

1-58622-2013 -

"J. A. E. Y OTRO C/ A. H. D. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº 2 - OLAVARRIA

Nº Reg. ....

Nº Folio .....

En la Ciudad de Azul, a los 8 días del mes de Abril de 2014 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Lucrecia Inés Comparato, Ricardo César Bagú y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**J. A. E. Y OTRO C/ A. H. D. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS** ", (**Causa Nº 1-58622-2013**), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI-BAGU** .-

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

**-CUESTIONES-**

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 159/167vta.?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**-VOTACION-**

**A LA PRIMERA CUESTION:** la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

I) a) La presente acción sumaria es iniciada por **A. E. J. y A. F. L.**, por su propio derecho y en representación de su hija menor V. Y. L., contra H. D. A. y/o contra Propietarios y/o Responsables de la Estancia "El Mirador", lugar en el que residen tanto los actores como los demandados, sito en Ruta 226 Km. 317 del partido de Olavarría.

El reclamo asciende a la suma de **Pesos cuatrocientos setenta y ocho mil (\$ 478.000.-)**, con más intereses y costas del proceso en concepto de indemnización de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo producido el día 14 de julio de 2004 consistente en el rapto y abuso sexual con acceso carnal de la menor V. Y. L., de 11 años de edad al momento de los hechos, considerando que dicho abuso no solo fue contra la integridad sexual de la niña, sino contra su dignidad y la de los actores, produciendo un grave daño moral a la familia.

Refieren los actores en su escrito de inicio que viven en la Estancia "El Mirador", ya que el señor L. es empleado rural en la misma., donde se han sucedido los hechos.

Relatan, que una tarde, el demandado A., encargado de dicho establecimiento rural, bajo la excusa de llevar a la menor a dar un paseo por el lugar y obteniendo el permiso de la madre de la menor, la llevó en la camioneta Saveiro gris, y una vez habiendo traspuesto la tranquera del puesto la sujetó con fuerza con una mano, mientras con la otra comenzó a manosearla por encima de la ropa en la zona de los pechos y la entrepierna, mientras la niña intentaba vanamente sacárselo de encima.

Continuando con su actitud, manejó unos metros más hasta detenerse al lado de un canal y allí comenzó a besar a la pequeña tanto en la boca como en el resto del cuerpo.

Señalan que, tras ello, avanzó un trecho más con el vehículo y se detuvo para quitarle la ropa a la niña, y hacer lo propio con la suya, obligando a la niña a subirse encima suyo para así accederla carnalmente.

Una vez, sucedido el hecho, regresó a la niña a su casa amenazándola para que nada dijera, aunque los padres captaron que algo había pasado.

Al día siguiente, al levantarse la menor notó que estaba sangrando, cuando le advierte a la madre, ésta adjudica a la menarca de V.. Un mes después, ésta le cuenta a la madre la verdad de lo que había sucedido.

Ante ello, los padres realizaron la denuncia correspondiente comprobando que la niña había sido accedida carnalmente, acreditado por el examen médico practicado en sede policial dando origen a la IPP 6951/04 ante la UFI N° 10 de Olavarría.

Consideran que estos hechos han trastocado notablemente a la familia, le han quitado la ingenuidad e inocencia a la niña, por lo que más allá de la pena que le corresponda al demandado en sede penal, deberán ser resarcidos económicamente.

Ofrecen prueba, fundan en derecho.

b) A fs. 13 la señora Juez de la instancia de origen impuso al proceso las normas del trámite sumario.

A fs. 31/33 los actores amplían la demanda, respecto del punto V, por lo que, el monto que se pretende lo es, en concepto de daño moral y daño psicológico. Acompaña además, copia certificada de las actas de debate y de la sentencia recaída en autos: A., H. D. – Abuso Sexual con acceso carnal – Olavarría – llevada a cabo ante el Tribunal Oral en lo Criminal N°2 de Azul.

A fs. 50/52vta. se presenta “El Mirador Agropecuaria S.A” solicitando se desestime la misma, con costas y negando todos y cada uno de los hechos invocados en la misma, a excepción de los que fueran expresamente reconocidos.

Refiere que deberá rechazar la demanda por reclamo de indemnización por daño moral impetrada en nombre propio por los padres de la menor, de acuerdo a lo normado por el art. 1078 del Código Civil, en tanto y en cuanto expresamente indica, que la acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo. Y que, en cuanto al reclamo efectuado en nombre de la damnificada directa deberá ser rechazado respecto del establecimiento rural.

Entiende, que desde el momento que la madre autoriza a la menor a subir a la camioneta, es ésta la que no cumplió con el deber que la ley impone, autorizando a su hija a subir al automotor guiado por el codemandado, asumiendo de esa forma los riesgos que ello podía acarrear y por ende desligando al establecimiento de toda responsabilidad al respecto.

Agrega que el día del hecho fue domingo y que tanto el demandado A. como el padre de la menor no trabajaban, por lo que queda claro que quedan advertidos que del demandado invita a dar un paseo a la niña en forma personal y no como dependiente de la estancia, toda vez que se encontraba en su día de descanso.

A fs. 84 se presenta a tomar intervención en autos V.

Y. L. por propio derecho.

A fs. 96/97vta. se presenta el Sr. A. a contestar la demanda. Se allana respecto de los hechos vertidos por la actora en su escrito de demanda, a excepción del rubro indemnizatorio y su respectivo monto. Impugna la pretensión indemnizatoria y el rubro reclamado. Niega tener que responder por el rubro reclamado considerando que la actora no aporta fundamentos concretos de que como llega a dicha suma, y solicita su rechazo; en tanto para el caso de que se entienda procedente el mismo, peticiona se limite el mismo a la suma necesaria y suficiente para afrontar una reparación adecuada del daño presuntamente sufrido.

c) Una vez producida la prueba y certificada a fs. 156/156vta. la Señora Juez de la instancia de origen resolvió a fs. 159/167vta. hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por V. Y. L., A. E. J. y A. F. L., contra H. D. A., y hacer extensiva la condena a "El Mirador Agropecuaria S.A", por la suma de Pesos cuatrocientos setenta y ocho mil (\$ 478.000.-), condenándose en forma solidaria a abonar a los actores en concepto de daño moral y psicológico en favor de V. Y. L., la suma de pesos trescientos setenta y ocho mil (\$ 378.000.-), a la fecha del hecho; y en concepto de daño moral, la suma de Pesos cincuenta mil (\$ 50.000.-), a cada uno de los progenitores, dentro de los cinco días de quedar firme la sentencia, la suma resultante de la liquidación que al efecto se practicará, debiendo los intereses moratorios calcularse conforme la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación.

Impuso las costas a los demandados vencidos, difiriendo la regulación de los honorarios para la oportunidad prevista por el art. 51 de la ley 8904.-

El fallo fue recurrido por "El Mirador Agropecuaria SA", a fs. 171, concedido en forma libre a fs. 172.

Una vez arribados los autos a este Tribunal expresó agravios el apelante a fs. 188/192vta. recibiendo responde de la parte actora a fs. 197/200vta., sin recibir contestación por parte del demandado A..

Centra sus agravios en la circunstancia de que el ilícito no fue realizado con ocasión de la función del dependiente, la que no ha dado oportunidad para la ocurrencia del hecho dañoso, y el perjuicio no está motivado por la incumbencia de aquél, por la que el principal no debe responder. Considera que lo ocurrido, no es el resultado de la función, que no ha sido aplicada al agente para la producción del perjuicio, el acto aunque hipotéticamente fuera efectuado en su oportunidad del desempeño de la incumbencia, es ajeno a la dependencia subordinada que contemporáneamente cumplía el autor del daño, por lo que sólo él ha de responder, y no el empleador, puesto que el ilícito se hubiera cometido igual.

Recurre además lo decidido respecto de la condena moral a favor de los actores, en primer lugar expresa que no se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C., asimismo entiende que al respecto tampoco se tuvo en cuenta en el rubro que la madre de la menor autorizó el paseo a cargo del autor del abuso sobre su hija, lo que la invalida para ser acreedora del resarcimiento de un daño que se produjo por su intervención.

Finalmente se queja de lo abultado de las sumas de condena tanto a favor de la menor como de la de sus progenitores.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia rechazando la demanda con costas.-

**II)** Por razones metodológicas y de subsidiariedad en cuanto a los agravios vertidos, corresponde comenzar con el cuestionamiento referido a la responsabilidad del principal, que a la postre resulta ser el apelante.-

Tal como quedó plasmado la sentencia de grado hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por A. E. J. y A. F. L. por sí y en representación de su hija menor de edad V. Y. L. (hoy mayor y presentándose en autos por su propio derecho).- Que en lo que aquí interesa encontrándose probado conforme la sentencia penal condenatoria el delito de abuso sexual con acceso carnal cometido por el co-demandado H. A., se hizo extensiva la responsabilidad de éste y conforme lo normado por los arts. 43 y 1113 del Código Civil, a su empleadora "El Mirador Agropecuaria S.A".-

Como es sabido y con algunas diferencias de matices existe consenso en la jurisprudencia y doctrina respecto de los requisitos que deben concurrir para que se configure la responsabilidad del principal o comitente: 1) Relación de dependencia; 2) Hecho ilícito del dependiente imputable a título subjetivo u objetivo; 3) Causación de un daño producido a un tercero por el dependiente; 4) Relación entre la función y el daño o nexos adecuados de causalidad entre el perjuicio ocasionado por el comitente y su función, esto es que el daño fue producido en ejercicio o con ocasión de la incumbencia (conf. Trigo Represas- Lopez Mesa "Tratado de la responsabilidad civil" Tº III, pág. 57, Revista de Derecho de Daños 2007-3, Responsabilidad de los dependientes "La fórmula del art. 43 del C.C.: en ejercicio o en ocasión de sus funciones..." de Alejandro Andrada, pags. 287 y sstes.; Revista de Derecho de Daños 2003-1 Responsabilidad del principal, "Repensando la responsabilidad por el hecho ajeno" de Ricardo Lorenzetti, pág. 93 y sstes.; esta Sala causa nº 39.723 "Mateos..." del 26/03/99, y citas doctrinales y jurisprudenciales allí mencionadas).-

Que en autos ha quedado firme la relación de dependencia de A. respecto de la apelante, que éste cometió un hecho ilícito, que el mismo fue en perjuicio de un tercero; ahora bien, se encuentra cuestionado por la apelante que el daño fuera provocado en ejercicio de su incumbencia, y asimismo alega la ruptura del nexo causal en virtud del permiso otorgado por la madre de la niña a ir de paseo con el Sr. A., ocasión en la que abusó de la misma.-

Los agravios entonces se centran en estas dos cuestiones principales, por un lado estima que en la sentencia de grado no se tuvo en cuenta el permiso alegado y que obviamente no se encontraba dentro de las funciones del Sr. A. cometer un delito.- Que aún en circunstancias ajenas a la relación de trabajo el hecho se habría podido producir igual por la relación de vecindad de las partes, al convivir ambos en el mismo campo en que laboraban.-

Anticipo que en mi opinión los agravios no pueden prosperar, resultando casi una mera discrepancia con lo resuelto fundadamente en la sentencia en crisis, veamos.-

En primer lugar la sentencia de grado sí analizó el permiso otorgado por la madre de V.- Resolviendo que en el contexto en que se dio el permiso lo fue por la relación laboral y de dependencia, que a su vez los hacía vecinos.- La confianza de la madre de V. venía dada en virtud de trabajar el Sr. A. con su esposo, no ha demostrado la apelante que los uniera una relación distinta, una relación que excediera lo laboral.- En ningún momento se introdujo en autos que A. y la familia actora de autos fueran amigos o se frecuentaran como amigos, circunscribiéndose la relación como trabajadores en un mismo espacio físico (el predio rural) lo cual los hacía a su vez vecinos.- Vuelvo a reiterar

no ha señalado la apelante, una sola prueba que se hubiera producido en autos que desvirtúe la conclusión antes arribada en la sentencia en crisis.- Asimismo las circunstancias en las que la madre de V. otorga el permiso fueron debidamente analizadas en la causa penal y fundaron el agravante de la pena, a tal fin resulta ilustrativo citar lo allí resuelto: *“..Que encuentro legalmente acreditado en la presente causa que el día 13 de junio del año 2004, entre las 15:00 y las 17:45 horas, en las proximidades de un canal existente en la Estancia “El Mirador” sita en el partido de Olavarría, una persona del sexo masculino abusó sexualmente de la menor V. Y. L. de once años de edad, accediéndola carnalmente vía vaginal, en el interior de una camioneta Volkswagen Saveiro, color gris, dominio EEK-118.....Lo expuesto se acredita mediante la denuncia de fs. 1/1vta., acta de nacimiento de fs. 103, croquis de fs. 220, informe de fs. 355/356vta., pericia química de fs. 81/81vta. y pericia de fs. 380/382, constancias todas estas incorporadas al debate por su lectura y lo declarado en el transcurso del mismo por A. E. J., V. Y. L., O.A. B. y M. E. N....”*

*.....”Que, como agravantes tengo en cuenta el haberse abusado de la confianza dispensada por la menor y su progenitora y también de la situación de poder que ejercía como encargado del establecimiento rural donde el padre de ésta se desempeñaba. Artículos 371 inc. 5º y 373 del Código de Procedimiento Penal y 40 y 41 del Código Penal..”* -el destacado me pertenece- (fs.23 y 28 de estos autos, copia de la causa penal n° 268/1739 "A. H. D.-Abuso Sexual con acceso carnal. Olavarría" de trámite por ante el Tribunal Criminal n° 2 de Azul), cabe aclarar que dicha circunstancia, fue desestimada por el Tribunal de Casación como agravante, más no se cuestiono que igualmente el hecho se produjera en tal situación de abuso (fs. 634 causa penal).- Lo citado hace cosa juzgada en esta sede conforme lo normado por los arts. 101, 1102 y 1103 del Código Civil, toda vez que se trata lo transcrito de lo que denominamos el "hecho principal".-

Continuando con el análisis de los argumentos de la apelante, en otro orden de ideas estima que la madre no cumplió debidamente con su deber de cuidado respecto de la niña, conforme lo normado por el art. 265 del C.C..-

En dicho contexto (el destacado en la causa penal) ¿Resulta razonable interpretar que la madre descuidó a su hija al permitirle dar un paseo en una camioneta perteneciente al empleador de su pareja, con una persona que laboraba también para ese mismo empleador, que el paseo se haría en el predio que se encontraban ambos viviendo, toda vez que quedó demostrado que el Sr. A. a pesar de ser día domingo el del desdeñable hecho, se encontraba cumpliendo funciones inherentes al cargo que desempeñaba en la Estancia El Mirador (conf. de sus propios dichos citados en la causa penal y que constan a fs. 26 vta. de la presente causa, testimonio de F. W. obrante a fs. 125/126, testimonio de J. P. fs.131, obrantes en la causa penal acollarada en

copia certificada.- ¿Puede pensarse que la madre entregó a su hija para que se cometiera un delito respecto de la misma?, ¿Cómo puede argumentarse que la madre no cuidó debidamente a la niña y por tal razón fue ultrajada?.- Solo le permitió dar un paseo en camioneta desde la confianza que surgía de la relación laboral que unía a todas las partes de autos.- Creo oportuno citar lo dicho por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes Sala II: *“No debe imputársele culpa concurrente al progenitor del menor víctima de conductas sexuales reprochables de un clérigo, en razón de haber autorizado a su hijo a dormir en el dormitorio particular de un sacerdote, pues la responsabilidad refleja del art. 1114 del Código Civil alcanza a los padres por los daños causados por el hecho de sus hijos, pero no por los daños sufridos por estos últimos de resultas del hecho de un tercero”*(conf. Cámara de Apelaciones citada, “V., B. C. c. Obispado de Quilmes”, 2013-04-09- Cita Online: AR/DOC/3514/2013).- En conclusión, en orden a lo expuesto y conforme las circunstancias en que se sucedieron los hechos, no resulta del orden natural y ordinario de las cosas que, la madre se pudiera representar que, una persona que laboraba con su pareja, podía tener intenciones tan bajas al solicitar su permiso para dar un paseo en camioneta a la menor en el lugar y horario indicados, por lo que estimo no le incumbe responsabilidad alguna.-

Por último desinterpreta el apelante el concepto de incumbencia y en función u ocasión de su trabajo.- Esencialmente al fundar la apelación señala que no era la función de A. pasear a los hijos de los empleados, que la función ejercida por A. resultaba absolutamente extraña a la cumplida cuando pasea a la niña, que su función solo le permitió encontrarse cerca de la familia de la actora, pero no fue decisivo para cometer el delito, que no surge de la prueba colectada el nexo causal entre el perjuicio ocasionado por el comitente y la función.- El ilícito no fue con ocasión de la función y que no se encuentra probado el nexo de causalidad adecuado.-

Tal como lo señalamos anteriormente la responsabilidad del comitente o principal, es la obligación de quien tiene personas bajo sus órdenes, de responder por los daños que éstos ocasionen a terceros; es decir que, la responsabilidad del principal por el acto ilícito del dependiente reside en la circunstancia de que este último es un instrumento que prolonga su actividad práctica y económica; la obligación de aquel de responder por el propio hecho se hace extensiva al cometido por el subordinado, quien debe haber causado ilícitamente un daño (conf. Trigo Represas-Lopez Mesa “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tº III, pág. 29, arts. 43 y 1113 primera parte C.C.).-

Encontrándose firme y consentida la existencia del hecho ilícito imputable al empleado y la relación de dependencia, persiste el debate en torno al nexo causal entre las funciones del dependiente y el hecho dañoso.- Este resulta el último presupuesto antes señalado para el traslado de la responsabilidad del hecho del

dependiente al principal.- Tal como lo menciona el autor citado del artículo doctrinario "La fórmula del artículo 43 del Código Civil: En ejercicio o en ocasión de sus funciones, análisis crítico. Opiniones favorables y opuestas a su amplitud" (public. en Revista de Derecho de Daños, 2007-3 "Responsabilidad de los dependientes", págs. 287 y ssgtes.) , el alcance de "en ejercicio o en ocasión de sus funciones" es un tema del que se han ocupado prácticamente todos los autores del derecho argentino y comparado.- Diversas y variadas han sido las conclusiones arribadas, ubicándose unos en una interpretación restrictiva y otros más amplia.-

Entiendo igualmente -siguiendo a Trigo Represas y López Mesa- que, la determinación de cuándo existe relación entre el desempeño laboral y el delito cometido contra un tercero, que compromete la responsabilidad del principal, es un delicado menester que se debe hacer caso por caso y de acuerdo a las circunstancias del mismo, apreciando con particular detenimiento si el desempeño del trabajo fue condición o solo factor favorecedor del daño causado (autores citados, ob.cit., pág. 73).- Lo cierto es que el debate es sumamente amplio en la doctrina y jurisprudencia, ahora bien, nuestro Tribunal superior se ha referido al tema en diversas causas y su doctrina es la que corresponde aplicar al caso (arts. 161 inc. 3, ap. a, Const. prov. y 279, C.P.C.C).-

Es doctrina de la SCBA que: "en la responsabilidad que consagra el art. 43 del Código Civil quedan comprendidos no solamente aquellos actos ilícitos del subordinado que corresponden por su naturaleza a la función encomendada, sino también los ajenos o extraños a ésta, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el dependiente en tal calidad y con motivo de sus funciones, o dicho de otra forma, que de no mediar tal relación de dependencia no se hubiera podido ejecutar" (Ac. 35.626 sent. del 27/5/86; AC. 37.744 sent. del 29/3/88, cit. por la Procuración General en Ac. 63.749 del 16/02/2000, public. en LLBA 2001, 15); "Lo determinante será el evento dañoso no haya podido ser ejecutado de no existir la mentada relación de dependencia (Ac. 44.805 del 10/09/91, no siendo de trascendencia el hecho de haber obrado sin órdenes del patrón o, si se quiere, abusando de sus funciones (ac. 37.744 citada).-

En la Ac. 63.749 ya citada se resuelve: Esta Corte ha resuelto que para que se configure la responsabilidad refleja de alguien por el hecho de otra persona, es requisito previo la existencia de un acto ilícito del dependiente. Para calificarse de ilícito el hecho del empleado debe ser un acto antijurídico, imputable al dependiente, que ocasione un daño a un tercero y que medie relación causal entre el acto y el daño (art. 1113 1º parte del C.C., conf. L.35.974 del 19/08/86 en A.y S. 1986-II-432; L. 41.990 en A. Y S. 1990-I-655).- Ahora bien , para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que el que se halla en conexión causal adecuada con el acto antijurídico, o sea, que el efecto dañoso es el que debía

resultar normalmente de tal acción u omisión, según el orden natural y ordinario de las cosas (arts. 901, 1109, 1111, 1113 y 1114 del C.C.).- Este Tribunal también ha decidido que la circunstancia de que el dependiente haya abusado de sus funciones, no excusa la responsabilidad del principal si el daño se produjo con motivo de las mismas, por lo que la responsabilidad indirecta del principal surge aún cuando el empleado haya obrado sin órdenes del patrón o si se quiere, abusando de sus funciones, si con motivo de éstas se ha producido el hecho dañoso (conf. causa Ac. 37.744 ya citada)... Esta Corte ha tenido ocasión de precisar que el principal responde de daños ocasionados por su dependiente mediante hechos o actos ajenos o extraños a la función, siempre que de no mediar tal relación de dependencia no se hubiera podido ejecutar (conf. causa Ac. 44.805 del 10/09/1991; Ac. 35.626 del 27/05/1986, etc.)”.-

A efectos de clarificar la doctrina citada, estimo pertinente señalar las particularidades del caso que allí se analizaba.- Allí el chofer de una línea de colectivos, empuñó un arma (que era de su propiedad y no suministrada ni permitida por la empresa de transporte) con la que consumó el homicidio de quien al subir al microómnibus en calidad de pasajero se negó a pagar el boleto, es decir pretendía viajar sin pagar, ello provocó la ira del chofer quien con su arma lo ultimó, mientras se desempeñaba como dependiente de la demandada “Almafuerte Empresa de Transporte”.-

En la causa descripta la SCBA por los fundamentos antes transcriptos estimó que la empresa resultaba responsable en los términos de los arts. 43 y 1113 primera parte del C.C..- En dicha causa es obvio que tampoco la empresa de la cual dependía el chofer podía prever que éste cometería tal hecho ilícito, no lo pudo evitar, no era parte de las funciones del chofer, por su parte el pasajero se negó a pagar el pasaje, hecho que tampoco la empresa empleadora podía evitar toda vez que resulta del actuar de un tercero.- En tal causa se valoró precisamente que, si no mediaba la relación de dependencia del chofer con la empresa demandada el hecho luctuoso no se habría podido provocar.-

En el sub lite se presenta la misma circunstancia en cuanto A. -dependiente de la apelante-, contacta a la menor cuando se encontraba cumpliendo funciones para la demandada (recorrida del campo), a la menor la contacta en el predio donde cumplía sus funciones (no fuera del mismo), su relación con la misma y la madre de la menor (tal como quedó demostrado a lo largo de la causa penal y de la presente) se circunscribía a lo laboral, la circunstancia señalada por el apelante en cuanto eran vecinos, también devenía de la relación laboral (ambos vivían en el campo por resultar dependientes de Estancia El mirador, es decir que el desempeño del trabajo fue condicionante a efectos de provocar el hecho ilícito, de no mediar tal relación laboral el hecho no se habría producido (conf. SCBA 20/11/96 "Santillan Omar...", public. LLBA 1997-

12).- No exime de responsabilidad a la empleadora el permiso otorgado por la madre porque como ya se analizara en el acápite anterior el mismo fue dado por la confianza que le brindaba quien laboraba con su esposo, tampoco resulta eximente de responsabilidad que pasear los hijos de los peones no era función de A., tampoco entre las funciones del chofer de la empresa Almafuerte se encontraba el portar un arma.- Es decir lo abusivo de la función no resulta un eximente de responsabilidad, sino que se evalúa para responsabilizar al empleador si el hecho se produce con motivo de desarrollar la actividad para la que se encontraba afectado, en el lugar de cumplimiento de su trabajo, en autos es dable señalar además que el hecho se produce dentro de la camioneta que le suministrara la empleadora y cumpliendo funciones para la misma.- No caben dudas que, de no mediar la relación laboral, A. no hubiera podido contactar a la menor.- Por otra parte todo sucedió en el ámbito de trabajo y no fuera del mismo, esto es que si hubiera una relación extra laboral de A. con los actores el hecho podría haber ocurrido en circunstancias diferentes, por ejemplo durante una salida de amigos, pero como vimos no es el caso de autos.- Es claro que hubo una relación de medio a fin, entre la función que cumplía A. y su actuar respecto de la menor, lo que hace extensiva la responsabilidad a su empleador (arts. 43, 1109, 1113 primera parte y cctes. C.C:).- En consecuencia propongo al acuerdo desestimar el agravio en análisis.-

III) Si lo hasta aquí expuesto es compartido por mis colegas, corresponde analizar los siguientes agravios de la apelante.- Plantea por una parte que le agravia lo decidido respecto de la condena por daño moral a favor de los padres de la menor sin haberse decretado la inconstitucionalidad del art. 1078 2° párrafo de la norma, asimismo que no se tuvo en cuenta el permiso otorgado por la madre a la menor al evaluar el rubro en crisis.- Por último se agravia de lo abultado del monto indemnizatorio.-

Respecto de la inconstitucionalidad del art. 1078 2° párrafo del Código Civil, si bien le asiste razón al apelante en cuanto no surge de la parte resolutive de la sentencia, lo cierto es que ello surge del análisis de la cuestión que se realiza en los considerandos, mencionándose al citar dos fallos pertenecientes a la Sala II de ésta Cámara departamental y de la SCBA respectivamente.- Si bien puede tacharse de falta de técnica en la redacción de la sentencia es lo cierto que, la omisión en la parte resolutive no invalida la decisión desde que los considerandos forman parte de la sentencia misma y ha de interpretarse como un todo, así en la causa n° Causa N° 54832 y sus acumuladas 54841 y 54842 "Orsatti..." del 28/04/2011 me referí a tal cuestión diciendo: " Si bien ello se encuentra dicho en los considerandos, no le quita efecto de cosa juzgada y condiciona de algún modo la liquidación de la sociedad: "Los considerandos de las sentencias también están alcanzados por la cosa juzgada, si ellos sirven para interpretar razonablemente la

parte dispositiva. Precisando aún más el análisis, y sobre la base de consistir la sentencia una norma individual, se llega a la conclusión de que el límite procesal de la cosa juzgada debe determinarse con referencia al contenido de la norma creada por el juez, en cada caso concreto y en tanto su constitución sea requerida para la solución de las cuestiones planteadas, con prescindencia del lugar de pronunciamiento en el cual aparecen decididos." (ésta Sala causa nº 34173 del 151-92 S 22-10-1992 "Champion, José Antonio c/ Colegio Médicos s/ Acción de amparo", en el mismo sentido causa nº 51.611 "Banco Hipotecario..." del 16-04-08 y sus citas Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal...", Tº 4, pág. 407; causas nº 44.145, "Bailardo...", del 07.08.02.; nº 46.664, "Andiarena...", del 05.05.04. y nº 50.940, "Oresti...", del 05.09.07., entre otras).- De manera tal, que habiéndose circunscrito el agravio a la supuesta omisión de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 2º párrafo del Código Civil, y encontrándose ello dicho en los considerandos es que considero ha de desestimarse también el agravio en análisis, sin que ello implique emitir opinión de la suscripta respecto de la procedencia de declaración de inconstitucionalidad de la norma.- Tampoco resulta atendible el argumento referido al permiso otorgado por la madre conforme fuera analizado en el acápite anterior al entender en la cuestión relativa a la responsabilidad del comitente.-

En lo que respecta a al monto otorgado en concepto de daño moral, el apelante solo manifiesta que resulta "abultado", no resultando ello una crítica concreta y razonada (art. 260 del cpcc) de lo decidido en la instancia de origen, en donde se fundó el monto fijado conforme la prueba producida en autos y jurisprudencia aplicable, no refiriéndose a nada de ello el apelante.- Al respecto esta Sala reiteradamente ha resuelto: "la expresión de agravios constituye para el apelante una verdadera carga procesal trascendente. Que la crítica concreta está referida a lo preciso, indicado, determinado. Lo razonado, indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones. Debe precisarse punto por punto los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del "a quo", a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general, los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación" (Morello, Augusto Mario - Sosa Gualberto Lucas - Berizonce, Roberto O. "Códigos Procesales...", tomo III, pág. 351; esta Sala, causas nº 33.534 "Patronelli" del 29.10.92; nº 34.602, "Santomauro" del 23.02.94; nº 49.772, "Bussetti", del 20.09.06.; nº 53.074, "Tutelar Fiduciaria" del 31.03.09.; nº 54.904, "Basualdo" del 17.05.11., entre otras).- Con especial referencia a la prueba, se ha dicho que "...el recurrente deberá puntualizar que medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de

los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenten el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición." (Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 25, ésta Sala causa n° 52489 del 19-2-2009, "Heim, German Luis y otro c/ Zito Cono y otro s/ Daños y perjuicios").-

En el mismo sentido claramente Carlos Camps en su obra "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires-annotado, comentado, concordado", expone: "La parte frente a un fallo adverso tiene la posibilidad de exigir su revisión . Esta revisión se basa en que la sentencia es considerada injusta por contener transgresiones normativas que pueden ser de variado rango (procesal, de fondo o constitucional).- Muchas veces esa violación legal se manifiesta por el quiebre de las reglas de valoración de la prueba, más allá de que en esos casos el defecto del sentenciante se muestre predominantemente referido al mundo fáctico. La carga impuesta por el art. 260, 1ª parte, CPCC requiere especial esmero cuando se cuestiona la valoración de las pruebas colectadas en el proceso, porque en ese cometido los jueces deben formar su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica. Es, pues, indispensable desplegar un claro discurso impugnativo, capaz de individualizar los posibles yerros del juez en orden a la selección e interpretación de las probanzas escogidas, y de patentizar, en su caso, como ha soslayado o infringido dichas reglas del raciocinio. Pues bien, toda esta anomalía debe ser expuesta clara y detalladamente al juzgador de segunda instancia. Deben ser juicios concretos respecto de los pasajes de la sentencia considerados defectuosos, no meras elucubraciones teóricas o desconectadas de lo concretamente ocurrido en el fallo. Y tales asertos tienen que ser razonados. Así como se exige un adecuado razonamiento al juez para exponer sus ideas y que se pueda percibir el camino lógico seguido desde la ponderación fáctica hasta la solución de fallo pasando por la subsunción normativa, así también el litigante si quiere conmovir una norma individual dictada por un órgano del Estado deberá argumentar de manera adecuada, con solidez y objetividad. Ha dicho nuestra Corte que el desarrollo de los agravios a la luz del art. 260, CPCC, supone, como carga procesal, una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria, fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea, injusta o contraria a derecho". (ob. Cit. pág. 475).-

Asimismo resulta de aplicación la doctrina sentada por nuestro Superior Tribunal en el sentido de que la simple contraposición de criterios o el desarrollo de argumentos de índole meramente subjetiva respecto de los expuestos por el juzgador

no es bastante para fundamentar la queja (Excma. S.C.B.A., Ac. 76818 S 27-12-2000, “Bahilez, Adela Noemí c/ Pinero, Adolfo Enrique s/ Daños y perjuicios”; Ac. 83242 S 3-12-2003, “Rodríguez Riopedre, Roberto c/ Campagna, Alfredo F. s/ Incumplimiento de contrato. Daños y perjuicios”; Ac. 95936 S 19-9-2007, “López, Raúl c/ Metrogas S.A. s/ Daños y perjuicios”). Es así que propongo al acuerdo declarar parcialmente desierto el recurso interpuesto.-

**Así lo voto**

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU,** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION:** la Señora Juez Doctora **COMPARATO** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestiones anteriores propongo al acuerdo: **1)** Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 171, declarándolo parcialmente desierto; **2)** Con costas a la apelante perdedora (art. 68 del cpcc), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 dec.ley 8904).-

**Asi lo voto.-**

Los Señores Jueces Doctores **LOUGE EMILIOZZI y BAGU** adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**– SENTENCIA –**

**POR LO EXPUESTO,** demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, **se RESUELVE: 1)** Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 171, declarándolo parcialmente desierto; **2)** Con costas a la apelante perdedora (art. 68 del cpcc), difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 dec.ley 8904).- Notifíquese y regístrese.-

Lucrecia Inés Comparato  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Ricardo César Bagú  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi  
Juez  
-Sala 1-  
-Cám.Civ.Azul-

Ante mi

Dolores Irigoyen  
Secretaria  
-Sala 1-  
-Cam.Civ.Azul-