



REGISTRADA BAJO EL N° 117 (S) F°641/658

Expte. N° 150426 Juzgado N°

En la ciudad de Mar del Plata, a los 12 días del mes de junio del año dos mil doce, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: **"CH. C. C/ CONSORCIO COPROP.EDIF EIFFEL XXXI S/ COBRO ORDINARIO DE SUMAS DE DINERO "**, en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Nélida I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 950/961?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) El Sr. Juez de primera Instancia resolvió: **1°)** Hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. C. Ch., por daños y perjuicios contra el Consorcio de Copropietarios Edificio Eifel XXXI y en su consecuencia, condenar al demandado y a la citada Zurich Argentina Cía de Seguros S.A.- esta última en la medida de su participación convenida- a abonar a la actora la suma de Pesos treinta y ocho mil trescientos ochenta y cuatro (\$38.384) más los intereses fijados en los considerandos, dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de ejecución (arts. 163 inc. 7 y 166 inc. 7 del CPC). **2°)** Imponer las costas al accionado (art. 68 del C.P.C.). **3°)** Diferir la regulación de honorarios (art. 51 ley 8904).

II) A fs. 962 la Dra. Deborah Karina Pagano, apoderada de la parte demandada Consorcio de Copropietarios Edificio Eiffel XXXI, apela dicho



pronunciamiento, fundando su recurso a fs. 1000/1001, que fue contestado a fs. 1016/1017.

A fs. 966 el Dr. Fernando Manuel Rivera, apoderado de la parte demandada Zurich Argentina de Seguros S.A. apela la sentencia. Funda su recurso a fs. 1003/1005 con argumentos que merecieron réplica de la contraria a fs. 1011/1014 y 1016/1017.

A fs. 968 el Dr. Mario Adolfo Benavidez, invocando la franquicia del art. 48 del CPC por la parte actora C. Ch. también apela la sentencia. Funda su recurso a fs. 997/999 el que fue contestado a fs. 1008/ 1010 y 1011/1014.

III. Agravios del Dr. Fernando Manuel Rivera (Zurich Argentina Seguros).

En primer término se agravia de que el *a quo* haya rechazado la defensa de “no seguro” opuesta por su mandante.

Destaca que en la póliza adjunta al contestar la demanda –en especial la cláusula referente a exclusiones-, claramente se estipula: “...*Tampoco responderá la compañía por la responsabilidad civil emergente salvo pacto expreso en contrario... j. escapes de gas, incendio, explosión o descargas eléctricas...*” (fs. 64/65 y 76 vta).

Argumenta que en la causa ha quedado probado que el fallecimiento del hijo de la Sra. C. Ch. se produjo como consecuencia de una intoxicación por monóxido de carbono.

Aduce que con las pericias producidas y declaraciones testimoniales recogidas tanto en la presente como en sede penal, ha quedado acreditado que la intoxicación de N. Ch. se produjo por una mala instalación de la estufa y del calefón que permitió un escape de gas en el departamento en el que habitaba la actora.

A su vez, sostiene que no está probado que la instalación deficiente y antirreglamentaria aludida hubiera sido realizada por el Consorcio.

Manifiesta que de la pericia contable presentada en la causa y



obrante a fs. 857/862 surge: “...*queda excluida de la presente cobertura la responsabilidad del asegurado emergente de escapes de gas, incendio, explosión y descargas eléctricas*”.

De lo expuesto, el quejoso concluye que el riesgo por el cual ha sido demandado su mandante no se encuentra cubierto.

Afirma que si bien la parte actora al contestar el traslado que le fuera conferido respecto de esta defensa de no seguro, invocó que la compañía debe responder por daños originados en refacciones o reparaciones en partes comunes del edificio. No se está en presencia de un daño originado por dichas tareas ya que no se estaban llevando a cabo al momento del siniestro. Cita jurisprudencia en sustento de lo expuesto.

Destaca que no existió vicio alguno en partes comunes del edificio.

Expresa que el escape de monóxido de carbono se originó por la mala instalación y/o combustión del calefón y estufa existentes en el departamento, colocados estos por el propietario del mismo y no por el consorcio, por lo que mal puede responsabilizarse a éste por el mal funcionamiento de algo que no estaba bajo su guarda.

Arguye que si el Juez toma como cierto -y con ello fundamenta su sentencia- que la muerte del menor pudo acaecer por el mal funcionamiento de un aparato propio de la unidad funcional, no puede condenarse a la demandada y a su representada, por no tratarse de un artefacto de uso común.

Alega que si el propietario del departamento donde vivía la Sra. C. Ch. hubiera instalado un termotanque con las especificaciones técnicas correspondientes al diámetro de la cañería, no habría existido inconveniente alguno.

Sostiene que si bien es cierto que la compañía aseguradora se obliga a mantener indemne al asegurado, también es cierto que esa garantía es únicamente en función de los riesgos cubiertos, que son los que la aseguradora evalúa y en función de ellos fija la prima. Agrega que la sola



existencia de un contrato de seguro no obliga a su mandante a mantener indemne al consorcio ante cualquier reclamo, pues debe necesariamente tratarse de un reclamo relacionado al riesgo cubierto.

Reitera que el fallecimiento del hijo de la actora fue provocado por la mala instalación del calefón y del calefactor y que no existía cobertura contratada para tal contingencia, por lo que debe hacerse lugar a la defensa de no seguro.

En segundo lugar se agravia de los montos de condena.

Hace referencia a que si la accionante hubiera estado en el lugar donde se produjo el fallecimiento del menor, debería haber notado el olor a gas y también verificado que el calefón tenía la llave de gas abierta y la llama estaba apagada.

Hace hincapié en la responsabilidad de la Sra. C. Ch. destacando que la actora advirtió que su hijo no estaba bien, transcurridas más de dos horas desde su fallecimiento.

Fundado en lo antes expuesto, el apelante considera elevados los montos de condena.

Asimismo alega que éstos son fijados sin brindar parámetro alguno.

Refiere que el Magistrado parte de la suma de \$150.000 sin decir en qué se ha basado para determinar dicho monto, que podría haber sido también un monto mayor o menor, carente de lógica.

Solicita se revoque la sentencia con expresa imposición de costas.

IV.- Agravios de la Dra. Deborah Carina Pagano (parte demandada).

Se agravia del "quantum" indemnizatorio fijado por el *a quo* en concepto de daño moral (\$150.000) porque lo considerar excesivo ya que aparece desvinculado con las probanzas rendidas en autos y con los porcentuales de responsabilidad fijados (80% a la madre y 20% al consorcio).



Alega que al fijar el monto, el *a quo* no efectuó una pormenorizada evaluación de la prueba producida en autos, principalmente en lo concerniente a la autopsia efectuada sobre el cadáver de N. Ch., al testimonio brindado por el médico de guardia, Dr. Pedro Sabando y a la conducta de la madre del menor.

Destaca que en la autopsia se establece que la hora del fallecimiento del menor N. Ch. data entre las 16 y 18 hs del 9 de septiembre de 2005, circunstancia que no se condice con los dichos vertidos por la actora donde manifiesta haber observado que el niño no se encontraba bien recién a las 20 (fs. 14 vta.).

Alega que si bien el juez observa dichas pruebas y toma en cuenta las mismas a los efectos de establecer la culpa “in vigilando” de la actora, olvida dichos medios probatorios a los fines de establecer el monto indemnizatorio por daño moral y haciendo aplicación de las reglas de la sana crítica, fija el monto en \$150.000.

V.-Agravios del Dr. Mario Adolfo Benavidez (parte actora C. Ch.).

Bajo el título primer agravio el apelante refiere que el *a quo* afirma en sus considerandos que los caños y tuberías del edificio no se encontraban en condiciones, responsabilidad que recae sobre el consorcio.

A su vez, expresa que el licenciado Gustavo Clemente Cisneros expone que se observa falta de revisión periódica y mantenimiento de la totalidad de las instalaciones por personal capacitado.

Hace referencia a que el fiscal interviniente mencionó respecto de la cañería externa de ventilación común, que presentaba caños oxidados.

El apelante manifiesta que con todo ello se denota la culpa del consorcio demandado.

Afirma que las fotos tomadas por el perito ingeniero Sáenz son elocuentes y su conclusión es que todas las tuberías fueron cambiadas luego del hecho generador.



Sostiene que Camuzzi debió dejar sin gas a todo el edificio ya que todas las cañerías no reunían las condiciones necesarias para la ventilación y/o el traslado de gas.

Remarca que de la causa penal surge que una poda de los árboles realizada con anterioridad al hecho, obstruyó salidas de ventilación puesto que las ramas fueron colocadas en las bocas de ventilación en la terraza del edificio.

Se agravia en segundo lugar de la apreciación de la responsabilidad realizada por el *a quo*.

El apelante afirma que si bien existe un conflicto entre la Ley 13512 y lo expuesto en el reglamento de copropiedad, se está en presencia de una cosa común de uso exclusivo.

Manifiesta que la demandada no ha intentado otra defensa que el descuido por parte de la madre. Destaca que una madre no dejaría morir a su pequeño hijo de 3 años y que la madre intentó todos los cuidados necesarios para tratar de salvar a su hijo.

El apelante manifiesta que los testigos que intentan desacreditar como madre a la actora, son parte en el presente proceso porque son propietarios y el Sr. Eduardo Nicolás Ponce es empleado del consorcio demandado.

Sostiene que está claro que el consorcio es responsable en un 100%.

En tercer lugar manifiesta que la atribución de responsabilidad de la citada en garantía en un 10% es desproporcionada. Resalta que existe un conflicto de normas y es claro que la compañía debe responder íntegramente.

Afirma que lo pactado entre las partes no es oponible a su representada ya que no cumple con el sentido del contrato en sí, que es mantener indemne al asegurado.



VI.- Antes de pasar a analizar los agravios traídos a esta instancia trataré los ANTECEDENTES DE LA CAUSA:

A fs. 14/19 se presenta el Dr. Mario Adolfo Benavidez, invocando la franquicia del art. 48 del CPC en representación de la Sra. C., e inicia demanda de cobro ordinario de sumas de dinero contra el Consorcio de Copropietarios del Edificio Eiffel XXXI por la suma de pesos **quinientos treinta mil** (\$530.000).

Solicita se intime al consorcio demandado a denunciar en autos a la aseguradora que en forma obligatoria debe contratar el administrador.

Relata que con fecha 9 de septiembre de 2005, siendo aproximadamente las 20 hs., su mandante C. Ch. decide bañar a su hijo menor N. Ch. de 3 años. Manifiesta que luego de bañarlo lo deja con una toalla sobre la cama e ingresa a ducharse.

Manifiesta que al salir del baño pudo observar que el menor no estaba bien y que ella se mareaba, no pudiendo coordinar sus movimientos y recordando haberse desvanecido.

Continúa relatando que, como pudo, la Sra. C. Ch. se cambió, tomó a su bebé en brazos y comenzó a pedir auxilio a sus vecinos, quienes la ayudaron a bajar con el niño que estaba rígido. Llega a la Clínica del niño y de la Madre, y en la guardia intentan reanimar al menor, pero ya había fallecido.

Expone que luego de la autopsia se determina que la causa del deceso fue un paro respiratorio por intoxicación de monóxido de carbono. Agrega que ello surge de la IPP 197.651 de trámite por la Unidad Fiscal de Delitos Culposos Nro. 11.

Alega que el monóxido de carbono que ocasionó el fallecimiento del menor fue la causa eficiente en una parte común, y cuya atención, reparación correspondía al consorcio demandado en cumplimiento de su obligación de seguridad para quienes habitan el edificio.



Reclama: por el rubro daño moral \$150.000; por daño psicológico \$180.0000; por daño emergente material \$200.000. Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que oportunamente se dicte sentencia haciéndose lugar a la demanda interpuesta, con expresa imposición de costas al demandado accionado. Solicita beneficio de litigar sin gastos.

A fs. 37/42 se presenta el Consorcio Edificio Effiel XXXI, sito en calle Moreno Nro. 2665 de Mar del Plata con el asesoramiento letrado de la Dra. Norma I. Peze (apoderada del consorcio) y contesta la demanda incoada en su contra.

Formula una negativa general y particular de cada una de las circunstancias esgrimidas por la contraria.

Alega ausencia de relación causal. Agrega que los elementos descriptos por la accionante- que causaron el desgraciado evento- por servir exclusivamente a determinadas unidades habitacionales o departamentos no forman parte de las cosas comunes del edificio, en consecuencia el consorcio está exento de toda responsabilidad sobre su guarda y mantenimiento.

Sostiene que el consorcio no debe responder. Ello por cuanto alega que no ha asumido dicha responsabilidad ni por disposición especial del reglamento ni por resolución asamblearia válidamente constituida. Que la responsabilidad recae y debe recaer única y exclusivamente en los guardianes o propietarios de la cosa generadora del riesgo.

Refiere que del protocolo de autopsia, del informe que lleva el nro. 289/05 con fecha 10/09/05 -expedido por la policía Científica del cuerpo médico de Mar del Plata -surge que el pequeño falleció entre las 17 y 19 hs del día 09/09/2005. Agrega que tal circunstancia no concuerda con los hechos narrados por la madre en la demanda. Aduce que a la hora que la madre relata haber realizado todas las actividades enunciadas (pidió dinero a la vecina, llamó al remis, etc.) el pequeño ya estaba muerto.



Reitera que el consorcio no debe responder por los daños producidos por cosas inanimadas que sirven exclusivamente a determinados departamentos, porque en dichos casos responde el dueño o guardián de las cosas que hubieran causado el perjuicio.

Impugna los rubros reclamados. Ofrece prueba. Funda en derecho. Denuncia como Compañía aseguradora a “Zurich, Compañía Integral de Consorcios S.A.”. Solicita el rechazo de la demanda.

A fs. 86/95 el Dr. Nicolás García Herrada, apoderado de la aseguradora Zurich Argentina Cía de Seguros S.A se presenta a contestar la demanda.

Opone excepción de falta de legitimación para obrar del demandado, como de previo y especial pronunciamiento. Opone defensa de no seguro. Declinación de cobertura. Solicita se declare nulidad del contrato de seguro.

Reconoce que el consorcio de propietarios del Edificio Eiffel XXXI celebró con su mandante Zurich Argentina Cía. de Seguros S.A. un contrato de seguro integral de Comercio mediante emisión de la póliza nro. 7-16246 con un período de vigencia desde el 29/5/2005 al 29/05/2006.

Sostiene que de acuerdo a los hechos descriptos en las presentes actuaciones, el siniestro denunciado en autos no se encuentra amparado bajo la póliza mencionada conforme las cláusulas 7/916, 7/917 y 7/515 de dicha póliza.

Destaca que su mandante el 27 de enero de 2007 remitió al asegurado una carta documento comunicando que declinaba su participación por los perjuicios denunciados.

Sostiene que no ha sido una parte común del consorcio y/o actividad a cargo de dicho demandado la que causó el fallecimiento citado.

Aduce que el 11/12/2006 remite carta documento nro. 788715922 confirmando el rechazo del siniestro e informando que no asumirían la defensa.



Hace referencia a la falta de legitimación para obrar en el demandado (art. 345 del CPC) solicitando se resuelva de previo y especial pronunciamiento. Ofrece prueba.

Solicita que para el supuesto caso de que se rechace la excepción opuesta, a todo evento y conforme reza las cláusulas particulares obrante a fs. 2 y 3 del Contrato de Seguro se aplique la franquicia y/o descubierto a cargo del asegurado puesto que el mismo deberá participara a partir del segundo reclamo y en cada uno de los sucesivos, con un 10% de la indemnización y eventuales accesorios debidos, con un mínimo de 0,65% y un máximo de 3,25%-ambos del límite del asegurado al momento del siniestro-por cada acontecimiento.

Refiere que siendo ésta cláusula integrante del contrato de seguro y anterior al siniestro, le es plenamente oponible a la parte actora y al asegurado de acuerdo a lo que prevé el art. 118 párr. tercero “ *a contrario sensu*” de la ley de seguros.

Formula una negativa general y particular de cada una de las circunstancias esgrimidas por la contraria.

Impugna los rubros reclamados. Ofrece prueba. Solicita no se incluyan intereses e IVA para el cálculo de la regulación de honorarios. Peticiona la aplicación de la ley 24.432.

A fs. 166 el Dr. Mario Adolfo Benavidez contesta el traslado de las excepciones.

A fs. 168 el *a quo* resuelve que no siendo manifiesta la defensa de falta de legitimación opuesta, se difiere su tratamiento para el momento de dictar sentencia.

Así las cosas el Magistrado dicto sentencia conforme el punto I.

VII.-Consideración de los agravios.

Agravios de la parte actora. Primer y Tercer agravio

Luego de realizar un pormenorizado análisis de la cuestión en debate, advierto que el primer y tercer agravio deducido por el Dr. Mario Benavidez,



debe ser declarado desierto por carencia de una crítica concreta y razonada de los argumentos que esbozara el sentenciante (art. 260 del C.P.C.).

La expresión de agravios debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada (art. 260 del C.P.C.C.; conf. Juan Carlos, Hitters; *Técnica de los recursos ordinarios*, p g. 442, Librería Editora Platense, La plata, 2000).

No alcanza para superar el vallado del juicio de admisibilidad enunciar los errores que exhibe la sentencia impugnada; es necesario demostrarlos (Conf. Juan José Azpelicueta-Alberto Tessone. "La Alzada. Poderes y Deberes", Prologo de Augusto M. Morello. Edit.I Librería Editora Plantense S.R.L., pág. 24/5).

Conforme los principios precedentemente enunciados, advierto la insuficiencia de los argumentos deducidos como primer agravio, toda vez que el recurrente sólo realiza apreciaciones genéricas o desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia; ello, sin indicar puntualmente los errores, las omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional.

Así por ejemplo hace referencia a la conclusión del licenciado Gustavo Clemente respecto de la falta de revisión periódica y mantenimiento de la totalidad de las instalaciones. También transcribe la opinión del Fiscal respecto a que la cañería externa de ventilación común presentaba caños oxidados. Destaca que surge de las fotografías que las cañerías fueron cambiadas luego del hecho generador. Sostiene que Camuzzi debió dejar sin gas al edificio, y que la ventilación del edificio no se encontraba en condiciones, pero no explica en que medida esas probanzas tendrían virtualidad para modificar el modo en que el magistrado las apreció. Es decir no desarrolla los fundamentos de su queja al respecto. Por otra parte



advierdo que de la sentencia se colige que estas manifestaciones vertidas por el apelante fueron tenidas en cuenta por el magistrado para generar convicción, por ende no se entiende a que se orienta el agravio. Lo mismo ocurre respecto del tercer agravio.

En resumen, los fundamentos y argumentos vertidos por el apelante en su escrito de fs. 997/999 resultan insuficientes para cumplir con la carga procesal impuesta, debiendo declarar en consecuencia la deserción del recurso (art. 260 y 261 del C.P.C.).-

Segundo agravio de la parte actora. Responsabilidad atribuida.

Como punto de partida del estudio de la atribución de responsabilidad que agravia a la parte recurrente, destaco que no ha sido materia de agravio la normativa legal aplicable al consorcio demandado, siendo correcto el encuadre jurídico que realiza el *a quo* al determinar que en casos como el de autos el factor de atribución es el riesgo creado y por lo tanto la responsabilidad debe juzgarse a la luz del art. 1113 2da parte del Código Civil (argto. jurisp. SCBA Ac.33155 del 8/4/86; SCBA Ac. 79517, del 30 de junio de 2004; Cuarta Cám. Apel. Civ. y Com. Minas de Paz y Tributario Mendoza, Isaguirre, Silvia Patricia C/Merino Celia P/D” 21/11/2011; Gurfinkel e Wendy, Lilian N. “Propiedad Horizontal. Responsabilidad del Consorcio” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-2 “Propiedad Horizontal”, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 275).

El actor centra su crítica en el porcentaje de responsabilidad atribuida a su parte.

En razón de lo expuesto –y como ya mencioné- sobre el régimen normativo del art. 1113 2da. parte C.C (factor objetivo de atribución de responsabilidad), he de analizar los agravios referidos a la responsabilidad atribuida a la actora.

De acuerdo a dicho factor objetivo de atribución, el dueño y/o guardián de la cosa riesgosa responde de los daños causados por ésta, a



menos que opere alguna de las causas de exoneración total o parcial que prevé la ley.

El consorcio es el guardián del edificio y tiene el deber de preservar el inmueble y las personas de cualquier amenaza o peligro. Efectivamente, para eximirse de responsabilidad frente a un factor objetivo de atribución es el consorcio quien debe acreditar la concurrencia de un elemento ajeno a su actuación -el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder- y probar que esa participación ha tenido la entidad suficiente para erigirse en causa o concausa del hecho ilícito, con aptitud para interrumpir total o parcialmente el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Se admite la exclusión parcial de la responsabilidad del dueño o guardián, en la medida que la conducta de la víctima (o de un tercero) ha generado causal o concausalmente el hecho dañoso (art. 375 y 384 del C.P.C.; 1113, 2º párrafo, segunda parte del Código Civil; S.C.B.A., Ac. 42.946 del 9/4/1991; Ac. 44.037 del 10/4/1999; Kelmemajer de Carlucci en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" A.C Belluscio, E.A Zannoni, T.5, pág. 581).

Con respecto a la causalidad, exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño, éste debe haber sido causado u ocasionado por aquél. Para establecer la causa del daño, es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que se halla en conexión causal adecuada en el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción y omisión antijurídica según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 del C.C.).

El Máximo Tribunal Provincial ha decidido que la conducta de la víctima debe ser considerada expresamente, no a título de culpa, sino como factor de interrupción-total o parcial-del nexo causal entre el hecho y el daño (S.C.B.A., Ac. 55.922 del 06/09/1994; 46.625 del 28/09/1993, pub. en



Galdos, Jorge; "Derecho de daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1999, pág. 327).

Ahora bien, cabe preguntarse si la conducta de la víctima ha concurrido con la actuación de las cosas riesgosas en la producción de su propio daño como concausa, desplaza proporcionalmente la responsabilidad del dueño o guardián de aquellas. Ello significa, que el juez para determinar la relación de causalidad adecuada debe formular ex post facto, un juicio de probabilidad o pronóstico objetivo del resultado dañoso, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida, para verificar si ese daño era previsible (conf. Compagnucci de Caso Rubén, Responsabilidad Civil y Relación de causalidad en Seguros y Responsabilidad Civil. T°V, Bs. As. , Astrea 1984, pág. 30, Goldenberg Isidoro. La Responsabilidad Civil y relación de Causalidad en la responsabilidad Civil, Bs. As. Astrea 1984, pág. 229; conf. (SCBA Ac. 93078 del 6/9/2006, entre otros).

Sentado ello corresponde entonces analizar si en el "sub lite" existe prueba que permita tener por acreditada la conducta de la actora en los términos analizados o bien, si el consorcio resulta ser el único responsable en el acaecimiento del hecho.

En principio, hago la salvedad que tomaré las declaraciones y las pericias de la causa penal porque son la prueba producida en forma inmediata al día del hecho (art. 384 del C.P.C.).

En lo relativo al valor probatorio de estas actuaciones penales, se ha dicho que se admite la eficacia del expediente penal inclusive en contra de quien no lo ofreció como prueba, si no objetó el ofrecimiento efectuado por el adversario (Cám. 1era. De Apelaciones, Civil, Com., Minas de Paz y Tributario, autos nro. 107.063/36.276).

Sentado lo expuesto analizaré la prueba:

Del informe suscripto por el Licenciado Gustavo Clemente Cisneros y que obra en la causa penal IPP Nro. 197.151 (de tramite por ante la Unidad Fiscal de Delitos Culposos Nro. 11) se lee: "...CONCLUSIONES: Que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conforme las constataciones efectuadas, el informe de pericia de autopsia 289 producido por el médico de policía que concluyó como causales de muerte “paro cardiorrespiratorio traumático, por presunta intoxicación con monóxido de carbono”, y el informe pericial nro. 0776/05 producido por la sra. bioquímica de este laboratorio químico pericial en el cual concluyó que la muestra sangre de CH., N. contiene MONOXIDO DE CARBONO con la hemoglobina formando carboxihemoglobina, en un porcentaje de saturación de un 44%, se condicen con las falencias y/o deficiencias de la instalación domiciliaria de gas halladas en el departamento en cuestión, más precisamente al sistema de evacuación de gases productos de la combustión del aparato calefón, deficiencias estas por las cuales los gases productos de la combustión incorporaron al aire ambiente del departamento, confirmándose la presencia del agente tóxico en sangre. Como así también la falta de rejillas y orificios inferiores de aporte de aire para la combustión. ..Que se denota la falta de revisión periódica y mantenimiento de las instalaciones por personal capacitado. Que estamos ante un hecho previsible y mucho más si tomamos en consideración la Resolución nro. 1256 (ENARGAS) en la cual con el objeto de prevenir los accidentes que se producen por inhalación de monóxido de carbono una de las rutas de acción es la realización de revisiones periódicas de la ubicación, el funcionamiento y la evacuación de los productos de la combustión de artefactos a gas...” (ver fs. 580/821503/505).

En la misma causa penal obra declaración de la Sra. C. Ch.. A la pregunta cuanto hace que vive en ese departamento responde: “...viviendo constantemente 7 años, pero que lo compramos hace 20 años, lo compraron mis papas que viven en Buenos Aires, tuvimos problemas una vez con la estufa anterior que era de las que no se ventilan, se comen el aire, no se como se llaman, no se renueva el aire, y pusimos la de tiro balanceado, la pusimos hace 4/5 años, la puso el papá del nene y el hermano que ahora esta en EEUU (...) en esa oportunidad casi nos morimos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

todos porque yo me desperté vomitando y ahí los desperté a todos y mi papá a la rastra nos sacó a todos, mi papá, mi mamá y mi hermana. Después no lo usamos más y hace unos años pusimos uno de tiro balanceado (...) Revisamos el calefón que estaba mal instalado, vio que las ventilaciones faltaba la de la cocina abajo, vio que la de arriba estaba invertida. (...) Después del hecho la administración nos mandó un presupuesto (...) para hacer los siguientes arreglos: prueba de hermeticidad, conexión de cocina, tramite de habilitación de plano y habilitación de la instalación existente, instalación de termo tanque eléctrico, entrada de agua de parte inferior, mano de obra, accesorios, pero como nosotros teníamos un conocido no lo aceptamos y otra es que no estábamos de acuerdo con el presupuesto. Los arreglos que teníamos que hacer dentro del departamento los hizo Nicolás Ponce gasista matriculado, sacó el calefón y puso un ecotermo, tuvo que cambiar las conexiones de gas y agua y el caño que va a la ventilación, tuvo que hacer todo de nuevo. Puso la ventilación de abajo que es reglamentaria, tuvo que poner la rejilla que se ubica en la parte inferior de piso y cocina y otra que se ubica en la parte superior de la pared de la cocina que si bien, se encontraba invertida, ambas rejillas funcionan para remover el aire y como la rejilla de la pared parte superior estaba invertida no permitía la renovación de la ventilación. Antes de hacer la conexión del ecotermo ahí descubre el gasista, cuando hace una prueba manométrica, observa que hay una fuga de gas en el paso de la cañería porque verificó que la fuga no era dentro del departamento y ahí sí le avisó a Zamboni y mandó a Morales y otro chico que revisaron tramo por tramo los caños de gas..." (ver fs. 467/468).

A fs. 480 de la misma causa penal obra presupuesto dirigido a la inmobiliaria Zamboni referido a la instalación de cañería nueva para gas.

En la IPP mencionada obra agregado informe de Camuzzi Gas Pampeana del 14/11/05 (MPL/AT/GAG/ID/EN/Nro. 14310/05) donde se lee: "...Posterior al retiro del medidor del dpto 7°C se recepcionó trámite presentado por instalador matriculado Sr. Nicolás Ponce matriz. Nro. 2756



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de 2da. Categoría solicitando inspección para reconexión de suministro. De la inspección y verificación del mismo surgieron mediciones de concentración y monóxido en el ambiente que superan holgadamente los mínimos admisibles al respecto. En consecuencia se retira el medidor que fuera instalado para realizar los pertinentes ensayos, manteniendo la condición de retiro por seguridad...” (ver fs. 495).

A fs. 328 obra oficio contestado por Camuzzi Gas Pampeana en el que informa: “...la fotocopia de la nota MPL/AT/GAG/cn/Nº 14300/05 que se acompaña en el oficio presentado, es coincidente con la emitida originalmente por esta prestadora...”.

También obra testimonial del Sr. Eduardo Nicolás Ponce que declara: “El tío del chiquito fallecido que se llama Gabriel me llamó para hacer un trabajo de reconexión de gas, me dijo que había habido un accidente por intoxicación de monóxido de carbono (...) yo hice la prueba manométrica y detecté una pérdida de gas, le comenté a Carina que teníamos que levantar toda la cañería porque no era externa sino interna (...) entonces me dijo sino la quería acompañar a la administración Zamboni, entonces fuimos porque estaba muy alterada (...) fuimos y lo encontramos a Zamboni, ella le comentó que estaba la pérdida interna y que no tenía dinero para enfrentar ese gasto, entonces el le dijo que iba a mandar su gasista para ver si no era una pérdida desmontante desde el pasillo hasta la batería de medida que está en el entrepiso. Ellos mandaron al gasista del edificio, no se quien era, no lo conozco. El hizo la prueba manométrica y detectó la pérdida, obturó el caño desde el pasillo hasta la batería de medidores y no había pérdidas, la pérdida era interna del departamento bajo piso, entonces ahí le dice que el se hace cargo del recambio de cañerías y llaves internas para que los artefactos se puedan colocar en condiciones. Cuando veo todo lo que había que hacer, el calefactor estaba defectuoso, el sombrerito de atrás era casero, de chapa de cinc de 3 pulgadas, no estaba ni amurado ni remaches siquiera, tenía una extensión del caño de cobre de 5,16 de 5 mts más o



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

menos, eso no está permitido el calefactor estaba puesto en el living-comedor-dormitorio. En la cocina estaba el calefón que tenía la ventilación de 4 pulgadas con un codo que no excedía ni los 10 cm de reglamentación, estaba metido en el conducto de evacuación de gases sin conectarse a la ventilación a los cuatro vientos que es de 3 pulgadas. El calefón yo no lo pude probar porque no tenía medidor, y porque estaba clausurado. Cuando yo hice la prueba de humo (...) prendo el papel lo pongo en la ventilación y el humo se vino al ambiente donde estábamos nosotros. Realiza croquis a mano alzada señalando que todos los departamentos tenían los caños de ventilación que iban hacia la terraza finalizando en un expiro. El sistema de evacuación del edificio no era el adecuado para calefones de 4 pulgadas, el sistema estaba hecho para termotanques de 3 pulgadas (...) La conexión del calefón es antirreglamentaria porque no cumple con las funciones de evacuación de gases en forma correcta, porque el caño que sale del calefón tiene que tener hacia arriba 50 cm, éste tenía 10 cm, y estaba conectada a la cañería de 3 pulgadas (...) Cuando yo saco el calefón lo primero que hago es la prueba de humo viéndose como entraba el humo, la cañería estaba inclinada hacia el departamento por eso ingresaba al departamento. El calefactor tenía un sombrerito interno. Cuando hice el trabajo interno, poner en condiciones las ventilaciones tanto de aporte (15 por 15 de pared de cocina) que hacen a la renovación del aire viciado por las rejillas (de pared y del piso) como de recambio de aire, tuve que hacer la ventilación del termo que es de 50 cm y las ventilaciones por rejilla en pares, los conductos de evacuación de gases del edificio estaban hechos. **Detecto que las cañerías de gas estaban corroídas, oxidadas, que provocaban la pérdida de gas interna, en piso de cocina y el ambiente living-cocina-dormitorio monoambiente. Cuando me dan la inspección, avisé el trabajo terminado en Camuzzi, el Inspector Alessandrini me hizo la prueba de humo en primer instancia y evacuaba bien el humo, pero no llegaba al remate a los cuatro vientos, prendimos el papel y hacíamos la prueba**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

de humo porque no tenía el medidor, observamos que en algún lugar se quedaba el humo porque no remataba a los cuatro vientos, al otro día el inspector trae el medidor, ahora sí se hace la prueba de monóxido, no sé si fue con un escribano, no recuerdo, yo estaba en la Administración con el Sr. Ch., un arquitecto que era Guillermo Faillace y Tomás el encargado de la Administración, se nos dice que rechazan la obra por detectarse monóxido de carbono 144 partes por millón, es elevadísimo, otra vez se llevan el medidor. Ahí se decide que la Administración tiene que cambiar el sistema de ventilación porque estaba defectuosa, entonces se cambia y no se detecta monóxido de carbono. Se normaliza todo...” (El destacado no es de origen)

*A la pregunta como sabe que se normaliza todo responde: “se detecta probando las cañerías de ventilación del termotanque, se pone el detector de monóxido de carbono en la boca del termotanque, entre el caño de ventilación externa y el caño del termotanque, y no se detecta ninguna pérdida de monóxido de carbono, lo mismo sucede con el calefactor, me filmaron haciendo todo, me filma el Inspector Raúl Galván, ahí se termina todo y colocan y habilitan el medidor, esto fue antes de noviembre. El 25/10/05 se hizo la primera inspección, donde me sacan el medidor nuevamente, yo hago la descarga en Camuzzi de que el inspector Alessandrini le avisó al Arquitecto, al Sr. Ch. y a Tomás que había que cambiar la ventilación externa, rechazaron la obra por la mala función de ventilación del calefón, las de afuera, las que evacuan el gas quemado a los cuatro vientos, no me sancionaron al rechazarme la obra porque yo no estaba contratado para hacer la ventilación externa (...) **la ventilación del calefón de por sí estaba mal colocada porque permitía el acceso de gas quemado de otros departamentos que circulaban por las cañerías de ventilación externa que tenían que rematar a los cuatro vientos**” (La negrita no es de origen)..*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

A la pregunta que data tenían las cañerías de ventilación externa responde: *No se, quizás más de 10 años porque fueron instaladas para calefones de 8 litros, chiquitos. El termotanque que instalé es de 23/26 litros. Por los departamentos que yo ví estaban con el mismo sistema defectuoso, ví el 7°D, y PB, eso ya lo arreglaron pero yo no quise hacer ningún otro trabajo (...) El gasista que trabajó en el 7°D me comentó que arriba en la terraza los caños de evacuación de gases estaban defectuosos por el tiempo, oxidados. **Cuando empecé mi trabajo Zamboni y Ch. me comentan que sabían del desperfecto en las ventilaciones...*** (ver fs. 539/541. El destacado no es de origen).

La testigo Susana María Faggi (propietaria del departamento 4° D) declara: *"... Luego, me cortaron el caño de cobre que daba al calefactor, me pusieron el termotanque y me amuraron la cocina por indicación de Camuzzi, y también se cambiaron los caños de ventilación del termotanque. Hizo toda la cañería externa de ventilación porque estaba podrida. El inspector me anuló el calefón por la ventilación externa y el calefactor por el caño de cobre, todo lo nuevo me lo hizo el Sr. Morales de la administración Zamboni, por ahora anulé el calefactor hasta hacerlo conforme Camuzzi. **La parte mía de ventilación externa ya me la arreglaron, me dijeron que estaba podrida la cañería y entraba monóxido de carbono en los departamentos, fueron comentarios del edificio.** El inspector de Camuzzi vino y aprobó todo pero aún Morales no me dio la copia de ello, el inspector de Camuzzi vino tres veces, la primera a clausurar y la segunda a anular el termotanque porque yo ya había sacado el calefón por el termo con Morales y cuando vino el inspector a habilitar dijo que la cañería de ventilación externa estaba podrida y como estaba mal la ventilación la anuló, **la tercera vez vino a verificar si estaba bien la ventilación externa del termo, ahí lo aprobó y sacó la faja de anulación.** Para esa altura ya habían hecho las cañerías externas (...) Actualmente se siguen haciendo arreglos, en los*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

departamentos de adelante A y B en la parte de ventilación externa...” (El destacado no es de origen), (ver fs. 543).

El Sr. Italo Alessandrini (empleado de Camuzzi) declara: “...Cuando el instalador de la Administración presenta el trámite vamos a inspeccionar, y detectamos que en las líneas C-D las pruebas de humo de los artefactos daban deficientes, ahí le pedimos a la administración que haga un control individual de cada conducto y ahí se detectó que en el departamento de portería en terraza las mismas tenían un desvío de un metro que iban por el piso y contrapiso y se vió que estaban por el pasar del tiempo y por la cal del contrapiso, estaban altamente corroídas porque tenían orificios y en algunos casos obstruídas, eso Morales hizo toda la reparación, reparó todas las cañerías y se verificó todo: los horizontales y verticales, tirajes, primero había que solucionar ése tema para la verificación de cada una de las unidades, si no se arreglaba primero ese tema no se podía seguir, no se justificaba...”. A la pregunta: “...respecto del departamento donde ocurrió el hecho motivo de ésta investigación, Ud. hizo la inspección al proyecto de instalación por redes? Responde: “...si, el que presenta Ponce. El 10/9/05 Víctor Martín (personal de guardia) saca el medidor de ése departamento, nosotros no entramos a ese departamento, el gasista Ponce ingresa el proyecto el 18/10/05 y yo voy el 26/10/05, esta verificación la hicimos en dos partes, primero se hizo la parte ocular: verificación de los artefactos declarados por el instalador, conexión de cocina, existencia de rejilla, conexión de calentador de agua que en éste caso era un termotanque, y se genera la colocación del medidor para el día siguiente a las 10:00 hs., el medidor lo coloca el sector de operaciones antes de las 10:00 y yo me cité con el gasista para hacer la habilitación (...) me voy a la administración y hablo con el arquitecto y le sugerí hacer el control que mencioné y en el que luego se verificó que los caños de ventilación externo estaban corroídos, los desvíos eran reglamentarios (...) se concluyó que el problema de ventilaciones era puntualmente lo observado en el contrapiso, la corrosión.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Cuando nosotros hacemos la primera verificación en los departamentos en el caso del 2°B el calefón instalado era el original, entonces no hicimos nada al respecto porque era el originalmente habilitado (cumplía con la verificación ocular, diámetro de caños y remate a cuatro vientos), cuando verificamos el tema de los caños corroídos volví a este departamento e hice la prueba de monóxido y de humo y me dio de CO 50 ppm (cuando mi aparato me marca 40 ppm o más tenés que salir del departamento) y efectué la clausura preventiva hasta tanto se hiciera el arreglo de los caños corroídos de la ventilación externa (...) Cuando nosotros tomamos la primera intervención en éstos casos solamente hacemos una verificación ocular sin realizar pruebas de humo y monóxido, miramos cómo están las instalaciones y los artefactos, luego cuando hacemos la inspección a un proyecto de redes ahí sí hacemos las pruebas fumígena y en éste edificio puntual también de monóxido...” (ver fs. 552/553)“.

En la pericia obrante a fs. 846/853 (causa principal) el perito ingeniero Marcelo Gustavo Saez dictamina: “...En efecto y tal como se mencionó en los puntos anteriores, una de las modificaciones realizadas y en particular más visible (fuera del cambio de artefacto), ha sido el cambio de la tubería de ventilación que pasó a ser de un conducto colectivo a un conducto individual . Se debe hacer mención que puntualmente a lo que la ventilación se refiere, está no satisfacería las condiciones mínimas....”

Al punto de pericia: “...Explique el experto la utilidad de la tubería de venteo y cuales son las consecuencias de su mal funcionamiento...” dictamina: “...El objeto y la función puntual y específica de estos es dar salida a los productos de combustión generados por los artefactos a gas y evitar el efecto nocivo de los mismos. El mal funcionamiento de estas puede provocar la mala combustión de los gases, el apagado del artefacto y en el caso poseer cámara de combustión abierta la salida al exterior de los gases de esta. ...”.



Al punto de pericia: *“...Determine el experto si la emanación del monóxido de carbono hacia el interior de la vivienda puede haber sido consecuencia del mal funcionamiento de la misma...”* dictamina: *“...Al perito le resulta imposible determinar si la emanación descripta en punto de pericia se produjo por un mal funcionamiento de la ventilación o un defecto en el artefacto propiamente dicho, ya que como se dijo tanto el artefacto como la tubería han sido cambiados, pero se encuentra dentro de una de las posibilidades...”*.

Al punto de pericia: *“...Sí, las cañerías externas de gas de los artefactos existentes en el departamento de la Sra. Ch. C. pertenecen a espacios comunes del edificio y/o a espacios individuales...”* dictamina: *“...Habiendo analizado la documentación mencionada, solo se pudo encontrar un croquis en el cual solo se han indicado los artefactos y no así las cañerías, lo que no entrega ningún tipo de pauta para determinar la posición de las mismas. Independientemente de lo descripto, en toda instalación de edificio de viviendas en PH existen cañerías que pertenecen a espacios comunes y otras a espacios individuales...”*

Del análisis efectuado y con el propósito de determinar el grado de responsabilidad atribuible a cada una de las partes -objeto de agravio en esta instancia-, concluyo que el incumplimiento de la obligación de preservación que recae en cabeza del consorcio, debe calificarse como “grave”. Con certeza, el gas es un combustible altamente peligroso que bajo condiciones inseguras (contrarias a las reglamentaciones exigidas por la autoridad competente), expone al bien y a quienes lo habitan a un riesgo significativo. Se desprende de la prueba analizada que el sistema de ventilación del edificio no se encontraba en condiciones al momento del hecho motivo de autos: deficiencias de las rejillas de ventilación exigidas por la autoridad al efecto, caños de evacuación de gases defectuosos y oxidados por el tiempo, cañerías de ventilación externas que se encontraban



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

corroídas y que en algunos casos obstruían la ventilación (ver fs. 328; 467/468; 539/541, 543; 552/553; 846/853; art. 375 y 384 del C.P.C.).

Tal conclusión es corroborada por el testigo Edgardo Nicolás Ponce, quien realizara trabajos en el departamento “7 C” y manifestara que a posteriori de realizar los trabajos encargados dentro del departamento, la obra igualmente fue rechazada porque se detectó un elevadísimo nivel de monóxido de carbono en el ambiente debido a la defectuosa ventilación general del edificio. Agregó el testigo que fue en ese momento cuando se decidió que la administración debía cambiar el sistema de ventilación. Coincide esta declaración con la del Inspector Ítalo Alessandrini, empleado de Camuzzi (ver fs. 539/540, fs. 543; art. 384 y 456 del CPC).

Pesaba además sobre el consorcio en su calidad de guardián de la gestión administradora velar por la cumplimentación de las obras e instar a la subsanación de las deficiencias conocidas existentes. Máximo cuando el consorcio ya tenía conocimiento de las deficiencias de ventilación aludidas (ver fs. 540). Esta conducta esperable y omitida contribuyó concausalmente al acaecimiento del hecho.

En lo concerniente a la conducta de la actora como contribuyente al hecho dañoso, no puedo inadvertir la corroboración de las deficiencias en la colocación de los artefactos que provocaban la liberación de gas como también la incorrecta colocación de las rejillas que llevan al conducto de ventilación (ver la testimonial del Sr. Edgardo Nicolás Ponce y la del Sr. Ítalo Alessandrini y el informe del Licenciado Clemente Cisneros -fs. 539/540, fs. 543; art. 384 y 456 del CPC-). En especial, ha sido de suma importancia las rejillas que por hallarse invertidas y deficientemente, no permitieron la renovación de la ventilación y que si hubieran estado en condiciones, podrían haber retrasado la contaminación del ambiente (ver declaración de Edgardo Ponce 539 vta; art. 375, 384, 424, 456 y conchs. del C.P.C.).



A todo lo expuesto se suma la declaración de la Señora C. Ch. quien reconoce que fue el padre del niño el que instaló el calefactor del departamento habitado desde hacía 7 años y que habrían comprado sus padres 20 años atrás (fs. 467/468). También observa un episodio similar producido en el que se encontró involucrada toda la familia (“casi murieron todos” –dijo; argto. 421 del C.P.C.).

En virtud de lo expuesto, y apreciando los antecedentes relatados por la misma actora, la Sra. C. Ch. debió haber arbitrado –cosa que no hizo-, las medidas de seguridad necesarias (cambio de rejillas, colocación adecuada de los artefactos, inspección por gasista matriculado, aviso a Camuzzi e intimar al consorcio para arreglar las ventilaciones obstruidas, entre algunos ejemplos). Tampoco adoptó las precauciones mínimas e indispensables para ventilar el ambiente teniendo en cuenta las circunstancias relatadas (arts. 384 del C.P.C.).

En síntesis, de acuerdo a las pruebas colectadas y referidas anteriormente la contaminación con monóxido de carbono no se hubiera producido si los caños de ventilación común-que pertenecen al consorcio- hubieran estado en perfecto estado.

Cabe destacar que las cosas comunes, las podríamos definir como aquellas sobre las cuales nadie puede atribuirse propiedad exclusiva, tal el caso de las cañerías de venteo obstruidas y deficientes (argto. art. 2 ley 13.513; S.C.B.A. Ac. 79.517 “La Marusha S.A. contra V.,A. (su sucesió) Daños y Perjuicios, del 30/6/2004; conf. Borda, La reforma de 1968 al Código Civil, p. 214, C.N.Civ., Sala k, 8vii1994, Jurisprudencia, sum. 3846, citado por Highton, Elena, “Propiedad Horizontal y prehorizontalidad”, Edit. Hammurabi, Bs.A. 2000, pág. 354).

De allí que corresponde atribuirle la mayor proporción de aporte causal (70%) al consorcio. Paralelamente debo concluir que también se encuentra acreditado que los defectos en la instalación de los artefactos (calefón y calefactor) y colocación de rejillas de ventilación fueron



“concausa” para que se produjera el hecho luctuoso, en tanto operaron como aceleradores de la concentración de monóxido dentro del departamento. Concluyo por lo hasta aquí expuesto que la conducta de la actora ha contribuido en la producción del hecho al menos parcialmente. A mi entender ello implica un aporte en la producción del hecho de un 30%. Por los argumentos dados se hace lugar al agravio y se atribuye al consorcio accionado el 70% de responsabilidad en el hecho y el 30% restante a la actora.

Agravio de la parte actora y demandadas. Daño moral.

Señala Bueres que *“...en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir -que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial...”* (Bueres, Alberto J.; “Derecho de daños”, Edit. Hammurabi, Ciudad de Bs. As., 2001, p. 306 y ss.).

Nuestro más alto Tribunal Provincial ha expresado en reiteradas ocasiones que el daño moral *“...es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos. Mediante tal indemnización se reparan las lesiones sufridas en los derechos extrapatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz...”* (SCBA; Ac. 57.531 del 16-2-1999”, argto. SCBA, B 61148 S 18-6-2008; Zavala de González, Matilde; “Resarcimiento de daños - daños a las personas - 2a.”, Edit. Hammurabi, Bs. As., 1993, p. 574).

Cuando se trata de la muerte de un hijo, el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica -prueba in re ipsa- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral. Esta circunstancia no se probó en autos (SCBA, Ac 67843 S 5-10-1999, Zavala de González, Matilde; "Resarcimiento de Daños" vol. 2. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1993).

Como situación objetiva de exclusión del dolor moral el apelante argumenta la existencia de diferencias notables de tiempo entre el momento en que el hecho acaeció y aquel en el cual la Sra. Ch. lo trasladó al niño hasta la guardia (tiempo en blanco).

Tal circunstancia no hace al daño moral. A pesar de las circunstancias mencionadas, es imposible desconocer el dolor inconmensurable que la muerte de un hijo genera a una madre, invirtiendo el curso natural de la vida, que presupone que serán los padres quienes perezcan antes que su descendencia. Es indudable que la muerte de su pequeño le ha generado a la actora un gran dolor y modificación en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, querer y sentir (art. 384 del CPC; esta Sala expte. Nro. 150.318 84 (S) 457/470 autos: "Campos, Susana C/Morán S. Daños y Perjuicios" entre otras).

Lo expuesto surge evidente del dictamen pericial de la licenciada María Silvina Mazzetti obrante a fs. 349/350 en el que dictamina: "...A *partir del análisis del material recogido a través de técnicas de exploración psicológica se evidencian el desarrollo de síntomas emocionales y comportamientos en la actora en respuesta a un estímulo estresante identificable de características traumáticas. Se detecta trastorno de estado de ánimo, presenta un estado de ánimo deprimido la mayor parte del día, pérdida del interés, de la capacidad para el placer en diversas actividades, disminución de la capacidad para concentrarse, disminución de la energía...*" Respecto al punto de pericia nro. 2: "*Detalle o enumere las patologías padecidas por el actor y que guardan relación de causalidad con el hecho que genera la demanda...*" dictamina: "*Desde la situación de evaluación realizada a la Sra. C. Ch. se detecta sintomatología de tipo depresiva, específicamente se arriba al siguiente diagnóstico psicopatológico según el*



DSM.IV:F31.1 Trastorno distímico (300.4). Este trastorno corresponde a un trastorno depresivo que se encuentra dentro de los trastornos del estado de ánimo correspondientes al Manual Diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales DSM-IV...” Al punto de pericia nro. 3 dictamina: “...La sintomatología que presenta la Sra. Ch. es de importancia suficiente como para necesitar tratamiento ya que los síntomas del trastorno mencionado causan un malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes en la actividad de la persona...”

Ponderando las cuestiones apuntadas, las circunstancias personales de la actora: mujer de 27 años, la edad de la víctima (3 años), las circunstancias mencionadas y en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 165 del C.P.C, se confirma el monto fijado por el Sr. Juez de Primera Instancia (**\$ 150.000**) respecto del presente parcial, debiendo adecuarse el monto conforme el porcentaje de responsabilidad establecido en esta sentencia.

Por las razones expuestas, se rechaza el agravio traído a esta instancia (art. 375 del C.P.C.).

Agravio de la citada en garantía. Defensa de no seguro.

La citada en garantía Zurich Argentina Cía de Seguros S.A. reconoce la vigencia del contrato de seguro (póliza N° 7-16246) suscripto con el Consorcio Edificio XXXI, no obstante, sostiene que el siniestro denunciado no se encuentra amparado bajo la póliza mencionada.

Ahora bien, la póliza contiene condiciones generales y particulares. Veamos:

Dentro de las condiciones generales se encuentra comprendida la cláusula 7/916 que reza: “CONDICIONES GENERALES UNIFORMES-RESPONSABILIDAD CIVIL. 1.-RIESGO CUBIERTO. La compañía se obliga a mantener indemne al ASEGURADO exclusivamente hasta las sumas máximas indicadas en las condiciones particulares, por cuanto deba a un tercero en razón de responsabilidad civil (art. 1109 a 1136 del Código Civil)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que resulte de los hechos o circunstancias taxativamente previstos en las condiciones particulares más específicas que integran el presente contrato, ocurridos durante el período de vigencia (...) 3.EXCLUSIONES. Queda excluida de la presente cobertura la responsabilidad del ASEGURADO emergente de: (...) j.-escapes de gas, incendio, explosión o descargas eléctricas..."

Por otra parte, se encuentra comprendida como cláusula del contrato y dentro de las condiciones particulares de responsabilidad civil la siguiente:

"7/515. Condiciones particulares Responsabilidad Civil. Incendio/Rayo/Exposición/Descargas eléctricas/escapes de gas. 1.-RIESGO CUBIERTO. Queda entendido y convenido que la Compañía, dentro del límite establecido en las condiciones particulares Responsabilidad Civil-Cobertura Comprensiva se obliga a mantener indemne al ASEGURADO por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad civil a consecuencia de la acción directa o indirecta de un incendio, rayo o explosión, de descargas eléctricas y escapes de gas..."

De la cláusula 7/917 Condiciones particulares responsabilidad civil-Cobertura comprensiva. Riesgo Cubierto se lee: *"De acuerdo a las condiciones generales uniformes de responsabilidad civil en cuanto no sean modificadas por estas condiciones específicas, la compañía se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad civil extracontractual a consecuencia de las actividades del consorcio objeto del seguro, dentro o fuera del local o locales consignados...La compañía también responderá, modificándose lo pactado en los puntos c. y m. de la Clausula 3- Exclusiones de las condiciones generales uniformes-Responsabilidad civil, por la responsabilidad del Asegurado emergente de: a.-trabajos de refacciones o reparaciones o mantenimiento que se realicen en las partes comunes del edificio asegurado o en las partes exclusivas de los copropietarios o sus locatarios cuando*



resulte obligación del consorcio realizarlas en virtud de lo establecido en el Reglamento de Copropiedad...”.

Analizadas las cláusulas mencionadas advierto que si bien en las cláusulas generales queda *excluida de la cobertura la responsabilidad del asegurado emergente de escapes de gas, ello es siempre y cuando no surja que ese riesgo se encuentra cubierto dentro de los hechos o circunstancias taxativamente previstos en las condiciones particulares más específicas que integran el contrato, es decir de las cláusulas particulares.*

Y de esas condiciones particulares conforme cláusula 7/515: “Condiciones particulares Responsabilidad Civil. Incendio/Rayo/Exposición/Descargas eléctricas/escapes de gas. 1.-Riesgo Cubierto surge que la compañía, dentro del límite establecido en las condiciones particulares Responsabilidad Civil-Cobertura Comprensiva” se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad civil a consecuencia de la acción directa o indirecta de escapes de gas (ver fs. 78 vta).

Conforme lo expuesto y teniendo en cuenta que el monóxido de carbono también denominado óxido de carbono, gas carbonoso y anhídrido carbonoso (CO₂), es un gas inodoro, inflamable y altamente tóxico, se encontraría dentro del riesgo cubierto conforme la cláusula mencionada (ver [minseguridad@mendoza.gov.ar.](mailto:minseguridad@mendoza.gov.ar;); <http://www.oscha-slc.gov/SLTC/healthguidelines/carbonmonoxide>; Daniel T-Tetelbaum (2009) (Primera edición :1982) , Capítulo 56: introducción a la toxicología ocupacional y ambiental, escrito en Estados Unidos. En Bertram G. Katzung; Susan B. Masters; Anthony J. Trevpr. Farmacología básica clínica. Lange médica book (11a edición). México: McGraw-Hill-Lange. pp 987-998.ISBN 978-607-15-0336-7 OCLC 699461359).

Como fue desarrollado al analizar el agravio: “responsabilidad de las partes”, la obstrucción de la ventilación permitía el acceso (escape) de gas quemado a otros departamentos que circulaban por las cañerías de gas



externa que tenían que rematar a los cuatro vientos (ver fs. 539/541, 543, 552/553).

Lo concluido rebate los argumentos del quejoso referidos a que: a) no existió vicio alguno en las partes comunes del edificio; b) se acreditó en autos que la intoxicación por monóxido de carbono de N. Ch. se produjo únicamente como consecuencia de un escape de gas proveniente de una incorrecta instalación del calefón y calefactor, instalación que realizó el padre del niño; e) los escapes de gas no son cubiertos por la póliza.

En síntesis, de las cláusulas particulares, surge que el riesgo aludido respecto a los hechos sucedidos se encontraban cubiertos.

Por otra parte, quien debe delimitar el riesgo es el asegurador que es conocedor del riesgo y de sus requisitos técnicos. Lo incluido y lo excluido debe resultar en forma clara y fácilmente inteligible del contrato, siendo inadmisibles las ambigüedades, imprecisiones, confusiones y el empleo de conceptos a los que respondiendo a una determinada significación, se pretenda luego otorgarles un alcance diferente. En este terreno no tienen cabida las fórmulas generadoras de dudas en cuanto al alcance del amparo. La claridad se deberá entender en sentido amplio, abarcativo tanto de su aspecto material (tamaño de letra, imprecisión adecuada-art. 11 Ley de Seguros), como –y muy especialmente- en lo que hace a su inteligibilidad, a su comprensión. El asegurado debe poder comprender, a través de su lectura, cuáles son los alcances de la cobertura, los supuestos excluidos, etc. (art. 1197, 1198 y conss. del C.C.).

Por lo tanto es el asegurador quien debe elaborar cuidadosamente el contenido del contrato y fijar claramente sus límites, pues las ambigüedades, oscuridades e incongruencias serán interpretadas en contra de él, conforme a los principios hermenéuticos aplicables a ese tipo de situaciones (Nicolás H. Barbato “Derecho de Seguros”, Edit. Hammurabi, José Luis Desalma, 2001 pág. 44).



A su vez, estas cláusulas limitativas, deben ser razonables y responder a las necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido razonable.

En este sentido y teniendo en cuenta-como surge de autos- que el edificio no tenía calefacción central ¿que otro riesgo podría cubrir la póliza si no es la salida deficiente de los gases emanados (art. 384 del CPC).

No desconozco que la enunciación de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse en forma restrictiva, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ya que se produciría un desequilibrio de la prestación asumida por el asegurador en beneficio de la parte asegurada (SCBA, C 107403 S 21-12-2011). Pero ello así siempre y cuando la cláusula no sea confusa y que haya podido recibir de buena fe una interpretación más amplia, o cuando la naturaleza pretendida es contraria a la naturaleza del riesgo; es decir, que aún las cláusulas de enunciación de los riesgos y de extensión de la cobertura deben interpretarse conforme a la expectativa razonable (argto. Nicolás H. Barbato "Derecho de Seguros", Edit. Hammurabi, pág. 2001, pág. 37 y ss.; Waldo Sobrino "Consumidores de Seguros" Edit. La Ley, pág. 282, art. 37 y 38 de la Ley 24.240).

A lo expuesto se suma que -como ya mencioné- las partes han reconocido que se encuentran unidas por un contrato de seguro (art. 421 del CPC).

En ese orden de ideas, coincido con el criterio mayoritario de la doctrina en cuanto a que el contrato de seguro (como el de autos) constituye un contrato de consumo cuando se celebra entre un consumidor final (asegurado) y una persona jurídica (el asegurador) que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa: el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida (argto. doct. Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y Usuario", 3era. Edic., Edit. Astrea Bs. As. 2004, pág. 396; Picasso-Vazquez Ferreira "Ley de



defensa del consumidor-Comentada y Anotada" La Ley TºII, pág. 439; Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", 5ta. Ed. Act. y amp TI, LLBA, 2008-II, pág.158, 196,).

Por lo tanto el contrato de seguro debe ser interpretado a la luz su normativa específica y de acuerdo a los preceptos emanados de la ley de defensa del consumidor que sienta reglas claras en cuanto a ello.

Analizado el contrato obrante a fs. 64/84 es indudable que se trata de un contrato con cláusulas predisuestas donde el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir el otro contratante (asegurado) que desee formalizar la relación jurídica aceptando las condiciones del contrato.

Teniendo en cuenta ello y a fin de interpretar las cláusulas mencionadas, cabe destacar que el asegurado se encuentra amparado por un microsistema de protección que se establece a partir del art. 42 y 75 inc. 22 de la C.N, art. 15 de la Constitución Provincial, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Por consiguiente en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 37 inc. C, 38 y concordantes de la ley 24.240, ley 17418; esta Sala Expte. Nº 147854, "Caporaletti, María Cecilia c/Liberty Seguros Argentina S.A. S. cumplimiento de contratos" 6/6/2011; SCBA Ac. 76.885 9/10/2003 voto del Dr de Lázzari, Carlos A. Ghersi; Celia Weingarten "Tratado Jurisprudencial Doctrinario" TºI, pág. 96 y ss., María José Reyes López "Manual de derecho privado de consumo", La Ley grupo Wolters kluwer, impreso en España por gráfica Muriel S.A. pág. 12 y sgtes; Alejandro Rosillo Fairén (Profesor titular interino de la Universidad Complutense de Madrid, "La configuración del contrato de adhesión con consumidores", La ley, impreso en España por Grefol, S.L. pág. 53 y sgtes; Juan Carlos Cabañas García "Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada)", Editorial Tecnos pág. 20 y sgtes.; Lorenzetti Ricardo Luis, "Consumidores" pág. 107 y sgtes.).



Por todo lo expuesto, entiendo que el hecho ocurrido se encuentra comprendido dentro de los riesgos asumidos por la citada en garantía Zurich Argentina Cía de Seguros S.A., en consecuencia se rechazan los agravios traídos a esta instancia (art. 375, 384 del C.P.C.).

Agravios de la citada en garantía. Montos de condena.

La apelante se agravia en forma genérica de los montos de condenas fijados por el *a quo*, pero no indica los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional limitándose a realizar algunas manifestaciones genéricas respecto de la responsabilidad de la madre, pero desvinculadas de los montos de condena.

La expresión de agravios debe indicar punto a punto, los errores, omisiones y deficiencias que se atribuyen al pronunciamiento jurisdiccional. No bastan apreciaciones genéricas o desvinculadas de las consideraciones esenciales de la sentencia. Debe contener un mínimo de técnica recursiva por debajo de la cual las consideraciones o quejas carecen de entidad jurídica como agravios, resultando insuficiente la mera disconformidad con lo decidido por el juez, sin hacerse cargo de los fundamentos de la resolución apelada (art. 260 del C.P.C.C.; conf. Juan Carlos, Hitters; Técnica de los recursos ordinarios, p g. 442, Librería Editora Platense, La plata, 2000).

En virtud de lo expuesto considero que el apelante no realiza una crítica concreta y razonada de la sentencia atacada por lo que debe declararse desierto el agravio intentado (art. 260 del C.P.C.).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gerez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Revocar la sentencia en cuanto fuera materia de apelación por la parte actora respecto de la responsabilidad que le fuera atribuida, y en consecuencia atribuir al consorcio demandado el 70% de



responsabilidad en el hecho, imputando el porcentaje restante (30%) a la actora, debiendo adecuarse los montos de condena al porcentaje de responsabilidad establecido en esta sentencia. **II)** Confirmar la sentencia en lo restante en cuanto fuera materia de agravio por la parte demandada (Consortio Eiffel XXXI) y citada en garantía. **III)** Imponer las costas de Alzada por el recurso de la parte actora en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora. Por el recurso de la demandada y citada en garantía costas a estas en su calidad de vencida (art. 68 del CPC). **IV)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 y 51 Dcto. Ley 8904)

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gerez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: **I)** Se revoca la sentencia en cuanto fuera materia de apelación por la parte actora respecto de la responsabilidad que le fuera atribuida, y en consecuencia se atribuye al consorcio demandado el 70% de responsabilidad en el hecho, imputando el porcentaje restante (30%) a la actora, debiendo adecuarse los montos de condena al porcentaje de responsabilidad establecido en esta sentencia. **II)** Se confirma la sentencia en lo restante en cuanto fuera materia de agravio por la parte demandada (Consortio Eiffel XXXI) y citada en garantía. **III)** Se imponen las costas de Alzada por el recurso de la parte actora en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora. Por el recurso de la demandada y citada en garantía costas a estas en su calidad de vencida (art. 68 del CPC). **IV)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art.31 y 51 Dcto. Ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

%o7è"&\,,BCdŠ



Secretario