



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de junio de dos mil ocho, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para conocer en los recursos de apelación: **(i)** interpuesto a fs. 672 y fundado a fs. 717/722 por la Ciudad; **(ii)** interpuesto a fs. 674 y fundado a fs. 709/716 por la parte actora; y **(iii)** interpuesto a fs. 692 y fundado a fs. 700/701 por el Ministerio Público Tutelar; contra la sentencia de fs. 652/662 en los autos caratulados “GALEANO DE LEÓN WALTER ARIEL Y OTROS C/ GCBA (HOSPITAL GENERAL DE AGUDOS “JOSÉ MARÍA RAMOS MEJÍA”) Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, expte. EXP 3746/0, y habiéndose practicado el sorteo pertinente resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Carlos F. Balbín, Dr. Horacio G. Corti y Dr. Esteban Centanaro.

A la cuestión planteada el Dr. Carlos F. Balbín dijo:

I. A fs. 45/50 Walter Ariel Galeano de León y María Auxiliadora Cuevas, por derecho propio y en representación de su hija menor Mercedes Noelia Galeano Cuevas, interpusieron demanda contra Carmen Ivana Portugal Vega, Copinco S.A., y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, por los daños que sufrieron como consecuencia de la sustracción de su hija menor Mercedes Noelia.

Relataron que Mercedes Noelia nació el día 28/2/1994 en el Hospital Ramos Mejía y que el día 01/3/1994 entre las 14:10 y 14:20 horas Carmen Ivana Portugal Vega sustrajo a la menor del interior de la habitación 25 de la sala de maternidad de ese hospital cuando su madre se hallaba dormida. Inmediatamente de descubierto el hecho, los padres de la menor y las autoridades del hospital requirieron la intervención policial. Finalmente, la menor fue encontrada en una vivienda sita en la calle Bulnes 537, PB B, de esta Ciudad, siendo detenidas las personas que allí habitaban, entre ellas, Portugal Vega. Esta última fue condenada a tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

Los accionantes destacaron que el hecho ocurrió como consecuencia del desorden administrativo de, por un lado, **(i)** el personal de enfermería y médico del hospital, y por el otro, **(ii)** la empresa Copinco S.A. encargada de la vigilancia del establecimiento. Por ello, responsabilizaron en forma solidaria a la señora Portugal Vega, como autora del hecho, y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de quien depende el Hospital General de Agudos “José María Ramos Mejía”, y a la empresa Copinco S.A., con fundamento en los artículos 43 y 1113, CC.

Finalmente, detallaron los rubros reclamados, que ascienden en total a la suma de \$ 195.000, a saber: **(i)** lesiones, secuelas, gastos médicos y tratamientos pasados y futuros (\$ 30.000 para la menor y \$ 15.000 para su madre); **(ii)** daño moral del grupo familiar (\$ 70.000); y **(iii)** daño psicológico del grupo familiar (\$ 80.000).

A fs. 54 los actores manifestaron que, en relación al reclamo “rubro psicológico”, se presentaban por sí y en representación de sus hijos menores Carlos Ariel, Argentina María,

María Celeste y Mercedes Noelia. A su vez, aclararon que su hijo Gonzalo Ariel no se encontraba comprendido en el reclamo por haber alcanzado la mayoría de edad.

A fs. 55 vta. el Asesor de Menores e Incapaces asumió la representación de los menores Carlos Ariel, Argentina María, María Celeste y Mercedes Noelia.

A fs. 73/79 Copinco Invest S.A. contestó demanda. En primer lugar, efectuó las negativas de rigor. Luego, expresó que desde el día 04/10/1992 era concesionaria del servicio de vigilancia del Hospital Ramos Mejía y que no existió negligencia alguna en el desarrollo de las funciones objeto de la concesión. Ello así, teniendo en cuenta las tareas encomendadas así como la dotación de personal requerida por el concedente. En este sentido, describió la cantidad de personal que la concesión exigía y negó que las tareas de vigilancia comprendieran el control del ingreso y egreso del hospital, la revisión de bolsos y la custodia de las habitaciones. Asimismo, cuestionó los rubros reclamados. Por último, la empresa solicitó que se cite como tercero a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, al Hospital Ramos Mejía, y a Carmen Ivana Portugal Vega.

A fs. 179/183 la Ciudad de Buenos Aires contestó demanda. Luego de las negativas de rigor, rechazó su responsabilidad en el hecho dañoso. Al respecto, expresó que el personal del hospital actuó diligentemente en la búsqueda de la recién nacida, la contención familiar y el examen médico de la menor una vez encontrada. Asimismo, destacó la cantidad de personas que diariamente ingresan al hospital (pacientes ambulatorios, pacientes internados, personal de planta) y la circunstancia de que la sustracción de la menor ocurrió durante el horario de visitas. A su vez, atribuyó responsabilidad a la empresa Copinco S.A. Por último, rechazó los rubros indemnizatorios solicitados.

A fs. 193 vta. la codemandada Carmen Ivana Portugal Vega fue declarada rebelde.

A fs. 555 vta. el Poder Judicial de la Nación remitió las actuaciones a este fuero.

A fs. 606 el Asesor Tutelar de este fuero continuó la representación que asumió el Asesor Tutelar de la Justicia Civil de los menores de edad: Carlos Ariel, Argentina María, María Celeste y Mercedes Noelia.

A fs. 641/647 vta. el Asesor Tutelar se expidió sobre el fondo del asunto expresando que el juez debería hacer lugar a la demanda.

A fs. 652/662 dictó sentencia el magistrado de la anterior instancia haciendo lugar parcialmente a la demanda contra Carmen Ivana Portugal Vega, Copinco Invest S.A. y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, condenó a los codemandados en forma solidaria al resarcimiento de los siguientes rubros: **a)** daño psicológico, \$ 6.900; y **b)** daño moral, \$ 72.000, discriminado del siguiente modo: **b.1)** \$ 20.000 para María Auxiliadora Cuevas; **b.2)** \$ 20.000 para Walter Ariel Galeano de León; **b.3)** \$ 15.000 para Mercedes Noelia Galeano Cuevas; **b.4)** \$ 7.000 para María Celeste Galeano Cuevas; **b.5)** \$ 5.000 para Argentina María Galeano Cuevas; y **b.6)** \$ 5.000 para Carlos Ariel Galeano Cuevas. Asimismo, el Sr. Juez reconoció intereses sobre las sumas otorgadas en concepto de daño psicológico y daño moral, computándolos a partir del acontecimiento del hecho dañoso y de la fecha de la sentencia, respectivamente. Finalmente, impuso las costas a los codemandados por resultar sustancialmente vencidos.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Para así decidir, el magistrado de grado examinó en forma separada la responsabilidad de cada uno de los codemandados. Así, con respecto a la codemandada Portugal Vega, expresó que la sentencia penal constató en forma inequívoca la conducta delictiva y su imputabilidad a título de dolo, y que esta cuestión no puede renovarse en este pleito. En cuanto al codemandado Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el sentenciante sostuvo que incumplió el deber de preservar la integridad de los pacientes y que su responsabilidad no resultaba desplazada por la circunstancia de que hubiera contratado a una empresa de seguridad privada. Por tanto, estimó que la conducta de la Ciudad configuró una falta de servicio en los términos del artículo 1112, CC. Por último, el Sr. Juez manifestó que la empresa Copinco Invest S.A. cumplió sus funciones en forma irregular en tanto sus dependientes ejecutaron de manera defectuosa sus tareas ya sea por haber organizado inadecuadamente la prestación del servicio de seguridad y vigilancia como por no llevar registros adecuados.

En cuanto a la procedencia de los rubros indemnizatorios reclamados, el juzgador manifestó que las actoras María Auxiliadora Cuevas y Mercedes Noelia Galeano Cuevas no presentan incapacidad física y, por tanto, rechazó la procedencia de este rubro. Por otra parte, reconoció la suma de \$ 6.900 en concepto de daño psíquico. Finalmente, fijó las indemnizaciones por daño moral por un total de \$ 72.000.

A fs. 672 la Ciudad apeló la sentencia de primera instancia y a fs. 717/722 expresó agravios. En lo sustancial, controvertió: (i) la atribución de responsabilidad en el hecho dañoso; (ii) los rubros indemnizatorios fijados; y (iii) el plazo de cumplimiento de la sentencia.

A fs. 674 la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 652/662 impugnando las sumas reconocidas por el Sr. Juez (conf. expresión de agravios de fs. 709/716).

A fs. 692 el Ministerio Público Tutelar, en representación de Mercedes Noelia Galeano y María Celeste Cuevas, recurrió el decisorio de grado cuestionando los montos fijados en concepto de daño moral (conf. expresión de agravios de fs. 700/701). A su vez, solicitó su elevación de \$ 15.000 a \$ 20.000 y de \$ 7.000 a \$ 10.000, respectivamente.

A fs. 708 Argentina María Galeano Cuevas y Carlos Ariel Galeano Cuevas adhirieron al recurso de apelación interpuesto a fs. 674 por su madre María Auxiliadora Cuevas.

A fs. 725/729 vta. emitió su dictamen la Sra. Fiscal de Cámara propiciando hacer lugar a los agravios de la Ciudad.

A fs. 730 se elevaron las actuaciones al Acuerdo de la Sala.

II. Por una cuestión de orden conceptual, trataré en primer término el agravio de la Ciudad dirigido a cuestionar la atribución de responsabilidad en la producción del evento dañoso.

Al respecto, la Ciudad adujo que Copinco Invest S.A. es la única y exclusiva responsable del hecho de autos dado que era la concesionaria del servicio de seguridad del Hospital Ramos Mejía. En este sentido, expresó que esa empresa tenía la obligación de

controlar el ingreso y egreso de personas. En apoyo de esta tesitura, la recurrente citó el precedente “Camp Carlos Alberto c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios”, dictado por este tribunal con fecha 25/9/2006. Asimismo, la apelante señaló que los daños se produjeron como consecuencia del accionar de un tercero, la codemandada Portugal Vega, por quien el Estado local no debe responder.

III. No cabe duda alguna que el deber del Estado de reparar los perjuicios que sufren los particulares, a consecuencia de comportamientos activos o pasivos que lesionan una situación jurídica protegida —responsabilidad por actividad lícita o ilícita—, encuentra sustento en la propia Constitución Nacional y, en el ámbito local, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe recordar que, como ya ha señalado este tribunal en otra oportunidad, según el artículo 129 de la Constitución Nacional, la Ciudad de Buenos Aires posee un régimen de gobierno autónomo y, en consecuencia, es titular de facultades legislativas y jurisdiccionales propias. Este status jurídico determina que la Ciudad está expresamente facultada para dictar normas en materia de responsabilidad estatal, toda vez que, de acuerdo a la forma en que la Carta Magna ha distribuido las competencias gubernamentales entre el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires, legislar en materia de Derecho Público constituye una potestad de naturaleza eminentemente local. En efecto, las instituciones que integran el Derecho Administrativo, revisten una naturaleza autónoma que deriva del sistema de gobierno federal que ha adoptado nuestra Constitución Nacional.

En sentido concordante, el Alto tribunal ha señalado que las cuestiones de Derecho Público son expresa competencia de las autoridades locales (CSJN, “Niella Reinaldo c/GCBA s/acción declarativa”, causa N° 368 XXXV, sentencia del 24 de octubre de 2000). Ello porque, a criterio de la Corte, sólo de esa forma “*encuentra tutela el efectivo ejercicio de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reconocida por el artículo 129 de la Constitución Nacional (texto 1994), disposición que le reconoce facultades exclusivas y excluyentes de autodeterminación, autoadministración y autoorganización*”.

En este contexto, no caben dudas de que el dictado de las normas atinentes a la responsabilidad del Estado en el ámbito la Ciudad de Buenos Aires, corresponde a las autoridades locales.

Sin embargo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, no existen normas de Derecho Administrativo que regulen los diferentes presupuestos y modalidades que adopta la responsabilidad del Estado local frente a los particulares ante un hecho dañoso. En consecuencia, ante esa carencia regulatoria expresa es necesario recurrir a los métodos de integración normativa que, al constituir principios generales del Derecho, permiten brindar una respuesta a una situación no prevista expresamente en el ordenamiento legal. A tal efecto, resulta especialmente relevante el instituto de la analogía que, si bien se encuentra previsto en el artículo 16 del Código Civil, al estar ubicado en el primer Título Preliminar del referido cuerpo normativo constituye, en realidad, un principio general del derecho aplicable a todas las



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ramas jurídicas (Reiriz, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, El Derecho Administrativo Argentino Hoy, Ed. Ciencias de la Administración, págs. 220 y ss.).

IV. Sentado lo anterior, cabe recordar que el Estado puede ser responsable no sólo por **(i)** sus propias conductas; sino también por **(ii)** los daños causados con las cosas y por el vicio o riesgo de las cosas; así como por **(iii)** los comportamientos de otros. Dentro de este último supuesto se encuentra la compleja cuestión de la responsabilidad estatal por la prestación de los servicios públicos o interés público por terceros, materia sobre la que ya me expedí en la causa “Camp, Carlos Alberto c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica), expte. 10199/0.

En punto a la responsabilidad del Estado por sus propias conductas, actualmente la Corte Suprema sostiene que el Estado es responsable por su actividad ilícita —cuestión controvertida en el presente caso— siempre que estén presentes al menos los siguientes requisitos: **a)** el Estado debe incurrir en una falta de servicio (artículo 1112, CC); **b)** la parte actora debe haber sufrido un daño cierto; y, por último, **c)** debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal y el daño cuya reparación se persigue (CSJN, 28/6/2005, “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba Provincia de s/ daños y perjuicios”, ED, ejemplar del 30/6/2006).

Por su parte, Cassagne, entre otros autores, ha señalado la necesidad de ocurrencia de ciertos presupuestos para responsabilizar al Estado por su actividad ilícita, a saber: **a)** la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; **b)** la falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva); **c)** la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; y **d)** la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 7° ed., 2004, p. 503).

V. Ahora bien, en sustento de su postura la recurrente citó el referido precedente “Camp”, vinculado a la responsabilidad del estatal por los incumplimientos de otros, en donde el Tribunal sostuvo que el Estado no es responsable por los daños causados por la *prestación del servicio*, responsabilidad exclusiva del concesionario, salvo casos de excepción. Cabe, entonces, analizar si el caso bajo análisis se encuadra en el supuesto contemplado en esa causa, esto es, la responsabilidad estatal por la prestación de los servicios públicos o de interés público.

En forma preliminar debe recordarse que, como ya he dicho, el Estado está obligado a reconocer y garantizar derechos. Ahora bien, el Estado en parte satisface derechos por medio de su potestad de limitar o restringir otros derechos; sin embargo, ello no es por sí suficiente ya que aquél debe garantizar el goce de múltiples derechos y hacerlo de modo integral, trátase de derechos individuales, sociales y colectivos. Por ello es necesario que el Estado preste servicios

materiales, o garantice su prestación por terceros. En otros términos, el Estado regula, es decir, restringe derechos con el objeto de satisfacer otros derechos; y, a su vez, presta servicios o garantiza su prestación, con el mismo objeto.

Ahora bien, el servicio estatal comprende tres campos. En primer lugar, las *funciones estatales básicas*, tal es el caso de la seguridad, la justicia, o el servicio exterior, cuya titularidad es indelegable pues el Constituyente atribuyó al Estado ciertas funciones con carácter exclusivo por tratarse de actividades estatales esenciales.

El segundo campo comprende los *servicios sociales*, que son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros. Es decir, los servicios sociales no son prestados, en ningún caso, en condiciones de monopolio, sino en situaciones de concurrencia entre el Estado y los particulares. A su vez, el servicio social satisface de modo directo derechos básicos y fundamentales, por ejemplo, el servicio de salud o educativo.

El tercer y último campo es ocupado por los *servicios públicos*, los servicios que el Estado puede abstenerse de prestar y no simplemente compartir sus prestaciones con otros, sin perjuicio de garantizarlos. A su vez, este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales. Entonces, los servicios sociales satisfacen derechos constitucionales y legales; y los servicios públicos hacen ciertos los derechos instrumentales, por eso su carácter es contingente, y el legislador puede, según las circunstancias, reconocer unos u otros. Es decir, el servicio público, luego de su creación y reconocimiento por el legislador, debe garantizar de modo directo e inmediato los derechos de los usuarios, e incide indirectamente sobre los derechos fundamentales de las personas.

Por su parte, MARIENHOFF considera que ciertos servicios como la policía de seguridad y la defensa nacional deben ser prestados por la administración, en contraposición con otras actividades como el suministro de energía eléctrica o el transporte de personas que pueden ser prestadas por los administrados o particulares (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho, Administrativo*, t. II, Lexis Nexis, cuarta edición actualizada, p. 46).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se refirió al ejercicio imperativo del *poder de policía de seguridad* como una “*potestad pública propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional*” (CSJN, “*Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 21 de marzo de 2006, fallos 329:759).

VI. De conformidad con el marco conceptual descripto, advierto que en el presente caso nos encontramos ante una función estatal básica, esto es, la seguridad de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires en un hospital de su propiedad que, según lo dicho, debe ser prestada por el propio Estado local.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En este sentido, la Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires 19.987 establecía que era competencia de la Municipalidad los asuntos referidos a “*la prestación de servicios que garanticen la seguridad y comunicación de personas y bienes*” (artículo 2, ley 19.987).

Igual previsión contiene la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que determina que “*La seguridad pública es un deber propio e irrenunciable del Estado y es ofrecido con equidad a todos los habitantes*” (artículo 34).

En particular, con respecto a la obligación de protección de los menores, la Convención sobre los Derechos de los Niños (aprobada por la ley 23.849, B.O. 22/10/1990 y luego incorporada al artículo 75, inciso 22, CN, con jerarquía constitucional) establece que: “*Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada*” (artículo 3, pto. 3).

A su vez, la Convención también consagra la obligación de los Estados partes de proteger a los niños contra la explotación y el tráfico en los siguientes términos: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*” (artículo 19, inciso 1) y “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*” (artículo 35).

En el mismo sentido, al regular las políticas referidas a niños, niñas y adolescentes (capítulo décimo) la constitución local establece que “*se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar: 3. Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico*” (artículo 39.3).

En suma, con relación al caso bajo análisis, considero que la Ciudad tenía la obligación de prestar el servicio de seguridad dentro del Hospital Ramos Mejía, función estatal básica que aquélla no podía dejar de garantizar por sí misma de conformidad con las normas referidas. Por tal motivo, la circunstancia de que el servicio de seguridad y vigilancia del citado hospital estuviera concesionada a favor de la empresa Copinco Invest S.A. (conf. documental de fs. 72 y fs. 268/278 vta.) no releva a la Ciudad de su obligación de garantizar esa función estatal esencial. Lo expuesto hasta aquí me lleva a rechazar la aplicación del precedente “Camp” al caso de autos y confirmar la atribución de responsabilidad al Estado local.

VII. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando por hipótesis se entendiese que el servicio de seguridad dentro de los hospitales de la Ciudad constituye un servicio público que el Estado

local puede prestar por terceros (hipótesis que este Tribunal no comparte), lo cierto es que la aplicación de la doctrina sentada en la causa “Camp” no cambiaría la solución a que se arribó en el considerando anterior.

En dicho precedente sostuve que en materia de responsabilidad estatal por la prestación de los servicios públicos la responsabilidad por actividad ilícita puede apoyarse en dos pilares. Por un lado, **(i)** la irregular prestación del servicio cuando éste es prestado directamente por el Estado; y, por el otro, **(ii)** el ejercicio irregular del poder de regulación y control estatal en aquellos casos en que el servicio ha sido objeto de concesión a favor de los particulares, trátase en este último caso del ejercicio irregular de las facultades de regulación y dirección del Estado sobre el concesionario, o por omisión en el ejercicio de sus potestades de control.

VII.1 Con relación a la *acción u omisión ilícita en la prestación del servicio*, sostuve que el Estado local no es responsable por la prestación irregular del servicio de alumbrado por el concesionario y sus consecuencias dañosas, por cuanto: **(i)** el Estado local no es el titular del servicio; **(ii)** el concesionario no es parte del Estado local; **(iii)** el objeto contractual desliga al Estado por la responsabilidad en la prestación del servicio otorgado en concesión toda vez que el titular de la concesión es quien asume el servicio por su cuenta y riesgo ante el propio Estado y ante los terceros.

VII.2 Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en el precedente “Camp” también expresé que el Estado local, en principio, debe responder por los daños sufridos por terceros en el marco de la concesión del servicio, siempre que tales daños fuesen consecuencia del *ejercicio irregular del poder de regulación o control estatal sobre el servicio*, configurándose entonces un supuesto de falta de servicio por incumplimiento de sus funciones (conf. CSJN, 28/4/1998, *Zacarías, Claudio H. C. Provincia de Córdoba y otros*, fallos 321:1124).

En el caso de la omisión en el control, debe probarse que: **1)** el Estado incurrió en una falta de servicio. Así, la responsabilidad estatal procede cuando el incumplimiento irregular de los deberes y obligaciones del Estado deriva de una omisión antijurídica. Su fundamento es no sólo el art. 1112, CC, sino también el art. 1074, CC, este último interpretado a la luz de los principios propios del derecho administrativo. En este sentido, la omisión antijurídica se configura ante el incumplimiento de una obligación de actuar en determinado sentido que debe ser concreta; expresa o implícita (art. 1074, CC); y puede estar impuesta no sólo por la ley sino también por otras fuentes como la costumbre y los principios generales del Derecho (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 7° ed., 2004, pp. 518-519); **2)** la producción del daño; y **3)** la existencia de una relación de causalidad directa entre la conducta estatal y el daño causado. Es sabido que *"el nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño"* (Bustamante Alsina, Jorge, "Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad", LL, 1991-E, 1378). Así, en los casos en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad estatal por omisión en el marco de la concesión de un servicio, a efectos de probar la existencia del nexo causal entre el daño y la conducta omisiva



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

del Estado, debe acreditarse que el hecho dañoso se produjo como consecuencia de la omisión del Estado y la acción u omisión del concesionario, es decir una concurrencia de concausas, de modo pues que si aquél hubiese controlado regularmente el servicio, en los términos reglamentarios y contractuales del caso, el daño no se hubiese producido.

VII.3 Ahora bien, en el presente caso, el hecho dañoso (sustracción de un recién nacido de un hospital de la Ciudad) apareja la responsabilidad de la Ciudad por la omisión o ejercicio defectuoso de sus potestades de control sobre el concesionario del servicio de vigilancia del Hospital Ramos Mejía. Ello así pues considero acreditado que el Estado local incumplió su deber de controlar a la empresa Copinco Invest S.A.

En efecto, entiendo que la sustracción de un bebé recién nacido de un hospital público, hecho admitido por la recurrente, constituye una irregularidad de tal magnitud que torna manifiesta la falta de control de la Ciudad sobre la empresa a cargo del servicio de vigilancia.

A su vez, la circunstancia de que no se alegue la participación ni complicidad del hospital, como destaca la Ciudad, no enerva su responsabilidad que —como dije— no deriva de la conducta de su personal hospitalario sino de la falta de control estatal de la empresa a cargo de la vigilancia del hospital frente al descontrol que la propia recurrente describe.

Así las cosas, aun cuando se aplicase al caso de autos la doctrina sentada en la causa “Camp”, considero que se encuentran acreditados los requisitos que tornan procedente la responsabilidad del Estado local por la prestación irregular del servicio de seguridad en los hospitales de la Ciudad.

VIII. Más allá del encuadre jurídico propuesto en los considerandos anteriores, esto es, función estatal básica o servicio público prestado por un tercero, la gravedad de los hechos del caso pone por sí misma de relieve la responsabilidad estatal. Recuérdese que la codemandada Portugal Vega ingresó al hospital Ramos Mejía; accedió a la zona de las habitaciones en donde se alojan las familias y sus niños recién nacidos; entró a la habitación en donde se hallaban la Sra. Cuevas y su hija Mercedes Noelia Galeano Cuevas; sustrajo a la menor; y finalmente salió del hospital con ella. La propia Ciudad reconoce los hechos ocurridos exponiéndolos en los siguientes términos “la apropiadora del menor resultó ser una persona que, mediante ardid, engaños y planificando su acción de ingreso al hospital, retiró a la pequeña” (ver expresión de agravios, en especial, fs. 719 vta.).

En suma, considero acreditada la responsabilidad estatal en el evento dañoso.

IX. Por último, advierto que la conducta de la codemandada Portugal Vega no exime de responsabilidad a la Ciudad, tal como ésta aduce.

En este punto, cabe recordar que *“la causa ajena puede ser definida como todo hecho, o acontecimiento extraño y no imputable al responsable, que tiene por efecto esencial alterar el nexo causal, exonerando de responsabilidad o al menos atenuándola. La causa ajena, valga la*

redundancia, es un hecho ajeno, lo que significa que el sujeto no debe haberla provocado de ninguna manera, porque no tiene nada que ver con lo sucedido” (LÓPEZ HERRERA EDGARDO, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Lexis Nexis, 1º ed., 2006, p. 225).

Ahora bien, la conducta de un tercero que invoca la Ciudad como eximente de responsabilidad en modo alguno es ajena a su propia conducta.

En efecto, el proceder de la codemandada Portugal Vega se encuentra indisolublemente ligado a la Ciudad pues precisamente la omisión en la prestación del servicio de seguridad en que ésta incurrió permitió el ilícito de aquélla. En estas condiciones, no es posible aducir que la intervención de Portugal Vega importe la culpa de un tercero por quien la Ciudad no debe responder.

X. Corresponde ahora tratar los planteos de los actores, el Asesor de Menores y la Ciudad referidos a los rubros indemnizatorios reconocidos por el magistrado de grado, cuestionados por altos y bajos.

Daño Psicológico

Por este rubro el magistrado reconoció la suma de \$ 6.900 y explicó que, si bien la sustracción de la menor recién nacida no produjo una alteración que provoque una incapacidad psíquica a los actores, sí *afectó* su integridad psicofísica. Por tanto, consideró necesario un tratamiento especializado. Computó entonces el costo que demandará el tratamiento de los seis miembros del grupo familiar una vez por semana durante un año y medio así como las entrevistas individuales a razón de diez para cada integrante del grupo familiar.

La Ciudad se agravió pues señaló que no existen en los miembros de la familia alteraciones emocionales ni desequilibrios de significancia.

Al respecto, considero que la sintética afirmación de la recurrente no rebata los argumentos del *a quo* quien, como fuera dicho, reconoció este rubro por la afectación que el incidente produjo en la integridad psicofísica de los actores que, aun cuando no hubiera generado una incapacidad física, requiere tratamiento psicológico.

Por su parte, los actores se agraviaron pues entienden que el juez debió reconocer también el daño psíquico sufrido. Sin embargo, considero que los actores han omitido rebatir los argumentos del magistrado, debidamente sustentados en la pericia psicológica (fs. 280/296 y contestación de observaciones de fs. 349/352) según la cual, por un lado, los efectos directos derivados del hecho ilícito no ocasionaron una incapacidad psíquica y, por el otro, los aspectos indirectos pueden tratarse mediante una terapia.

Corresponde recordar que la prueba pericial es, en principio, el medio más idóneo para aclarar cuestiones de una especialidad técnica ajena al conocimiento judicial. Esta se produce a través del perito, que es un sujeto ajeno a las partes, con conocimientos técnicos de los que carece el juez o, por lo menos, no está obligado a conocer, ya que su deber se circunscribe al conocimiento del derecho. Se trata de un auxiliar del órgano judicial, con conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (cfr. art. 363, CCAyT; Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Comentado y anotado con los códigos provinciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, pág. 644 y ss.).

A su vez, aun cuando las partes han cuestionado la pericia, cabe destacar que “*no es dable admitir cualquier clase de impugnación, sino aquellas que se funden objetivamente en la incompetencia del experto, en errores o en el uso inadecuado de los conocimientos técnicos o científicos en los que pudiese haber incurrido... De allí que, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y científicos, y concuerda con los demás elementos de ponderación arrojados al proceso, la sana crítica aconseje -en principio- que frente a la imposibilidad de oponer argumentos de igual naturaleza y de mayor peso convictivo, se acepten sus conclusiones (cfr. CNCiv., sala C, LA LEY, 1991-E, 489 del 14 de junio de 1991, Palacio "Derecho Procesal Civil", V-514 y sus citas)*” (CNCiv, Sala I, C., A. P. c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A., LA LEY, ejemplar del 12/11/2004, p. 7).

Así las cosas, considero que las sumas reconocidas por el magistrado en concepto de daño psicológico se ajustan a derecho y, por tanto, deben ser confirmadas.

Daño moral

La sentencia fijó la suma de \$ 72.000 a favor del grupo familiar, discriminado del siguiente modo: **1)** \$ 20.000 para María Auxiliadora Cuevas; **2)** \$ 20.000 para Walter Ariel Galeano de León; **3)** \$ 15.000 para Mercedes Noelia Galeano Cuevas; **4)** \$ 7.000 para María Celeste Galeano Cuevas; **5)** \$ 5.000 para Argentina María Galeano Cuevas; y **6)** \$ 5.000 para Carlos Ariel Galeano Cuevas.

El Ministerio Público Tutelar solicitó la elevación de las sumas reconocidas a Mercedes Noelia Galeano y María Celeste Cuevas de \$ 15.000 a \$ 20.000 y de \$ 7.000 a \$ 10.000, respectivamente. A su vez, los actores peticionaron la elevación del resarcimiento en concepto de daño moral con respecto a todo el grupo familiar, según detallan en su expresión de agravios.

Por su parte, la Ciudad adujo que no resulta procedente el reconocimiento del daño moral a favor de los progenitores y hermanos de la menor sustraída invocando en sustento de su postura el artículo 1078, CC.

Ante todo, debe recordarse que el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47).

El daño moral para ser resarcible debe ser; a) cierto —es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente—, b) personal —esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento—; c) derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado —la afectación debe recaer sobre un bien o interés no

susceptible de apreciación económica— y, finalmente; d) debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido. En caso de concurrir estos presupuestos, el daño moral se torna indemnizable.

A su vez, por aplicación del principio general previsto en el artículo 301 del CCyT, la acreditación sobre la concurrencia de los presupuestos que hacen procedente el resarcimiento del daño moral está, lógicamente, a cargo de la parte que invoca el perjuicio y pretende su reparación (PIZARRO, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 563).

Con relación a la legitimación activa para reclamar este rubro indemnizatorio debe tenerse presente que el artículo 1078, CC, prescribe que: "*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.*

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Dicho precepto legal sienta el principio de que sólo el damnificado directo tiene legitimación activa. La excepción al carácter directo y personal del daño moral está dada por el mismo artículo 1078 para el caso de muerte, en el que la legitimación pasa a sus herederos forzosos, o sea ascendientes, descendientes y cónyuges (LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Lexis Nexis, 2006, p. 188).

Con relación a este punto, este Tribunal tiene dicho que es común en doctrina la distinción entre las víctimas de este perjuicio, entendiendo que existen damnificados directos y damnificados indirectos para, entonces, examinar a quienes se les reconoce la titularidad de la acción resarcitoria.

Aceptado ello, son damnificados directos aquellas personas sobre las que cayó la acción nocible; y damnificados indirectos los que sufren en virtud de su relación con la persona sobre la que recayó la conducta dañosa (Echevesti, Carlos A. *El daño moral. Su legitimación activa y pasiva*, LA LEY 1992-A, 904) (esta Sala *in re* "Vilches Christian Abel y otros contra GCBA sobre daños y perjuicios (excepto resp. Médica)", expte. 4594/0, voto del Dr. Esteban Centanaro).

Pues bien, en el particular supuesto de autos, entiendo que el **grupo familiar** en su conjunto —esto es, padres e hijos menores de edad a la fecha de los hechos— se ha visto afectado por la sustracción de la menor Mercedes Noelia ya que sobre todos ellos recayó la conducta dañosa. En efecto, no puedo dejar de advertir que la familia Galeano Cuevas en su conjunto sufrió la sustracción de uno de sus integrantes y esa pérdida afectó directamente al conjunto familiar (en el mismo sentido, ver el voto minoritario del Dr. Negri en la causa SCBA, "C., L. A. y otra v. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros", sent. del 16 de mayo de 2007).

En este punto es importante destacar que diversos instrumentos internacionales otorgan especial protección a la familia como institución fundamental.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por ley 23.054 B.O. 27/3/84) regula la protección a la familia en los siguientes términos: "*La familia es el elemento*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17.1) (en el mismo sentido consagran este derecho la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo VI; la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.3; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23 1, ambos aprobados por ley 23.313, B.O. 13/5/86).

En especial, el citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales agrega que esa protección a la familia debe concederse *“especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”* (artículo 10).

Las previsiones de estos documentos internacionales ponen de relieve la importancia de la familia y brindan sustento suficiente para considerar que un daño a su constitución apareja un daño directo a los padres y al resto de sus miembros cuando éstos son menores edad. De lo contrario, se obviaría la *protección especial* que los tratados consagran a favor de los grupos familiares con menores a cargo.

Cabe destacar que la jurisprudencia ha dicho que no resulta cuestionable que los padres de un menor en estado vegetativo *“sufrieron daño originado en la conducta antijurídica de la demandada siendo el mayor sufrimiento moral que pueda infringirse a un ser humano (arg. 1078 CC.), soportaron la desazón y el desconcierto no sólo de no poder disfrutar la vida con un hijo sino padecer en razón de su estado. Dicho proceder antijurídico de la prestadora ocasionó agravio moral ... Se afectó entonces desfavorablemente la estabilidad emocional, interés espiritual objetivamente reconocible y jurídicamente valioso, con alteración del modus vivendi, generando preocupaciones y sinsabores con repercusiones espirituales negativa”* (CNacCom., sala B, 11/11/1998, Ramos, Sonia y otro v. Sanatorio Mitre y otro, JA 1999-III-539).

En particular, en relación a los padres, considero que la legitimación encuentra sustento —además y respecto de la Ciudad— en el artículo 522, CC, referido a la reparación del agravio moral en el ámbito contractual (conf. mi voto en *“Leibkowitz Pedro Carlos y otros contra GCBA sobre responsabilidad médica”*, Expte: Exp 5262 /0, sentencia del 23 de marzo de 2004; y *“Carrizo Margarita Sofía y otros contra GCBA (Hospital General de Agudos “J. A. Fernández” - Hospital “Dr. Ignacio Pirovano”) y otros sobre daños y perjuicios”*, EXP. 3322/0, sentencia del 28 de marzo de 2008).

Sentada la procedencia de este rubro indemnizatorio con respecto a todo el grupo familiar —hermanos y padres—, resulta necesario a continuación determinar si las sumas reconocidas en la sentencia se ajustan a derecho.

A mi entender, de acuerdo con las constancias obrantes en el expediente, los accionantes han logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole moral originado en el evento dañoso que se analiza en autos y que debe ser resarcido.

En cuanto a los planteos de ambas partes con relación a la cuantificación de este rubro, considero que el resarcimiento reconocido en la anterior instancia resulta razonable.

Por todo ello, los agravios vertidos sobre este punto también deben ser rechazados.

XI. Por último, se quejó la demandada de que el magistrado de grado no fijó en la sentencia el plazo para el cumplimiento de la condena y solicitó la aplicación de los arts. 399 y 400 del CCAyT.

Esta Alzada ha señalado en forma reiterada que, en cuanto concierne a las condenas recaídas en procesos judiciales, sustanciados por ante los tribunales de este fuero, ello ha sido regulado por el legislador local al prever el régimen de ejecución de las sentencias contra las autoridades administrativas —en el Capítulo II del Título XII del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, aprobado por la ley 189—.

Así pues, teniendo en cuenta el monto de la indemnización resulta aplicable lo dispuesto por el art. 395, *in fine*, CCAyT, que expresamente establece que “...*están exentos de lo previsto en los arts. 399 y 400, los créditos de naturaleza alimentaria cuyo importe total no sobrepase el doble de la remuneración que percibe el Jefe de Gobierno*”.

Corresponde indicar que el monto de la condena excede el límite contemplado en la norma.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la conclusión antes indicada no puede conducir a que la integridad del crédito resulte ejecutable conforme las previsiones de los arts. 399 y 400, CCAyT. Dicha conclusión sería irrazonable, pues implicaría negar el carácter alimentario del crédito reclamado, que se encuentra expresamente protegido por el legislador y, por ende, exento del régimen de ejecución previsto en los artículos 399 y 400, CCAyT, hasta el monto indicado en el art. 395, *in fine*.

Por ello, considero que, hasta el importe equivalente al doble de la remuneración que percibe el Jefe de Gobierno, la demandada deberá cumplir con la condena de pago dentro de los sesenta días de notificada y, respecto del saldo resultante, la ejecución de la sentencia deberá realizarse según el régimen dispuesto por el art. 398 y siguientes, CCAyT.

XII. Por lo tanto, en mérito a las consideraciones expuestas, doctrina citada, y normas legales aplicables al caso, se propone al acuerdo que, en caso de compartir este voto, se rechacen en su totalidad los recursos de apelación de la parte actora y del Ministerio Público Tutelar, referidos a los rubros indemnizatorios; se haga parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada con relación al modo de pago de la condena y, en consecuencia, se ordene a la Ciudad abonar las sumas reconocidas del modo indicado en el considerando XI de este voto. Asimismo, se propone confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia en cuanto hace lugar a la demanda de daños y condena a Carmen Ivana Portugal Vega, Copinco Invest S.A. y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En cuanto a las costas, propiciaré confirmar lo resuelto en primera instancia e imponer las de esta a la Ciudad por resultar sustancialmente vencida (art. 62, 1º párrafo, CCAyT).



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A la cuestión planteada, el Dr. Horacio G. Corti dijo:

I. Adhiero al relato de los hechos expuesto por el Dr. Balbín, así como a la solución que propone.

II. En cuanto a las características generales de la responsabilidad del Estado me remito a lo dicho en el caso “*Camp, Carlos Alberto contra GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto responsabilidad medica)*”, EXP. 10199/0.

Hecha la anterior remisión general, comparto en lo esencial la profunda argumentación efectuada por mi colega a partir del punto V de su voto en lo relativo a la responsabilidad del estado en el caso, aún cuando se halle presente una concesión.

A la cuestión planteada el Dr. Esteban Centanaro dijo:

I. Coincido con el relato de los hechos en el meritorio voto del Dr. Balbín; sin embargo, disiento en cuanto al fundamento de la responsabilidad del Estado local, así como también el tratamiento y cuantía del rubro por daño moral.

II. Ahora bien, a efectos de encuadrar idóneamente la acción intentada cabe recordar que, como expone Rivera (Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, T^a I, núm. 213, págs. 226/27; en el mismo sentido, Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, T^o 1, núm. 215, págs. 153/54), la codificación es el último paso en la evolución legislativa siendo el Código una ley que se caracteriza por la unidad de sanción y publicación, la homogeneidad de contenido, la sistematización y, para la mayor parte de la doctrina, la exclusividad.

Sin embargo, en la actualidad, tal característica va siendo dejada de lado, puesto que algunos códigos, además de regular el derecho civil, también legislan el comercial y algunos una sola parte del derecho privado civil y mercantil, como por ejemplo, los contratos.

En otras palabras, el principio de exclusividad de contenido no se presenta de manera absoluta en ningún Código y ello sucede, asimismo, en nuestro derecho, en el que el Código Civil argentino contiene numerosas disposiciones relativas a temas diversos y que no sólo regulan las relaciones entre los particulares sino que también resultan aplicables a la de éstos últimos con el Estado.

En efecto, el Código Civil contiene numerosas normas destinadas a legislar sobre Derecho Administrativo; baste, a título de ejemplo, la mención de los artículos 33, 823, 912, 1112, 1117, 1442, 1443, 1502, 1810, inc. 2º, 2185, inc.4º, 2261, 2262, 2339, 2340, 2341, 2342, 2344, 2415, 2572, 2575, 2611, 2637, 2639, 2644, 2646, 2738, 2750, 2839, 3083, 3545, 3589, 3879, 3951 y demás concordantes.

A partir de ello y concretamente sobre el tema que nos ocupa —la responsabilidad del Estado— no es posible soslayar la disposición contenida en el art. 43 del Código Civil, en cuanto establece que “[l]as personas jurídicas [entre las que, conforme lo normado por el art. 33 del mismo cuerpo legal, se incluye al Estado nacional, las provincias y los municipios] responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título”. “De las obligaciones que nacen de los hechos que no son delitos”. Esta norma, cuya actual redacción se debe a la reforma introducida por la ley 17.711, es la lógica consecuencia de la evolución jurisprudencial producida desde la época en que el Estado no era responsable por los daños derivados de hechos ilícitos de sus empleados o funcionarios hasta la actual etapa, caracterizada por la plena responsabilidad estatal.

La norma transcripta, conjugada con el art. 1113 del mismo texto legal, permite concluir en la responsabilidad del Estado (sea nacional, provincial o municipal) por los hechos de sus administradores, directores o dependientes (1º párrafo), por los daños causados con las cosas (2º párrafo, 1ª parte) o bien por los derivados del vicio o riesgo de las que se encuentran bajo su dominio (2º párrafo, 2ª parte).

En esa misma dirección cabe señalar que, aún aceptando la existencia de principios específicos de derecho público, la jurisprudencia ha recurrido en forma permanente al articulado civil en diversos aspectos, corroborando aquel aserto de que el Derecho es un complejo único, pleno e integral, que no admite divisiones en compartimentos estancos o aislados (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Tratado de Responsabilidad Civil. El Derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, La ley, Buenos Aires, 2004, Tº IV, pág. 12). En ese sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “[l]a responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 del Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica” (CSJN en autos “Gunter c/ Gobierno Nacional”, del 5/8/86, publicado ED 120-524). Es que, la unidad de la teoría del responder es una consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico (Kemelmajer de Carlucci, Aida y Parellada, Carlos A., en “*Reflexiones sobre la responsabilidad del estado por daños derivados de la función judicial*”, en Mosset Iturraspe, Jorge, Kemelmajer de Carlucci, Aida y Parellada, Carlos A., “*Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986, pág. 24).

III. En definitiva, al tratarse de un bien del dominio público, correspondía a éste último velar por la seguridad de los pacientes, por lo cual, evidentemente, aquéllas se encontraban bajo su guarda, respondiendo, en tal sentido, por los daños que su negligencia en el



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mantenimiento hubiese provocado a los usuarios (art. 1113, 2º párrafo, *in fine*, del Código Civil).

Sin perjuicio de ello, en el caso de marras acertadamente también se ha responsabilizado a la empresa Copinco Invest S.A., quien fuera contratada oportunamente como empresa de seguridad privada, pues no se puede manifestar ajeno, toda vez que cumplió sus funciones en forma irregular en tanto sus dependientes ejecutaron de manera defectuosa sus tareas ya sea por haber organizado inadecuadamente la prestación del servicio de seguridad y vigilancia como por no llevar registros adecuados.

En virtud de lo manifestado, coincido con lo resuelto por el *a quo*, en el sentido a que puede proyectarse la responsabilidad en la producción del hecho dañoso entre los demandados, siendo esta una responsabilidad concurrente, toda vez que el daño es el resultado de la conducta de las partes demandadas en autos.

Por todo lo expuesto, considero que en el caso, la responsabilidad del Estado local y de la empresa de vigilancia deben encuadrarse en el ámbito del art. 1113, 2º párrafo, 2º parte, del Código Civil.

IV. Llegado este punto corresponde tratar el agravio de las partes referidos a la procedencia y monto indemnizatorio fijado en primera instancia respecto del rubro daño moral.

En la demanda los padres —en representación de sus hijos menores— reclaman, por un lado, el daño moral sufrido por su hija, víctima del hecho, y a su vez, reclaman su propio daño moral y el de sus otros hijos menores de edad. El juez de primera instancia hace lugar a dichos reclamos y fija los montos indemnizatorios en la suma total de \$ 72.000, discriminado del siguiente modo: 1) \$20.000 María Auxiliadora Cuevas; 2) \$20.000 para Walter Ariel Galeano de León; 3) \$15.000 para Mercedes Noelia Galeano Cuevas; 4) \$7.000 para María Celeste Galeano Cuevas; 5) \$5.000 para Argentina María Galeano Cuevas y 6) \$5.000 para Carlos Ariel Galeano Cuevas.

Al respecto, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, impugnando la sumas reconocidas por el *a quo*. Por otro lado, la Ciudad se agravia por cuanto entiende, en primer lugar, que el monto otorgado en concepto de indemnización por daño moral del menor resulta excesivo, y en relación con la indemnización de los padres por este rubro, considera que la misma se encuentra vedada por aplicación del art. 1078 del Código Civil.

Asimismo, a fs. 692 el Ministerio Público Tutelar, en representación de Mercedes Noelia Galeano Cuevas y María Celeste Galeano Cuevas, recurrió el decisorio de grado cuestionado por los montos fijados en concepto de daño moral y solicitó su elevación de \$15.000 a \$20.000 y de \$7.000 a \$10.000, respectivamente.

Como es sabido, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación, sujeta a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuren en el ámbito espiritual de

las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (*conf. CNCiv. Sala F “Pescio, Lucía María c/ MCBA s/ daños y perjuicios” 30/04/01*).

Liminarmente, resulta conveniente recordar que el daño moral —en términos generales— está constituido por aquella categoría de agravio consistente en la violación de los derechos inherentes a la personalidad, o sea, de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las facultades o presupuestos del ser humano: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual se resume en el concepto de "seguridad personal" y el honor, honra, sagrados afectos, etc., o sea, en una palabra, las "afecciones legítimas" (art. 1078, Cód. Civil, antes de la reforma de 1968) (Brebbia, Roberto H. *El daño moral*, Orbin, Rosario, 1967, ps. 166 y 167, N° 79 y Cazeaux, Pedro y Trigo Represas, Félix A. *Derecho de las Obligaciones*, Platense, La Plata, t. 4, 1976, p. 241).

Es común en doctrina la distinción entre las víctimas de este perjuicio, entendiendo que existen damnificados directos y damnificados indirectos para, entonces, examinar a quienes se les reconoce la titularidad de la acción resarcitoria.

Aceptando ello, son damnificados directos aquellas personas sobre las que recayó la acción nocible; y damnificados indirectos los que sufren en virtud de su relación con la persona sobre la que hizo blanco la conducta dañosa (Echevesti, Carlos A. *El daño moral. Su legitimación activa y pasiva*, LA LEY 1992-A, 904).

El establecimiento de estas categorías de damnificados ha trasuntado la preocupación de los juristas, sobre la conveniencia de limitar el número de titulares de la acción de reparación del agravio moral (Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho...*, t. IV, p. 757). Al respecto, no se discute que el dolor experimentado por un agraviado también lo pueden sufrir como propio otras personas, el cónyuge, los hijos, los padres, el hermano, otros parientes, la concubina, el hijo de crianza, el amigo íntimo, el novio, etc., resultando todos igualmente perjudicados. Pero, el buen sentido indica que, de reconocer en todas esas personas —o quizás aun más— la titularidad del derecho a la reparación, la obligación que pesaría sobre el responsable excedería por su magnitud la posibilidad de ser satisfecha (Echevesti, Carlos A. *El daño moral...*).

Por ello, debemos referirnos al art. 1078 del Código Civil el cual prescribe que: "*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*".

Vemos pues que dicho precepto legal, en su segunda parte, establece—como principio general— que sólo la persona sobre la que recae la acción dañosa es la legitimada para reclamar el daño moral. La excepción a dicho principio se da cuando a raíz del hecho dañoso hubiera resultado la muerte de la víctima. En tal caso, la ley legitima activamente *iure proprio* a ciertos damnificados indirectos (herederos forzosos).

A su vez, Vázquez Ferreyra (Vazquez Ferreyra, Roberto A., "*El daño moral y los damnificados indirectos*", JA 1992-III-105) señala "*Decimos que con argumentos —a nuestro*



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

juicio— equivocados, por cuanto, en primer lugar, debe partirse de la clara letra del art. 1078 CC argentino, que aunque consagre una solución no del todo convincente en el plan de lo justo, es ley vigente. Por lo tanto, no quedando mayor margen de interpretación del art. 1078 CC, en cuanto restringe la legitimación activa en materia de daño moral, no se puede prescindir de dicha norma, salvo que la misma fuera reputada inconstitucional, cosa que descartamos”.

El criterio doctrinal que interpreta el artículo 522 del Código Civil a la luz del 1078 fue también receptado por la jurisprudencia, así en autos “M., L. y otra c/ V., A. y otros” CNCiv. Sala C, ED, 131-643, se sostuvo que “*Si bien la acción resarcitoria por el daño moral no mediando la muerte de la víctima directa del daño, le está vedada a los damnificados indirectos como los pares de la víctima (art. 1078, cód civ.), directiva legal aplicable tanto en el campo de la responsabilidad aquiliana como en la contractual”.*

En sentido contrario se expide Ghersi (Ghersi Carlos Alberto, en su artículo “*Responsabilidad Civil por incumplimiento contractual*” en *Contratos*. Obra homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Dirs.Trigo Represas – Stiglitz, pág.231) al sostener: “*no parece tener las limitaciones del art. 1078, pues el precepto no las contiene; en consecuencia, habría que comenzar a trabajar la problemática por vía de la relación de causalidad, para establecer la demarcación de la posibilidad de accionar, por ejemplo de los damnificados indirectos”.*

En similar sentido al de Ghersi, pero con mucha anterioridad enseña Salas (Salas Ernesto Adel en su artículo “*La responsabilidad en la reforma del Código Civil*” publicado en la *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1969 pág. 427/28) expresa: “*Cabe recordar que en materia de responsabilidad contractual es inaplicable la limitación a la transmisión hereditaria de acción por resarcimiento del daño moral establecida para los hechos ilícitos en el art. 1099, por lo que el heredero del contratante se halla legitimado para reclamar como tal la reparación del daño moral sufrido por su causante, aunque éste no hubiera iniciado la acción durante su vida, ya que no existe norma que disponga lo contrario (arts 3279, 3417 y conc.)”.*

Estos criterios doctrinales fueron acogidos por la jurisprudencia, así en autos “*Figueredo, Carlos c/ Clínica Los Andes, S.A.*”, CNCiv. Sala G. ED 117-490” se sostuvo que “*El daño moral no es susceptible de ser demandado sino por el damnificado directo, salvo el caso de muerte de la víctima en que puedan pedirlo sus herederos forzosos. El art. 1078 fija este principio cuando se trata de actos ilícitos pero no existe razón para extender la reparación en materia de responsabilidad contractual”.*

Si bien no en el supuesto de autos, pero sí en uno similar, donde quien sufrió el daño se encuentra en estado de vida vegetativo, Nuñez (Nuñez, Jorge F. *Estado de vida vegetativo y daño moral*, JA-1987-I-788) expresa “*Ante esa situación peculiar y la reforma introducida al art. 1078 CC mediante la ley 17.711 se debe aplicar el 1079 de ese cuerpo legal. Sostengo ello, pues en el caso planteado el damnificado directo no ha fallecido, pero no tiene acción por daño moral por hallarse con coma vigil o de `mutismo Akinético´. Por esta razón no cabe*

aplicar el art. 1078 de ese dispositivo legal, porque la situación se halla tipificada en el artículo siguiente, ya que quien sufre el daño moral es el damnificado indirecto”.

Cabe destacar que la mayor parte de la doctrina nacional propone una ampliación de la legitimación para reclamar el daño moral por la responsabilidad aquiliana, siendo éste el criterio sostenido en el Primer Encuentro de Abogados Civilistas realizado en Santa Fe en el año 1987 y en el Quinto de la misma ciudad en el año 1991; en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrado en Buenos Aires en el año 1991, en las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa del año 1991, en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en San Miguel de Tucumán en el año 1993, entre muchos otros (Sala I, *in re* “MENEDEZ HECTOR NELSON c/ GCBA y OTROS s/ RESPONSABILIDAD MÉDICA”, expte. EXP 5451/0, mi voto, sentencia de fecha 15/03/2005).

Como bien señala el distinguido jurista Pizarro, no mediando muerte del damnificado directo, los damnificados indirectos carecen de toda acción por daño moral extracontractual. Por lo tanto —sostiene— no son resarcibles el daño moral experimentado por los padres a raíz de una lesión de un hijo (Pizarro, Ramón Daniel *Daño Moral*, pág. 222, Ed Hammurabi, Bs. As. 1996) (esta Sala *in re*, “*Vilches Christian Abel c/ GCBA s/ Daños y Perjuicios (excepto resp. médica)*”, expte. EXP N° 4594/0, mi voto, sentencia de fecha 26/10/2005).

En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la excepción al principio general mencionado *ut supra* no es aplicable al caso *sub exámine*, corresponde hacer lugar al agravio de la Ciudad y, en consecuencia, revocar lo resuelto en primera instancia sobre este punto.

Ahora bien, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará al menor en la misma situación en que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino se trata de otorgar al damnificado cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

En el caso, deben ponderarse las características del accidente, la entidad de las lesiones sufridas por el menor, así como la alteración del ritmo normal de vida que todo lo reseñado razonablemente origina.

En efecto, propongo hacer lugar al agravio de la Ciudad y, en consecuencia, reducir a cinco mil pesos (\$ 5.000) la indemnización por daño moral del menor.

Así dejo expresado mi voto.

En mérito a las consideraciones expuestas, doctrina y jurisprudencia citadas, normas legales aplicables al caso, y habiendo dictaminado la Sra. Fiscal de Cámara, el Tribunal **RESUELVE:** **1)** rechazar en su totalidad los recursos de apelación de la parte actora y del Ministerio Público Tutelar, referidos a los rubros indemnizatorios; **2)** hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada con relación al modo de pago de la condena y, en consecuencia, ordenar a la Ciudad abonar las sumas reconocidas del modo indicado en el considerando XI del voto del Dr. Balbín; **3)** confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia en cuanto hace lugar a la demanda de daños y condena a Carmen Ivana Portugal Vega, Copinco Invest S.A. y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; y **4)**



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

imponer las costas de esta instancia a la Ciudad por resultar sustancialmente vencida (art. 62, 1º párrafo, CCAyT).

Regístrese, notifíquese a las partes y al Ministerio Público Fiscal y, oportunamente, devuélvase.

Carlos F. Balbín

Horacio G. Corti

Esteban Centanaro