.

Invoca como defensa el hecho de un tercero por quien no debe responder aduciendo que existe una evidente culpa de los padres derivada tanto del deber de vigilancia como del deber de educación sobre un niño de 11 años que se encontraba trepado a un árbol de más de 7 mts. de altura y que incluso contaba con una escalera de casi 4 metros para subir al mismo.

Afirman que en virtud de lo normado por el art. 1116 del Código Civil, se desprende que los padres tienen la carga de lo que en derecho se conoce como guarda activa de sus hijos, y que consiste en que los padres deben custodiar los actos realizados por sus hijos menores; cosa que no sucedió en el caso, siendo innegable que si el menor hubiese estado prudentemente vigilado y controlado por sus progenitores, el hecho no hubiera ocurrido.



Poder Judicial

Además invoca también la culpa de un tercero por quien no debe responder respecto a la Municipalidad de Rosario aduciendo que para el hipotético caso de que se reproche la falta de poda o despeje de las líneas aéreas de fluido eléctrico, destaca que el presunto siniestro se produjo por la intervención de las ramas del arbolado público, las cuales se encontraban invadiendo conductores de energía. Que es la Municipalidad quien tenía a su cargo el deber de mantenimiento de dicho arbolado, quien mediante la correspondiente poda de los árboles debió evitar que dichas ramas rocen o tomen contacto con el tendido eléctrico, y evitar a su vez infortunios como el que nos ocupa.

Invocan la ley 9004 y su decreto reglamentario.

3. Citada y emplazada la demandada (fs. 44), a fs. 66 y ss. comparece y responde la codemandada Municipalidad de Rosario, efectuando una negativa puntual de los hechos descriptos por la actora en su escrito inicial.

En su relato de los hechos esgrime que si bien es cierto que el árbol al estar situado en la vía pública conforma un bien del dominio público, el mismo estaba situado sobre la vereda a los fines de ser una especie de “pulmón verde” en la ciudad y contrarrestar los efectos contaminantes de la urbanización y del tránsito vehicular. Que conforme la normativa aplicable la vereda no es un lugar apto para jugar, sino que es el espacio de la vía pública destinado para el tránsito peatonal y que las especies arbóreas emplazadas en la vereda no están destinadas a la recreación de los menores.

Sostienen que el hecho de trepar un árbol ubicado en la vereda es una conducta riesgosa de por sí; sea por su altura, sea por el riesgo de

caerse del mismo, caer a la cazada, ser atropellado, etc.

Afirman que de las constancias del sumario penal surge evidente que al momento del fatídico hecho el menor no se encontraba bajo la supervisión de ningún adulto responsable ya que su padre no estaba presente al momento en que el menor se habría trepado al árbol y por lo tanto omitió el deber de cuidado y el efectivo ejercicio de la patria potestad que ostentaba sobre el mismo.

Invoca la culpa de un tercero por quien no debe responder. Esgrime que el servicio de energía eléctrica es un servicio público reglado, ajeno a su control. Que la cosa riesgosa "tendido eléctrico" no es de su propiedad, no estando a su cargo su cuidado ni su mantenimiento en forma que no constituya peligro alguno para la seguridad pública. Que es un monopolio prestado por la codemandada Empresa Provincial de la Energía, tercero por quien no debe responder. Que es la codemandada quien ostenta la obligación legal, el mandato de operar y mantener las instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguna para la seguridad pública, siendo a esta imputable la responsabilidad si en autos se comprueba la existencia de omisión alguna en el deber de seguridad que debía primar sobre el cableado de energía eléctrica.

Que asimismo, en su base de datos no se registra requerimiento alguno cursado por la EPE en relación al árbol situado en calle Ombú 2784 y en consecuencia mal puede existir omisión alguna de su parte.

Refiere que para el supuesto caso de que se comprobara que en el lugar de los hechos, y a la fecha denunciada, existía en el lugar un tendido de alta tensión; el mismo se encontraba en violación al ordenamiento jurídico vigente en la materia.



Poder Judicial

Sostiene que según la ley provincial 9004 establece como época de podas los meses de junio, julio y agosto, mientras que el hecho en cuestión aconteció fuera de tal época, precisamente el 20.05.15.

Manifiesta que la Ordenanza 7841 dispone que la totalidad del arbolado público existente en la provincia pertenece a ésta y que los municipios son sólo organismos ejecutores de las tareas de mantenimiento por delegación de dichas actividades por parte de los organismos encargados de su cuidado y supervisión y que por lo tanto, no existiendo solicitud de intervención mal puede haber incurrido en omisión a deber formar alguno.

Esgrimen que en el lugar de los hechos existían numerosas conexiones ilegales al servicio del tendido eléctrico, siendo a cargo de la empresa Provincial de la Energía combatir el fraude a la red y evitar las conexiones ilegales.

Hace saber que algunos vecinos, habrían sostenido que los reclamantes se encontraban conectados ilegalmente a la luz y que el menor se podría haber trepado al árbol a los fines de reconectar el servicio de energía eléctrica. Afirma que bien puede haber sido la conducta del menor de accionar el cableado existente, la que originó la descarga que utilizó su cuerpo como conductor de la electricidad generando su deceso.

Aduce que el poder de guarda no es omnímodo, ni posee la extensión que pregonan los accionantes y destaca que por su parte se han cumplido con los deberes de policía administrativa sin que el carácter de la dominialidad pública sobre la vereda ni el arbolado público determine un deber de responder en los infinitos términos que se propone en la demanda.

Opone falta de legitimación pasiva aduciendo que la

Municipalidad no es guardiana ni propietaria de la cosa riesgosa (tendido aéreo del servicio de distribución de energía eléctrica), ni tiene a su cargo obligación legal de mantenimiento y conservación del mismo ni de sus instalaciones. Menos aún cuando no ha existido requerimiento alguno por parte de la EPE ni de ninguna otra persona en relación al árbol objeto de los presentes con anterioridad al hecho dañoso, que además, habría acontecido antes de la época de poda conforme reglamentación vigente.

Destaca la inverosimilitud del hecho descrito en la demanda, toda vez que de ser cierto que el árbol sito en calle Ombú 2748, por el roce de sus ramas o de su follaje con la línea de alta tensión se transformó en un conductor de energía eléctrica, convirtiéndose en una trampa mortal para el menor que en él jugaba, mal podría haber sucedido el desenlace que describe el acta policial. Puesto que de haberse encontrado el árbol transformado en el mencionado conductor de energía, hubiera sido imposible que los vecinos aproximen una escalera al mismo y bajar al menor por sus propios medios y sin ninguna medida de seguridad especial.

También invoca que conforme sostiene la actora, que la descarga habría acontecido por el roce de una rama con cables de alta tensión, la EPE sería la única responsable ya que en cumplimiento con la normativa vigente en la materia, la prestataria del servicio debía realizar el cableado subterráneo de todo tendido eléctrico de alta tensión existente en las zonas pobladas de la ciudad.

Sostiene que de comprobarse que a la fecha del fatal desenlace existían conexiones ilegales al tendido de energía eléctrica en el lugar denunciado, habría existido la acción de un tercero por el que no debe responder. Que dichas conexiones suelen ostentar la precariedad suficiente como para convertirse en una trampa mortal de todo quien al menos la roce.



Poder Judicial

Enfatiza que en caso de comprobarse la mecánica accidental, ha existido un accionar riesgoso por parte del menor involucrado que la exime de responsabilidad. Que el mismo se encontraba trepado a un árbol, a una altura de 5,7 mts. del piso como mínimo, sin contar con elemento de seguridad alguna y sin estar bajo el control y la custodia de un adulto; y que, conforme dichos de los vecino habría violentado o intentado violentar el cableado existente en el lugar.

Para el hipotético supuesto que el Tribunal considere que existe factor de atribución (objetivo o subjetivo) que le sea imputable, dice que el nexo causal se ha visto interrumpido por la exclusiva culpa de la víctima, en el caso los padres del menor, no debiéndose responder.

Indica que el menor de 10 años de edad, se encontraba sólo, fuera de su domicilio, en la copa de un árbol situado en la vía pública, lugar no apto para juegos y fuera de la vigilancia y cuidado de sus progenitores (vigilancia activa de los padres), es decir, se trataba de un menor sin discernimiento en los términos del art. 921 del CC.

Que conforme el acta de procedimiento, el padre del menor no se encontraba en el domicilio al momento del hecho, habría arribado de hacer unos trámites luego de acontecido el fatal hecho.

Afirma que el hecho de la víctima, constituye la única causa productora del daño con virtualidad para eximir y liberar de responsabilidad a la parte demandada.

Aduce que la responsabilidad de la Municipalidad de Rosario, siendo un ente estatal, debe examinarse a la luz de las normas y principios que regulan la responsabilidad del estado.

Finalmente, señala que la demanda es huérfana de cualquier dato objetivo que permita inferir la existencia y extensión del daño. Remarca la ausencia de todo dato objetivo sobre el menor: grado de escolarización, estado sanitario, calendario de vacunación, deportes practicados; por lo que indica que mal puede hacerse lugar al rubro pérdida de chance peticionado.

Ofrece pruebas.

4. Por decreto de fecha 23 de mayo de 2019 se dispone que las presentes actuaciones se desarrollaran en el marco del Plan Piloto de Oralidad en los procesos de responsabilidad civil extracontractual, impulsado por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe, en el marco de colaboración suscripto con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por lo que el presente tramitará conforme el protocolo de actuación establecido por la circular 43 de fecha 11.03.19, citando a las partes junto con sus letrados patrocinantes a audiencia de conciliación y proveído de prueba (fs. 44).

5. Celebrada la audiencia de conciliación y proveído de prueba, conforme da cuenta el acta de fs. 90 y ss., fracasada la instancia conciliatoria y acordados los hechos litigiosos, se proveen las pruebas conforme con el referido protocolo, constando como producidas en autos las siguientes: **a) informativas:** SIES (fs. 110 y ss.), Empresa Provincial de la Energía (fs. 121 y ss.), Direcció General de Parques y Paseos (fs. 140 y ss. y 197 y ss.), Ministerio de Educación (fs. 154 y ss.), Secretaría de Salud Pública (fs. 165 y ss.), Agrupación Bomberos Zapadores U.R II (fs. 172 y ss.), Central 911 (fs. 186), Defensa Civil (fs. 220 y ss.); **b) periciales:** en Ingeniería Eléctrica (fs. 180 y ss., aclarada/ampliada en oportunidad de AVC), en Higiene y Seguridad (fs. 202 y ss., aclarada a fs. 226); **c) instrumental:** Legajo Penal (digital) CUIJ Nro. 21-11862273-9, tramitado ante el MPA de Rosario, consentido por las partes



Poder Judicial

en oportunidad de AVC, **d) testimonial**: María Alejandra Casco (acta fs. 232).

Designada la audiencia a los fines del art. 555, CPCC (fs. 216), y habida la misma (según dan cuenta la videofilmación realizada en el marco de la Oralidad Efectiva y el acta de fs. 137), estando consentida la integración del Tribunal, y contestado por la actora a fs. 237/8 el traslado dispuesto a fs. 236, quedan los presentes en estado de emitir pronunciamiento definitivo.

Y CONSIDERANDO:

1. Liminarmente ha de tenerse presente que la accionante reclamó su pretensión ante la Administración, en cumplimiento de la exigencia legal del art. 1° de la Ley de Defensa en Juicio del Estado (Nro. 7.234, texto según Ley Nro. 9.040), pretendiendo se la indemnice por los daños causados que aquí reclama (fs. 23 y ss.).

A fs. 38 y vta., consta el rechazo emitido mediante Resolución Nro. 156, de fecha 26.07.2018.

Respecto del reclamo administrativo previo en relación a la codemandada Empresa Provincial de la Energía, las partes mediante audiencia (arts. 20 y 21 CPCC) de fecha 02.08.22 consintieron el debido procedimiento de los presentes y solicitaron sin objeción alguna que, pese a no haber la parte actora efectuado el mencionado reclamo ante dicho organismo, pasen los autos al dictado de sentencia (fs. 243).

Sentado lo expuesto, queda expedita la vía judicial (arg. art. 1° citado).

2. Seguidamente, ha de tratarse la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Rosario aduciendo no ser propietaria ni guardiana de la cosa riesgosa, ni teniendo a su cargo obligación

legal de mantener y conservar las instalaciones de tendido aéreo del servicio de energía eléctrica. Que además no ha existido requerimiento alguno por parte de la EPE ni de ninguna persona en relación al árbol objeto de las presentes con anterioridad al hecho dañoso y que el mismo ocurrió antes de la época de poda.

Contestando el pertinente traslado, a fs. 237 la actora solicitó el rechazo de la excepción opuesta manifestando que si bien es cierto lo que plantea la Municipalidad en relación a que no es propietaria ni guardiana del tendido eléctrico, que la obligación de mantenimiento y conservación corresponde a la EPE y que esta no efectuó ningún reclamo de poda en relación al árbol donde falleció el menor, considera que la Municipalidad no se hace cargo del deber de seguridad que tiene en su cabeza, que es ella quien debe velar por la seguridad de los ciudadanos, máxime cuando es ella quien debió efectuar la poda del árbol en cuestión, a fin de que sus ramas y el follaje no tenga contacto con las líneas eléctricas.

Sostiene que la Municipalidad es dueña del árbol y tiene la obligación de mantener el mismo de manera que no se convierta en un riesgo para las personas. Que faltó a su deber de poda y mantenimiento del árbol, omitiendo así su deber de seguridad, lo que representa una evidente “falta de servicio”.

Como es sabido existe legitimación pasiva, cuando la persona que ha sido demandada es aquella a la que la ley sustancial habilita para discutir sobre la cuestión planteada por el actor en el proceso. La jurisprudencia acertadamente ha señalado que: *“Tener legitimación para obrar consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda. Debe dejarse en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación*



Poder Judicial

sustancial, porque puede que éstos no existan, bastando con que se pretenda su existencia. Puede mediar legitimación para obrar y, sin embargo, declararse en la sentencia que el derecho o la obligación que se invocan no existen”.¹

Que de acuerdo a las consideraciones vertidas, las constancias de autos, no controvierte la actora el hecho de que el tendido eléctrico corresponda a la EPE y que sobre ésta pese el deber de mantenimiento de los mismos. Ahora bien, como se desarrollará oportunamente, el árbol en cuestión se encuentra bajo el dominio público del estado quien sin lugar a dudas, por su carácter de dueño o guardian tiene la obligación de conservación y mantenimiento del mismo. A mayor abundamiento es la propia demandada Municipalidad de Rosario quien reconoce al contestar la demanda que el árbol al estar situado en la vía pública conforma un bien del dominio público -fs. 70-. Por todo lo cual se concluye que asiste a la Municipalidad de Rosario legitimación pasiva, por ser la persona llamada a controvertir la pretensión de los demandantes, conforme la atribución de responsabilidad que formulan en su cabeza, más allá de lo que en definitiva se determine.

3. Cabe indicar, como previo al análisis de los hechos expuestos por los actores, que en el proceso penal (CUIJ 21-06245457-9) se ha resuelto desestimar las actuaciones en función de lo previsto por el art. 273 del Código Procesal Penal (*vide* Resolución Nro. 264, de fecha 22.05.2018, obrante a fs. 83 del legajo digital).

Tal decisión firme permite al Tribunal Civil examinar la responsabilidad de los hoy demandados en el hecho, por la distinta naturaleza

¹ CCCL de VT, in re “Vidaurre”,13-12-2010, en www.legaldoc.com.ar

de la responsabilidad penal y civil, extremo que se hace constar expresamente por la disposición contenida en el art. 1775, CCC (de aplicación inmediata por tratarse de norma de índole procesal²).

4. De las constancias probatorias rendidas surge lo siguiente.

Del acta de procedimiento Nro. 4100/15 labrada por la preventora surge que: *"(...) el operador en turno de la Central 911, nos comisiona a calle OMBU 2787 B, que de acuerdo a una comunicación telefónica ingresada a esa Central, el cual daba cuenta: que en el lugar, arriba de un árbol, habría un menor electrocutado. (...) una vez arribados observamos un gran tumulto de personas, aparentemente vecinos, quienes a viva voz nos manifiestan que sobre un árbol allí existente, más precisamente ubicado en la vereda del domicilio catastral 2787 B de esta arteria, donde estaría un menor inconsciente, atrapado a lo alto y entre las ramas del frondoso árbol, observándose además varias de esas personas manipulando una escalera de madera con intenciones de bajar a ese menor, los cuales al poco tiempo logran bajarlo a piso firme (...) observando a los pocos segundos, el arribo del SIES (...). En esos momentos procedemos a entrevistar al progenitor de este niño, quien se identificó como el llamado Moreno Cristian (...) quien manifestó que momentos antes al regresar a su domicilio luego de realizar unos mandados, se encontró con esta situación. (...) Que luego de unos instantes la Dra. Peiranda, informó que el menor accidentado se encontraría óbito. (...) según los datos aportados por el Sr. Moreno, su hijo sería de nombre Cristian Moreno, de 10 años de edad (...)"*. (fs. 5 Legajo Penal).

El acta de procedimiento Nro. 322/15, también labrada por la

² CSJN, 21.05.1974, "Sindicato Único de Trabajadores de Edificios de Renta y Horizontal c. Consorcio de Propietarios del Edificio Lafinur 3381/83 s. Inc. de convenio", y 10.10.1996, "BARRY, María Elena c. ANSES s. Reajustes por movilidad".



Poder Judicial

preventora, da cuenta que: *"(...) en inmediaciones de calle Ombu y Corralito habría resultado óbito por electrocución un menor de edad (...) en el lugar se procedió a entrevistar al titular de Comisaría 21 Comisario López quien nos puso en conocimiento que en el interior de la vivienda de calle Ombu 2784 se encontraba un menor de 10 años electrocutado a raíz de que momentos antes se encontraba jugando en el árbol de frente a su casa y aparentemente luego de tocar los cables de alta tensión habría resultado óbito (que luego fue llevado al interior de su casa), haciendo mención que el menor en vida se llamaba Matías Moreno de 10 años de edad (...). Es dable hacer mención que según comentarios aportados por personal policial de comisaría 21° empleados de la EPE habían informado que los cables de alta tensión allí ubicados tendrían 13.000 voltios. En tanto en inspección ocular en el lugar se procedió a tomar vistas y medidas correspondientes. Es dable de mención que sobre frondoso árbol ubicado en vereda de la vivienda de calle Ombu 2784 a unos 5.7 mts se encontraban los cables de tendido trifásico y a 6.50 mts los demás cables (a la altura del árbol, que pasan por el centro de la copa) en tanto el tendido eléctrico estaría ubicado a una altura de 10 metros aproximadamente (a nivel de columna) haciendo lo que se denomina "panza" a la altura del árbol, y al pie del mismo sobre el tronco apoyada una escalera de madera de aproximadamente 3.7 mts.*

A fs. 47 y ss. del Legajo Penal luce agregada autopsia realizada sobre el cuerpo de la víctimas en la cual se concluye como causa de muerte "Muerte por electrocución".

A fs. 59 del Legajo Penal obra croquis demostrativo del lugar del accidente.

En oportunidad de AVC declaró como testigo la Sra. María Alejandra Casco quien expuso: *“Era vecina del Sr. Moreno. Yo ese día no estaba en casa, cuando fui, llego y vi todo el movimiento. Yo no presencie nada, yo llegue cuando ya estaba todo, yo estaba muy asustada el chico estaba jugando con mi hijo, no sabía qué había pasado. En ese sector donde tocaba el árbol con el cable dos por tres se veía que había chispas. Yo llegué desesperada para saber si le había pasado algo a mi hijo. El árbol estaba en la puerta de la casa de ellos. Mi hijo y Matías jugaban continuamente en la vereda de ellos, en el árbol, en mi casa. Subían ahí nomas del árbol, no subían tan alto, tenían 10 años, yo no sabía que ese árbol tenía o podía tener electricidad sino nunca los hubiéramos dejado jugar ahí. Los chispazos que yo veía se veían allá arriba, no abajo.”*

A fs. 121 y ss. luce agregada informativa remitida por la EPE dando cuenta que: *“Siendo las 19:22 hs del día 20.05.15 se recibe un llamado de Defensa Civil informando que en calle Ombu 2784 B (D-2015-05-04731), se había accidentado un menor tocando de energía cortado. Al apersonarse la Guardia Reclamos zona sur verifica que en el lugar no hay ningún cable cortado perteneciente a la EPE. Según lo relatado por personal policial que se encontraba en el lugar, aparentemente un chico se subió a un árbol y sufrió una descarga eléctrica en dicho lugar. La guardia reclamos verificó que en el lugar los cables (3 preensamblados) están lejos de donde ocurrió el suceso y en perfectas condiciones y por encima del árbol va una línea de MT perteneciente al distribuidor 230 “Fundeco” del CD Ombu. La línea aérea sale de la Set224 “Matriforj” y va hacia la SETA 847 “Ombu y Corralito”. Se deja aclarado que el servicio verificado por la Guardia Reclamos se encontraba normal en la zona”. (fs. 126). A fs. 198 informan que la normativa imperante en materia de arbolado público en Rosario a la fecha de mayo del año 2015*



Poder Judicial

era la Ley de arbolado provincial N° 9004 y la Ordenanza Municipal N° 5118.

A fs. 143, la informativa remitida por la Dirección General de Parques y Paseos dio cuenta que no se registran solicitudes de poda de árbol frente a a las direcciones catastrales 2784 A, 2784 B, 2784 C y 2784 D.

En autos se rindió pericia en ingeniería eléctrica en la cual el experto constató: *“Sobre el frente del inmueble de calle Ombú 2784 B, se observa el paso de: 1 línea de Baja Tensión de 380 V, tendidas con cable tipo pre-ensamblado y aislado de 4 conductores. 1 línea de Media Tensión de 13,2 Kv, conformada por 3 conductores desnudos. 1 línea de señal de Televisión por cable. No se observan conexiones clandestinas o irregulares en esa cuadra. Se observa que el inmueble cuenta con medidor de energía eléctrica, constatando que se halla en funcionamiento”.* (fs. 180). Respecto la distancia de las mismas al árbol referenciado en el lugar dijo: *“(…) las ramas del árbol tienen una altura tal, que alcanzan a tocar las líneas de Baja Tensión y Media Tensión (...) sólo se puede hacer una aproximación mediante comparación con la altura de las viviendas para estimar las alturas de las líneas eléctricas y de la altura máxima de la copa del árbol: Línea de Baja Tensión: 6,00 mts. Línea de Media Tensión: 8,50 mts. Copa del árbol: 9,50 mts.”.* (fs. 180 vta.). Preguntado si existe obligación de la EPE de evitar que el arbolado público se encuentre en contacto con los conductores de baja tensión, luego de analizar la normativa expuso: *“(…) quien está obligado a hacer las podas y escamondas ese únicamente la Municipalidad de Rosario, a través de la Dirección General de Parques y Paseos. Además se interpreta de estos artículos que cuando dichas tareas de mantenimiento, las empresas interesadas, bajo la autorización y supervisión de dicho organismo municipal,*

podrán realizar la escamonda, cuando las líneas de electricidad vean afectada su estructura. No hay documentación en autos, aportada por la EPE que evidencia, que se haya solicitado autorización a la mencionada Dirección para realizar la escamonda sobre el árbol en cuestión. No hay documentación en autos, aportada por la Municipalidad de Rosario, que evidencia, que se haya realizado alguna intervención de poda o escamonda sobre dicho árbol". (fs. 181). Finalmente, en cuanto a las características de los cables del lugar dijo: "Los cables pre-ensamblados son contruidos a partir de la reunión de 1 o 3 conductores de fase, son aislados y van alrededor del conductor neutro también aislado. Por el hecho de ser conductores aislados, no ofrecen peligro a quien tome contacto directo con ellos, es decir, que puede ser tocado con cualquier parte del cuerpo sin peligro de electrocución". (fs. 181 y vta.). Respecto la línea de Media Tensión dijo: "está conformada por conductores desnudos. En este caso, sí ofrece peligro de electrocución, cuando una persona entra en contacto directo o por aproximación con la misma y a su vez, con contacto a tierra". (fs. 182, ver tabla de niveles de tensión y distancias mínimas).

Continuando con su informe, el perito aclaró que: *"Todos los materiales son conductores de corriente eléctrica y que la capacidad de conducir depende de la resistividad del material, la cual varía desde valores muy bajos hasta valores muy altos. En el caso particular del árbol, su resistividad o conductividad, depende de varios factores, como ser: tamaño del árbol, sabia, época del año, humedad ambiente, etc. (...) En síntesis, en el caso planteado en que hubiera contacto entre el follaje y los conductores de Media Tensión, la corriente que circularía en valor muy bajo".* Continuando con su análisis manifestó: *"(...) si una persona subida a un árbol, tocara un conductor de Media Tensión, la corriente que circularía por su cuerpo es de*



Poder Judicial

valor bajo y no sería detectada por las protecciones del sistema, pero de valor lo suficientemente alto como para provocar daños a la persona causándole la muerte.” (fs. 183 vta.). Finalmente, concluyó que: “(...) el niño, estando parado sobre una de las ramas del árbol, con su cuerpo apoyado sobre su pie derecho, hubo una aproximación o contactó su mano izquierda al conductor de Media Tensión, recibiendo la descarga de corriente eléctrica (por contacto o por arco), la cual ingresando por la mano y saliendo por el pie, atravesó todo su cuerpo, pasando por el corazón, causándole la muerte”. (fs. 184).

En oportunidad de AVC, el perito ingeniero electricista respondió aclaraciones y amplió su informe. Preguntado para que diga cómo se encontraba el lugar en el momento de la pericia: *“Había un árbol cuyas copas sobrepasaban las líneas de MT, había varias líneas BT, MT y TV, el árbol estaba sobre las líneas mencionadas.”* Preguntado para que diga si es factible que el árbol sea conductor de electricidad por tocar las líneas, los vecinos hayan podido bajar al menor sin sufrir lesiones, dijo: *“Si, es posible, podrían haber subido y bajar al chico sin lesiones.”* Preguntado por qué no saltaron las protecciones de la EPE dijo: *“La línea no salió de servicio porque la corriente que pasó por el cuerpo es tan baja que no llegó a hacer saltar las protecciones de la EPE”.* Consultado respecto de que era cotidiano ver chispasos, y preguntado si eso puede provocar el corte del servicio, dijo: *“Eso no significa que haya circulación de corriente, es que existe tensión pero no hay circulación. Tendría que haber valores muy altos que circulen a través del árbol para que eso genere corriente sobre el árbol, nada que ver a lo que pasó en el caso”.*

También se rindió en autos pericial técnica en Higiene y

Seguridad en la cual el perito respecto las características del lugar donde ocurrió el siniestro expuso: *“En el lugar no se observan irregularidades y/o conexiones eléctricas clandestinas (...) otra característica del lugar donde ocurrió el siniestro es que las ramas del árbol, como así también el follaje compacto del mismo se encuentran inmersos, interpuestos en el tendido de los conductores tanto BT (baja tensión), como así también de MT (media tensión). La altura máxima de la copa del árbol supera en partes los 9,5 metros”*. (fs. 202). También explicó que: *“Todos los conductores eléctricos mencionados en los puntos anteriores y que pasan por el frente de la vivienda (baja tensión, media tensión y cableado de TV), atraviesan en forma total y absoluta las ramas con el follaje del árbol”*. (fs. 203). También aclaró que los cables pre ensamblados no ofrecen peligro al contacto directo, mientras que los de Media Tensión ofrecen serios problemas de electrocución cuando una persona toma contacto directo o indirecto por aproximación y a la vez con contacto a tierra es fatal. Que la savia del árbol es totalmente húmeda y por tal motivo la carga eléctrica puede correr a través de ella sin problemas en mayor o menor cuantía. Seguidamente analizó los niveles de tensión y la distancia mínima a la que deben situarse del suelo. (fs. 203 y vta.). Finalmente, como causa evidente del accidente dijo: *“Niño parado en rama del árbol, recibe una descarga de corriente eléctrica generada por el potencial de MT, y descargado en arco o por circulación en ramas del árbol, ingresando por la mano y saliendo por el pie, causándole de esa manera la muerte”*. (fs. 204). A fs. 226 ratificó en un todo su informe y enfatizó en que ese sector del siniestro y ese árbol en particular no fue podado ni mantenido por años, dado que esta a la vista por la magnitud evidenciada del mismo.

5. Por la confirmación de la mecánica del hecho dañoso, conforme los términos indicados en los puntos que anteceden, debe



Poder Judicial

examinarse la responsabilidad siniestral.

5.1. Dada la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en fecha 01.08.2015, cabe distinguir entre las normas que gobiernan el momento de la *constitución* y la *extinción* de una situación jurídica, de aquellas que refieren al *contenido* y las *consecuencias*, siendo que cada fase se rige por la ley vigente al momento de esa etapa³, lo que no impide la aplicación de las normas del Código Civil hoy derogado, aunque sólo a los *hechos* ocurridos bajo su imperio (arg. art. 7º, CCC, texto análogo al previsto en el art. 3º, CC de Vélez Sarsfield, según Ley Nro. 17.711).

Así, se ha explicado que si el *ad quem* "revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 la revisará conforme al artículo 1113 del Cód. Civil, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, el del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos"⁴.

Por ello, la responsabilidad de las hoy demandadas serán analizadas a la luz del Código Civil en virtud de haber ocurrido el hecho en

³ ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2a. edición, Paris, Dalloz et Sirey, 1960; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 Código Civil (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

⁴ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme*, en La Ley del 22.04.2015, pág. 1, cita online AR/DOC/1330/2015; relativizando en parte tal razonamiento, p. c. RIVERA, Julio César, *Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso*, en La Ley del 04.05.2015

tratamiento en fecha 20.05.15, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial.

5.2. De las constancias de autos, se advierte que la actora atribuye responsabilidad a la codemandada Empresa Provincial de la Energía en su carácter de dueño y guardián de los cables eléctricos, de la electricidad y que incumplió las obligaciones a su cargo ya que es su deber mantener las instalaciones en buen estado de conservación y condiciones de evitar peligro a las personas o cosas, por lo que el trazado de la línea aérea debe estar despejado y los árboles podados, para evitar cualquier contacto. Finalmente, sostienen que tiene el deber de llevar adelante programas de mantenimiento y poda o corte de árboles que puedan afectar la seguridad de sus instalaciones.

Respecto la Municipalidad de Rosario, atribuyen responsabilidad aduciendo que incumplió un deber legal determinado, consistente en podar los árboles de Rosario para evitar que el roce o fricción de su follaje convierta a la planta en conductora de electricidad. Que además, es dueña y guardiana del árbol, que es un bien del dominio público y tiene el deber legal de custodia y conservación, responsabilidad que implica falta de servicio.

Frente a ello, la demandada **Empresa Provincial de la Energía** sostiene que es extraño que si el menor tocara el cable de MT no se provocara un cortocircuito que hiciera que se activara el sistema de protección de la línea, desenergizándola automáticamente. Que además, los LAMT no se encuentran atravesando el arbolado de la zona, y que pasa sobre la copa del árbol, sin hacer contacto alguno.

Que la EPE no se encuentra obligada a despejar las líneas de baja tensión del arbolado público, como así tampoco de exigir al municipio la poda de los árboles que se encuentran en contacto con líneas de suministro domiciliario.



Poder Judicial

Invoca el hecho de un tercero por quien no debe responder aduciendo que existe una evidente culpa de los padres derivada tanto del deber de vigilancia como del deber de educación sobre un niño de 11 años que se encontraba trepado a un árbol de más de 7 mts. de altura y que incluso contaba con una escalera de casi 4 metros para subir al mismo.

Invoca también la culpa de un tercero por quien no debe responder respecto la Municipalidad de Rosario aduciendo es quien tenía a su cargo el deber de mantenimiento de dicho arbolado

Por su parte, la codemandada **Municipalidad de Rosario** invoca la culpa de un tercero por quien no debe responder esgrimiendo que el menor no se encontraba bajo la supervisión de ningún adulto responsable ya que su padre no estaba presente al momento en que el menor se habría trepado al árbol y por lo tanto omitió el deber de cuidado y el efectivo ejercicio de la patria potestad que ostentaba sobre el mismo.

Que el servicio de energía eléctrica es un servicio público reglado, ajeno a su control, no estando a su cargo su cuidado ni su mantenimiento en forma que no constituya peligro alguno para la seguridad pública. Que es la codemandada -EPE- quien ostenta la obligación legal, el mandato de operar y mantener las instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguna para la seguridad pública, siendo a esta imputable la responsabilidad. Que asimismo, en su base de datos no se registra requerimiento alguno cursado por la EPE en relación al árbol situado en calle Ombú 2784 y en consecuencia mal puede existir omisión alguna de su parte.

Enfatiza en que ha existido un accionar riesgoso por parte del menor quien se encontraba trepado a un árbol, a una altura de 5,7 mts. del

piso como mínimo y que, conforme dichos de los vecinos habría violentado o intentado violentar el cableado existente en el lugar. Que además, el nexo de causalidad también se ha visto fracturado por la exclusiva culpa de la víctima, en el caso los padres del menor, no debiéndose responder. Que el menor de 10 años de edad, se encontraba sólo, fuera de su domicilio, en la copa de un árbol situado en la vía pública, lugar no apto para juegos y fuera de la vigilancia y cuidado de sus progenitores (vigilancia activa de los padres), es decir, se trataba de un menor sin discernimiento en los términos del art. 921 del CC.

5.3. Según se desprende de la demanda, escritos de responde y de las probanzas de autos, no se encuentra controvertido el extremo de que el menor Matías Moreno se encontraba trepado sobre la copa del árbol de aproximadamente de 7 metros de altura situado frente al domicilio de calle Ombu 2784 bis y en esas circunstancias recibió una descarga eléctrica proveniente de un cable de alta tensión, que atravesaba el follaje del mismo, lo que le provocó la muerte por electrocución.

Tal mecánica fue descrita por el perito ingeniero en electricidad: *“(...) el niño, estando parado sobre una de las ramas del árbol, con su cuerpo apoyado sobre su pie derecho, hubo una aproximación o contactó su mano izquierda al conductor de Media Tensión, recibiendo la descarga de corriente eléctrica (por contacto o por arco), la cual ingresando por la mano y saliendo por el pie, atravesó todo su cuerpo, pasando por el corazón, causándole la muerte”.* (fs. 184).

Dentro de este marco y conforme las imputaciones realizadas, se deberá analizar si le cabe responsabilidad a las codemandadas, por encontrarse el tendido eléctrico causante de la muerte atravesando la copa de los árboles, en violación de las normas de seguridad; y/o por el contrario al



Poder Judicial

menor o a sus padres del menor por violación del deber de cuidado y vigilancia del mismo.

5.4 Continuaremos entonces por analizar la situación de la codemandada Empresa Provincial de la Energía.

A tal fin, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1113, 2° párrafo, CC, desde que no hay duda que la electricidad, a la que resultan aplicables las disposiciones referentes a las cosas (art. 2311, CC) presenta una condición esencialmente riesgosa, que somete a quienes la utilizan, tanto como dueños o guardianes (lo que implica responsabilidad no sólo por la titularidad del fluido eléctrico sino también por la guarda y mantenimiento a través de la propiedad de la instalación), a las consecuencias legales previstas en esa norma⁵.

Ello sentado, vale recordar que "aun cuando pesa sobre el actor la prueba genérica sobre el hecho, no siempre soporta esa carga respecto de sus circunstancias. Por el contrario, muchas veces sobre la base de la primera demostración se traslada al demandado la de circunstancias aptas para excluir la responsabilidad. Así se verifica por ejemplo en el supuesto de daños derivados del riesgo o vicio de una cosa (art. 1113 CC): el actor debe demostrar un hecho en que haya tenido intervención activa la cosa riesgosa o viciosa, y el demandado, si quiere enervar la imputación, tendrá que acreditar las circunstancias fácticas que evidencien que el daño reconoce su origen en una causa ajena al riesgo o vicio"⁶. De lo cual se desprende que en supuestos de actividad riesgosa, pesaría sobre la demandada la carga de acreditar que las circunstancias para su realización eran aptas.

⁵ CSJN, 15.10.1987, "PRILLE de NICOLINI, Graciela C. c. S.E.G.B.A. y Otro", en Fallos 310:2103).

⁶ Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de daños 3. El proceso de daños" p. 139

Tanto la actora como la codemandada Municipalidad de Rosario, achacan a la codemandada EPE su calidad de dueño y guardián de los cables eléctricos y su deber de mantener las instalaciones en buen estado y condiciones de evitar peligro a las personas, por lo que el trazado de la línea aérea debía estar despejado y los árboles podados para evitar cualquier contacto, pudiendo requerir a la Municipalidad tal actividad.

Si bien es cierto -conforme se expondrá más adelante- que existe responsabilidad por parte de la Municipalidad de Rosario en la conservación y poda de los árboles, no es menos cierto que la EPE ostenta el carácter de dueño y guardián del tendido eléctrico emplazado en el lugar y se encontraba en condiciones -y debería- haber solicitado el corte/poda de las ramas que obstruían el tendido eléctrico (reiteramos, de su propiedad) conforme lo establece el art. 11 de la Ordenanza Nro. 5118/91 que dispone: *“Cuando no exista una solución alternativa, la Dirección General de Parques y Paseos, permitirá la escamonda a empresas interesadas en el mantenimiento de líneas de electricidad, teléfono, televisión, música o redes subterráneas de gas, agua, etc., cuando las ramas o raíces del arbolado público afecten la infraestructura existente. El organismo de aplicación de esta Ordenanza, determinará la magnitud de la práctica autorizada, los recursos agronómicos a adoptar en defensa del arbolado existente y labrará actas por las infracciones que se cometan”*.

Así, la informativa remitida por la Dirección General de Parques y Paseos dio cuenta que no se registran solicitudes de poda de árbol frente a a las direcciones catastrales 2784 A, 2784 B, 2784 C y 2784 D. Asimismo, tanto las periciales en ingeniería eléctrica como en higiene y seguridad dieron cuenta que no hay documentación en autos, aportada por la EPE que evidencie, que se haya solicitado autorización a la mencionada Dirección para



Poder Judicial

realizar la escamonda sobre el árbol en cuestión como así tampoco documentación aportada por la Municipalidad de Rosario, que evidencie, que se haya realizado alguna intervención de poda o escamonda sobre dicho árbol. A mayor abundamiento, a fs. 226 enfatizó en que ese sector del siniestro y ese árbol en particular no fue podado ni mantenido por años, dado que está a la vista por la magnitud evidenciada del mismo, circunstancia que echa por tierra la defensa de la Municipalidad de que el día en que ocurrió el accidente no era época de poda.

En relación a ello, se ha dicho: *"el cableado eléctrico y, esencialmente, el servicio público de electricidad es una cosa de riesgo, aprehendido por el art. 1113 2do. Párr. "in fine" del Cód. Civil" y que la "prestación de un servicio público generador de riesgo y del que obtiene beneficios económicos" debe acompañarse necesariamente de una "obligación secundaria de seguridad" hacia los usuarios directos y extensible a terceros, tratándose "en definitiva, de una obligación de resultado" de conformidad con lo previsto por la ley de defensa del consumidor y el art. 42 de la Constitución Nacional."*⁷

Por todo lo expuesto, no caben dudas de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa que pesa sobre la codemandada Empresa Provincial de la Energía quien tenía a su cargo el mantenimiento del tendido eléctrico ubicado al frente del inmueble de calle Ombu 2487 bis, por su carácter titular y responder así por los daños sufridos por el menor a consecuencia de la cosa riesgosa.

⁷C. 85.552 - "A. d. E., V. y otros contra Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda. Daños y perjuicios" - SCBA - 22/08/2007

5.5. Ingresando ahora al análisis normativo en relación con la responsabilidad atribuida al municipio con fundamento en lo normado por el art 1112 CC, cabe señalar que es menester atender si la omisión imputada es una acción exigible y si la misma actuó como causa eficiente del daño. En el caso “Mosca”⁸, la Corte Suprema de Justicia, ratifica y profundiza lo sentado en “Zacarías”⁹, que impone al poder judicial concretizar la regla general con referencia al factor de atribución genérico (cumplimiento irregular del servicio) cuya aplicación debe ser efectuada en función del análisis particular de cada uno de los requisitos que ponen en funcionamiento el artículo 1112. Ello así porque el artículo 1112 es una norma de reenvío, lo que implica que en cada caso habrá que indagar las reglas que rigen el servicio cuyo presunto funcionamiento defectuoso produjo el daño.

Asimismo se ha dicho que *“...La falta de servicio por omisión se configura, cuando sea razonable esperar que el Estado, actúe en un determinado sentido para evitar el daño en la persona o en sus bienes particulares, a la luz de los principios que informan el ordenamiento jurídico, plasmando esa realidad en un deber concreto de obrar establecido en interés ajeno y no meramente genérico y difuso...”*.¹⁰

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha ido delineando el funcionamiento de la responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con el poder de policía precisando el alcance de la falta de servicio. Así sostuvo que *“Entre los distintos tipos de responsabilidad que se le puede atribuir al Estado, la que se funda en actitudes omisivas de éste es la más compleja de abordar a los efectos de determinar los requisitos para que*

8 Mosca, Hugo Arnaldo C/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros S/ Daños y Perjuicios – CSJN – 16/05/2000. [elDial.com](http://www.elDial.com) - [Jurisprudencia](#)

9 Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario. SENTENCIA 28 de Abril de 1998 Nro. Interno: Z15XXIII T. 321, P. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-zacarias-claudio-cordoba-provincia-otros-sumario-fa98000238-1998-04-28/123456789-832-0008-9ots-eupmocsollaf>

10 SC Mendoza, Sala 1°, 18/10/96, LL 1997-B-92.”



Poder Judicial

la misma se configure. Ello es así, ya que mientras en la responsabilidad por acción lícita o ilícita del Estado nos movemos predominantemente en el mundo de los actos, en el mundo del ser; en la responsabilidad por omisión estamos inmersos en el mundo del deber ser (Muñoz, Guillermo "Responsabilidad del Estado por omisión", en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", pág. 89); es decir, que se lo coloca al juzgador en la necesidad de valorar los efectos que pudo tener una acción, un actuar que en el plano de la realidad no ocurrió".

"Sostiene Celso Antonio Bandeira de Mello que en este tipo de responsabilidad el Estado no es el autor del daño; en rigor, no se puede decir que lo causó, su omisión o deficiencia habría sido condición del daño, y no causa. Causa es el factor que positivamente genera un resultado, en cambio condición es el evento que no sucedió, pero que, si hubiera ocurrido, habría impedido el resultado ("Curso de Derecho Administrativo", pág. 865)".

"Por su parte, el Máximo Tribunal Nacional ha sostenido reiteradamente que resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien se ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas ("Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires -Policía Bonaerense- y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 6.3.2007)."

"Cuando se pretende el resarcimiento de un daño atribuido al Estado por su actuación u omisión en el ámbito del "poder de policía", es una materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional (crit.

C.S.J.N., "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros/ daños y perjuicios", sentencia del 21.3.2006). En esa línea, la constitución provincial de 1962 establece un sistema de responsabilidad del Estado en la esfera del derecho público, la que se rige "por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables" (artículo 18°), es entonces en este ámbito donde debe buscarse la solución jurídica del presente caso."

"Entrando en ese análisis, y sin perjuicio de la discusión doctrinaria sobre si la responsabilidad del Estado por omisión tiene su fundamento normativo en el artículo 1074 del Código Civil que abarca la generalidad de las hipótesis omisivas, reservando el artículo 1112 para supuestos específicos vinculados con omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (cf. Marienhoff, Cassagne); o si es este último artículo único fundamento de la responsabilidad del Estado por omisión, ya que la reparación por falta de servicio abarca no sólo los supuestos de daños producidos por la actividad de la Administración, sino también los causados por su inactividad u omisión (cf. Gordillo), lo que interesa es que ambas posiciones requieren para que se configure una omisión susceptible de ser fuente de responsabilidad la existencia de una normativa expresa o implícita que obligue al Estado a actuar. Es decir, conciben la responsabilidad del Estado por omisión como un actuar antijurídico del mismo.

"En efecto, el artículo 1074 prescribe que "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido", y el artículo 1112 hace referencia al incumplimiento "de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas". En la misma línea se encuentra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando distingue entre los casos de



Poder Judicial

omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho de aquéllos otros casos en los que el Estado esta obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado ("Mosca" cit.), en ambos casos se está requiriendo un obligación legal de actuar. Por lo tanto, si esa obligación legal, no existiere, el hecho omisivo carece de sanción y el derecho se desentiende de él, porque no se habría afectado un derecho ajeno (Marienhoff, Miguel S., "Responsabilidad Extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público", pág. 12)."¹¹

Por otra parte, cabe destacar que los daños derivados por la intervención de un árbol o parte de él, emplazado en la vía pública representa un accesorio del dominio público, pudiendo sindicarse al ente municipal en el carácter de dueño o guardián⁷, siendo entonces, quien debe tomar las precauciones que resulten necesarias para salvaguardar la integridad de las personas y cosas que podrían resultar dañadas por bienes que pertenecen o son accesorios del dominio público.

En efecto, conforme a los arts. 2339, 2340 inciso 7°, y 2344, CC, son bienes del dominio público municipal las calles, disponiendo el art. 2520 que "*La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentren en ella, natural o artificialmente unidos*". Así, por ejemplo, un árbol o un edificio pertenecen al dueño del terreno al que están adheridos, el primero en forma natural, y el segundo de una manera artificial.

¹¹ De la ampliación de fundamentos del Dr. Spuler in re ."Álvarez, Élide G. por sí y otro c/Municipalidad de Santa Fe. Indemnización de daños y perjuicios s/Recurso de Inconstitucionalidad".CSJSF. 12/4/11.

⁷ MARIENHOFF, Miguel S.; "*Tratado del dominio público*", N° 24, pág. 88

Ello es consecuencia de haberse adoptado en nuestro Derecho, el principio *superficie solo cedit* y de no admitir dentro de la legislación argentina el derecho de superficie (art. 2614), con la variante incluida en la actualidad respecto de la superficie forestal, desde la sanción de la ley 25.509.

A su vez, el art. 2519 consagra una aplicación de estas ideas al establecer que "*Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él pertenecen, si no se probare lo contrario (...)*".

De tal suerte, el régimen legal de las cosas accesorias de inmuebles públicos presenta analogías con el de las cosas principales y accesorias del Derecho privado. Así, integran también el dominio público los árboles de una avenida o calle o camino. Hay una relación permanente, directa e inmediata, entre el árbol y el destino de la calle⁸

En realidad, se trata más que de cosas accesorias, de inmuebles por accesión física, natural, en el caso de los árboles, todo lo cual se refuerza en nuestro ámbito en virtud de lo estatuido por la ley provincial Nro. 9.004 (reglamentada por Decreto 763/1983), y la Ordenanza 5.982/1995, que dejan en claro que la Municipalidad de Rosario resulta organismo de aplicación con poder de policía sobre el arbolado público situado en el ejido municipal, debiendo considerarse su carácter de guardián en los términos del art. 1113, CC.

En definitiva, el municipio es dueño y a la vez guardián de esos árboles, por lo que no cabe dudar del poder efectivo de vigilancia, gobierno y control sobre los mismos. Resulta oportuno recordar que el dominio es el

⁸ cf. MARIENHOFF, Miguel S.; "*Tratado de Derecho Administrativo*", tomo V, págs. 103 y ss.



Poder Judicial

derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida a *la voluntad y acción* de una persona (art. 2506, CC), y que, a su vez, lo que caracteriza la guarda no es tanto la tenencia material de la cosa, sino el poder de hecho que se tiene sobre ella, con prescindencia del título o derecho que se tenga. Lo esencial es el poder de mando o dirección intelectual, vale decir, la posibilidad de ejercer un poder autónomo e independiente sobre la cosa y de impartir órdenes respecto de ella, tal como ocurre con los árboles públicos, ya que el municipio debe, a través de la repartición pertinente, realizar inspecciones periódicas a los efectos de evitar sucesos como el que dio origen a estos autos.

Claro está, la omisión de los deberes que el poder de policía conlleva conforme ya fuera expuesto, genera responsabilidad⁹

A más abundar, inclusive se ha avanzado diciendo también que la responsabilidad del Estado por el mantenimiento de la arboleda no sólo recae sobre la arboleda denominada *pública* por encontrarse en lugares de esparcimiento destinados al uso común, sino que también es responsable por cualquier árbol, aunque se encuentre en terreno privado, habida cuenta que su obligación *"no queda excluida por el hecho de que esté en zona de servidumbre, pues la administración no puede permanecer inerte ante la inactividad del propietario"*¹²

5.5.1. Sentado lo expuesto, se impone analizar cuáles eran los deberes que tenían impuestos legalmente el Municipio, en virtud del poder

⁹ CNAC, sala C, 30.08.1994, *in re "ROJAS, Petrona M. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"*.

¹² PIROTA, Martín Diego; *"Compendio Jurisprudencial sobre Accidentes de Tránsito en Carreteras y Autopistas"*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 213

de policía que les es propio, vinculados con la poda de los árboles ya que la falta de cuidado y atención de estos por su parte, lo tornaría responsable.

Al efecto, la Ordenanza Municipal Nro. 5118/91, en su Art. 9º. Dispone: *“La Dirección General de Parques y Paseos llevará un registro actualizado del arbolado público, donde conste: ubicación, especie, estado vegetativo y sanitario, edad, inclinación y cualquier otro dato de interés a efectos de su adecuada conservación y planificación. Para tal objetivo se autoriza al Departamento Ejecutivo a firmar un convenio con la Facultad de Ciencias Agrarias de Rosario, para la ejecución de un primer censo del arbolado público existente”*. Seguidamente, el Art. 10º estatuye: *“Queda prohibido a toda persona, empresa privada o estatal efectuar cortes, despuntes, poda aérea o radicales, talas o erradicaciones del arbolado público. Estas tareas en caso de ser necesarias serán realizadas por personal pertenecientes al organismo de aplicación de esta Ordenanza. Si el mismo, resultara, insuficiente, dicha labor podrá ser realizada por particulares, previa autorización y bajo contralor de la Dirección General de Parques y Paseos”*

De este modo, analizando las constancias de autos, surge sin lugar a dudas, que el follaje del árbol en cuestión se encontraba sin mantenimiento alguno desde hace años (cf. pericial fs. 226) y por sobre el tendido eléctrico que pasa por el lugar. Tal extremo se encuentra acreditado por lo expuesto tanto en la pericial en ingeniería eléctrica -*“(…) las ramas del árbol tienen una altura tal, que alcanzan a tocar las líneas de Baja Tensión y Media Tensión (...)-*, como en la pericial de higiene y seguridad -*“(…) otra característica del lugar donde ocurrió el siniestro es que las ramas del árbol, como así también el follaje compacto del mismo se encuentran inmersos, interpuestos en el tendido de los conductores tanto BT (baja tensión), como así también de MT (media tensión)-* , extremo que surge también del



Poder Judicial

testimonio de la Sra. Casco rendido en oportunidad de AVC -en alusión a las chispas que seguidamente se observaban en el lugar por el roce de las ramas y los cables- y conforme se advierte la misma circunstancia del acta de procedimiento Nro. 322/15.

En síntesis, todas las probanzas dan cuenta que el follaje del árbol emplazado en el lugar, se encontraba sobrepasando ampliamente los cables de electricidad que se hallaban allí tendidos y que conforme lo dispone la mentada ordenanza, era responsabilidad de la Municipalidad la adecuada conservación (poda) del mismo, tornándola de esta manera responsable conforme lo desarrollado. A mayor abundamiento, el estado de tal arboleda se mantiene en las mismas condiciones, circunstancia que será objeto de tratamiento más adelante.

5.6. Ahora bien, tanto la Municipalidad de Rosario como la Empresa Provincial de la Energía, han centrado sus defensas en la culpa de un tercero por quien no deben responder, esto es, la culpa de los padres por su omisión en el deber de vigilancia sobre el menor. Además, la Municipalidad esgrimió que ha existido un accionar riesgoso por parte del menor quien se encontraba trepado a un árbol, a una altura de 5,7 mts. del piso como mínimo.

Frente a ello cabe destacar que conforme se ha acreditado en autos (cf. partida de nacimiento obrante a fs. 4), el menor contaba con más de 10 años al momento del accidente, por lo cual cabe considerar la eventual incidencia del hecho de la víctima en la producción del daño como posible eximente, total o parcial de responsabilidad de la demandada y no la del hecho de un tercero por quien no se debe responder (es decir, la de sus padres).

Adviértase que a partir de los diez años de edad se adquiere discernimiento en lo que se refiere a los actos ilícitos (art. 921 CC), no correspondiendo acudir al art. 1114 CCC, que refiere a la responsabilidad de los padres por los daños causados -no sufridos- por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y habitan con ellos. Ello así puesto que el niño ha sido dañado y no causante del daño a un tercero.

En autos se halla acreditado conforme ha sido desarrollado anteriormente que el menor se hallaba trepado al árbol de casi 6 metros de altura y en esas circunstancias sufrió una descarga eléctrica mortal proveniente de un cable que atravesaba el follaje del mismo. Por lo tanto no caben dudas que la temeridad, audacia o ignorancia de la víctima quien en forma consciente y voluntaria -ya que se trataba de un niño mayor de 10 años-, constituye una causa directa de la ocurrencia del evento.

5.6.1 Lo señalado supra permite afirmar que resultan aplicables en el caso, los artículos 1.111 y 1.113 *in fine* Código Civil. Es que ha mediado un hecho de la víctima regulado por el art 1.111 Código Civil cuyo protagonismo desvincula parcialmente la relación de causalidad entre el hecho nocivo y los daños sufridos (“Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, obra colectiva dirigida por Alberto Bueres, Editorial Hamurabi, Tomo 3 A, pág. 421); siendo dable destacar que tal circunstancia que releva de responsabilidad opera aún cuando deba funcionar en el caso un factor objetivo de atribución de responsabilidad. Sobre el particular se ha manifestado que: “Ante factores objetivos de atribución de la responsabilidad -riesgo creado, garantía, etc.- “el hecho de la víctima que protagonizó el evento podrá concurrir con ellos eximiendo de responsabilidad al demandado en el grado de conducta que no fue causa adecuada para producir el hecho ilícito. Así, vgr, el art 1.113, párr. 2º, 2ª parte, del Código



Poder Judicial

Civil, prevé como eximentes para los daños que se producen por el riesgo o vicio de la cosa a la “culpa de la víctima” (Código Civil comentado y anotado, obra colectiva dirigida por Santos Cifuentes, Ed La Ley, Buenos Aires 2005, Tomo I, pág. 881). Refiriéndose al art 1.111 C.C., enseña Zavala de González que “Se trata del perjuicio inferido a sí mismo: falta o defecto de conducta imputable a quien lo sufre. Esta imputabilidad no significa reproche (ninguna sanción se impone a la víctima) sino imputabilidad fáctica o causal y, en su virtud, quien experimenta el perjuicio no tiene derecho a cargarlo en la cuenta de otro” (“Actuaciones por daños” por Matilde Zavala de González, Buenos Aires 2004, Ed. Hamurabi, pág. 164). Por su parte, Andorno señala que : “En general puede decirse que prácticamente en todas las legislaciones se considera que el nexo causal queda destruido por la intervención del hecho de la víctima que obra así, como una causal de exoneración de responsabilidad. No resulta difícil encontrar la razón de esta eximente de responsabilidad. Ella obedece sin dudas al propósito de alentar el comportamiento prudente y diligente de las personas. No parece razonable condenar al causante del daño, cuando dicho evento se debe a la culpa de la víctima” (“El artículo 1113 del Código Civil. Comentado. Anotado”, por Roque Garrido y Luis Andorno, Ed. Hamurabi, pág. 469).

Que en suma, en relación a la conducta evidenciada por la víctima, y descripta más arriba, no ha sido únicamente el riesgo propio de la cosa (electricidad) y la falta de mantenimiento del árbol en cuestión lo que ha generado el daño, sino que además, causa del perjuicio ha sido el hecho de la víctima que se ha interpuesto en el curso ordinario de la cosas, fracturándolo parcialmente.

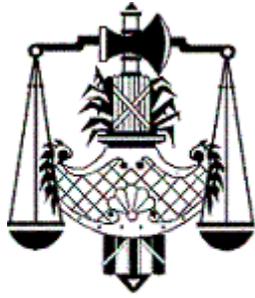
5.6.2. En cuanto a la responsabilidad achacada a los padres por faltar al deber de vigilancia y educación del niño, resulta aplicable el art. 1.114 del C.C que establece una presunción de culpabilidad en el ejercicio de la patria potestad que admite prueba en contrario: *“El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años (...)”*. En cuanto a la eximente, el art. 1116 dispone: *“Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”*.

Esta vigilancia aludida ha sido entendida como el conjunto de medidas y cuidados que reclaman los hijos, de acuerdo con su edad y condición¹² y se relaciona con la presencia física del padre en el momento del hecho, también con la formación del hijo, a través de la educación, elemento éste que se ha señalado como uno de los determinantes de atribución de responsabilidad del padre¹³. Es que el deber de los padres es prevenir los peligros que el accionar del menor puede generar, es decir, la incapacidad de los menores de gobernarse impone a quienes ejercen la patria potestad el deber de vigilancia para que el menor no se dañe ni dañe a terceros.-

En el caso, se halla acreditado mediante el acta de procedimiento policial que el padre del menor no se encontraba en el lugar, que estaba realizando mandados y cuando regresó se encontró con la mortal situación. Tampoco se ha acreditado en autos, que alguna persona mayor de

12 cf. C.N.Civ, sala C, “O., O c/ Nanni, Abel César”, del 26.06.07, en la Ley Online; sala K, “Gonzalez Carman c/ Cabello, del 30/12/08, en La Ley 2009-C, p. 316).

13 CNCiv., sala F, “Gonzalez de Guarasci c/Caro”, del 20/08/91, en La Ley 1992-E, p. 396.



Poder Judicial

edad se hallare a su cuidado en circunstancias que el menor trepara, como se ha dicho, a un árbol de más de 6 metros de altura en cercanías al tendido eléctrico donde fue alcanzado por una descarga eléctrica que le produjo la muerte en forma instantánea.

No cabe dudas que la ausencia de los padres del menor es reprochable a los efectos de aquilatar la responsabilidad que le cabe a la parte demandada, toda vez que su presencia -presumiendo un actuar diligente- hubiera significado un mayor contralor sobre el niño que se encontraba trepado al árbol y próximo al tendido eléctrico; que además, conforme diera cuenta la testigo Casco, era eventual ver chispas al contactar las ramas de éste con los cables que pasaban por el lugar. Y por lo tanto, al violarse el deber de vigilancia y no encontrarse acreditada alguna eximente de responsabilidad que los libere, sobreviene la idea de culpa de los padres por la falta de cuidado de su hijo al momento del accidente.-

Al ser ello así, existe una causal de imputación de responsabilidad en la generación del hecho dada por la falta de cuidado de los padres respecto de un menor (doct. art. 265 del CC).

Por ende, la falta de control por parte de los padres respecto el menor, interrumpió cuanto menos parcialmente el nexo causal del evento dañoso, debiendo meritarse tal extremos a los fines de aquilatar la responsabilidad de las partes en el hecho.

5.7. Por todo lo meritado, entiende este órgano jurisdiccional que la responsabilidad por el hecho dañoso ventilado en los presentes ha de ser atribuida en un **40%** a la codemandada Municipalidad de Rosario, en un **40%** a la codemandada Empresa Provincial de la Energía y el **20%** restante al

menor Matias Moreno y a sus padres..

6. Despejada la atribución de responsabilidad, debe pasarse revista a los daños cuya indemnización se demanda.

Habiéndose determinado la responsabilidad concurrente en el hecho de las partes en litigio, es dable advertir que la proporcionalidad de dicha responsabilidad atribuida se reflejará en el monto de la condena, en tanto que en cada rubro se consignó el monto total que le hubiese correspondido percibir al actor para el supuesto de haber prosperado totalmente la demanda.

Toda vez que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia (art. 772, CCC), las normas aplicables, que captan en su antecedente normativo tal presupuesto, son las vigentes al momento de la emisión del decisorio (arg. art. 7º, CCC, texto análogo al previsto en el art. 3º, CC de Vélez Sarsfield, según Ley Nro. 17.711).

No otra conclusión cabe, habida cuenta que se trata de textos normativos que integran las reglas técnicas de la actividad de sentenciar¹⁴, pudiendo ser reconocidas a través de la facultad del órgano jurisdiccional de seleccionar el Derecho aplicable¹⁵.

En efecto, la aplicación lisa y llana del Código Civil de Vélez Sarsfield a sentencias dictadas bajo el Código Civil y Comercial de la Nación hoy vigente¹⁶, por la sola razón de haber tramitado los litigios bajo el primero de los ordenamientos mencionados, implica una postergación de la aplicación

14 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, págs. 270 y ss.

15 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 67 y ss.; SENTÍS MELENDO, Santiago, *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

16 Como se consigna en el Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew, de fecha 15.04.2015, en LL del 20.04.2015, pág. 11, cita online AR/JUR/3918/2015.



Poder Judicial

inmediata del Código Civil y Comercial sin bases legales, consagrando la regla de la aplicación diferida del Código Civil velezano después de su derogación.

Así, las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta otra ley de orden público que determina su aplicación a los procesos en curso¹⁷.

6.1 En cuanto al rubro **daño reparación del valor vida (comprensivo del rubro pérdida de chance)**, el art. 1745, CCC, estipula que *"En caso de muerte, la indemnización debe consistir en (...) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos (...)"*.

Se ha expresado, en tésis no modificada por la reforma del ordenamiento sustantivo civil, que *"Nada autoriza a establecer una pauta monetaria mínima igualitaria e indiferenciada correspondiente a un valor "vida humana" o "pérdida de vida humana", como monto indemnizatorio, con prescindencia de todo otro perjuicio cierto"*¹⁸. En análogo sentido ha tenido oportunidad de expedirse el máximo Tribunal nacional, aseverando que *"resulta razonable admitir que la muerte (...) importó la frustración de una posible ayuda material"*¹⁹. Es que *"en el caso de pérdida de la vida humana, lo indemnizable no es una suerte de valor intrínseco (...) adjudicable a la existencia del ser desaparecido, sino (...) la pérdida patrimonial que pueden*

17 Es el consolidado criterio de la CSJN, 13.04.1966, *in re "RODRÍGUEZ REGO, José c. Frigorífico Swift de La Plata S.A."*, en LL 123-317. P. c. BIDART CAMPOS, Germán José, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, tomo I-B, pág. 360.

18 CACCRos, en pleno, 12.11.1992, *"FRANCHI, Juan c. FERRER, Héctor R. y O."*.

19 CSJN, 09.12.1993, *"GÓMEZ ORUÉ de GAETE, Frida A. c. Provincia de Buenos Aires y Otros"*, en LL 1994-C, pág. 546.

experimentar los sobrevivientes a raíz del fallecimiento de aquél. (...) Consideramos que la vida en sí es inconmensurable económicamente (¿quién podría ponerle un precio?). Lo valioso en este sentido se refiere a los bienes materiales que el hombre crea u obtiene mientras vive, y que implican una desventaja pecuniaria también para otros si de alguna manera son sus destinatarios. En consecuencia, la vida humana no tiene un valor económico intrínseco, sino mediato. No se trata del económico valor de la vida, sino de los valores de esa índole que con la vida (“viviendo”) se pueden alcanzar, a cuyo respecto el sujeto cumple un papel instrumental”²⁰.

Resulta indudable que la vida en sí misma posee un valor irrepetible y único que trasciende lo económico y lo jurídico; sin embargo en el terreno estrictamente jurídico, y dentro del mismo limitándonos a la función reparatoria, a la que se encuentra dedicada el Tribunal, lo cierto es que el valor de la vida humana refiere única y exclusivamente a los perjuicios que sufren los terceros a consecuencia de la muerte de una persona. La cuestión no radica entonces en determinar cuál es el valor de la vida humana en general o de cierta vida en particular, tema que escapa a la capacidad y atribución de estos juzgadores, sino en evaluar si a consecuencia del fallecimiento, se ha generado a los reclamantes un perjuicio que debe ser indemnizado, y, en su caso, el monto por el que ha de proceder la reparación.

La muerte de un hijo representa para sus progenitores la pérdida de una chance, la futura colaboración que ese hijo hubiera podido prestarle de haber seguido viviendo, particularmente cuando, con el paso del tiempo, se produzca la declinación del estado físico y actividad de los padres.

Como toda chance, contiene elementos de incertidumbre,

²⁰ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, en BUERES, Alberto J. -Director-, HIGHTON, Elena I. -Coordinadora-, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 3 A, págs. 249 y ss., y sus citas.



Poder Judicial

conjeturales, puesto que lo que se resarce no es sino la frustración de una posibilidad, de la esperanza de ayuda futura, la que es dable presumir, desde una concepción solidarista de la familia.

Dicha ayuda no ha de ser necesariamente monetaria, sino económica en sentido amplio, comprendiendo, por ejemplo, la compañía o asistencia que normalmente prestan los hijos a sus padres durante la ancianidad de éstos -y que de no existir deberán ser reemplazadas por terceras personas a cambio de una remuneración-, la administración de los bienes familiares, etc.

En otras palabras lo que corresponde resarcir es la frustración actual de la probabilidad, más o menos cierta, de obtener en un futuro un beneficio económico del hijo muerto.

Para cuantificar el daño producido, deben tenerse presentes las características personales de la víctima²¹, en cuanto a edad, sexo, estado civil, nivel de capacitación, para el supuesto de que realizara tareas remuneradas si lo hacía o no en relación de dependencia. Es decir, debe ponderarse con estas pautas el perjuicio económico que del hecho deriva.

A efectos de determinar el monto de resarcimiento, los fallos precedentes pueden ofrecer una ayuda o pauta de cuantificación, cuando se trata de casos análogos o casos próximos, reuniendo características similares en aquellas variables consideradas relevantes para la decisión judicial.

En los presentes se halla acreditado el vínculo materno de la Sra. Fabiana Inés Moreira y paterno del Sr. Cristian Silvio Jesús Moreno

²¹ CSJPSFe, 29.12.1993, "*SULIGOY, Nancy Rosa FERUGLIO de y Otros c. Provincia de Santa Fe*", en A. y S., tomo 105, págs. 171 y ss.

respecto el difunto Matias Moreno (fs. 4).

En cuanto a las condiciones personales, ha de considerarse que el occiso contaba con 10 años de edad al momento del hecho (cf. partida de nacimiento fs. 4) y estuvo inscripto en el nivel primario tercer ciclo en la Escuela Nro. 456 Carlos Pellegrini el 7.12.12 para el ciclo lectivo 2013 y el 28.2.14 registró un cambio de institución (cf. informativa Ministerio de Educación, fs. 154 y ss.)

Teniendo en cuenta las facultades legalmente conferidas al Tribunal por el art. 245, CPCC, y las condiciones particulares de la víctima, se declara procedente el rubro fijándose el mismo en la suma de **\$ 2.500.000.-** para cada uno de los coactores.

6.2 Se define al **daño moral (comprensivo del daño psicológico)** sufrido a consecuencia del siniestro, como *"una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial"*²².

El art. 1738, CCC, regla que *"La indemnización (...) [i]ncluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida"*, estatuyendo el art. 1741, CCC, en expresa referencia a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, que *"(...) [e]l monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas"*.

Cabe consignar que, sobre la procedencia de su reparación, ha

²² ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Daños a las personas*, tomo 2, pág. 49.



Poder Judicial

sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *“en el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin”*²³.

Sobre las facultades del Tribunal para fijar prudencialmente el monto se ha resuelto *“la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante”*²⁴.

Adentrándonos a la consideración de la determinación de su monto, cabe consignar que existen para ello distintos criterios, y que corresponde, desde ya, adelantar que este Tribunal, siguiendo a la jurisprudencia mayoritaria, descarta que deban buscarse forzadas relaciones entre la suma otorgada por perjuicio material y la que haya de fijarse en concepto de daño moral, habiéndose entendido que *“A los fines de la fijación del quantum del daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación*

23 CSJN, “SANTA COLOMA c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, en ED, tomo 120, pág. 652.

24 CNC, Sala F, 05.08.1997, “DEPAOLINI, Jorge R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en JA del 20.05.1998, págs. 48 y ss.; y CNC, Sala F, 12.05.1992, “CENTURIÓN de MORENO, Elvira c. RASTELLI, Favio V. y Otro”, en LL 1993-B, índice por materia, 26. También p. c. CSJN, 01.04.1997, “LACUADRA, Ernesto Adolfo y Otros c. S.A. Nestlé de Productos Alimenticios”, en ED 1997, tomo 174, pág. 259.

con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste”²⁵.

Sentado lo anterior, el Tribunal hace saber que, como directriz general para el examen de los daños, participa del criterio que no debe aceptarse la multiplicidad de rubros resarcitorios, los que se limitan en número a las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales²⁶, posición en que se ha manifestado la Alzada²⁷, y que reafirma el art. 1737, CCC. Así, la lesión o daño estético y la lesión o daño psíquico o psicológico, son aspectos a tener en cuenta para evaluar la entidad del perjuicio (arg. art. 1738, CCC), pero cualquiera de éstos no configura un daño de distinta naturaleza, o con entidad propia, sino que al momento de fijar la cuantía de la indemnización, se los debe incluir dentro del daño patrimonial o no patrimonial, según los intereses afectados²⁸.

Entonces, teniendo una vez más en cuenta las facultades legalmente conferidas al Tribunal por el art. 245, CPCC, y las circunstancias a las que se alude precedentemente, se declara procedente el rubro fijándose el mismo en la suma de **\$ 3.500.000 para cada uno de los coactores.**

6.3 En cuanto al rubro peticionado por **gastos futuros de atención psicológica** no ha de proceder. No existen en autos constancias, principalmente pericial psicológica, que de cuenta del padecimiento de algún tipo de incapacidad psicológica por parte de los actores y que a consecuencia de ello requieran de algún tratamiento.

6.4 En cuanto a los **gastos de sepelio**, ha de destacarse que no se ha producido en autos adecuada probanza que acredite la efectiva erogación.

25 CSJN, 09.12.1993, “GÓMEZ ORUE de GAETE, Frida A. y Otra c. Provincia de Buenos Aires”, JA 1997-II, síntesis.

26 GOZAÍNI, Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1996, pág. 416.

27 CCCRoS, Sala IV, Ac. No. 371, 12.08.2005, “MORENO, Zulema del C. y Ot. c. PIATTI, Héctor s. Daños y Perjuicios”.

28 GUIBOURG, Ricardo A., *Cuantificación del daño*, en DT 2009 (abril), 355.



Poder Judicial

Pese a ello, el art. 1745, CCC, estatuye que *“En caso de muerte, la indemnización debe consistir en (...) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima (...)”*, sosteniéndose en numerosos precedentes jurisprudenciales que este Tribunal comparte, que *“Producida la muerte de una persona -en el caso, en un accidente de tránsito-, los gastos de sepelio constituyen un daño a resarcir -artículo 1084, Código Civil- y se deben aunque no se haya aportado prueba de su efectivo pago, ya que se trata de gastos de necesaria realización”*²⁹.

Por lo expresado, y atento a que no surge que la suma reclamada resultare irrazonable en relación a las circunstancias de la causa, se declara procedente el rubro por el monto de **\$10.000** para cada uno de los coactores.

7. Con relación a los intereses correspondientes al capital de condena, ha de señalarse que es doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del máximo Tribunal de la Provincia, que los jueces al momento de fijar los intereses deben reparar en el resultado económico a que se arriba y que se corresponde en forma objetiva y razonable con los valores en juego, atendiendo las consecuencias patrimoniales del fallo, y en el caso concreto, sin que se produzcan efectos distorsionantes de la realidad económica actual, obedeciendo a la realidad vivida, y buscando instrumentos idóneos a fin de proteger adecuadamente la concreta vigencia de los derechos constitucionales comprometidos, tanto del deudor como del

²⁹ CNACiv., Sala D, 20.09.2007, *“PALMA, Francisco y otros c. FONSECA, Miguel Ángel y otros”*; en idéntico sentido CNACom., Sala E, 04.06.2007, *“Ferrovías S.A. s. Concurso Preventivo s. Inc. de Revisión”*; CNACiv., Sala M, 22.12.2004, *“MIRANDA, Vicente c. RITORTO, Marcelo D.”*, en LL 25.07.2005, pág. 8; también CACCRos., Sala II, 25.06.1998, *“F, E. y otra c. S.M.F. y otros”*, en LLL 1998-2, pág. 783.

acreedor³⁰.

Toda vez que el art. 1747, CCC, expresa que "*El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación (...)*", el capital devengará un interés no acumulativo de acuerdo a las siguientes pautas: a) desde el día del hecho (arg. art. 1748, CCC) y hasta el vencimiento del plazo que esta sentencia otorga para el pago, siguiendo la doctrina legal establecida por la Alzada³¹, se aplicará el 8 % anual; b) desde el vencimiento de dicho plazo y hasta su efectivo pago, devengará un interés equivalente al doble de la tasa promedio entre activa y pasiva mensual sumado que abone el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. (índice diario).

8. En lo atinente a las costas, atento el éxito obtenido que se pondera jurídicamente, y en virtud del principio normativo de los vencimientos recíprocos, se impondrán en el siguiente orden: 10% a la parte actora y 90% a la parte demandada (art. 252, CPCC).

Por el mérito de los fundamentos que anteceden, el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la Segunda Nominación de Rosario, **RESUELVE: I)** Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Municipalidad de Rosario. **II)** Hacer lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenar a las demandadas Municipalidad de Rosario y Empresa Provincial de la Energía a pagar a cada uno de los coactores Cristian Silvio Jesús Moreno y Fabiana Inés Moreira la suma de **\$ 4.808.000.-** con más los intereses fijados en los considerandos que anteceden. **III)** Imponer las costas conforme lo dispuesto en los considerandos que anteceden. **IV)** Los honorarios se regularán oportunamente, firme que

30 CSJSF, in re Echeire.

31 CACCRos., Salas II y III, "*AUTINO, Federico Fernando c. CARDAZI, Luis Alberto s. Daños y perjuicios - Recurso directo*", Resolución Nro. 258/2015, y "*SIGISMONDI, Mabel c. Compañía de Servicios a la Construcción s. Daños y perjuicios - Recurso directo*", Resolución Nro. 172/2012, respectivamente.



Poder Judicial

estuviera la planilla a practicarse en autos, difiriéndose para tal oportunidad el prorratio previsto en el art. 730, CCC. **V)** Insértese, agréguese copia y hágase saber.

Autos: ***“MORENO, Cristian Silvio Jesús y otros c. Municipalidad de Rosario y otros s. Daños y Perjuicios”*** CUIJ 21-11862273-9

QUAGLIA

ENTROCASI

BONATO

BITETTI

Medida Preventiva: fundamentos. Dres. Quaglia y Bonato:

Advirtiéndose conforme lo desarrollado, el estado del árbol en cuestión y su peligrosidad en relación al tendido eléctrico, entiendo pertinente, en función de la tutela de los intereses generales, el interés superior del niño y el concepto de mandato preventivo, tomar medidas tendientes a prevenir otros daños que puedan acontecer respecto a personas que circulen por el lugar.

Adviértase que varios años después (conforme lo dictaminó el perito en ingeniería eléctrica), la situación del árbol en cuestión

no ha variado. Fue claro el experto cuando manifestó que en el lugar había un árbol cuya copa sobrepasaba las líneas de MT, había varias líneas BT, MT y TV, el árbol estaba sobre las líneas mencionadas, que el follaje compacto del mismo se encuentran inmersos en las líneas de media tensión, advirtiendo finalmente que todos los conductores eléctricos mencionados y que pasan por el frente de la vivienda (baja tensión, media tensión y cableado de TV), atraviesan en forma total y absoluta las ramas con el follaje del árbol. (fs. 203).

Ello así, teniendo en cuenta la consagración de la función preventiva de la responsabilidad civil de modo expreso en el Código Civil y Comercial, confiriéndose así 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 CCyC) (así lo destaca la CCyC de Azul, sala III, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/11/espilcapilar.pdf>).

Y es que, si bien en el caso concreto el Tribunal ha dispuesto la reparación de los daños producidos en autos, la solución del caso concreto no evitará que conductas del tenor a la aquí desarrollada vuelvan a reiterarse, resultando necesario arbitrar medios a los fines de evitar esta clase de omisiones, máxime, cuando se advierte que se encuentran en situación de peligro transeúntes que circulen por el lugar.

Entiendo procedente entonces dar intervención al Ministerio Público Fiscal Civil, a fin de que tome conocimiento de lo decidido en esta causa, y de la situación de peligro latente para la población que circula por esa zona, a fin de que determine si corresponde requerir acciones por parte del Estado demandado tendientes a arbitrar los medios necesarios para subsanar o evitar análogas situaciones de peligro.

A tal fin, se libraré oficio por Secretaría, con copia de la



Poder Judicial

sentencia y de las constancias relevantes de las medidas de aseguramiento de pruebas, para que el Fiscal a cargo disponga las medidas que considere pertinentes a fin de procurar se eviten en el futuro daños del tenor del debatido en autos y lleve a cabo el seguimiento de las actuaciones administrativas que se generen en tal sentido, informando al Tribunal todo aquello que considere menester.

DR. QUAGLIA

DR. BONATO

BITETTI