

Obra En Construccion Sin Senalizacion Nino Ahogado En Una Zanja Empresa Adjudicataria

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Obra en construcción sin señalización. Niño ahogado en una zanja. Empresa adjudicataria En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se resuelve elevar el porcentaje de responsabilidad atribuido a una empresa encargada de la realización de una obra que omitió señalar una zanja en la que falleció un niño por ahogo. Santiago del Estero, 30 de marzo de 2016. El Dr. Argibay dijo: I) Que el mismo se deduce contra la sentencia de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación, de fecha 14 de Noviembre del 2013 (fs. 353/366), en virtud de la cual se resolvió admitir parcialmente los recursos de apelación deducidos por ambas partes, y en consecuencia, revocar la sentencia de referencia en lo atinente al porcentaje de responsabilidad que le cupo a los involucrados en un 50% y 50%, así como en lo relativo al monto de los daños: por pérdida de chance, fijándolo en la suma de \$ 100.000; psicológico, que se estableció en \$ 25.000; y moral, que se elevó a \$ 100.000, confirmando la sentencia apelada en los demás aspectos. Asimismo se condenó a la demandada al pago de la suma \$ 127.500, en función de los porcentajes atribuidos, con más el interés de la tasa pasiva promedio del B.C.R.A., desde la producción del hecho (esto es 03/02/2007) hasta su efectivo pago, con costas en dicha instancia en un ?% a cargo del demandado, y un ?% a cargo del actor, y, en primera instancia en la proporción en que prospera la demanda. II) Que para resolver de ese modo, la Cámara coincidió con el sentenciante en la concurrencia de responsabilidad entre el actor y el demandado, es decir en la existencia de concausalidad en el hecho generador del daño. En ese orden destacó las actuaciones llevadas a cabo en sede criminal -obrantes a fs. 32/134-, de las que surgía que el día 3 de febrero del 2007 el hijo del actor fue encontrado sin vida en una zanja con agua a pocos metros del domicilio donde se encontraba con sus abuelos, como consecuencia de un cuadro de sumersión. Consideró que de una compulsión de los elementos de prueba colectados en la causa, esto es: croquis de fs. 35 vta., plano altimétrico de fs. 57, informe fotográfico digital de fs. 61; declaraciones testimoniales de fs. 48/48 vta., 54/54 vta., 82/82 vta., 83/83 vta., con el lugar en el que fue encontrado el menor y el resultado de la autopsia de fs. 78/80, surgía acreditada la existencia de una zanja y su capacidad para provocar el fallecimiento del menor. Entendió que siendo ?Del Tejar S.A.? adjudicataria de la obra (según fs. 110/113) y que la excavación que formó una especie de zanja fue realizada por sus operarios quienes reconocieron que no fue señalizada por no ser un recaudo obligatorio (fs. 208/210), no podía eximirse a la demandada de los daños que su conducta produjo a terceros, atento el riesgo creado -mantenimiento de la zanja-, y la omisión de señalización de conformidad con lo dispuesto por el art. 37 Anexo ?L? del Decreto reglamentario 779/95 de la Ley N° 24.449 (de acuerdo la pericia técnica de fs. 260/274). Sostuvo que el hecho de que los operarios consideraran que la señalización no era obligatoria en zonas de préstamo o la circunstancia de que el Consejo Provincial de Vialidad, por medio de sus inspectores controlaba y fiscalizaba semanalmente la obra, no exime de responsabilidad a la demandada ya que la omisión, o incumplimiento del deber de seguridad relativo a la señalización, demarcación, etc. son los que contribuyeron al desenlace fatal, quedando acreditada, de ese modo, la relación de causalidad entre el obrar de la accionada y el deceso del menor. Agregó que estando encuadrado el caso en el art. 1113 del C.C. correspondía a la demandada acreditar la ruptura de dicho nexo para eximirse de responsabilidad. Agregó en consonancia con lo sostenido por el juez de grado que los que ejercían la guarda del niño al momento del hecho luctuoso tenían un porcentaje de culpa, atento haber omitido ejercer los deberes de cuidado y vigilancia suficientes, conforme la corta edad del menor -dos años y once meses-, estableciéndose una concausalidad en el evento dañoso. En ese contexto manifestó que el porcentaje atribuido a cada una de las partes debía ser modificado por considerar que ambos incumplimientos -falta de recaudos de seguridad necesarios y cuidado del niño por parte de los guardadores-, influyeron en igual medida, debiendo atribuirse la responsabilidad en un 50% para cada una de las partes. Con respecto a los montos indemnizatorios acordados en la sentencia estimó, que no obstante la queja relativa a la suma fijada en concepto ?valor vida? por parte de la actora, al no ser dicho rubro cuestionado por la demandada, debía confirmarse el monto condenado de \$ 30.000 en virtud del principio ?reformatio in peius?. Con relación al agravio referente a la pérdida de chance estimó que teniendo en cuenta los antecedentes de la causa: damnificado de sexo masculino de 35 años de edad, trabajador de la construcción, baja posición económica, etc., era prudente elevar el monto condenado a la suma de \$ 100.000. En igual sentido se expresó respecto del daño psíquico, el que conforme lo dictaminado por la Psicóloga G. A. en su informe de fs. 288/288 vta., debía aumentarse a \$ 25.000. Finalmente agregó que debía acogerse el agravio referido al monto condenado en concepto de daño moral, aumentándolo a la suma de \$ 100.000, confirmandose en todos los demás aspectos la sentencia apelada. Por último y de acuerdo a los porcentajes de responsabilidad fijados correspondía a la demandada abonar la suma de \$ 127.500. III) Que el casacionista se agravia por

considerar que la resolución atacada es arbitraria, e incurre en un absurdo legal, lo que la torna incongruente y carente de toda razonabilidad y fundamentación jurídica, afectando el derecho de defensa en juicio y debido proceso. Al respecto sostiene que existe una arbitrariedad manifiesta en cuanto el tribunal, alejándose de la interpretación de las propias constancias de la causa, equipara la distribución de culpas en un 50% para cada parte, sin evaluar que la omisión de la empresa demandada de cumplir con el balizamiento o demarcación correspondiente, así como la falta de comunicación a los dueños de la casa de la peligrosidad de la zanja y que la misma se potenciaba en épocas de lluvia, fue lo que provocó en un 100 x 100% el siniestro que le costó la vida al menor. Argumenta que el Tribunal luego de afirmar que el hecho mencionado contribuyó sin hesitaciones al desenlace fatal, incurre en una falsedad al manifestar que la omisión de cuidado generó por sí sola una situación de peligro, cuando el mismo ya existía de por sí con motivo de la existencia de una zanja con agua pluvial sin señalización. Cuestiona que no obstante la parte demandada no produjo ninguna prueba tendiente a desvirtuar su responsabilidad o endilgar la distribución de culpas hacia la actora, el Tribunal en forma grosera y arbitraria modificó el fallo del inferior, sin dar fundamentos de envergadura respecto a lo que debe entenderse sobre debida diligencia o custodia del menor. Expresa que la sentencia en crisis es incongruente ya que el Vocal interviniente ante una paupérrima contestación de agravios, realiza una suerte de voto compensación, endilgando mayor responsabilidad a la actora sin fundamento legal alguno y efectuando una merituación poco seria del peritaje, con sustento en jurisprudencia que no es aplicable al caso. Aduce que el resolutorio recurrido en cuanto establece \$ 30.000 en concepto de valor vida, no ha respetado los parámetros fijados por la C.S.J.N. (Fallos: 308:1160; ED, 100-155;105-256, etc.), tendientes a reconocer una mayor reparación cuanto más humilde sea la condición del afectado, situación de absurdo que se evidencia también al establecer el daño moral en \$ 100.000, sin perjuicio de dejar aclarado que el tope que la Cámara tiene determinado por tal concepto es sensiblemente mayor. En ese contexto manifiesta que el Tribunal incurre en una errónea interpretación del rubro valor vida al afirmar que su indemnización depende de lo que la víctima produce o es capaz de producir, apartándose de lo reclamado en el libelo de demanda, en menoscabo del principio constitucional de ?igualdad de oportunidades?. Agrega que el razonamiento ilógico descripto y la errónea valoración de las pruebas en su contexto general, llevan al tribunal a incurrir en un absurdo legal que pone en juego principios procesales y normas de raigambre constitucional. Finalmente, en la ampliación de fundamentos, cuestiona la tasa de interés condenada por considerar que conforme los antecedentes del Máximo Tribunal Nacional debe aplicarse la tasa activa y, en su defecto, la tasa pasiva mas un 6% anual de acuerdo a la sentencia del 9 de febrero del 2015 dictada por el Alto Cuerpo Provincial, en autos: ?Amerio Sarquíz, Jorge Héctor; Sarquíz de Amerio, Olga Nelly y Amerio Silvia Roxana s/ s.d. de Robo calificado y Usurpación de Propiedad en concurso ideal de delitos e.p. de Ledesma Claudia Alejandra?. IV) Que a fs. 415 obra dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal, quien manifiesta que ya se ha pronunciado en casos como el de autos, en el sentido de entender que, tratándose de una cuestión civil, no corresponde emitir opinión al respecto, por no estar contemplada en la legislación, la vista corrida a dicho Cuerpo. V) Que corresponde en este punto analizar la concurrencia de los requisitos exigidos por el Código ritual en orden a la admisibilidad del recurso de que se trata. Así, de las constancias de autos surge que el mismo ha sido deducido en contra de una sentencia definitiva (art. 292 y 293 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), dentro del plazo legal fijado por el art. 297 (cfr. constancia de notificación de fs. 366 vta. y cargo del escrito postulatorio a fs. 375 vta.) y se encuentra eximido del pago del depósito previsto por el art. 300 por contar con un beneficio de litigar sin gastos conforme constancia de fs. sub. 40 del cuadernillo glosado por cuerda floja, por lo que cabe adentrarse en el análisis de las quejas expuestas por el impugnante. VI) Que puestos en esa tarea cabe señalar que si bien el casacionista invoca entre los fundamentos de sus impugnaciones, la violación y errónea aplicación de las normas de tránsito y decreto reglamentario N° 779/1995, así como de las condiciones establecidas en el Pliego y Contrato de ejecución de la Obra, sus quejas en cuanto tienden a cuestionar la responsabilidad atribuida por los magistrados en el acaecimiento del evento luctuoso, así como los montos fijados en concepto de indemnización, remiten en definitiva, al análisis de la plataforma fáctica y probatoria determinada por el Tribunal para aplicar las disposiciones legales que el recurrente estima infringidas. En ese orden se ha expresado: ?...en materia de hecho y prueba, no es tarea a cargo de la casación, reexaminar la plataforma fáctica recortada en las instancias ordinarias, salvo que los jueces de grado hubieran transgredido las reglas legales que gobiernan la apreciación de la prueba; o que en dicha labor hayan incurrido en absurdo o la hubiesen realizado en forma irrazonable, o arbitraria, sin que resulte suficiente para dar sustento a dicha crítica, que la referida valoración sea discutible, objetable o poco convincente? (S.T.J., sent. del 11/07/2012, en autos: ?Rodino Ernesto José c. Empresa General Urquiza S.R.L. s/ Daños y Perjuicios - Casación Civil?). De ese modo, estando discutida en la especie la solución propiciada por el Tribunal sobre la base del análisis de los distintos elementos de prueba aportados por las partes a fin de determinar el grado de responsabilidad de la Empresa demandada, así como la injerencia causal de la conducta asumida por los cuidadores del menor y los montos indemnizatorios condenados, no resulta suficiente a los fines de la apertura de esta instancia extraordinaria, la sola manifestación de un punto de vista discrepante con el tribunal a quo y acorde con el personal enfoque formulado por el recurrente, sino que es menester demostrar el quebrantamiento palmario de las leyes de la lógica,

el apartamiento de las constancias de autos o la grosera desinterpretación material de alguna prueba con la consecuente denuncia de infracción a las normas que la rigen, extremos éstos que -como se dijo-, no sólo deben estar alegados sino que deben quedar perfectamente acreditados. Sentadas tales premisas, y atento que el casacionista denuncia la arbitrariedad y absurda valoración probatoria del fallo atacado, alegando la ausencia de un estudio lógico y razonado de los elementos de prueba colectados, lo que conlleva a conclusiones contradictorias con las constancias de autos, corresponde examinar si aquél adolece de los yerros que se le endilgan. En ese orden cabe señalar que la Cámara, al modificar el fallo apelado en cuanto a los porcentajes de responsabilidad atribuidos a las partes, fundamentó su decisión haciendo referencia a la facultad que tienen los jueces de analizar sólo aquellos elementos que estimen conducentes para la correcta decisión de la litis, estableciendo la necesidad de verificar, dentro del marco normativo establecido por el art. 1113, 2º parr. del C.C., la existencia o no de una concausa que haya contribuido a la producción del daño y en su caso, el grado de incidencia de la misma. En base a la evaluación efectuada concluyó afirmando, que la omisión de la demandada de no adoptar los recaudos de seguridad necesarios influyó tanto como la falta de cuidado del niño por parte de sus guardadores al fatal desenlace, atribuyendo, en consecuencia, un 50% de responsabilidad a cada una de las partes. Delimitado así el razonamiento del resolutorio en crisis puede inferirse, que no obstante los argumentos brindados por el Tribunal a quo resultan coherentes en cuanto a la consideración de que el evento luctuoso se debió a la existencia de una concausa en su producción, no ocurre lo mismo -y en este punto se disiente con lo resuelto-, respecto a la determinación de sus porcentajes. Es que, considerar que ambas conductas contribuyeron en igual medida en la consecución del desenlace acaecido, constituye una conclusión ilógica, conforme las premisas utilizadas por los magistrados, lo que configura -según se estima- la irrazonabilidad que tiñe de arbitrario al fallo en este aspecto. En efecto, la afirmación efectuada en el resolutorio en crisis -luego de evaluar las probanzas arrimadas-, respecto de ¿la existencia de la zanja y su capacidad para provocar el fallecimiento del menor? (sic. fs. 359), así como el reconocimiento de que las condiciones de riesgo subsistían para los moradores de la zona, atento la falta de señalización o advertencia relativos al mantenimiento de aquélla y, la aseveración de que tal omisión ¿contribuyó sin hesitaciones al desenlace fatal? (sic. 359 vta.), quiebran y tornan en irrisorio el silogismo utilizado por el sentenciante para arribar a la conclusión resultante, deviniendo en procedente el remedio incoado por el actor en este aspecto. VII) Que en este contexto cabe señalar liminarmente que en los casos en los que se conectan dos o mas hechos independientes que coadyuvan en la producción del siniestro, debe dilucidarse de qué manera se distribuyen los daños, ya que cada parte deberá hacerse cargo en proporción a la incidencia causal de sus respectivas conductas, respondiendo en la medida en que su hecho contribuyó causalmente al resultado nocivo (Revista de Derecho de Daños, ¿Eximentes de responsabilidad II?, Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2006, pág. 210). De ese modo, existiendo coincidencia -según constancias de autos y lo meritado por los tribunales de grado-, respecto de la incidencia de ambas conductas en la producción del accidente, y, habiéndose casado lo resuelto por el a quo respecto de los porcentajes de distribución de responsabilidad, resulta menester efectuar una breve reseña de las probanzas arrimadas a la causa, a efectos de determinar la proporcionalidad que le cabe a cada una de ellas, de acuerdo a su injerencia causal en el evento luctuoso. Así, del acta de constatación e inspección ocular obrante a fs. 35 surge la existencia de montículos de tierra (de una altura aproximada de 1,20 m.), sobre la Ruta Provincial N° 2, y a un costado de la misma, a continuación de los cuales se encuentra una excavación, a modo de zanja, de una dimensión aproximada de 1,30 m. de ancho por 1,10 m. de profundidad, la que, como consecuencia de las precipitaciones ocurridas con anterioridad al día del siniestro, se encontraba colmada de agua (ver declaraciones de fs. 48/48 vta. y 54/54 vta.). Dicha excavación, que abarca la totalidad del trayecto de la ruta mencionada, está ubicada a una distancia de 15m. de la vivienda donde se encontraba jugando el menor, la cual, a su vez, está protegida por un cerco perimetral de alambres, postes y un portón de entrada. Por su parte y conforme constancia de fs. 110/113, la firma constructora ¿Del Tejar S.A.? fue la adjudicataria de dicha obra, y la excavación que formó esa especie de pozo, fue realizada por sus operarios, quienes expresamente reconocieron que el mismo no fue señalizado, atento la falta de obligatoriedad de adoptar dicho recaudo. En ese sentido, no puede soslayarse que conforme surge de la pericia técnica efectuada a fs. 260/274, la señalización mencionada resultaba necesaria conforme lo dispuesto por el art. 37 Anexo ¿L? del decreto reglamentario 779/1995 de la Ley N° 24.449, es decir que la zanja debía estar ¿demarcada, delimitada y señalizada? (sic. fs. 269), circunstancia, que según se desprende del mismo informe, y es corroborada con las fotografías adjuntadas -aún a la época de confección del dictamen-, no se encontraba cumplimentada. Ello, evaluado en consonancia con las declaraciones obrantes a fs. 96/97 vertidas por los empleados policiales que intervinieron en las actuaciones sumariales, relativas a ¿la falta de algún vallado o señal lumínica, y/o cualquier otra que indicara peligro o la existencia de la zanja pluvial por parte de la empresa encargada de la realización de la obra en cuestión?, conllevan sin más a concluir en la responsabilidad de la demandada en el acaecimiento del hecho analizado. En efecto, los elementos valorados, permiten determinar -tal como se sostuvo en las instancias de grado-, la existencia de una omisión o incumplimiento del deber de seguridad que le competía a la Empresa ¿Del Tejar S.A.?, respecto de los dispositivos de señalización o demarcación de la zona riesgosa generada

con su actividad, así como la ausencia de una comunicación o información adecuada a los moradores o vecinos de la zona, que les permitiera tomar conciencia del peligro existente y, en su caso, adoptar los recaudos necesarios para evitar cualquier contingencia. Dichas circunstancias que no fueron desvirtuadas por la recurrida, contribuyeron de un modo determinante al fatal desenlace, debiendo imputarse a la misma una responsabilidad del 70% en la causación del accidente. Es que, la empresa constructora adjudicataria de una obra reviste el carácter de guardián de la misma aún en los tramos en que los trabajos estuvieran paralizados, inconclusos o no realizados (art. 1113 del Cód. Civil), y por tanto, le corresponde la vigilancia y control del camino en el trayecto de la obra, surgiendo su responsabilidad por la conducta omisiva a los deberes de seguridad que le competen y que pueden derivar en perjuicios ocasionados a terceros. No obstante ello, cabe destacar que cuando en el accidente interviene un menor de tres años, no puede hablarse de imputación de conducta responsable en el mismo, pues a esa altura de su vida, carece de discernimiento y no es computable su voluntad jurídica, por lo que el análisis de las circunstancias en relación al niño y respecto del hecho antecedente, deben efectuarse apuntando a la observancia o al quebrantamiento de los deberes de protección, cuidado y vigilancia activa que deben ejercer los padres o las personas a cuyo cuidado se encuentran. En la especie, la víctima se hallaba con sus abuelos, de visita en casa de unos familiares, quienes estaban almorzando en la vivienda mientras el menor jugaba en el patio de la casa (ver declaraciones de fs. 82/83), hasta que dejaron de escucharlo y comenzaron su búsqueda, la que concluyó con el fatídico hecho. De ese modo, no puede soslayarse, que tratándose de un niño de tan temprana edad, los adultos que estaban a su cargo debieron mantener una atención constante y vigilante de los movimientos o presencia del menor, ya que no obstante encontrarse la casa cercada, y contar con un portón de acceso, ello no impedía que el pequeño pudiera escabullirse del ámbito de seguridad en que se encontraba y acceder a la zona de peligro generada por la actividad de la empresa demandada. En tales condiciones y teniendo en cuenta que: ¿la responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores no funciona en abstracto, sino que es necesario evaluar la conducta desplegada por el menor en cada caso en particular y conforme las pruebas de autos, para recién poder concluir que su accionar objetivamente considerado se erigió en factor causal del hecho? (C.S.J. de Tuc., sent. del 24/10/2013, en autos: ¿G. H. D. c. F. R. H. Y. O. s/ Daños y Perjuicios?), corresponde atribuir a los cuidadores del niño una responsabilidad del 30%. VIII) Que con respecto al agravio relativo a los montos indemnizatorios cabe señalar que este Superior Tribunal de Justicia ha sido conteste en afirmar que: ¿La cuantificación de los daños y ulterior fijación de una indemnización, es una tarea intelectual que implica necesariamente merituar cuestiones de hecho y prueba, con lo cual resulta evidente que -al proponerlas como agravio- el recurrente pretende la revisión de cuestiones fácticas y procesales, en principio ajenas a la instancia extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de los vicios de absurdo o arbitrariedad en la valoración de estas cuestiones por parte de los sentenciantes de grado? (S.T.J., sent. del 23/05/2011, en autos: ¿Gallardo Luis Daniel y Otra c. Romani Hnos. y/u Otros s/ Daños y perjuicios - Casación Civil?). Tales extremos, si bien fueron denunciados en el escrito postulatorio, no logran ser demostrados por el recurrente, quien sólo deja traslucir mediante sus críticas, meras discrepancias con los criterios de valoración y determinación utilizados por los magistrados para fijar la indemnización correspondiente, resultando por lo tanto sus quejas, ajenas a esta instancia extraordinaria. IX) Que finalmente y con relación a la crítica relativa a los intereses, corresponde aclarar que si bien la misma fue planteada recién en el escrito de ampliación de agravios, no puede soslayarse que lo pretendido por el impugnante, no constituye la introducción de una cuestión ajena a la conformación de la litis o que no fuera objeto de debate a lo largo del proceso. En efecto y según surge de las constancias de autos el actor al plantear la demanda solicitó la reparación de los daños y perjuicios ocasionados más los intereses, los cuales fueron concedidos en el fallo de primera instancia, en la medida en que se hizo lugar a la acción y a las respectivas responsabilidades. De igual modo, dichos aspectos, así como la indemnización determinada fue objeto de agravio y análisis en los recursos de apelación planteados por sendas partes y la resolución emitida por la Cámara, la cual al modificar los porcentajes de responsabilidad, alteró de manera equivalente las sumas condenadas y sus intereses. En ese contexto, cuadra resaltar que este Alto Cuerpo en el fallo invocado por el recurrente sentó criterio en el sentido de establecer en concepto de interés moratorio una tasa de interés compuesta por la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina más un 6% anual, con sustento en que a raíz de ¿la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso a quien le conviene elongar la litigiosidad en el tiempo, a los efectos de licuar su deuda como producto de la inflación? (ob. Fallo cit.). Ello resulta una derivación del principio de reparación integral, en virtud del cual, considerando todas las circunstancias del caso debe regresarse a la víctima del daño a la situación anterior al detrimento o menoscabo, dejándola indemne de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales padecidas, por lo que la misma no puede ni debe ser inferior o superior al perjuicio sufrido, toda vez que en el primer caso quedaría un margen de injusticia sin ser subsanado jurídicamente, como también generaría un enriquecimiento sin causa a la víctima si se diera una reparación excesiva. En consecuencia, si bien el planteo concreto no fue efectuado en la oportunidad de deducirse la apelación o el recurso de casación, sino en el marco de la ampliación de

fundamentos, esta circunstancia obedece a que la doctrina aplicada fue sentada con posterioridad a tales presentaciones recursivas, por lo que, desconocer dicha situación, aplicando una solución jurídica distinta, atentaría contra el principio de tutela judicial efectiva, materializando un exceso rigor formal que violaría el principio de repación integral de jerarquía constitucional y supraconstitucional, contemplado en el art. 21 de la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica. De esa forma, y siguiendo la doctrina legal sentada, corresponde acoger el agravio propuesto en tales términos, aplicando al presente caso la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina más un 6% anual en base a los argumentos manifestados. Que por lo expuesto, normas legales citadas, jurisprudencia y doctrina reseñada y oído el titular del Ministerio Público Fiscal a fs. 415, Voto por: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en su mérito, casar parcialmente, la sentencia de la Excma. Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación, de fecha 14 de Noviembre del 2013 (fs. 353/366). II) En consecuencia, modificar los porcentajes de responsabilidad atribuidos en el evento dañoso, estableciéndolos en un 70% para la parte demandada y un 30% para la parte actora. III) Establecer que los intereses aplicables serán los de la tasa pasiva del B.C.R.A con más el 6% anual conforme lo dispuesto en el considerando IX, confirmando el fallo recurrido en los demás aspectos. IV) Condenar a la ?Empresa Del Tejar? a pagar a la actora la suma de pesos ciento setenta y ocho mil quinientos (\$ 178.500) conforme el porcentaje de responsabilidad atribuido. V) Con costas en un ?% a cargo de la demandada y un ?% a cargo de la actora atento la forma en que se resolvió la cuestión. A estas mismas cuestiones, el Dr. Herrera dijo: Para resolver el recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 367/375, con ampliación de fundamentos a fs. 407/408 de autos. Considerando: I) Que el Sr. Vocal preopinante ha efectuado un adecuado relato de la causa, así como también un detallado análisis de los requisitos formales del recurso intentado, a los cuales adhiero y remito en honor a la brevedad. II) Que asimismo, comparto el meduloso examen de los agravios del recurrente y, por consiguiente, de la sentencia del Tribunal a quo, efectuado por mi colega, arribando a la misma conclusión, esto es que si bien el hecho base de la demanda se debió a la existencia de una concausa en su producción, no resultan compatibles las afirmaciones de la Cámara con la distribución de la responsabilidad que endilga a cada parte finalmente, constituyendo ello precisamente la irrazonabilidad que tiñe de arbitrariedad al fallo en este aspecto. Por lo mismo, coincido con el Sr. Vocal en que mayor responsabilidad debe atribuirse a la empresa constructora demandada, esto es un 70% en la causación del accidente, en base a que el pozo realizado en donde perdiera la vida el menor no fue señalado, contrariamente a lo dispuesto por el art. 37 Anexo ?L? del decreto reglamentario 779/1995 de la Ley N° 24.449 (cfr. pericia técnica obrante a fs. 260/274). Opino también, al igual que mi distinguido colega, que el agravio referido a los montos indemnizatorios, sólo deja traslucir meras discrepancias subjetivas del recurrente con el criterio plasmado por los magistrados de grado al fijar la indemnización y resulta, por ende, insusceptible de revisión en esta instancia extraordinaria. III) Que, sin embargo, me permito disentir respetuosamente con el Sr. magistrado en lo que respecta al tratamiento del agravio referido a la tasa de interés aplicable a las sumas condenadas en autos. En efecto, y como bien lo expresa el voto precedente, el recurrente recién introduce el tema en el escrito de ampliación del recurso de casación (ver fs. 407/408). Allí se agravia de la tasa pasiva aplicada a las sumas condenadas y solicita se imponga la tasa activa conforme lo establece, según sus dichos, un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidente con el plenario de las Cámaras Civiles Federales en el caso ?Samudio de Martínez? de abril del 2009. Subsidiariamente, para el caso de que no se consintiera ello, peticiona se aplique la tasa de interés pasiva mas el 6% anual, conforme fallo reciente de este Superior Tribunal. Considero, que dicho agravio ha sido interpuesto tardíamente y, por lo mismo, no puede tener tratamiento en esta instancia. En efecto, el 31 de julio de 2012 el Juez de Primera Instancia condena a pagar a la demandada la suma que establece con más los intereses de la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, a partir de la fecha del hecho, esto es el 03/04/2007 y hasta su efectivo pago, conforme al criterio que tenía sentado esta Sala del Tribunal desde el caso ?Garnica c. Córdoba? (STJ., sent. del 28/06/2005). El día 25 de marzo de 2013, la parte actora expresa los agravios del recurso de apelación deducido oportunamente, sin hacer mención a la tasa de interés pretendida, consintiendo la fijada en Primera Instancia. En fecha 14/11/2013 la Cámara de Apelaciones interviniente emite resolución en donde, si bien admite parcialmente los recursos tanto de la actora como de la demanda, confirma expresamente la tasa de interés aplicada a las sumas condenadas (ver punto 4 del resolutorio a fs. 365). El 24/06/2014 el accionante deduce el recurso de casación que hoy nos convoca, sin decir nada acerca de la tasa aplicada. En su extenso memorial, y citando al maestro Dr. A. V., habla del principio de congruencia y, específicamente para la segunda instancia, sostiene que este principio exige ?...una correspondencia entre la decisión y lo que es materia del recurso. El acto con el cual el recurrente funda su agravio en la apelación determina las cuestiones que ya fueron consentidas y con autoridad de cosa juzgada? (sic a fs. 371 vta.). De esta breve sinopsis de los recursos interpuestos por el actor, se desprende que nada le impedía, al interponer la apelación, agravarse sobre el punto de la tasa de interés como lo hace ahora -en la ampliación del recurso de casación-, invocando el fallo de la Corte Suprema y el plenario de las Cámaras Civiles Federales del año 2009, es decir vigente desde 4 años antes. Es por ello, y conforme sus propios dichos, que este Tribunal se encuentra vedado de revisar esa cuestión, porque fue consentida y quedó

firme. Resulta pertinente destacar, que al haber plasmado el agravio en una ampliación de fundamentos, ello se convierte en un impedimento más para expedirnos sobre el tema. Así, cabe aclarar que conforme la Real Academia Española, la palabra ampliar, proviene del latín *ampliare* y significa extender o dilatar (Diccionario de la lengua española, RAE, Edición del Tricentenario, <http://dle.rae.es/?id=2RiurRM>). Lo cual se traduce en desarrollar lo ya existente, no agregar un nuevo agravio como lo hace el recurrente. Y no puede ser de otra manera, puesto que la contraria no tendría oportunidad de defenderse al respecto, en tanto el plazo que fija el artículo 305 del C. P. C. y C. es común para ambas partes y los escritos que éstas presentan son agregados al expediente una vez vencidos los diez días estipulados por la norma, con un decreto que justamente clausura ese término. No puedo dejar de recalcar en este punto que uno de los pilares del proceso civil es el principio dispositivo, en donde el sentenciante no puede sanear el ejercicio inadecuado de los derechos por parte del interesado, sin afectar la seguridad jurídica. Es por ello que las potestades de los Tribunales de Alzada sufren una doble limitación: la que surge de la relación procesal, que aparece con la demanda y la contestación -principio de congruencia-, y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso -principio dispositivo-; por todo lo cual estimo que el agravio de la tasa de interés, deducido como reflexión tardía, no puede tener andamio en esta instancia excepcional. Por lo expuesto, normas legales citadas, doctrina y jurisprudencia reseñada y oído el Sr. Fiscal General del Ministerio Público, Voto por: D) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en su mérito, casar parcialmente la sentencia de la Excm. Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación de fecha 14/11/2013. II) En consecuencia modificar los porcentajes de responsabilidad atribuidos, estableciéndolos en un 70% para la parte demandada y un 30% para la actora, confirmando el fallo recurrido en los demás aspectos. III) Con costas, $\frac{70}{100}$ a cargo de la demandada y $\frac{30}{100}$ a cargo de la actora atento la forma en que se resuelve la cuestión. A estas mismas cuestiones, el Dr. Suárez, dijo: Que comparte los argumentos esgrimidos por el Vocal preopinante, Dr. Herrera, emitiendo su voto en idéntico sentido. A las mismas cuestiones, la Dra. Suárez, dijo: Que se adhiere en un todo a lo sustentado por el Dr. Argibay votando en igual forma. A las mismas cuestiones, el Dr. Sirena, dijo: Que se adhiere en un todo a lo sustentado por el Dr. Argibay votando en igual forma. En mérito al resultado de la votación que antecede, la Sala Civil y Comercial del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Resuelve: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora y, en su mérito, casar parcialmente, la sentencia de la Excm. Cámara Civil y Comercial de Tercera Nominación, de fecha 14 de Noviembre del 2013 (fs. 353/366). II) En consecuencia, modificar los porcentajes de responsabilidad atribuidos en el evento dañoso, estableciéndolos en un 70% para la parte demandada y un 30% para la parte actora. III) Establecer que los intereses aplicables serán los de la tasa pasiva del B.C.R.A con más el 6% anual conforme lo dispuesto en el considerando IX, confirmando el fallo recurrido en los demás aspectos. IV) Condenar a la *Empresa Del Tejar* a pagar a la actora la suma de pesos ciento setenta y ocho mil quinientos (\$ 178.500) conforme el porcentaje de responsabilidad atribuido. V) Con costas en un $\frac{70}{100}$ a cargo de la demandada y un $\frac{30}{100}$ a cargo de la actora atento la forma en que se resolvió la cuestión Protocolícese, expídase copia para agregar a autos, hágase saber y oportunamente archívese. - Sebastián D. Argibay. Gustavo A. Herrera. Armando L. Suárez. Andrea Suárez. Pablo S. Sirena 029041E