

**MUNICIPALIDAD DE TANDIL C. TRANSPORTE AUTOMOTORES LA ESTRELLA S. A. Y OTRO**  
22/10/1996

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II(CCivyComAzul)(Salal)  
LLBA, 1997-273, DJBA 152, 411 - ED

**TEXTO COMPLETO:**

2ª Instancia.- Azul, octubre 22 de 1996.

1ª Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.- El doctor Galdós dijo:

I. Antecedentes

1. La Municipalidad de Tandil dedujo demanda contra Transporte Automotores "La Estrella S. A.", citando en garantía a la aseguradora "Garantía Compañía Argentina de Seguros S. A." reclamando el resarcimiento de diversos daños provocados por un ómnibus de la empresa accionada que se desplazó, sin conductor alguno, por la pendiente de la calle Avellaneda de esa ciudad, colisionando contra la fuente y el grupo escultórico "Las Nereidas", emplazada en la intersección de dicha calle con Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque. Señala que se afectó gravemente el patrimonio cultural de la comunidad por la calidad, procedencia y antigüedad de la obra de arte referida.

La sentencia de primera instancia admite la pretensión con los siguientes fundamentos: ante la negación de la accionada de ser dueña o guardián del micro marca Scania, patente N° ..., modelo 1980 y si bien no se acreditó su titularidad dominial, la pública notoriedad que alcanzó el hecho que fue receptado por los medios de comunicación de esa ciudad, la frecuencia con que las unidades de la demandada estacionaban en ese lugar -en infracción a las ordenanzas municipales pertinentes, permiten colegir que existió legitimación pasiva "en base a la ecuación 'propietario/beneficiario y/o guardián' del colectivo" de La Estrella S. A. pues "el vehículo era pública y notoriamente utilizado para la explotación que realiza la accionada y ella ejerció su guarda a través de un dependiente". A ello añade la presunción derivada de haber asegurado el rodado.

En lo relativo a los daños resarcibles reclamados consistentes en materiales y mano de obra para la restauración del grupo escultórico y la disminución de su valor venal, de acuerdo a la pericia practicada, determinó esa cuantía en \$ 38.000 discriminados en \$ 10.000 por materiales, y \$ 37.000 por mano de obra, y estimó prudencialmente en \$ 38.000 la merma del valor de la obra, que el perito fijó entre el 20% y 30% de su total. En lo atinente a la pretensión actora rotulada como "daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos" de toda la comunidad tandilense, el juez de grado fijó en \$ 10.000 el perjuicio "conceptuado como privación del goce estético que justifica el cuidado y ornato urbanos", considerando el sitio especial de ubicación, -en el inicio al ascenso a un paseo tradicional de la ciudad y a los numerosos acontecimientos religiosos, culturales, sociales y deportivos -incluso internacionales que se desarrollan en el lugar. Agrega que el gobierno municipal, con mandato popular, tiene derecho a formular el reclamo y decidió que el Honorable Concejo Deliberante disponga una partida de afectación específica para concentrar "el aporte concreto al goce estético de residentes y habitantes", con apoyo en el art. 192, incs. 4º y 5º de la Constitución Provincial. Finalmente ordena notificar el fallo al Presidente del Honorable Concejo Deliberante a fines de, en su caso, considerar la sugerencia de modernización de la base del emplazamiento de la escultura que propone el perito interviniente.

A fs. 239 apelan el accionado y la citada en garantía expresando agravios que fueran contestados.

2. Las quejas se centran, en esencia, en la admisión de la legitimación pasiva de la empresa demandada ya que -se insiste oportunamente negaron ser dueño o guardián del ómnibus y no se acreditó dominialmente esa atribuida propiedad. Los apelantes formulan extensas consideraciones para atacar los fundamentos sobre la pública notoriedad sustentados por el juez de grado, sosteniendo que ni los testimonios rendidos -cuya idoneidad controvierten por provenir de empleados municipales ni las inferencias de las fotografías, son suficientes para probar la propiedad o la guarda jurídica del colectivo. Más adelante expresan que tampoco está acreditada la explotación comercial del micro por parte de la empresa demandada, que ésta utilizara el ómnibus, que quien se presenta como su conductor a labrar la exposición policial del hecho fuera su dependiente, ni que la circunstancia de contratar un seguro -lo que llama "aseguramiento" -constituya prueba de su guarda. Luego insisten en que no se aclara a cuál de las distintas empresas se alude ya que tienen parecida denominación: "Transportes Automotores La Estrella S. A.", que es la accionada y cubre el trayecto Mar del Plata-Tandil-Tucumán, "La Estrella S. R. L" y "La Estrella", existiendo diferencias entre estas empresas. Agregan que se agravan de la valoración de la prueba documental, la que por encontrarse glosada a un expediente administrativo no fue originariamente agregada. Finalmente controvierten el importe de \$ 38.000 fijado en concepto de disminución del valor venal, fundado sólo en manifestaciones de un escultor, sin sustento en informes de casas vendedoras de obras de arte, prescindiéndose de meritar que la escultura estaba deteriorada porque tenía capas de pintura recubriendo el mármol, lo que la desmejoraba. Finalmente se quejan por la admisión y la cuantía del rubro "privación del goce estético, que, aducen, constituye un daño no reclamado toda vez que la actora peticionó "el daño por los intereses difusos o derechos públicos subjetivos" los que no proceden ni han sido demostrados.

II. La legitimación pasiva por riesgo creado.

1. No está en discusión la responsabilidad civil de la demandada derivada de los daños causados a bienes del dominio público municipal -una fuente y un grupo escultórico emplazado en ella al ser embestidos por un colectivo, lo que torna aplicable la doctrina del riesgo creado, a mérito de la cual el legitimado pasivo sólo se libera de responsabilidad si acredita la concurrencia, parcial o total, de una causa ajena, o sea la ruptura del nexo causal (art. 1113, párr. 2º "in fine" Cód. Civil; doct. SC Buenos Aires, ac. 36.966, "Rodríguez, Osvaldo c. Angues. Juan C."; ac. 36.623, "Rivera, Casimiro c. Mitrovich, Lázaro"; ac. L. 35.407 en A. y S., 1986-II-386).

2. Ingresando al examen de la legitimación pasiva, y recordando que en caso que presenta cierta analogía esta sala reputó guardián del colectivo a la empresa que, entre otros actos posesorios, lo había asegurado (causa 37.618, "Río Paraná" S. A. c. T. A. "La Estrella" S. A. s/ daños y perjuicios"), en el sub-lite se discute no sólo esa "conductio iure" de la accionada por no haberse acreditado su titularidad dominial del colectivo marca Scania, interno 308, patente N° ..., sino también si es suficiente que ella sea beneficiaria -pública y notoriamente de la explotación comercial del ómnibus. El juez de grado, con acierto, ha receptado el criterio del actual Derecho de daños, acogido por la doctrina, la

jurisprudencia y -con los alcances que luego se verá por la casación bonaerense, de que la enumeración de los legitimados pasivos por riesgo creado previstos en la norma citada -art. 1113, párr. 2º "in fine" no es taxativa sino enunciativa y comprende, entre otros supuestos, a quien se sirve de la cosa productora de riesgo en su propio beneficio económico o interés.

En las VI Jornadas celebradas en Junín en 1994 -y pese a las prestigiosas oposiciones de los doctores Venini, Parellada y Leiva y de las abstenciones de Brebbia, Casiello y Nicolau el despacho de la mayoría de la Comisión I de Derecho Civil -Responsabilidad por riesgo creado sostuvo en base a ponencias de Pizarro, Bueres y Gesualdi, y a la mía, que "la enunciación, del dueño o guardián contenida en el artículo 1113 del Cód. Civil es ejemplificativa". Muy recientemente en las Jornadas Platenses de Derecho Privado en el Mercosur, de octubre de 1996, la Comisión 1 - Responsabilidad por Productos y Servicios presidida por los doctores Andorno y Lorenzetti, emitió el despacho unánime siguiente: "La enumeración de las figuras del 'dueño' o 'guardián' efectuada por el art. 1113 del Cód. Civil es meramente enunciativa y no taxativa".

En el derecho auctoral Pizarro señala que "la esencia de la responsabilidad civil que consagra el art. 1113, párr. 2º está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste (o no) de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables a otros sujetos pasivos distinto del dueño y del guardián (v. gr. quien genera, potencia o controla la actividad riesgosa)" (aut. cit., "Daños derivados de la publicación de una sentencia por la prensa", JA, 1993-IV-618). En anterior oportunidad Félix A. Trigo Represas e Isidoro H. Goldenberg señalaron que en esta materia "además del dueño o del guardián puede ser responsable quien se sirve de la cosa que causa un daño" (art. 1113, párr. 1º, Cód. Civil), postura que sustentaron en las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes en ponencias que no fueron sometidas a votación. (Conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", p. 273, nota 18, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981).

Hace poco Goldenberg reiteró que en lo relativo a la obligación resarcitoria por riesgo o vicio de la cosa es de aplicación la primera parte del art. 1113 por lo que es responsable quien se sirve (de la cosa) o la tiene a su cuidado (aut. cit., en JA, 1994-IV-485).

Igualmente Luis Andorno sostiene que "la enunciación del dueño o guardián contenida en el art. 1113 del Código Civil, es meramente ejemplificativa" ("Responsabilidad civil de la empresa por productos elaborados", en Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de Rosario p.154; aut. cit., "La responsabilidad civil por riesgo creado" en Revista Derecho y Empresa", p. 14, Nº 3, Rosario, 1995. Recuerda el criterio de Jorge Mosset Iturraspe expuesto en las Jornadas de Derecho Civil de 1981 'de considerar que la enunciación de los 'personajes' vinculados con la cosa en el art. 1113 del Cód. Civil es enunciativa" (Zeus, t. 31-D-57). También se sumaron a esta tesis Conde y Suárez (conf. "Tratado sobre la responsabilidad por accidentes de tránsito", t. 1, p. 406). Concordantemente expone Vázquez Ferreyra que "quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, o despliegan actividades de igual naturaleza, deben responder por los daños que originen" (Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Responsabilidad por daños (elementos)", p. 210).

En la jurisprudencia crece paulatinamente la tesis que sostiene que es responsable quien se sirve de la cosa riesgosa, o desarrolla la actividad riesgosa con cosas (CNTrab., sala I, 18/2/94, "Romero, Rosa c. Manliba S. A." JA, 1995-I-31, DT, 1994-C, 1634; TTrab. Nº 1, La Matanza, 14/12/94 "Argota, Vicente c. Drean S. A.", LLBA, 1995-613). Bueres desde la judicatura expresó que "la enumeración de dueño o guardián contenida en el art. 1113, párr. 2º Cód. Civil no es taxativa -sino ejemplificativa y, por ello, quien puso un riesgo en acción mediante una cosa que daña por su sola autonomía (o sea desbordando el obrar humano) ha de ser responsabilizado, en tanto y en cuanto se encuentren reunidos los restantes presupuestos de la responsabilidad civil" (CNCiv., sala D, 18/3/92, "Aguirre vda. de Borche Bilma c. Silva, Daniel A.", JA, 1992-III-241, con nota aprobatoria de Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente; eximentes de responsabilidad y otras cuestiones interesantes del nuevo derecho de daños"; íd. CNCiv., sala D, 14/10/92, "Aspero de Enhart, Dolores c. Estado nacional", JA, 1993-IV-297; ver Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 2, "Garantías", ps. 269 y 276/7).

En el ámbito bonaerense este criterio interpretativo tiene el sólido respaldo de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires a partir del caso "Re". En 1993 en una cuestión de daños derivadas de una actividad deportiva, la Corte de La Plata sentó un precedente de singular gravitación ante el reclamo resarcitorio de los herederos de la víctima contra el Jockey Club de Mar del Plata, ya que en una carrera de una reunión hípica organizada en las instalaciones del Hipódromo del Club accionado, el causante -jockey que participaba debidamente autorizado por esa entidad falleció como consecuencia de una rodada en la que quedó atrapada en el caballo que conducía. Se resolvió allí que "quien se sirve de la cosa riesgosa productora del daño, es responsable por existir la creación del riesgo, que abastece y justifica el deber de reparar el perjuicio". La entidad organizadora de una competencia hípica, en la medida en que se sirve de una cosa (el caballo) es responsable del daño sufrido por el jockey (SC Buenos Aires, ac. 45.645, 11/5/93, voto del doctor Pisano, "Re, María Inés c. Jockey Club Mar del Plata -indemnización daños y perjuicios", DJJ, 114-307). Ese precedente recibió el acogimiento favorable de la doctrina salvo la crítica aislada de Jorge A. Mazzinghi (h.) (aut. cit., "La responsabilidad derivada de una actividad riesgosa: el régimen vigente y los proyectos de reformas" en ED, 157-32). En efecto se pronunciaron a favor de esta interpretación expansiva de los legitimados pasivos por riesgo creado Ghersi, Weingarten y Vázquez Ferreyra (Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad por la muerte de un jockey en una competencia hípica", en JA 1994-I-591; Ghersi, Carlos A. y Celia Weingarten en "La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos", LA LEY 1994-D, 11; ver mis trabajos "El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires" Rev. Estudios de Derecho Comercial, Nº 11, p. 124 y sigtes. y "Otra vez sobre la legitimación por daños (en la Suprema Corte de Buenos Aires)" Rev. Delta, Nº 12, p. 74).

De modo que quien obtiene un provecho o utilidad económica, aunque deje de ser el dueño o guardián, está obligado a responder por el daño injusto causado.

Ese criterio fue luego reiterado por la Suprema Corte local, en caso análogo, en que se repitieron idénticos argumentos (C1ªCC La Plata, sala III, 7/9/93, "Pagano, Vicente O. y otro c/ Empresa Hípica Argentina S.A. s. daños y perjuicios" confirmada por la SC Buenos Aires, ac. 54.753, 26/6/94, voto del doctor San Martín; ver también SC Buenos Aires 145-7063, ac. L. 51.505, 12/10/93, "Gerez" en JA, 1994-II-188; LA LEY, 1983-E, 579). Igualmente fue receptado por otros tribunales bonaerenses como lo hizo recientemente la sala I de la Cám. C1ªCC Mar del Plata (voto del doctor Ramírez, 5/9/95, "Materazzi c. Daniel y otros, Ruberto Elgard E. y otro", Revista Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, p. 448,

junio 1996, con nota de Jorge Mosset Iturraspe.

A las opiniones doctrinales y a las conclusiones de los congresos científicos citados -a más de la jurisprudencia vinculante de la Corte Bonaerense cabe añadir como argumento de autoridad corroborante -al menos "obiter dicta" la proficua y mayoritaria tendencia doctrinal y jurisprudencial desarrollada en torno a la responsabilidad civil del fabricante, elaborador o industrial frente al consumidor por el daño derivado del riesgo o defecto del producto elaborado, en caso de que no medie contrato o vínculo obligacional previo entre ambos, como por ejemplo la responsabilidad del fabricante de un automotor frente al usuario que no se lo compró directamente. En tales casos, y emplazada la cuestión en el marco de la responsabilidad objetiva, se ha acudido a una interpretación amplia respecto los legitimados pasivos por riesgo creado, postulándose incluir en esa ensanchada categoría al que obtiene un provecho o utilidad económica; al que provoca la creación del riesgo al introducir en el mercado un producto defectuoso, aun cuando no sea su dueño o guardián; a que la atribución de responsabilidad debe ir unida más que con el derecho real de dominio con la real producción del riesgo; a que la obligación resarcitoria debe corresponder a quien lucra y se beneficia con las cosas de las que se sirve, porque es el que crea el riesgo. Esta es la opinión de la doctrina predominante (ver, -entre muchos otros Ghersi, Carlos A., "Contratos civiles y comerciales". Parte general y especial t. 1, p. 372; Mosset Iturraspe, Jorge Lorenzetti, Ricardo, "Defensa del consumidor-Ley 24.240", p. 338; Lorenzetti, Ricardo, "Medicamentos y responsabilidad civil", LA LEY, 1989-D, 960; Zannoni, Eduardo A. "Responsabilidad por productos elaborados", en "Seguros y responsabilidad civil" p. 349; Stiglitz, Gabriel - Stiglitz Rubén, "Derechos y defensa de los consumidores" ps. 150, 151 y 326; Stiglitz, Gabriel, "El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados" en LA LEY, 1985-D, 13; del mismo autor: "Publicidad comercial del producto elaborado. Responsabilidad civil del empresario. Tutela del consumidor", LA LEY, 1982-D, 777; Roitman, Horacio, "Acciones del consumidor perjudicado", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 5, "Consumidores", p. 303; Alterini, Atilio A., "El estatuto del consumidor" en "Contratos" (obra colectiva), p. 456; del mismo autor: "La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el derecho argentino" LA LEY, 1989-E, 1178; López Cabana, Roberto M. Lloveras, Néstor L., "La responsabilidad civil industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados", ED, 64-572; Alterini, Atilio A. López Cabana Roberto M. "Responsabilidad civil por daños al consumidor", LA LEY, 1987-A, 1046; Vázquez Ferreyra, Roberto, "Daños y perjuicios por productos elaborados", JA, 1993-II-845; Félix A. Trigo Represas, "La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", LA LEY, 1982-B, 679; del mismo autor, "Daños a consumidores y usuarios. Reparación civil. Tutela penal", en p. 242 de "Defensa de los consumidores de productos y servicios" (obra colectiva) p. 13; Goldenberg Isidoro H., "La responsabilidad civil por productos elaborados", JA, 1982-F, 748 e "Indemnización por daños y perjuicios", p. 299 y sigtes.).

En suma: en casos de daños derivados del riesgo o vicio de las cosas está también obligado al resarcimiento quien se sirve de ella -en su provecho o interés, o beneficio económico, aun cuando ese servicio de la cosa generadora del peligro no constituya "stricto sensu" la figura del guardián, por aplicación del principio general de que se responde por las cosas de "que se sirve o tiene a su cuidado" (art. 1113, párr. 2º "in fine" y parte 1ª Cód. Civil).

3.a). La traslación al sub júdice de aquellos principios conlleva a que propicie se confirme la admisión de la legitimación pasiva de la demandada "Transporte Automotores La Estrella S. A.", por ser quien se servía, en su beneficio económico, de la cosa productora del riesgo (el micro interno 308). Es un hecho notorio, que exime de prueba, que el transporte automotor de pasajeros de media y larga distancia constituye una actividad comercial con obvios fines lucrativos por lo que la empresa demandada al haber sido productora del daño con la cosa riesgosa de la que se servía para cumplir ese cometido, -además de ser la creadora e introductoria de esa cosa peligrosa al medio social es quien debe soportar la carga de asumir su reparación.

La Suprema Corte de Mendoza sostuvo que "son hechos notorios los que entran naturalmente en el conocimiento o información normal de las personas en el círculo en que se desenvuelven", y declaró notorio, por ejemplo, el deceso de un procurador que desempeñaba sus actividades en el ambiente tribunalicio de la ciudad, o la liquidación del banco de la provincia (SC Mendoza, sala 1ª, 6/11/90, "Barauna, Alejandro c. Alberto Gentile e hijos", voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci; ver SC Buenos Aires, ac. 040922, 27/12/88, "Bertucci, Héctor y otra c. Sampayo, José - Daños y Perjuicios"; art. 384, Cód. Procesal).

Puntualiza Luis Muñoz Sabaté que la dispensa probatoria derivada de los hechos notorios se origina en la "general divulgación del hecho, por pertenecer a tal cultura normal de un grupo social determinado" y al analizar la jurisprudencia del derecho comparado cita un precedente nacional, de 1956, que entendió como tal "el carácter de propiedad, de la Corporación de Transporte de la ciudad de Buenos Aires, respecto del tranvía que circulaba por dicha ciudad, causante del atropello", para luego añadir, respecto otra legislación extranjera, "los sucesos de actualidad reseñados uniformemente por todos los diarios" (aut. cit., "Técnica probatoria", ps. 37, 39 y 40).

b). En este marco y a los fines que aquí interesan, son harto elocuentes las fotos publicadas en los medios gráficos de Tandil agregadas a las actuaciones administrativas e incorporadas al proceso junto con otras piezas documentales fotocopias, encontrándose firme la resolución judicial que las declaró admisibles; y (conf. fs. 90 y su confirmatoria de fs. 104). Además expresamente los diarios Nueva Era y El Eco de Tandil admitieron la autenticidad de esas fotografías art. 392, Cód. Procesal), de modo concordante con lo que los testigos Torres y Pérez recuerdan haber leído en esos medios (conf. declaraciones de fs. 166/167; arts. 384 y 456, Cód. Procesal) y con lo que Morales presencié directamente. Nada empece la valoración de esos testimonios por ser dependientes de la Municipalidad actora toda vez que no existe indicio alguno de mendacidad o parcialidad en sus dichos (arts. cit. 384 y 456, Cód. Procesal).

Las fotos señaladas, publicadas en los diarios también mencionados, muestran al colectivo interno 308 de La Estrella incrustada en la fuente de un paseo público, habiendo derribado parte de la escultura. A ello ha de añadirse que ese colectivo estaba asegurado en la compañía citada en garantía que compareció en autos y admitió ese emplazamiento (conf. escrito de contestación de demanda de fs. 65, cap. IX; art. 354, Cód. Procesal), lo que reconoció al absolver posiciones su representante legal (conf. pliego de fs. 206, posición 3ª; arts. 384 y 421). La valoración en conjunto de todo el material probatorio, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debe incluir la nota obrante en fotocopia a fs. 42, mediante la cual Garantía Compañía Argentina de Seguros S.A. ofrece \$ 30.000, a la actora en concepto de pago total y por el daño derivado del hecho en examen. Pese a que esa pieza es una fotocopia debe ser meritada, al menos como indicio (arts. 163, inc. 5º y 384, Cód. Procesal), porque tiene notorios visos de verosimilitud. Su contenido importa reconocimiento de deuda para la citada en garantía al contener una admisión de la obligación resarcitoria (arts. 718,

721 y concs., Cód. Civil; Llambías, Jorge J., "Obligaciones", t. II-B, 79; Busso, Eduardo, "Código Civil anotado", t. V, p. 186 y passim.; Excma. Cámara, sala I, causa N° 26.563, "Previgliano...", voto del doctor Céspedes; esta sala, causa N° 36.924, 19/3/96, "Lucas, Francisco c. Recchia, Domingo, Daños y perjuicios", con mi voto, publicada en DJJ, 150-253 y LLBA, 1996-359.

Finalmente la alegación de la accionada de que existen varias sociedades de nombre parecido a La Estrella no tiene andamio, no sólo porque por aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas al estar ella en mejores condiciones técnicas y fácticas para arrimar ese dato al proceso le incumbía su acreditación (esta sala, causa cit. supra, "Lucas c. Recchia"), sino porque fue la empresa condenada la que aseguró el colectivo y la que se presentó, como parte, en autos (conf. el poder notarial de fs. 50/59 otorgado a favor de su letrado y el mandato glosado a fs. 257/261 cuando reasumiera esa intervención; ver también el poder del director de la sociedad que acompañó para acreditar su representación al absolver posiciones).

En suma, siendo que la accionada obtiene provecho con su lícita y razonable incorporación al medio social de una cosa "per se" peligrosa, como es un colectivo, con el que desarrolla su finalidad comercial lucrativa, deviene necesario que, como contrapartida, asuma el deber resarcitorio del daño causado por esa actividad riesgosa, desplegada con cosas de la que se beneficia ("ubi emolumentum ibi onus"; arts. 1113 del Cód. Civil y 384 del Cód. Procesal).

III. Los daños resarcibles. El daño moral colectivo.

1. La "quaestio iure".

El examen de uno de los daños acogidos por la sentencia de grado, que en paridad se trata del daño moral colectivo, trae por primera vez a conocimiento de esta sala una de las más polémicas y novedosas cuestiones de la actual responsabilidad civil. Se discute la legitimación activa de la Municipalidad de Tandil para ser titular exclusivo del daño proveniente del goce estético -así se lo califica en el fallo de origen del que se ve privada esa comunidad por la destrucción de una obra escultórica.

Convergen aquí temáticas complejas provenientes de la constitucionalización y "publicación" de derechos tradicionalmente privados con cuestiones de raigambre procesal constitucional y sobre los intereses difusos y los derechos colectivos, todo lo que produce el corrimiento de las fronteras de la legitimación activa y pasiva. También concurren otros elementos del actual Derecho de daños que centran el "quid" no en las etapas preventivas del daño injusto, o de la cesación de sus efectos, sino en la inusual pretensión de incluir en la tutela reparatoria íntegra el daño moral por la afectación de derechos comunitarios. Igualmente inciden cuestiones ecológicas y ambientales y en toda la temática está presente la doble noción, sustancial y procesal, de interés. Desde la primera perspectiva la lesión al interés -lícito, con repercusiones patrimonial o extrapatrimonial es el objeto del daño injusto; desde la óptica procesal se lo vincula con la legitimación, concebida como un requisito relativo a la situación jurídica, en estado dinámico, del sujeto que hace valer un interés que requiere respuesta jurisdiccional (Gozaini, Osvaldo A., "Teoría procesal de la legitimación", LA LEY, 1989-B, 977; aut. cit., "Derecho procesal civil", t. I, vol. 1, p. 392 y sigtes.; Bidart Campos, Germán, ED, 145-477, "Egoísmos inconstitucionales por denegación de la legitimación procesal activa"; aut. cit., "Los derechos humanos y la legitimación procesal", ED, 152-784 y "El control judicial de constitucionalidad y la legitimación procesal", ED, 152-790).

2. La naturaleza jurídica del bien afectado. Los bienes colectivos.

a) Las fotos recogidas por los diarios de Tandil demuestran que la escultura, ubicada dentro de la fuente, está situada en un paseo público por lo que constituyen bienes del dominio público municipal (arts. 2339, 2340, inc. 7º, 2341, 2344 y concs., Cód. Civil) respecto de los cuales los particulares, con sujeción a las normas administrativas, tienen su uso y goce (arts. cit. y 2341, Cód. Civil; Llambías, Jorge - Alterini, Atilio, "Código Civil anotado", t. IV, p. 44; Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho civil - Parte general", t. II, p. 60, N° 803; ver mi sentencia como juez de primera instancia, Juz. Civil y Com. N° 1, Departamental, 10/11/93, "Arouxet, Arnoldo Eldo c. Durañona, Ernesto y otros - sumarísimo", publicada en LLBA, 1994-18.

La ley orgánica de las municipalidades -decreto ley 6769/58 (t. o.) señala que corresponde al Concejo Deliberante dictar ordenanzas para "la conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e históricos", fijando "las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, y los lugares de acceso público", atendiendo a "la prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, y al aseguramiento de la conservación de los recursos naturales" (arts. 26 y 27 incs. 3º y 8º y 17). También se dispone que corresponde al Consejo proveer sobre lo "tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local" (art. 52) constituyendo obras públicas municipales las de ornato y salubridad" (art. 59, inc. b, decreto ley cit.), concordantemente con lo reglado por el artículo 192, inc. 4º de la Constitución de Buenos Aires respecto a las facultades inherentes al régimen municipal. Por otra parte incumbe al Departamento Ejecutivo la ejecución de las ordenanzas generales.

La Constitución Provincial reformada en 1994 reconoce al Estado o a los particulares el ejercicio de la garantía de amparo cuando se afecten "derechos constitucionales individuales y colectivos" (art. 20, inc. 2º), garantía ésta que es operativa (art. cit. "in fine"). También se consagra el derecho de los habitantes de la provincia "a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras" (art. 28), incluyéndose explícitamente en materia ecológica "la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales" (art. cit.), incorporándose una importante norma protectora: "Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo". Ello se corresponde con los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional que confiere legitimación activa en la acción de amparo al "afectado", al defensor del pueblo y a las asociaciones reconocidas para la tutela "de los derechos de incidencia colectiva" (art. 43 Constitución Nacional).

Por su parte normas infraconstitucionales como la ley de defensa al consumidor 24.240 ensanchan el catálogo de legitimados activos cuando resulten afectados o amenazados los intereses del consumidor o del usuario confiriéndosela, también, a las asociaciones constituidas, al Ministerio Público, y a la autoridad de aplicación nacional o local, -esto es, a la autoridad municipal (arts. 52 y 55, ley cit.).

b). Cabe recordar que la Corte Federal reconoció en un "leading case" legitimación activa para el ejercicio del derecho de respuesta o rectificación, pese a la ausencia de norma expresa, a todo habitante' que por una información periodística inexacta o agravante sufre un daño moral por la afectación a sus creencias y convicciones religiosas" entendiéndose que se trata de un derecho subjetivo ejercitado por un particular que "asumió una suerte de representación

colectiva que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal" (CS, 7/7/92, "Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", en JA, 1992-III-199, LA LEY, 1992-C, 543). Se añadió allí, con relación a los alcances de la cosa juzgada, que "el efecto alcanza al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar". Finalmente creo que -salvadas las distancias no sólo respecto a la jerarquía de los bienes en juego sino también la autoridad institucional del órgano jurisdiccional son aplicables aquí las específicas referencias a la legitimación activa efectuadas por la Corte Federal: "la falta de legislación sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto" (en ese caso del derecho de respuesta o rectificación).

c. Desde ésta óptica y al integrar el bien afectado el patrimonio cultural de la comunidad de Tandil, constituye un bien colectivo, al que Lorenzetti caracteriza -para lo que aquí interesa por: 1. la indivisibilidad de los beneficios ya que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan; su titularidad es difusa; 2. el uso es común, y el principio es la no exclusión de los beneficiarios porque todos los individuos pueden tener acceso a ellos; 3. tiene "status" normativo o sea reconocimiento jurídico previo (Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", publicado en La LEY, 1996-D, 1058 y "Las normas fundamentales de derecho privado", p. 171). Luego al analizar la tutela resarcitoria y estudiando el difícil problema del daño moral colectivo concluye: "el bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva" (ver del mismo autor, "Las normas fundamentales de Derecho privado", ps. 115, 132 y sigtes., 17, 166, 490 y passim. y, más recientemente, "Teoría general del Derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales", Revista Derecho Privado y Comunitario, Nº 12, p. 9 y sigtes.).

Estas referencias importan anticipar opinión favorable a la pretensión articulada.

3. Intereses (o derechos) difusos y colectivos. Daño colectivo.

a) Lo atinente a la legitimación por el ejercicio de los intereses (o derechos) difusos y colectivos o supraindividuales no es un "divertimento doctrinario" (CFed. La Plata, voto del doctor Schiffrin, sala III, 8/8/88, "G., D. y otra c. Gobierno nacional"), y como lo ha sostenido la Escuela La Plata, bajo la inspiración del maestro Morello, conforma el verdadero "talón de Aquiles de la temática" (Morello, Mario Augusto, Hitters, Juan Carlos y Berizonce, Roberto Omar, "La defensa de los intereses difusos", en JA, 1982-IV-701; ver también en anotación a fallo cit. supra Morello - Stiglitz, Gabriel A., "Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia", en JA, 1988-III-97). El Derecho judicial y autoral ha puesto énfasis sobre todo en lo relativo a la legitimación de los particulares para reclamar la tutela preventiva a fines de impedir o evitar el hecho lesivo o la consumación del perjuicio que ya comenzó sus efectos dañosos. En tal sentido, por ejemplo, se ha ordenado "ex officio" a la empresa demandada, bajo apercibimiento de hacerlo la municipalidad correspondiente a su costa, la ejecución de las tareas de restauración del cauce del arroyo y el drenaje de aguas acumuladas en una excavación, en la que fallecieron ahogados tres niños (sentencia de primera instancia dictada por el doctor Héctor P. Iribarne, a cargo del Juzgado Civil y Comercial Nº 8 de Morón, con nota aprobatoria de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", en LA LEY, 1987-D, 365); la construcción de un cerco que aisle las excavaciones inundadas, y la colocación de carteles bien visibles que indiquen el peligro, y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en un lugar, -similar al anteriormente citado, en el que se acumulaban aguas de lluvias, todo bajo apercibimiento también de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes a costa de la demandada" (CFed. La Plata, sala III, 8/8/88, "G., D. y otra C. Gobierno nacional", voto del doctor Schiffrin, con nota aprobatoria de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., "Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia", en JA, 1988-III-107 y sigtes., y ED, 131-137, con nota elogiosa de Bidart Campos, Germán J., "Los intereses difusos en el realismo sociojurídico del poder judicial", y de Daniel E. Herrendorf, "El sitio que corresponde a los jueces", y en LA LEY, 1989-C, 116, con nota también aprobatoria de Ghersi, Carlos A., "Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social"; ver reseña de fallos, de Marco A. Rufino, "Intereses difusos" en JA, 1994-III-1065).

En tal sentido se ha reconocido en el marco de la acción de amparo, aun ante la falta de norma expresa que admita la defensa jurisdiccional de los intereses difusos, la intervención de un particular para que se disponga la prohibición de la fabricación de ácido bórico, ante la evasiva de los órganos administrativos municipales de ejercer el control de la puesta en marcha y funcionamiento de la empresa autorizada y hasta tanto los órganos provinciales competentes extiendan un certificado de inocuidad de los residuos (CJ Salta, sala I, 5/6/90, "Barrancos, Horacio y otros c. Hoyos, Simón A.", con nota aprobatoria de Morello, Augusto Mario, "Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)", en JA, 1990-IV-46 y sigtes.). También se ha aceptado, en base a una norma específica -la 10.000 que legisla los intereses difusos en la Provincia de Santa Fe, la legitimación de la Federación de Cooperadoras para formular un reclamo vinculada a "los edificios escolares" que por ser medios "indispensables para el goce de un servicio esencial, son bienes públicos y como tales, forman parte del ambiente, cuya protección deriva implícitamente de diversas normas constitucionales locales". Añadiéndose en ese precedente que "si no se mantienen y, eventualmente, no se amplían las escuelas, tal comportamiento daña la salubridad del ambiente de vida, porque la presencia de tales establecimientos en buenas condiciones, al igual que las zonas verdes, los centros culturales, los monumentos, etc., representa la condición ineludible de un mejor nivel de vida de la sociedad. Tal daño es daño público, al alterar la posibilidad de su utilización en buenas condiciones por los componentes y puede configurárselo como daño ambiental porque, en definitiva, disminuye el goce del ambiente íntegro" (CS Santa Fe, 19/9/91, voto del doctor Ulla, "Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) c. Provincia de Santa Fe", con nota de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., "Concientización de criterios definitivos en torno de la tutela de los intereses difusos", en JA, 1991-I-325 y sigtes.; ver también Venini, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual", 3, 41). Igualmente se reconoció habilitación legal al "ombudsman" de la Municipalidad de la Capital Federal para promover un amparo en defensa de intereses propios de los vecinos de la ciudad contra la mala actuación de la administración municipal (CNCiv., sala K, 28/2/91, "Cartañá, Antonio E. H. y otros c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", con nota

aprobatoria de Bidart Campos, Germán J., "La legitimación procesal del ombudsman municipal y los intereses difusos" ED, 142-666, DJ, 1991-2-471 y sigtes.; CNCiv., sala F, 17/10/94, "Contaduría General Comunal c. Municipalidad de Buenos Aires", en DJ, 1994-2-928 y sigtes.).

En esa orientación otra sala de la Cámara Civil capitalina reconoció legitimación a particulares para la protección del orden público contra la decisión de la Inspección General de Justicia de la Nación que autorizó a funcionar como persona jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina (CNCiv., sala I, 28/4/93, "Bosch, Francisco c. Inspección General de Justicia", con nota crítica de Sagüés, Néstor Pedro, "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular", en JA, 1994-I-512). Igualmente se debe recordar el voto en disidencia del doctor Sosa del año 1977 disponiendo el cese de la conducta ilícita de la empresa que contaminaba con sus residuos industriales zanjas de su propiedad que desembocaban en el Río de la Plata, sin previo tratamiento de depuración, pese a que en el pleito lo que se discutía era la declaración de inaplicabilidad a la actora de las tasas por desagües de líquidos industriales establecidas por la ordenanza impositiva de la municipalidad demandada (C2<sup>a</sup>CC La Plata, sala II, 11/10/77, "Celulosa Argentina S.A. c. Municipalidad de Quilmes", con nota aprobatoria de Morello, Augusto Mario, en JA, 1978-III-313 y sigtes.).

b). Se ha propuesto la caracterización de los intereses difusos atendiendo a dos notas tipificantes: los sujetos, ya que no corresponden a una persona aislada ni a un grupo nitidamente delimitado de personas, sino a una serie indeterminada o de difícil determinación cuyos miembros no están ligados necesariamente por ningún vínculo jurídico definido. La segunda nota se refiere al bien, que es indivisible en el sentido de ser insusceptible de división en "cuotas" atribuibles individualmente a cada uno de los interesados". Dentro de las tres categorías clásicas o tradicionales de intereses difusos se inscribe la ligada a los "valores culturales y espirituales como la protección de los monumentos históricos y artísticos" (Barbosa Moreira, José C., "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", Revista Jus, La Plata, 1983, p. 62, N° 34).

Siguiendo la doctrina brasileña y la italiana es clásica en nuestro Derecho la definición de Gabriel Stiglitz: "son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario" (aut. cit., "La responsabilidad civil", Ed. La Ley p. 24/25). En cambio "los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios" porque "los intereses colectivos, tienen como portavoz "al ente exponencial de un grupo no ocasional", es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general. En este sentido, los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un procedimiento de sectorialización y especificación (v.gr. el interés difuso de los consumidores a la salubridad del mercado de consumo, se transforma en el interés colectivo de los miembros de una asociación de consumidores)" (Stiglitz, ob. y cit.; igualmente: CNCiv., sala I, 28/4/93, "Bosch Francisco c. Inspección General de Justicia, JA 1994-I-512).

Mientras que los "intereses difusos" son generales y en principio su tutela está conformada institucionalmente a "sujetos activos de la administración Pública", los intereses "colectivos" son intereses de categoría que se imputan a grupos o asociaciones (Saux, Edgardo I, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", cit. Revista Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p.115).

Dentro de la categoría de difusos se ha incluido en la jurisprudencia lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural (según expresión de Juan C. Venini en "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual", cit., t. 3, p. 41) entre los que se ha señalado a los edificios escolares como bienes públicos (CS Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperadoras Escolares c. Prov. de Santa Fe", voto del doctor Ullua, en JA, 1991-IV-293; para el derecho español, ver Manuel Lozano - Higuero Pinto, "Interés difuso y protección de patrimonio cultural en el Derecho español" en "La legitimación. Homenaje al Profesor doctor Lino Palacio", p. 394).

En igual sentido, y siguiendo a Morello, Hitters y Berizonce se pronunció la Cámara Federal de La Plata (cit, sala III, 8/8/88, "G. A. y otro c. Gobierno nacional", voto del doctor Schiffrin, JA, 1988-III-97).

Analizando pormenorizadamente la cuestión dice Osvaldo A. Gozáni que "el derecho difuso o 'fragmentado' admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno, lo es también a la clase. El interés difuso puede ser un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo -público o privado; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato "obligaciones" (derecho subjetivo privado) el 'poder-deber' público de ampararlo (derecho subjetivo público)" (aut. cit., "La legitimación en el proceso civil", ps. 313/314, 299, 315, 323, 327, 329 y passim.).

En general, y con variantes, esta es la tendencia que registra el proficuo Derecho autoral (conf. Juan C. Venini, "El daño y los intereses difusos" en "Derecho de daños - parte 2<sup>a</sup>", p. 53; Flah, Lily - Smayevsky, Miriam, "Legitimación de los titulares de intereses difusos", en "La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Goldenberg", p. 397; Barbosa Moreira, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", cit, Revista Jus, N° 34, 1983, 61 y sigtes.; Pellegrini, Grinover Ada, "Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores - la ley brasileña del 24 de julio de 1985, N° 7347", Revista Jus, N° 38, 1986, 63 y sigtes.; Morello, Augusto Mario, "La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos", en JA, 1990-II-719 y sigtes.; Morello, Augusto M., "La defensa de los "intereses difusos" y el derecho procesal", en JA, 1978-III-321 y sigtes.; Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos", en JA, 1985-IV-651 y sigtes.; aut. cit., "Daños colectivos, aseguración y tarificación del resarcimiento por lesiones a la persona o pérdida de la vida humana", ED, 110-963; Stiglitz, Gabriel A., "Tutela del ambiente y del consumidor. Dos recientes soluciones en derecho español", en LA LEY, 1983-B, 793; Jiménez, Eduardo P. - Costantino, Juan A., "Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances", en ED, 140-834; De La Rúa, Angelina F. de, "La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba", en LA LEY, 19960-B, 789; López Alfonsín, Marcelo - Dalla Vía, Alberto, "Los llamados 'intereses difusos' y la protección constitucional del medio ambiente", JA, 1992-III-

708 y ED, 147-785; Tawil, Guido S., "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", LA LEY, 1995-B-1291; Taiab, Jorge - Zentner, Diego, "El acceso a la justicia en la problemática de los intereses difusos", LA LEY, 1991-E, 1045).

c. Vinculada con esta cuestión surge la noción de daño sufrido colectivamente -por oposición al causado colectivamente como lo postula Zavala de González ("El daño colectivo" en "Derecho de daños", p. 44), en tesis que comparten Agogliá, Boragina y Meza, entre otros (aut. cit., "La lesión a los intereses difusos. Categoría de daño jurídicamente protegible", cit., JA 1993-II-890). "Hay daño colectivo cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal". "Daño grupal -acota esa autora es calificable como difuso, en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se esparce, propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto" (aut. y ob. cit., p. 452).

En parecido orden de ideas y referido -como en el "sub-lite" a la legitimación colectiva activa, Lorenzetti clasifica los intereses vinculándolos con el interés del grupo y la titularidad o cotitularidad de los bienes del modo siguiente: a) interés individual; b) Intereses plurindividuales homogéneos; c) Interés transindividual colectivo -el titular del interés es el grupo; d) Intereses transindividuales difusos -el titular del interés es la sociedad o un grupo indeterminado de sujetos; e) Interés público en el que se legitima al Estado para la defensa de un interés general (aut. cit., "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LA LEY, 1996-D, 1058 y "Las normas fundamentales de Derecho privado", p. 168). Por ende, "cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el estado" (aut. y ob. cit.).

En estos casos aflora el rol del "Estado como demandante" y en el derecho municipal local incumbe al Intendente - como en la Provincia al Fiscal de Estado ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos (ver Vallefín, Carlos, "La legitimación procesal y las situaciones jurídicas subjetivas. Un perfil olvidado, el Estado como demandante", en JA, 1987-III-643).

#### 4. Daño moral colectivo.

a. Se han expuesto diversas teorías y criterios para tipificar el daño moral, postulándose definirlo atendiendo al interés objeto de la lesión. En tal sentido se predica que el daño jurídico es la afectación al interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, haciendo hincapié en que el interés es el núcleo de la tutela (Bueres Alberto J. "El daño moral y sus conexiones con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general" Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 1, p. 238 y sigtes.; su voto en el plenario CNCiv., 4/4/95, "Fernández, María C. c. El Puente S. A.", ED, del 20/6/95; LA LEY, 1995-C, 642 y JA 28/6/95, p. 50; Zannoni Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil p. 24 y "Acerca de la actividad dañosa y el daño moral" LA LEY, 1985-D, 863; Agogliá, María - Boragina Juan C. - Meza, Jorge A., "La lesión a los intereses difusos - Categoría de daño jurídicamente protegible", cit. JA, 1993-III-887; Lorenzetti, Ricardo Luis, "La lesión física a la persona. El

cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 1, "Daños a las personas" cit., p. 103; De Lorenzo, Miguel F., "El daño injusto en la responsabilidad civil", p. 17, nota 11-17/21). Por otro lado se define al daño por la naturaleza de los derechos lesionados es decir se lo tipifica por la afectación a los "derechos personalísimos o de la personalidad", que es la postura de Bustamante Alsina, Alterini, López Cabana, Brebbia y Trigo Represas, según lo expusiera este último autor en su ponencia en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, y a la que, entre muchos otros, adhiere Juan C. Venini ("Daño moral", LA LEY, 1985-A, 1035). Desde otra postura se propone atender a las consecuencias o resultados de la acción antijurídica, como lo predicen Mosset Iturraspe, Pizarro y Zavala de González -entre muchos otros prestigiosos autores (ver Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. IV, p. 91; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación" en JA, 1986-III-898; Zavala de González, "El concepto de daño moral", JA 1985-I-726, y "Daño moral por lesión de bienes patrimoniales", LA LEY 1985-B, 968).

Si bien participo del primero de estos criterios, corresponde acatar la doctrina legal de la casación bonaerense que adhiere a la tesis de que el daño moral "tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos; no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante" (ac. 22.053, 12/7/77, "Bernardello, Bonifacio F. homicidio", DJJ, 172-342; ac. 40.082, 9/5/89, "Orellano de Miranda, Nélica c. Empresa de Transporte Línea 216 - Daños y Perjuicios", A y S., 1989-II-15; L.40.790, 13/6/89, "Miguez, Rubén Rolando y otros c. Comarca S.A. y otro - daño moral", A. y S., 1989-II-391; ver mi artículo "El derecho de daños en la Suprema Corte de Buenos Aires (la legitimación)", Separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXXIII, Nº 53, p. 67). En otra ocasión la casación local dijo que "el daño moral constituye toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura un daño moral" (ac. 53.110, 20/9/94, "Colman, Carlos R. y otro c/ Clínica del Niño de La Plata S. A. y otros - daños y perjuicios", DJJ, 147-299 y JA, del 30/8/94, p. 55; esta sala, causa Nº 37.202, 9/5/96, con mi voto, "Morales, María Luján c. Rostiburu, Rubén Horacio y otros s/ daños y perjuicios", publicada en DJJ, 151-19).

b). Ingresando al examen del daño moral colectivo comencemos por señalar las calificadas opiniones que niegan su viabilidad. En ese sentido inscribimos la opinión de Edgardo I. Saux y de Ramón D. Pizarro. El primero esgrime dos argumentos: la necesaria pluralidad, inorganicidad y hasta desconocimiento en la totalidad de los afectados torna riesgosa la tarea de la cuantificación y prueba del daño moral colectivo porque en tal caso o se calcula la asignación individual derivada de cada agravio moral y se acciona por el todo, dividiendo luego lo obtenido, o se globaliza el reclamo abarcando un litis consorcio pasivo "informe". Lo primero -agrega es impracticable y lo segundo desnaturaliza el rol resarcitorio del daño moral, retro trayéndolo a la sanción ejemplar, arbitrio este que puede ser obtenido a través de los daños punitivos (aut. cit., "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 7, p. 133). Adhiere a esta opinión Pizarro al sostener en su última obra "que el daño moral colectivo o grupal refiere a supuestos de lesión a intereses no patrimoniales colectivos o difusos, cuya lesión puede provocar una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad"; o sea como "equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales", lo que no se compadece con la naturaleza individual del daño ligado a la espiritualidad y subjetividad de cada damnificado (aut. cit., "Daño moral", p. 283, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

La postura contraria fue sustentada por primera vez por los doctores Augusto M. Morello y Gabriel A. Stiglitz en la ponencia presentada en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil -en 1984 en base al cual suscribieron, - junto al doctor Jorge Mosset Iturraspe el siguiente despacho: "La categoría del daño moral colectivo ocasionada globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada" (Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Revista Notarial, Nº 877, p. 1642). Esa idea primigenia fue luego desarrollada en posteriores trabajos de ambos juristas platenses ("Daño moral colectivo", en LA LEY, 1984-C, 1197 y "Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos" ps. 117/133 y 100, 136, 149, 155, 195 t passim., La Plata 1986). Parten de la idea de que "la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión a los sentimientos personales, afecciones legítimas o tranquilidad anímica", y tiene "un matiz "social" en la medida en que nace de las relaciones de la persona con su ambiente o circunstancia físico-temporal". Luego al referir a las nuevas manifestaciones de la dañosidad señalan que existen "lesiones no sólo respecto los bienes propios y exclusivos de los particulares, personales y diferenciados, sino que el daño lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social".

De allí coligen que el daño moral colectivo es el que comprende a "un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectada en derechos o intereses de subida significación vital, que sin duda, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la Ley". Concluyen la ponencia recalcando un aspecto que es decisivo en el sub-lite: "el daño -o una parte del mismo asume la condición de cierto sólo en relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto a sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado. En tales casos, el destino del todo o parte de las indemnizaciones se liga con el matiz de lo social, pues deberían afectarse a un fondo de recuperación, reconversión o eliminación de las causas del daño colectivo".

Adhiere expresamente a este criterio, como se anticipó, Jorge Mosset Iturraspe (aut. cit., "Reponsabilidad por daños - Daño moral", t. IV, ps. 228/229). Zannoni cita la doctrina francesa que se inclinaría por esa solución cuando se trata de intereses colectivos en sentido propio, o sea no han sido tomados por ningún organismo con personería por contraposición a los difusos en los que la acción compete a las asociaciones reconocidas (aut. cit., "El daño en la responsabilidad civil", ps. 46/4 y luego su exposición sobre daño moral indirecto por afectación a bienes patrimoniales con valor de afección, ps. 437/38). Esta es también, como ya se dijo, la opinión de Lorenzetti (aut. cit. y obs. cits. supra).

c) Después de estas extensas consideraciones arribo a la conclusión de que debe admitirse el daño colectivo extrapatrimonial sufrido por la comunidad de Tandil -incluidos sus ocasionales visitantes por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal (art. 2341, Cód. Civil). A esa opinión se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extra patrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de Tandil que disfrutaban de la escultura por la afectación a una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional (arts. 20, inc. 2º y 28, Constitución Provincial; arts. 41 y 43, Constitución Nacional).

Más difícil resulta lo atinente a la legitimación activa, aquí excluyente y exclusivamente ejercida por la Municipalidad de Tandil en una suerte de representación colectiva de los intereses difusos afectados.

En tal sentido, y pese a la ausencia de norma legal expresa, la evolución doctrinaria y jurisprudencial que fue analizada, y con las provisionalidades que también destaqué en esta singular materia, opino que debe admitirse que la Municipalidad de Tandil, a través de su Departamento Ejecutivo, actúe, en el caso, en representación globalizante de todos y cada uno de los sujetos cuyo derecho difuso se ha vulnerado. Ello no sólo porque la demandante es la dueña de la escultura dañada, obligada a su cuidado y conservación, sino porque ha quedado consentido por la actora que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De este modo, y haciéndome cargo de la dificultad de la cuestión, el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado (arts. 1066, 1068, 1078, 1083, 1095, 1110, 1113, 2311, 2312, 2339, 2340 inc. 7º, 2341, 2344 y concs. Cód. Civil; ley orgánica municipal - decreto-ley 6769/58 arts. 1º, 26, 27 incs. 3º, 8º, 17, 52, arts. 108 inc. 5º, 132, 203 y concs.).

d) En cambio, y atento las mismas particularidades analizadas y las notorias dificultades para cuantificar este daño moral colectivo, propongo la reducción de su cuantía a la suma de \$ 1.800, la que resulta más acorde con la entidad y gravedad de la lesión, computando, además, que el valor artístico e histórico de la obra es de U\$S 150.000, databa de 1945, se trata de una reproducción de una parte de la obra "Las Nereidas", fue construida con mármol originario de Italia y cuyo plazo de restauración oscila entre 10 y 12 meses (ver pericias y fotografías; explicaciones; informaciones periodísticas; arts. 165, 384 y 474 Cód. Procesal; art. 1078, Código Civil).

También propongo reducir a \$ 30.000 el restante daño resarcible recurrido, consistente en la minoración patrimonial de la obra, la que pese a la tarea de restauración artística no recuperará, como lo dice el perito interviniente, su originalidad natural, porque es necesario ejecutar numerosos trabajos, además de la importación de mármol blanco de Italia, y del tallado de piezas faltantes, y del encaje, soldadura y de la restauración completa. A esos fines pondero el porcentaje menor (del 20%) del total estimado por el perito (que, dijo, oscilaba hasta el 30% de su valor de U\$S 150.000), computando -como lo afirma el apelante que la escultura no se encontraba en su estado originario porque se le había aplicado pintura látex lo que le restaba valor artístico (conf. pericia fs. 171/85 y fs. 200/201; arts. 384 y 474, Cód. Procesal). Así lo voto.

Las doctoras de Benedictis y Fortunato de Serradell votaron en idéntico sentido.

2ª cuestión.- El doctor Galdós dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior corresponde confirmar en lo principal la sentencia recurrida; modificándola en el monto del daño moral colectivo que se reduce a \$ 1800 y a la minoración del valor total del grupo escultórico que se fija en \$ 30.000 ambas a la fecha de este decisorio. Imponiendo las costas a los apelantes perdidosos (art. 68 Cód. Procesal).

Las doctoras, de Benedictis y Fortunato de Serradell, votaron en análogo sentido.

La sentencia de fs. 232/237 se encuentra ajustada parcialmente a derecho en cuanto ha sido motivo de apelación. Por lo expuesto, y demás fundamentos del acuerdo se la confirma en lo principal, modificándola en el monto del daño moral colectivo que se reduce a \$ 1800 y a la minoración del valor total del grupo escultórico que se fija en \$ 30.000. Imponiendo las costas a los apelantes perdedores. -Jorge M. Galdós.- Ana M. de Benedictis.- Leticia A. Fortunato de Serradell.