--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“L. A. A. y otros c/ Municipalidad de Rawson y otro s/ Daños y Perjuicios- Solicita beneficio de litigar sin gastos” (Expte. 6 - Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es técnicamente suficiente la expresión de agravios formuladas por las co-demandadas recurrentes?, SEGUNDA: --Para el caso afirmativo de la anterior: ¿es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 539.-- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero:----------

----Vienen estos actuados a conocimiento de éste Tribunal de alzada con motivo de sendos recursos de apelación, los que fueran deducidos por los integrantes del litisconsorcio pasivo, “Municipalidad de Rawson” (fs. 482) y “T. d. A. S.A.” (fs. 490), en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 471/481) por la cual se hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. A. A. . y la Sra. M. C. A., quienes intervienen en éste proceso por su propio derecho y por representación de su hijo menor –hoy ya mayor de edad- Sr. N. L., condenando a la “Municipalidad de Trelew” y a “T. d. A. S.A.”, a que abone a los actores, en el plazo que fija, la suma de $ 76.740, con más los intereses calculados en la forma dispuesta en el último considerando; con costas.----------

----A fs. 527/529 vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios formulados por la co-demandada “Municipalidad de Rawson”; y, a fs. 530/533, obra agregado el correspondiente a la co-demandada “T. d. A. S.A.”.----------Ordenado su traslado a la parte actora (fs. 534), el mismo fue evacuado por escrito glosado a fs. 535/536 vta..----------I.- A) Expresión de agravios de la co-demandada “Municipalidad de Rawson”: ----1) **Rechazo de la eximente opuesta “culpa de la víctima**”: Expone que se agravia que se hubiera atribuido responsabilidad por el hecho endilgado. Afirma que de las constancias obrantes en autos surge que el evento dañoso se produjo por culpa exclusiva de la víctima. Asevera que el Sr. Juez a quo no ponderó prueba concreta y específica que conducen a establecer la culpa de la víctima. Recuerda que el desplazamiento de una bicicleta importa un riesgo por sí mismo, lo cual significa que el conductor de la misma deba extremar la atención y extremando los cuidados de velocidad y lugar por donde se desplaza. Efectúa cita jurisprudencial en apoyo de su afirmación a cuya lectura remito. Destaca que la tapa de la cámara de registro que existe en la plaza Güemes de Rawson faltaba desde hacía más de dos años cuando se produjo el accidente. Cita en apoyo de tal afirmación el testimonio del placero Sr. S. N., declaración que advierte fue citada expresamente por el fallo que cuestiona. Refiere que dicho testigo dijo cumplir tareas de mantenimiento en la plaza Güemes y que la tapa de la cámara no se

encontraba colocada desde que comenzó a trabajar allí por el mes de noviembre de 2003 recordando que el accidente ocurrió en el año 2005. De allí expresa que si el menor concurría asiduamente a dicha plaza como lo refirió cuando declaró en la causa penal, sabía y conocía que la tapa no estaba y que había un desnivel importante hasta llegar a la segunda tapa. Entonces, manifiesta, debió haber advertido y extremado su diligencia para evitar circular por ese lugar pero no lo hizo exponiéndose de manera consciente a un riesgo concreto y específico, más aún circulando al anochecer cuando la visibilidad ya era reducida. Cita y destaca el informe del Sr. A. P. R. (fs. 115 de la causa penal), en el cual se expresó que la plaza se utilizaba generalmente como pista por los jóvenes que circulaban en bicicleta por el lugar y que usaban como obstáculo para saltar el lugar donde ocurrió el hecho. Cita el testimonio de la Sra. T. d. C. V. quien expresó que era habitual que los niños anduvieran en bicicleta en la plaza en el lugar donde se produjo el accidente. Vale decir, expresa, que el menor no solo conocía que faltaba la tapa por concurrir siempre a ese lugar, sino que más aún, utilizaba frecuentemente ese lugar para saltar por sobre el desnivel que quedaba con la contratapa que estaba por debajo. De lo cual deduce conclusivamente que el accidente sufrido por el entonces menor N. L. fue producido por su culpa exclusiva, desplazando y eximiendo a su parte de la responsabilidad que tiene en el evento dañoso de conformidad con los arts. 1.111 y 1.113 del Código Civil. Reproduce el texto de los artículos citados en la parte que estima pertinente, reseña lo que la doctrina que cita define como el “hecho de la víctima”, a todo lo cual igualmente remito. Sigue diciendo que en el caso de autos la conducta del menor consistió en exponerse de manera consciente y voluntaria a pasar con su bicicleta por el desnivel producido en la boca de registro habida en el lugar, y con ello, a un eventual riesgo de sufrir algún accidente. Sostiene que este hecho es corroborado por su propia declaración producida en sede penal, dando cuenta que hacía años que la misma no se encontraba puesta. Más aún, señala, que éste habría afirmado que se encontraba jugando a saltar el desnivel existente. Manifiesta que los requisitos propios para que el hecho de la víctima exima de responsabilidad son los siguientes: a) causa adecuada, esto es que el hecho de la víctima solo libera si fue causa adecuada de la producción de los perjuicios; b) no ser imputable al demandado, es decir, que el accionado no debió provocar la realización de esa conducta por el demandado; c) certeza, en cuanto el hecho de la víctima no debe admitir hesitación alguna de su existencia. Se apoya en doctrina ya citada. Asevera que todos estos presupuestos se verifican en el caso de autos, indicando que la causa adecuada resulta más que evidente, toda vez que el propio conocimiento de la existencia de un desnivel y su conducta posterior determinaron el acaecimiento del daño. Asimismo, afirma, que su parte no contribuyó en modo absoluto a su causación, por haber sido ocasionado con una cosa inerte. Alude a la opinión doctrinal denominada de la “aceptación de los riesgos” en sentido propio e impropio. Especificando solo el sentido impropio referido cuando, expresa, que sería cuando una persona voluntaria y

desafortunadamente, asume un riesgo del que nadie es responsable –cita como ejemplo: bajar de un vehículo en movimiento, cruzar una calle de intenso tránsito-. Postula que el magistrado de la anterior instancia no advirtió que se encuentra acreditada en autos una eximente que viene a fracturar el nexo causal del hecho endilgado a su parte. Asegura que no es cierto que el menor no divisó el obstáculo y que por ello no pudo evitarlo, postulando que sabía perfectamente donde estaba y podía evitarlo, por el simple hecho de recorrer todos los días la plaza en la misma bicicleta, *"…Pero no lo hizo, por tanto su responsabilidad es exclusiva por el daño acaecido…"* (Sic)(Vide: escrito de expresión de agravios –fs. 529 vta.-). Refiere a los fundamentos expuestos por el Sr. Juez a quo en relación a las tareas del placero a fin de prevenir accidentes como el acaecido indicando que el placero no es una persona que esté para cuidar a los niños y evitar que éstos sufran algún accidente. Manifiesta que si la tapa faltaba desde antaño y nadie había sufrido algún accidente no era de esperar que tuviera que realizar alguna actividad específica. Asegura que todos sabían de ello y ya la evitaban, de lo cual deduce que mal puede descansar la responsabilidad de su parte en el artículo 1074 del Código Civil.----------B) Expresión de agravios de la co-demandada "T. d. A. S.A.": ----------2) **Rechazo de las eximentes opuestas "culpa de la víctima" y "el hecho del tercero por quien no debe responder"**: Alude a lo que expusiera al responder a la demanda en relación a que en determinadas circunstancias todas las cosas pueden llegar a ser peligrosas ejemplificando con la maceta colocada en el borde de un balcón en el décimo piso. Señala que este tipo de cosas que normalmente no son peligrosas solo pueden dañar a raíz de una acción humana que las utiliza o las coloca en una situación de riesgo. Advierte que también señaló que algunas cosas son normalmente peligrosas en sí mismas y con prescindencia de una acción humana inmediata y que dicho peligro es inherente a su propia naturaleza y destino, sea por su sola existencia, sea por su forma corriente de utilización. Destaca que el art. 1.113 del Código Civil, consagra la responsabilidad objetiva por el riesgo, no de cualquier cosa sino de aquellas que son normalmente peligrosas. Postula que la boca de una cámara de inspección normalmente colocada como lo estaba antes del accidente y lo está en la actualidad, con su respectiva tapa, es una cosa no peligrosa en sí misma, agregando que tampoco se encuentra colocada la cosa en una situación de riesgo. Refiere también al vicio de la cosa a lo cual remito por no ser conducente al caso. Advierte que a la cámara de inspección de su propiedad le faltaba uno de sus elementos por robo o hurto del mismo, es decir por el accionar de terceros ajenos que operan como una eximente de responsabilidad y por el cual no debe responder. Advierte que la propia parte actora sostuvo el robo o hurto de la tapa de la cámara de inspección atribuyéndolo a personas interesadas en robar hierro para fundir y reciclar, es decir, repite, por el accionar de terceros por los cuales su parte no debe responder y que opera como una eximente de su responsabilidad. Puntualiza que el robo o hurto adquirió certeza con la denuncia

policial efectuada al tiempo de tomar conocimiento del faltante de la misma indicando que, tal como surge de las actuaciones penales que ofreciera como prueba, fue el primero de dicho tipo en la ciudad de Rawson, por lo que no puede sostenerse –dice- que, al menos hasta dicho momento, las tapas de las cámaras de inspección de todos los servicios e incluso las bocas de tormenta, son fácilmente removibles ya que por sus propias dimensiones y peso del material con el que se construye no lo son. Ergo, continúa diciendo, no podría endilgársele a su parte una diligencia diaria en la constatación de faltantes de dichos elementos que hasta dicho momento no habían faltado o que no habían sido robados nunca. Refiere que también sostuvo que la faltante de la tapa de la cámara de inspección no había sido denunciado por persona alguna, ni al municipio ni a su parte, ni siquiera por los padres del menor que sostienen que su hijo acudía todos los días a dicha plaza municipal. Asegura que fue un hecho desgraciado de ese día o de la noche anterior. Indica que de las testimoniales de los vecinos de la plaza Güemes obrantes en las actuaciones penales ofrecida como prueba no surge ni se denuncia en momento alguno que el faltante de la tapa datara de tiempo atrás; que todos tomaron conocimiento del accidente y viven frente a dicha plaza pública; y, que ni el propio menor en su declaración en sede penal da cuenta del faltante de la tapa hasta que sucede el accidente, no obstante manifestar que iba todos los días a jugar a esa plaza pública. No obstante, postula, que en un erróneo y único fundamento el Sr. Juez a quo rechazó la eximente de responsabilidad sosteniendo que la denuncia llevada a cabo por la co-demandada fue realizada luego de ocurrido el accidente sin que exista prueba alguna que permita acreditar que la tapa en cuestión hubiera sido efectivamente sustraída por un tercero extraño. Entiende como obvio que la denuncia de hurto o robo sólo se puede efectuar luego de la toma de conocimiento de su faltante y no antes. Vuelve a sostener que por los dichos del menor en sede penal éste nunca antes había visto el pozo –cita fs. 113 de dichas actuaciones-. Cita también el testimonio de la Sra. V. (fs. 251 y vta.) que fuera citado por el Sr. Juez a quo, que indicó que era habitual que los niños anduvieran en bicicleta en la plaza en el lugar donde se produjo el accidente, descartando que con anterioridad se hubiera producido otro accidente. Alude de nuevo al reconocimiento de la propia parte actora cuando manifestó que en el lugar del accidente, en ese momento, faltaba la tapa de la cámara de inspección del servicio de telefonía, presumiblemente por robo o por hurto y que, posteriormente, le atribuye a personas interesadas en robar hierro para fundir o reciclar. Indica que la toma de conocimiento de su parte del accidente y del faltante fue prácticamente concomitante, expresando textualmente *“…me animaría a decir, de la noche anterior a la producción del accidente.”*(Sic)(Vide: expresión de agravio –fs. 531 vta.). De allí, justifica, que la parte actora sostuviera en su demanda que en ese desgraciado momento faltaba la tapa de la cámara de inspección y que la denuncia de robo o hurto que realizara su parte sea posterior al momento del accidente. Dice agraviarse también que se considerara que no existe prueba alguna que permita tener

por acreditado que la tapa en cuestión hubiera sido efectivamente sustraída por un tercero extraño para descartar la eximente de responsabilidad opuesta por su parte. Si no fue sustraída por un tercero extraño, se pregunta ¿qué pasó con la tapa?. Y, si no fueron terceros, ensaya como respuestas que, o bien se esfumó o desapareció; o, la retiró la municipalidad o su parte. Postula que desde ya que ninguna de tales respuestas ensayadas fue por lo que sostiene que fue un tercero extraño que opera como eximente de responsabilidad. Se agravia igualmente de que no se hubiera hecho lugar a la eximente de “culpa de la víctima” también opuesta en cuanto se da como único argumento para ello que su parte no habría probado que la conducta del menor hubiera sido la causa que dio origen al accidente en que resultó lesionado. Rememora que sostuvo al oponer dicha eximente que el daño provino de una causa ajena al hipotético riesgo o vicio de la cosa y que dicha causa ajena era la culpa de la víctima menor de edad accidentado. Indica que la cámara de inspección cuenta con otra tapa más abajo (señala que a unos 15 cm conforme surge de la causa penal) por lo que no puede sostener que se constituya en una trampa o peligro para transeúntes, peatones y ciclistas; menos aún para el menor N. que sostuvo que iba todos los días a la plaza Güemes a jugar y andar en bicicleta. Asegura que no se puede inferir que el menor llegaba a jugar a la plaza dicho día a las 8 de la noche y cuando ya, como lo sostienen sus padres, estaba anocheciendo, sino que debió haber estado allí desde horas antes jugando y andando en bicicleta sin tomar los recaudos para circular o andar en la bicicleta ante la faltante de la tapa de inspección. Alude que también se sostuvo que vendría circulando a una considerable velocidad para quebrar la horquilla de hierro de la bicicleta y volar literalmente dos metros hasta impactar en la vereda. Que no es hora para que un niño de once años en compañía de su hermano menor de nueve años de edad y un amiguito, estén a esa hora de la tarde/noche, ya a oscuras, jugando en la vía pública, máxime cuando tienen su domicilio en el Barrio H., del otro lado del río Chubut. Tales extremos surgen –expresa- de la causa penal y de la propia demanda y hasta el más mínimo sentido común por lo que postula que no puede sostenerse como único argumento para descartar la eximente de responsabilidad que opusiera que su parte no probó de manera fehaciente que la conducta del menor hubiera sido la causa que dio origen al accidente. Cita el informe del Sr. A. P. R., obrante a fs. 115 de la causa penal, del cual surge que la plaza era utilizada generalmente como pista por los jóvenes que circulaban en bicicleta por el lugar y que usaban como obstáculo para saltar el lugar donde ocurrió el hecho que se investiga. Se pregunta a continuación –siempre en el hipotético caso de entender que la tapa de inspección faltaba desde tiempo antes, lo que repite que no es cierto como quedó demostrado en autos- si ha prescindido el Sr. Juez a quo de tales pruebas. Afirma que ha quedado demostrado palmariamente la eximente del hecho de la víctima con influencia causal en el evento dañoso. Máximo, insiste, cuando el menor accidentado, su hermano, su amiguito, el hijo de la vecina de enfrente a la plaza, iban todos los días a andar en bicicleta a dicha plaza, la que

utilizaban como pista y como obstáculo para saltar la boca de inspección de su parte. Manifiesta que, el menor accidentado concurría a una plaza pública a andar en bicicleta, que de por sí ya no se debe, corría carreras en ella, lo que menos aún no se debe, utilizaban como obstáculo para saltar la boca de inspección de su parte, por lo que –concluye- no se puede pretender inferir como lo hace el Sr. Juez a quo que no hubo hecho de la víctima con influencia causal en el evento dañoso; y, más aún, pretender sostener que no se encuentra probado en autos. 3) **Rechazo de la responsabilidad que les cabe a los padres del menor accidentado:** Dice agraviarse por la desestimación de tal responsabilidad, la que sostiene les cabe a los padres por el accidente sufrido por su hijo por su negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el deber de vigilancia activa que impone la patria potestad, porque indica que ésta no se rige por el art. 1.114 del Código Civil como único argumento, cuando su parte no lo encuadró en norma alguna siendo deber del juzgador fijar el encuadre jurídico por el principio *iuria novit curia*. Ergo, continúa diciendo, no puede descartar un eximente de responsabilidad esgrimida por su parte por el solo hecho que lo entiende mal encuadrado jurídicamente, máxime cuando su parte ni siquiera ensayó un encuadre.----------La parte actora, al responder los escritos de expresión de agravios, según los traslados que le fueran conferidos, expresa en relación a lo que fuera esgrimido en sustento de la impugnación planteada por el Municipio de la ciudad de Rawson, que dicha corporación era quien estaba a cargo de probar la culpa de la víctima que invocara para que el tema fuera objeto de análisis en el fallo. Afirma que no produjo prueba alguna en tal sentido ni existen otros elementos probatorios en la causa que permitan sostener con algún grado de certeza la existencia de una conducta temeraria de parte de la víctima que pudiera eximir de responsabilidad a la demandada apelante. Respecto de los agravios vertidos por T. d. A. S.A., indica en relación a la eximente del hecho del tercero por quien no debe responder que sería el autor del robo o hurto de la tapa de seguridad de la boca de inspección, que ni en la causa penal ni en este expediente se probó en forma fehaciente desde cuándo faltaba la tapa, sí está probado que la denuncia fue presentada al conocer la empresa demandada sobre el hecho dañoso probablemente –especula- para poder articular la defensa que se le niega. De todas maneras, manifiesta, la empresa condenada en autos era responsable de mantener sus bienes en buen estado de conservación, evitando que sus cosas provoquen daños. Destaca que la tapa faltante era extraíble y carecía de algún elemento de seguridad que evitara su retiro convirtiendo a la cámara de inspección en una trampa. Expresa que tanto la empresa como la municipalidad por hallarse la tapa en un lugar público, eran responsables de que dicha tapa estuviese en su lugar o, en su caso, que se advierta debidamente de su faltante, convirtiendo el sitio en un lugar peligroso para los niños que jugaban en la plaza. Asimismo, en cuanto a la eximente de culpa de la víctima que la empresa también invoca valen los mismos argumentos que se expusieran respecto al

municipio. En relación al tercer agravio entiende que tampoco merece mayores comentarios por cuanto carece de seriedad –dice- pretender desplazar su responsabilidad y atribuírsela a los padres del entonces menor N. Expresa que dejaron ir a su hijo a jugar a una plaza pública de la Municipalidad de Rawson, habilitada a tales efectos y donde a toda hora existen niños jugando y andando en bicicleta. Señala que N. no se encontraba jugando en la calle o en otro lugar riesgoso, concluyendo que en consecuencia la responsabilidad del evento dañoso es exclusiva de los demandados.----------

II.- En los límites provistos por los agravios que fueran formulados por las co-demandadas en autos, como asimismo, atendiendo a la contestación que a los mismos dirigiera la parte actora; ingresaré al tratamiento de los motivos de impugnación, haciéndolo en conjunto con aquellos agravios vertidos por ambas en tanto se encuentran relacionados con las eximentes de responsabilidad que fueran oportunamente invocadas. Y, por último lo haré con relación a la desestimada pretensión defensiva que fuera planteada por T. d. A. S.A., en tanto postula la responsabilidad de los padres por los daños sufridos por su hijo –para ese entonces menor de edad- con fundamento en la patria potestad.----------

----------A).- 1); B).- 2) **Eximentes de responsabilidad: “culpa de la víctima” y “el hecho de un tercero por quien no se debe responder”:** El Sr. Juez a quo en relación a la eximente “culpa de la víctima” invocada por ambas co-demandadas en autos indicó respectivamente y en lo pertinente, lo siguiente:----------

----En relación a la responsabilidad que se le endilga al municipio de la ciudad de Rawson sostuvo que: “…la Municipalidad tiene a su cargo no sólo el cuidado y mantenimiento de los paseos o plazas, sino primordialmente debe atender a la seguridad de la comunidad que utiliza dichos espacios de dominio público. En el presente caso, se ha probado que la demandada tenía una persona a cargo del cuidado de la plaza Güemes en donde ocurrió el accidente en virtud del cual se lesionó el menor N. L. Es evidente, que si faltaba la tapa de la cámara de inspección y si los niños del vecindario concurrían asiduamente a la plaza a jugar o a circular en bicicleta, el cuidador mencionado no llevó a cabo su tarea de manera adecuada a fin de prevenir accidentes como el acaecido a dicho menor –Artículo 1074 del Código Civil-…” (Sic)(Vide: considerando de fs. 478 vta.).---------- ----------

----Y, en cuanto a la responsabilidad atribuida a la co-demandada T. d. A. S.A., el juzgador de grado expresó: “…En tanto, la responsabilidad de la codemandada T. d. A. deriva de su calidad de dueña de la tapa de la cámara de inspección, y por haber omitido las diligencias necesarias a fin de evitar la posibilidad del acaecimiento de daños a terceros como ocurrió en la especie, pese a contar con personal que se ocupaba de la infraestructura existente en esta ciudad…” (Sic)(Vide: considerando de fs. 478 “in fine”).---------- ----------

----Las porciones que se han transcripto referencian aquello que, estimo, constituye el núcleo motivacional del veredicto, en cuanto explicita el fundamento o encuadre legal

en el que se sustenta el juzgador para decidir la atribución de responsabilidad a cada uno de los sujetos demandados en este proceso con motivo del evento dañoso sufrido por el entonces menor N. L.---------- Ello así, habida cuenta que pone “ab initio” en el tapete del análisis, para mí, las siguientes precisiones, a saber: I) respecto de la municipalidad demandada, que no es factible argüir, como infructuosamente lo hace la mencionada corporación municipal, la supuesta incidencia causal que habría tenido el hecho de la víctima ante la concreta y puntual falta de servicio en la cual se apoya el motivo por el cual se le imputa el deber de responder por las consecuencia dañosas sufridas en el accidente que protagonizara el entonces menor N. L. II) Y, respecto de la co-demandada “T. d. A. S.A.”, quien solo se limita a reiterar o, más bien, a insistir sobre un posicionamiento defensivo que ya había planteado en presentaciones anteriores por ante el juzgador de la anterior instancia, omitiendo de tal manera exponer en concreto y razonadamente en qué éste se habría equivocado en el desarrollo argumental que expusiera para entender lo contrario a lo argüido, y que vuelvo a decirlo, ya se había postulado al ejercer su defensa.---------- ----------

----I) En relación al municipio de Rawson, advierto que, si bien el sentenciante cita equívocamente el art. 1074 del Código Civil –estimo yo por confundir la omisión del funcionario con la omisión del Estado municipal del cual depende-, en verdad los hechos en los cuales apoya su veredicto y que constituyen el plafón o substrato fáctico que bien ponderara responden a un fundamento legal diverso, puesto que al indicar que “…se ha probado que la demandada tenía una persona a cargo del cuidado de la plaza Güemes en donde ocurrió el accidente…el cuidador mencionado no llevó a cabo su tarea de manera adecuada a fin de prevenir accidentes como el acaecido a dicho menor…” (Sic), está descartando de por sí que el municipio hubiera incurrido propiamente en un acto omisivo y, en realidad, proyecta más bien la imputación de las consecuencias perjudiciales provocadas a terceros damnificados por el accidente en virtud del factor de atribución derivado de la denominada “falta de servicio” que emerge de lo normado en el art. 1.112 del Código Civil.----------

----Ello así, toda vez que la idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento legal no ya en la omisión a un deber legal de actuar o por la inacción ante lo debido, presupuesto de hecho éste que emana de la norma citada por el juzgador que, vuelvo a decirlo, en la especie no estaría dado, por cuanto el mismo sentenciante aseveró que el municipio demandado dispuso de personal a cargo del cuidado y mantenimiento de la plaza Güemes. Ante tal circunstancia, ante el acaecimiento del evento dañoso corresponde la aplicación por vía subsidiaria del pre-citado art. 1.112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por los hechos u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir, sino de una manera irregular, con las obligaciones legales que les son impuestas, lo cual, en concreto y en el presente caso, es lo que pone en juego la responsabilidad

extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Público (Conf. C.S.J.N., 4/6/85, “Hotelera Río de la Plata S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L., 1996-B, 108; id., C.S.J.N., 18/12/84, “Vadell, Jorge F. c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L., 1985-B, 3; Fallos 308:2030).----------

---En tal sentido se configura la responsabilidad del Estado municipal por falta de servicio cuando, en definitiva y tal como aconteciera en el caso bajo análisis, el servicio de custodia y mantenimiento del paseo público –plaza- funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización o funcionamiento del servicio y el daño infringido. Si se verifica tal nexo de causalidad adecuada, el Estado municipal deberá responder por los daños sufridos sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario que se pudiere hallar involucrado en los sucesos.----------

----Y, cabe puntualizar o volver a precisarlo, en esta misma dirección también, que la atribución de responsabilidad por la falta de servicio sea por el irregular o el inadecuado cumplimiento de las tareas de cuidado y conservación del paseo público que comporta ser, indudablemente, la plaza Güemes donde acaeciera el evento dañoso, no se trata de una responsabilidad indirecta por el hecho u omisión del funcionario público –placero- toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, las que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas y con abstracción del dolo o culpa del funcionario público o del factor imputativo a título de riesgo creado (Conf.: C.S.J.N., 19/9/89, “Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas”, en L.L., 1990-C, 454).----------

----Ahora bien, no soslayo reparar que, a la par, la pretensión indemnizatoria por la falta de servicio imputable al Estado requiere dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir la manera objetiva en que ha consistido la irregularidad que daría sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos sin calificarlos singularmente. Ello por cuanto la “faute de service” es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual requiere una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio que une a la víctima con éste y el grado de previsibilidad del daño. Esto es, podría predicarse que la obligación del servicio se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar (Conf.: C.S.J.N., 28/4/98 “Zacarías, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros”, Fallos: 321:1124).----------

----Pues bien, esto último entiendo que se satisfizo suficientemente con la indicación actoral formulada en su libelo inicial consistente en que el municipio de Rawson falló tanto al aprobar los planos y diseño de la cámara de inspección colocada en la vereda de la plaza Güemes, como también falló a la hora de inspeccionar la construcción de la obra y, sobre todo –por su trascendencia en el presente caso-, falló a la hora de

controlar el estado óptimo de las instalaciones que corresponden a un espacio de dominio público de las características de la plaza Güemes que cuenta con un parque de juegos infantiles (Vide: escrito de demanda, punto V, apartado A – fs. 120 “in fine y 121 -). Respecto de este último y particular control, relativo específicamente a verificar que la cámara de inspección referida tuviera colocada la correspondiente tapa superior, fue un aspecto expresamente asumido al tiempo de contestar la acción por la corporación demandada, en tanto admitió que se encontraba a su cargo controlar y velar por el estado de los bienes que conforman el dominio público (Vide: escrito de responde, punto III. c –fs. 187, anteúltimo párrafo-) (Conf. Andrada, Alejandro Dalmacio, en “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, Ed. La Ley, ed. año 2008, Cap. IV, págs. 103 y sgtes.; id., Galdós, Jorge Mario, “Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices”, en Rev. de Daños, “Responsabilidad del Estado”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 9, págs. 25 y sgtes.; ídem, Garrido Cordobera, Lidia M. R., “Cuestiones que plantea la omisión del Estado dentro del derecho de daños”, en Rev. de Daños “Responsabilidad del Estado”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2010-3, págs. 169 y sgtes.).----------

----Es evidente y no ha sido discutido que el día 16 de abril del año 2005, el entonces menor N. L., resultó dañado en su integridad física cuando transitando con su bicicleta por la vereda de la plaza Güemes cayó dentro de la boca de la cámara de inspección a raíz de la falta de la tapa superior de la misma.------ ----------

----En tal contexto fáctico, nótese que se encuentra también expresamente reconocido que dicha plaza contaba con una persona a la cual se le asignó la tarea de su cuidado y mantenimiento indicándose, además, que ésta contaba con auxiliares que lo ayudaban en su tarea y aseverando que “…Una de las principales funciones de estos empleados es mantener su orden y seguridad, debiendo informar a sus superiores toda novedad o circunstancia que pudiera afectar su normal funcionamiento y que no pueda resolverse con los medios que tiene a su cargo…(…)Y en este sentido, jamás se informó o se puso en conocimiento de los responsables del área pertinente de la Municipalidad alguna anomalía o defecto en la plaza Güemes…”(Sic)(Vide: escrito contestatario, punto III. d – fs. 189-).----------

----Empero, de un modo francamente inaudito, para mí, paralelamente se afirma al intentar el sostenimiento del recurso y en tren de supuestamente intentar fundar la aludida incidencia causal atribuible al hecho de la propia víctima, que “…respecto al hecho de la causa, destacar en primer lugar que la tapa de la cámara de registro que existe en la plaza Güemes de Rawson, **faltaba desde hacía más de dos años cuando se produjo el accidente del menor N. L**…(…)Así surge de la declaración testimonial del placero S. N., citada expresamente en el fallo recurrido…**y que la misma no se encontraba colocada desde que comenzó a trabajar allí en el mes de noviembre de 2003**…”(Sic)(Vide: escrito de expresión de agravios –fs. 528 “in fine”-)(él énfasis me pertenece).---------- ----------

----Califico de inaudito este pretendido argumento impugnativo toda vez que, a más de contradecir sus propios dichos vertidos al tiempo de responder a la demanda, implican un claro y concreto reconocimiento de la falta de servicio, que de tal manera se entroniza en la especie, sin lugar a duda alguna, como la única y excluyente causa adecuada para la ocurrencia del evento del cual resultara dañado en su integridad física el entonces menor de edad N. L., tal cual lo vengo sosteniendo desde el comienzo del análisis.----------

----Pero hete aquí que concurre una razón que es la que resulta en la especie la concreta y realmente dirimente para desestimar sin más el pretendido agravio bajo estudio allende de las consideraciones que he venido realizando, cual es, nada más ni nada menos, que de una detenida y repetida lectura del escrito de contestación de la demanda no se advierte la más mínima alusión a la dicente oposición defensiva de la susodicha eximente “hecho de la víctima” que ahora se propugna como fundamento del pretenso agravio.---------- ----------

----De manera tal que no habiendo sido invocada al momento de trabarse la litis mal pudo el juzgador desestimar aquello que nunca integró el tema sobre el cual debía expedirse, ingresando tal planteo impugnativo dentro del supuesto previsto por los arts. 274 y 280 del C.P.C.C., que determina los límites de la materia sujeta a revisión de la alzada.---------- ----------

----De suerte tal que impedido se ve este Tribunal revisor de pronunciarse sobre capítulos no propuestos al juzgador de la anterior instancia, so riesgo de incurrir en incongruencia (Conf. Arts. 34, inc. 4°; 165, inc. 6° y 166 del Código del rito).----------

----Por lo dicho, pues, propiciaré al acuerdo que se declare desierto en tal porción el recurso incoado por el Municipio de la ciudad de Rawson. Así lo voto.----------

----II.- La co-demandada “T. d. A. S.A.”, he dicho ya al comienzo del presente examen, que se limitó a reiterar la posición defensiva que ya expusiera en presentaciones anteriores, en particular al tiempo de responder a la demanda, en tanto intenta reivindicar la concurrencia en el evento dañoso de los factores de ruptura del nexo de causalidad adecuada presumida por la ley por la participación en el evento de la cosa, la cual tornó en riesgosa por carecer de la correspondiente tapa superior de la cámara de inspección en la cual cayera el entonces menor N. L. en momentos en que transitaba por la vereda de la plaza Güemes.----------Esto es, ya en aquella oportunidad procesal la mencionada empresa co-demandada arguyó en su defensa que en el lugar del accidente “…en ese desgraciado momento…” faltaba la tapa de la cámara de inspección del servicio de telefonía, presumiblemente por robo o hurto –citando los dichos de los actores en su demanda-, postulando que tal presunción adquirió certeza con la denuncia policial de robo y hurto efectuada por su parte, para de allí invocar el hecho del tercero por quien no debe responder (Vide: escrito contestatario, punto III. 2 –fs. 203 vta./204-).----------

Pues bien, al respecto el juzgador a quo expresó textualmente lo siguiente: “…la

denuncia llevada a cabo por la codemandada fue realizada luego de ocurrido el accidente sin que exista prueba alguna que permita acreditar que la tapa en cuestión hubiera sido efectivamente sustraída por un tercero extraño, lo cual me lleva a descartar dicha eximente de responsabilidad…"(Sic)(Vide: considerando –fs. 477 vta. "in fine" y 478-).----------

----En contra de tal argumento sentencial se dirige ahora como pretendida crítica la afirmación consistente en que resulta obvio que la denuncia de hurto o robo se efectuara luego de la toma de conocimiento de su faltante, acompañada ésta de la formulación de interrogantes, del estilo de "…o pretende el Inferior que se efectúe antes de que se produzca el faltante?...", sin reparar sobre el hecho de que tampoco se acreditó en estos actuados que el susodicho faltante de la tapa superior de la cámara de inspección fuera inmediatamente anterior en el tiempo, o bien, de una data cercana a la fecha de ocurrencia del evento dañoso por el que se reclama resarcimiento por medio de este proceso. A la par, tampoco se hace cargo de la circunstancia que fue bien apuntada por el Sr. Juez a quo, consistente en que, a pesar de contar la empresa recurrente dentro de su estructura organizacional con personal destinado a la revisión y mantenimiento de las obras de infraestructura existente en la ciudad de Rawson, no se advirtió ni se reparó oportunamente el faltante de la tapa superior que propiciara que la cámara de inspección torne o se transforme en una cosa riesgosa.----------

---- Y digo oportunamente, por cuanto, lo que resulta relevante es que dicha cámara de inspección ciertamente se encontraba en el momento de producirse el accidente sin su tapa superior, por lo que en ese momento es que se tornó en riesgosa en el puntual evento dañoso protagonizado por el menor damnificado, resultando indiferente que antes no se hubiera avizorado su faltante por quienes declararon en sede penal en cuya testimonial se apoya la recurrente para intentar postular, especulativamente, que la tapa de inspección faltante databa de una fecha "…prácticamente concomitante; me animaría a decir, de la noche anterior a la producción del accidente…"(Sic)(Vide: expresión de agravios –fs. 531 vta.-).---------- ----------

----En tal contexto, no hallo que se hubiera traído a este Tribunal revisor propiamente una verdadera crítica que se pudiera atender, desde que no se avizora, del modo expuesto, un concreto y razonado argumento demostrativo de un supuesto yerro en la motivación sentencial que implique colocarlo en crisis tal y como es técnicamente exigible. No se explica, por otro lado, cómo es que la empresa t. ahora recurrente pudiera eximirse de responder por los daños ocasionados por la cosa, en tanto dueña o guardiana de una cosa que tornó riesgosa, de la cual se sirve y tiene a su cuidado –riesgo de la cosa que indudablemente adquirió la cámara de inspección con el faltante de su tapa superior-, y menos que no haya tenido en el sub-examine incidencia causal adecuada con la producción del daño cuyo resarcimiento se reclama en autos.-----Es que, para que tal circunstancia exonerativa de responsabilidad presumida por la ley por la sola participación que tuvo la cosa en el evento dañoso -que, insisto, tornó riesgosa

por el faltante de su tapa superior-, solo podría producirse cuando se acredite, la concurrencia en el supuesto de una causa ajena, tal como lo sería el hecho de un tercero por quien no se deba responder y que, no huelga reiterar, no ha sido probado en este proceso que hubiera concurrido.----------

----Por lo expuesto, concluyo, en que debe ser tenido por desierto en tal porción el agravio formulado, desde que no aporta crítica alguna que se pudiera atender. Así lo voto.----------

----Se esgrime también como agravio que se hubiera descartado la otra eximente de responsabilidad que se invocara –culpa de la víctima- por considerar que no se probó que la conducta del menor hubiera sido la causa que dio origen al accidente en el que resultó lesionado.----------

----Alude en sustento del mismo a los argumentos que ya expusiera al responder a la demanda, como por ejemplo: infiriendo que el menor llegó a la plaza antes del horario en el que ocurriera el accidente y que, por ende, omitió tomar los recaudos que debió haber tomado el menor para circular o andar en bicicleta ante el faltante de la tapa de inspección, la velocidad considerable con la que debió transitar para quebrar la horquilla de hierro de la bicicleta, que no es una hora apropiada para que un niño de once años en compañía de su hermano menor de nueve años y un amigo, estén a oscuras jugando en la vía pública, máxime cuando su domicilio se encuentra alejado, todo lo cual –dice- surgen de las actuaciones penales (Vide: escrito contestatario –fs. 205 vta.-; y, expresión de agravios –fs. 532-).----------

----Al respecto me limitaré a recordar que la reiteración de los argumentos ya expuestos en presentaciones anteriores, como los reproducidos en el párrafo precedente, no resultan atendibles en la instancia revisora, puesto que los mismos ya han sido considerados y replicados en el fallo apelado, no conformando su reiteración técnicamente un agravio. Debe repararse que la sede de la apelación es una instancia de revisión crítica donde lo que se ataca o defiende, pondera, analiza, apuntala o demuele es el pronunciamiento del juez en función de sus impropiedades o desaciertos. No es una instancia para reiterar argumentos buscando ganar en su replanteo una suerte diversa de la obtenida en primera instancia; muy por el contrario, tiene por finalidad realizar la crítica concreta y razonada del fallo que se impugna (Conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos procesales…”, Ed. Abeledo Perrot, ed. año 2009, T. III, págs. 336 y 357/358).----------

----De todos modos señalaré, aún cuando lo hago sólo a título “obiter dicta” que tales alegaciones defensivas que se reiteran resultan en verdad inaudibles a tenor de las circunstancias de lugar, tiempo y personas que rodearon el evento dañoso. Básicamente es necesario poner de resalto que en la evaluación del suceso no puede soslayarse un aspecto trascendental, cual es, que la cámara de inspección, cuya tapa superior faltante tradujo el riesgo que tal cosa importó en la prognosis póstuma que se efectúa, trueca en la potenciación del consumo de seguridad que de por sí implica su

ubicación en la vereda de una plaza pública (obsérvese, por caso, que incluso con la referida tapa en su lugar podía igualmente implicar un riesgo para terceros transeúntes si ésta diera lugar a un tropiezo con motivo de estar mal colocada). Asimismo, desde otra perspectiva, además la eximente invocada “culpa de la víctima” (rectius: hecho de la víctima) en verdad no ha sido acreditada suficientemente por la ahora recurrente, la que se limitó a reiterar el mismo posicionamiento defensivo esgrimido al momento de la traba de la litis.---------- ----------

----Cabe precisar que cuando el art. 1113 del Cód. Civil alude como eximente de responsabilidad a la “culpa” de la víctima, ha de interpretarse que refiere al “hecho” de ésta, en cuanto se le pueda atribuir idoneidad total o parcial para la causación del daño, de tal manera de operar como factor de ruptura de la presunción legal del nexo de causalidad que contiene dicha norma (confr.: Llambías, Tratado de Derecho Civil – obligaciones, T. III, Ed. Abeledo Perrot, 2ª. Ed., par. 2288, pág. 718; id. Autor cit., La culpa de la víctima como causa eximente de responsabilidad, en JA doctrina 1974; Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ed. Rubinzal Culzoni, año 1999, T. IV – eximentes, págs. 72 y sgtes.).----------

----Aclaro que la acreditación del hecho de la víctima con tal virtualidad lejos se encuentra de haber sido satisfecha, carga probatoria que recae sobre quien alega tal eximente, con la sola cita del informe aportado en sede penal por el Oficial Inspector de la Policía del Chubut, Sr. A. P. R., quien refirió a los dichos de un tercero que individualiza como M. L. a quien consultara telefónicamente por el hecho, para indicar que la plaza era utilizada generalmente (¿?) “….como pista por los jóvenes que circulaban en bicicleta por el lugar y que usaban como obstáculo para saltar el lugar donde posteriormente ocurrió el hecho denunciado…” (Sic)(Vide: informe citado obrante a fs. 115 del Expte. Penal agregado por cuerda).----------Es que basta con advertir, para poner bajo cuestión cuál ha de ser la apreciación sobre la eficacia probatoria atribuible al mismo, que a quien se cita como fuente consultada telefónicamente por el oficial de policía informante manifestó no haber presenciado el hecho de marras sino que aludió haber tomado noticia del mismo por la difusión del hecho en los medios, efectuando solo una referencia genérica e improbada de la circunstancia que se apunta en la porción del informe que se ha transcripto para pretender atribuir incidencia causal al hecho de la víctima (Conf. Arts. 390 del C.P.C.C.).---------- ----------

----Por otra parte observo que, en la apreciación de la prueba, para concluir positivamente sobre la concurrencia eventual de alguna de las eximentes legales, se requiere ineludiblemente que ésta resulte categórica, por su fehaciencia, a los efectos de poder entender acreditada la incidencia causal que desplace, en alguna medida o absolutamente la imputación fáctica presumida por la intervención del riesgo –consumo de seguridad- de la cosa dañadora (confr.: Trigo Represas, Félix A. y Campagnucci de Caso, Rubén H., Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Ed. Hammurabi,

ed. año 1987, T. 2-B, pág. 353; Zavala de González, Matilde, Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa, LL, 1983-A-113 y en Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113, Ed. Hammurabi, 2ª. ed., año 1997, págs. 77 y sgtes.; Alterini Atilio y López Cabana, Roberto, Presunciones de causalidad y responsabilidad, LL 1986-E-981; Goldenberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. La Ley 2ª ed., año 2000, págs. 140 y sgtes.; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, en J.A. 1986-IV-876, Tema 2, punto 5, despacho A; Bueres-Higthon, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, ed. Año 1999, T. 3, págs. 562 y sgtes.).----

----Es que el concepto de causalidad es eminentemente lógico e involucra una referencia, una conexión entre dos procesos: entre la causa, por un lado, y el efecto o resultado por el otro. La causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada entre todas las que pueden haber concurrido para producir objetivamente el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada, que nuestro codificador ha vinculado estrechamente a la previsión “en abstracto” del autor (Conf. art. 902 y 904 del Código Civil).----------

----Es, en tal sentido, que debe partirse de la idea de que entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado no todas son equivalentes sino que son de eficacia distinta. Sólo cabe, entonces, denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en sí encierra para provocar el resultado. En tal inteligencia, entonces, deberá atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario, de los acontecimientos. Según este punto de vista la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce (Conf. Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, 2da. ed., Ed. Ameba, año 1960, pág. 70; id., Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, T. I, pág. 372/374, n° 286 a 288; id. Goldenberg, Isidoro H., en “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, 2da. ed., ampliada, Ed. La Ley, año 2000, págs. 22 y sgtes., & 10).----------

---Y desde esta hermenéutica encuentro que no puede predicarse válidamente que la sola circunstancia de que un niño, por ese entonces, circule con su bicicleta por la vereda de una plaza pública, se torne por ese solo hecho en la causa adecuada de todo daño que pudiere sufrir con motivo de ello.----------

----Finalmente, desde otra óptica, estimo necesario también traer a colación que para que la “culpa de la víctima” que se invoca pueda fungir en la especie como eximente o factor de ruptura del nexo de causalidad presumido por la ley por el riesgo de la cosa, con cuya participación se produjeran los daños cuyo resarcimiento se reclaman en los términos contemplados por el art. 1113, 2do., párrafo, 2do., apartado “in fine” del Código Civil, es menester probar que el hecho de la víctima se constituyó en la verdadera y excluyente causa adecuada para su acaecimiento, lo cual insisto, lejos estuvo de ser probado en este proceso.----------

----Y apuntaré, recordándolo, que la Corte Suprema de Justicia Nacional tiene dicho que para que el hecho de la víctima pueda revestir un factor de ruptura total –tal como es propugnado por la empresa co-demandada recurrente- del nexo de causalidad presumido a partir de la intervención en el suceso del riesgo de la cosa y los daños, en los términos pautados por la norma de mentas, se requiere que aparezca como la única causa del daño. Esto es, que su actuación revista la aptitud para cortar el nexo de causalidad reuniendo las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o la fuerza mayor, que no huelga decirlo, no concurren en el caso bajo análisis (Conf. C.S.J.N., “Fernández Alba c/ Ballejo Julio A. y otra”, 11/5/93, L.L. 1993-E, 470; id., S.C. Mendoza, Sala I, “Solís de Calvo, Nilda E. y otros c/ Coligiore, Salvador N.”, 08/05/98, L.L., 1999-E, 969, sum. N° 22).----------

----Por lo expuesto, concluyo propiciando al acuerdo que se tenga igualmente desierto esta porción del recurso (Conf. Arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). Así lo voto.----- ----------

----B).- 3) **Rechazo de la responsabilidad que les cabe a los padres del menor accidentado:** La empresa t. recurrente expresa como sustento del agravio enunciado en el epígrafe, que la responsabilidad que –asevera- les cabe a los padres del menor por su negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el deber de vigilancia activa que le impone la patria potestad, por lo cual manifiesta que el caso no se rige como único argumento por el art. 1114 del Código Civil en el que lo encuadrara el juzgador de grado mediante el ejercicio del iuria novit curia para descartar la eximente esgrimida por su parte.----------

----Así pues, atento al modo en que se funda el dicente agravio, cabe tener por consentida la porción del desarrollo argumental que fuera expuesta por el juzgador en tanto indicó que el daño sufrido por el menor no se rige por el citado art. 1114 del Código Civil a los fines de la eximente invocada –hecho del tercero por quien no se debe responder-, toda vez que dicha norma contempla la responsabilidad que les pudiere caber a los progenitores en relación a los daños que éste les pudiera haber causado a terceros. Es decir, correctamente para mí, estableció el sentenciante de la anterior instancia que la norma que citara es válida para disciplinar la responsabilidad de los representantes legales del menor dañador respecto de terceros damnificados –menor dañador- pero no para contemplar el daño que su representado se cause a sí mismo –menor dañado- (Conf.: López Mesa, Marcelo, en “Sistema de jurisprudencia civil”, Ed. Abeledo Perrot, ed. año 2012, T. II, págs. 2476/2477, n° 7 y jurisprudencia allí citada).----------

----El planteo impugnativo restante consiste en que el encuadre de la eximente estaría apoyado en los deberes de vigilancia y cuidado que pesa, sobre los padres del menor y que emanan de la patria potestad, aún cuando se admite paralelamente que al tiempo de plantearlo “…esta parte no lo encuadró en norma alguna…” afirmando que es deber del juzgador fijar el encuadre jurídico.----------

----Apunto que esta alegación pretendidamente impugnativa se traduce del siguiente

modo, a saber: el juzgador ejerció su potestad de decir el derecho de aplicación al caso de acuerdo a los hechos planteados por las partes pero como no me gusta pido que la ejerza de nuevo y según mis aspiraciones e intereses. Desde ya que tal manera de presentar la supuesta crítica se encuentra en las antípodas de importar una verdadera crítica al razonamiento expuesto por el órgano decisor configurando más bien la mera expresión de una disconformidad o disenso con lo decidido sin hacerse cargo mínimamente de las razones en las que se apoyara tal decisión. Recuerdo que un razonamiento distinto no consiste en una verdadera crítica sino sólo eso, un razonamiento distinto o paralelo. En tal línea de consideraciones se impone entonces la conclusión que, adelanto, es la que propiciaré que se adopte respecto al presente agravio, cual es, que sea considerado técnicamente insuficiente.----------

----Sin embargo, no soslayaré expedirme mínimamente –aún cuando a mayor abundamiento- respecto a la pretendida atribución de responsabilidad de los padres, exonerativa de la propia, que se concreta extemporáneamente por la co-demandada apelante. Bastará, a mi juicio, con señalar que la eventual negligencia in educando o in vigilando que se les pudiera imputar a los padres en abstracto carecería de toda relevancia si no contribuyó a la ocurrencia total o parcial del daño. De allí que, a la postre, esa culpa in educando o in vigilando es infértil, pues si ha de ser referida a un hecho (causa) del incapaz, es este hecho y no aquella culpa el que determina la exclusión o reducción de la prestación indemnizatoria atribuida al tercero (Conf. C.S.J.N., 30/4/96, in re: “Malvino c/ Pereyra Collazo”). De allí que, merced a que el hecho de la propia víctima menor de edad, en cuanto a la posible incidencia causal adecuada que pudiere haber tenido en el evento dañoso fue tenida por no acreditada, deviene en vacío de todo contenido el argumento que se ensaya tardíamente basado en los deberes derivados de la patria potestad (Ver: Bueres, Alberto y Mayo, Jorge, en “Menores dañantes y menores dañados. Enfoque general”, en Rev. de Derechos de Daños “Menor dañino y menor dañado”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2002-2, pág. 69 y sgtes.).----------

----En definitiva, tal como lo adelantara “supra” propondré al acuerdo que este agravio sea declarado desierto (Conf. Art. 268 y 269 del C.P.C.C.).- Así lo voto.----------

----III.- Conclusión: ----------

----Por todo lo expuesto, concluiré proponiendo al acuerdo que se declare la deserción de los recursos impetrados por las litisconsortes pasivas, “Municipalidad de Rawson” y “T. d. A. S.A.”; y, por ende, confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf. Arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).---------- Los honorarios de la Dra. M. B., letrada patrocinante de la parte actora, se regulan en la suma equivalente al 5,88% del monto de condena que finalmente se liquide en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente. Asimismo, atento al modo en que se concluye precedentemente, no será menester regular los honorarios profesionales a los letrados

intervinientes por ante la alzada, Dr. Javier Patricio Romero, abogado apoderado del municipio de Rawson; y, a los Dres. O. D. V. y M. O. G., abogado apoderado y patrocinante, respectivamente, de la empresa T. recurrente, toda vez que sus labores de segunda instancia han resultado inoficiosas (Conf. Arts. 3; 5, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4; leyes 23.349 y 23.871).---------- Termino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:---------- En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de origen de fs. 471/481, de los agravios que contra la misma expusieran las codemandadas en sus presentaciones de fs. 527/529 vta. y 530/533, así como de la contestación que la actora hiciera de las mismas a fs. 535/536 vta., me remito a la misma en homenaje a la brevedad, procediendo a ingresar directamente en el tratamiento de las quejas vertidas por las apelantes.----------

----I.- Los agravios de las recurrentes cuestionan la atribución de responsabilidad que se les impusiera en el decisorio, arguyendo el municipio que existió culpa de la víctima, mientras que la codemandada T. d. A. S.A. también refiere a dicha eximente, así como a la del hecho de un tercero y a la de culpa de los padres de la víctima que al momento del evento era menor de edad. Es así que examinaré en primer lugar los agravios de la Municipalidad de Rawson para luego analizar los de la sociedad codemandada.- ---------

----1) Ante todo habré de dejar en claro que no existe controversia acerca de que el accidente se produjo en circunstancias en que el entonces menor N. A. L., el 16/04/05 se encontraba jugando y andando en bicicleta en la plaza Güemes de la ciudad de Rawson junto a su hermano y un amigo, siendo aproximadamente las 20 horas cuando cayó dentro de una boca de inspección a la cual le faltaba la tapa superior (ver sentencia a fs. 477 vta., 2do. párrafo, al principio). Dicho hecho no se ha controvertido. El ayuntamiento funda sus agravios en la circunstancia de que existió culpa de la víctima, para lo cual señala que el desplazamiento en bicicleta importa un riesgo en sí mismo y por lo tanto debe realizarse extremando los cuidados pertinentes. A ello agrega que la tapa de la cámara de inspección faltaba hacía más de dos años, según declaración del placero, por lo que el menor conocía dicha circunstancia por concurrir asiduamente a la plaza. Y adiciona otro argumento basado en diversas pruebas, consistente en que los niños utilizaban la plaza como pista para saltar dicho obstáculo, por lo que asumió de manera consciente y voluntaria la exposición al riesgo que su conducta implicó. Considera que dicha conducta de la víctima fracturó el nexo causal. Finalmente agrega que mal puede atribuirse a su parte el hecho de que el placero no llevó a cabo su tarea de manera adecuada, ya que esta persona no tiene como función cuidar a los niños y evitar que sufran algún accidente.- ----------

----El sentenciante de grado razonó de manera dirimente para enrostrar la responsabilidad al municipio que *“...respecto a la seguridad que debe brindar en los espacios públicos, su deber deriva del poder de policía que es inherente a todo*

gobierno pues tal poder, es un atributo necesario e inherente a toda soberanía, anterior a las leyes, y no necesita ser concedido ni reconocido por las constituciones porque es inalienable...En el ámbito local, la Constitución Provincial en el artículo 233 al establecer las materias que son de competencia municipal dispone entre otras, "la de entender en todo lo relativo a edificación, tierras fiscales, abastecimiento, sanidad, asistencia social, espectáculos públicos, servicios públicos urbanos, reglamentación y administración de las vías públicas, paseos, cementerios y demás lugares de su dominio y juzgamiento de las contravenciones a disposiciones municipales...". Por su parte, la Carta Orgánica Municipal regula entre otros, los aspectos atinentes a la seguridad, recreación, protección, servicios y obras públicas, paseos, etc. -ver artículo 51-. Asimismo, dispone que el Estado Municipal ejerce el poder de policía en las materias de competencia dentro de su jurisdicción, garantizando a tal fin la seguridad, la convivencia, la salud, el ambiente sano y equilibrado, el interés económico colectivo y el bienestar general de sus habitantes -ver artículo 179-...fluye claramente que la Municipalidad tiene a su cargo no sólo el cuidado y mantenimiento de los paseos o plazas, sino que primordialmente debe atender a la seguridad de la comunidad que utiliza dichos espacios de dominio público. En el presente caso, se ha probado que la demandada tenía una persona a cargo del cuidado de la plaza Güemes en donde ocurrió el accidente en virtud del cual se lesionó el menor N. L. Es evidente, que si faltaba la tapa de la cámara de inspección y si los niños del vecindario concurrían asiduamente a la plaza a jugar o a circular en bicicleta, el cuidador mencionado no llevó a cabo su tarea de manera adecuada a fin de prevenir accidentes como el acaecido a dicho menor -Artículo 1074 del Código Civil-..." (ver sentencia a fs. 478, 2do. párrafo/vta., 1er. párrafo).- ----------

----Es de hacer notar que la apelante nada dijo acerca de esta fundamentación del decisorio, concretamente, respecto del ejercicio del poder de policía a su cargo y de la consiguiente obligación de seguridad en los espacios públicos, por lo que ha consentido dicha porción de la sentencia, y en consecuencia los deberes a su cargo en base a los cuales el juez le ha atribuido la responsabilidad por el evento. Es cierto que ha manifestado que el placero, dependiente suyo, no tiene como función el cuidado de los niños que van a jugar a la plaza y por ende -esto lo deduzco a partir de lo anterior- no habría incurrido en la omisión endilgada por el juzgador en los términos del art. 1074 del C. Civil. En este aspecto habré de concordar con el Dr. Lucero, en cuanto a que resulta irrelevante si el placero incurrió o no en algún tipo de omisión, ya que lo enrostrado de manera directa al estado municipal es la falta de servicio -o el cumplimiento defectuoso- en materia de seguridad que tiene asignado en los espacios públicos. Es así que resulta aplicable el art. 1112 del C. Civil. El texto de esta norma establece: *"Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título".-* ----------

----En la evolución jurisprudencial del tratamiento de la responsabilidad del Estado, en 1921 se reconoció la responsabilidad refleja del mismo como principal, por el hecho de los dependientes, con sustento en el art. 1113 del C. Civil (conf. CSJN, 07/12/21, in re: “Fisco Nacional c/ Cía. de Navegación Mihanovich”, JA 7-513). En el año 1933, en la causa “Devoto”, la Corte Federal condenó al Estado Nacional por el incendio causado por culpa de sus agentes al reparar una línea de telégrafo aplicando el art. 1113 del C. Civil, a mérito de la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes (conf. CSJN, 22/9/33, Fallos: 169:111, in re: “Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional”, JA, 43-416). Luego, en 1938, se juzgó la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires por la expedición de un certificado de dominio falso, a raíz del cual la actora incurrió en error al adquirir un inmueble a quien no era su dueño, por lo que fue vencida en un juicio reivindicatorio. Se señaló allí que el Estado actuaba como entidad de Derecho Público, se invocaron los arts. 1112 y 1113 del C. Civil, y la condena se fundó en dos presupuestos: en el hecho del dependiente y en el denominado servicio público irregular. Dijo la Corte Nacional que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (conf. CSJN, 3/10/38, Fallos: 182:5, in re: “Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires”, JA, 64-6). A partir de entonces se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por irregular o anómala ejecución de sus funciones, pero con basamento no sólo en la preceptiva del artículo 1112 del C. Civil, sino además en el artículo 1113 del C. Civil, al que se acudió en ocasiones complementariamente. En 1941 se aceptó la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad ilícita de sus empleados en el desempeño de su función (conf. CSJN, 3/9/41, Fallos: 190:457, in re: “María C. Etchegaray e hijos c/ Nación Argentina”). Con posterioridad a diversos antecedentes donde también se analizó la responsabilidad del Estado por actividad lícita, en 1984, en el antecedente “Vadell”, al analizar la responsabilidad estatal por omisiones registrales, la Corte federal incluyó definitivamente el instituto de la falta de servicio y, abandonando su propia jurisprudencia anterior, sentó tres premisas básicas: 1) la idea objetiva de la falta de servicio se sustenta en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del C. Civil que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”; 2) no se trata de una responsabilidad indirecta que fluya del artículo 1113 del C. Civil, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines debe ser considerada propia de éste, por lo que debe responder de modo principal y directo; 3) debe abandonarse la doctrina legal que recurría, a veces supletoriamente, al artículo 1113 del C. Civil en lo relativo a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de otro para abastecer la responsabilidad extracontractual del

estado como poder público” (conf. CSJN, 18/12/84, Fallos: 306:2030, JA 1986-I-213). Se configura así la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando, en definitiva, el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente, debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario. La falta de servicio constituye una suerte de doctrina abierta que contiene variadas hipótesis, que incluye la actuación omisiva de los empleados públicos o dependientes -asimilados, en la praxis, a órganos del Estado-, o el ejercicio deficitario del poder de policía. Ello ha conferido un dilatado sustento normativo al instituto para fundamentar los supuestos en que el Estado deberá, en su caso, responder patrimonialmente. Así, se inscriben en esta doctrina el servicio de justicia; el accionar del poder de policía por la interdicción de maquinarias decretada por la Administración Nacional de Aduanas; el poder de policía de seguridad en materia de espectáculos públicos; el poder de policía de seguridad al ejecutar un operativo de control que generó perjuicios a los ciudadanos; la actividad estatal lícita o legítima; el poder de policía financiera; en definitiva, la responsabilidad estatal extracontractual de derecho público del Estado (conf. Galdós, Jorge Mario: “Responsabilidad extracontractual del Estado en la Corte Suprema de la Nación. Principales pautas directrices”, en “Revista de Derecho de Daños”, Tº 9, “Responsabilidad del Estado”, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 27/33).----------

----A la luz de los principios y directrices establecidos en la jurisprudencia de la Corte federal sobre esta materia, es de recordar nuevamente, que el juez de grado atribuyó al municipio la función de poder de policía con relación a la seguridad de las personas en los espacios públicos, y que la apelante nada cuestionó sobre esta porción de la argumentación, por lo que ha sido consentida por ella. En consecuencia, deviene aplicable la doctrina emanada de la Corte nacional acerca de la falta de servicio o cumplimiento irregular del servicio a cargo del Estado, deviniendo irrelevante la existencia de culpa o no del placero -dependiente-, ya que se trata de una responsabilidad objetiva y directa del Estado. Como bien lo destaca el colega preopinante, la recurrente admitió al contestar la demanda su obligación de controlar que la cámara de inspección tuviera la correspondiente tapa, por cuanto el municipio tiene la obligación, en virtud del ejercicio del poder de policía, de velar por el estado de los bienes que conforman el dominio público, en este caso, una plaza (conf. fs. 187, anteúltimo párrafo). Es más, se reconoció que una de las principales funciones del placero es mantener el orden y la seguridad, debiendo informar a sus superiores acerca de toda circunstancia que pudiera afectar el normal funcionamiento del servicio, añadiendo que nada se informó al respecto (ver fs. 189, 2do. y 3er. párrafos). Esta última aserción resulta francamente contradictoria con lo argüido en la expresión de agravios respecto a que el placero no tiene por función cuidar a los niños y evitar que sufran algún accidente (ver fs. 529 vta., 2do. párrafo). ----------

----Amén de todo lo expuesto, recuerdo que de acuerdo a la doctrina judicial de la falta de servicio resulta irrelevante la conducta del dependiente del Estado. En esa línea interpretativa, adquiere trascendencia lo expuesto en la expresión de agravios con relación a que la tapa de la cámara de inspección faltaba desde hacía dos años (ver fs. 528, tres últimos párrafos), lo cual es esgrimido por la quejosa como un argumento defensivo en cuanto el menor conocía el riesgo generado por la ausencia de dicho elemento. Sin embargo es claro que esta admisión refuerza la falta de servicio del poder de policía respecto a la seguridad de las personas en los espacios públicos, por cuanto revela la desidia de las autoridades en tomar las medidas de seguridad o advertencia del caso.----------

----Sin perjuicio de todo lo expresado hasta aquí, es de advertir que al contestar la demanda, la comuna no esgrimió en su defensa la eximente, que ahora invoca, referida a la culpa o hecho de la víctima en los términos del art. 1111 del C. Civil, limitándose a deslizar una eventual conducta negligente de los padres del menor (ver fs. 188 vta., 2do. párrafo). En consecuencia lo argumentado en esta sede deviene extemporáneo por no haber sido capítulo propuesto en la instancia precedente. Es sabido que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (conf. art. 280 1er. párrafo del CPCC). Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso, ya que a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción. En consecuencia, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77 DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; ídem, Sala E, 20/11/81 LL, 1982-A-550; CNFed. Cont.Adm., Sala III, 10/5/88, JA, 1989-III-321; entre otros).- ----------

----Es así que no corresponde que este tribunal se expida sobre la eximente tardíamente argumentada (conf. art. 280 del CPCC), bajo riesgo de infringir el principio procesal de congruencia (conf. art. 34, inc. 4; y 165, inc. 6 y 166 del CPCC). Por lo tanto concordaré en declarar desierto el recurso deducido por el municipio codemandado.-----

----2) La codemandada T. d. A. S.A. se agravia de que se haya descartado las eximentes opuestas por su parte, el hecho de un tercero por quien no debe responder y la culpa de la víctima. Sobre la primera explica que, en la sede anterior, sostuvo que la cámara de inspección de su mandante no presentaba vicio en la fabricación ni en la conservación, sino que le faltaba la tapa por robo o hurto del mismo, es decir, por accionar de terceros ajenos a su parte. Agrega que dicha circunstancia adquirió certeza con la denuncia policial efectuada por su poderdante al tiempo de tomar conocimiento del faltante de la tapa, y que fue un hecho desgraciado ocurrido el mismo día del accidente o la noche anterior. Cuestiona que a tal argumentación, el “a quo” hubiera respondido livianamente que la denuncia de su parte se produjo luego de ocurrido el

evento dañoso sin que existiera prueba alguna que permita acreditar que tapa fuera sustraída por un tercero extraño. Funda su objeción en que si la tapa faltaba resulta obvio que fue retirada por terceros (ver fs. 530 “in fine”/531 vta.).----------

----Es cierto que en su argumentación, el juzgador razonó que *“...la denuncia llevada a cabo por la codemandada fue realizada luego de ocurrido el accidente sin que existe prueba alguna que permita acreditar que la tapa en cuestión hubiera sido efectivamente sustraída por un tercero extraño, lo cual me lleva a descartar dicha eximente de responsabilidad”* (ver sentencia a fs. 477 vta. “in fine”/478, 1er. párrafo). Sin embargo la recurrente nada menciona acerca de que el sentenciante también argumentó que la sociedad prestadora del servicio telefónico contaba, dentro de su estructura organizacional, con personal de revisión y mantenimiento de las obras de infraestructura existentes en la ciudad de Rawson, siendo una de ellas la ubicada en la plaza en cuestión (ver sentencia a fs. 477 vta., 2do. párrafo). A ello debe añadirse que no se encuentra acreditado fehacientemente que la tapa faltara desde la noche anterior como mucho, lo que se contradice con lo expuesto por la codemandada que remonta dicho faltante a unos dos años atrás. Pero amén de lo expuesto hasta aquí, el juzgador añadió que *“...la responsabilidad de la codemandada T. d. A. deriva de su calidad de dueña de la tapa de la cámara de inspección, y por haber omitido las diligencias necesarias a fin de evitar la posibilidad del acaecimiento de daños a terceros como ocurrió en la especie, pese a contar con personal que se ocupaba de la infraestructura existente en esta ciudad”* (ver sentencia a fs. 478 vta.).----------

----Con este último argumento, el juez enrostró a la empresa codemandada, el extremo de que no adoptó las diligencias necesarias, a través del personal encargado de la infraestructura que la misma emplea, para, o bien reponer la tapa con la presteza necesaria, o anular o advertir la existencia del peligro a los efectos de evitar daños a terceros. Frente a dicha argumentación deviene estéril el hecho de terceros extraños que habrían sustraído la tapa. Es que dicha sustracción es un hecho previsible que imponía a la sociedad coaccionada adoptar las medidas necesarias con la urgencia que el caso exigía, tal como se encargó de puntualizarlo el sentenciante. Es así que ninguna crítica concreta se realizó a este razonamiento, ya que al insistir con la eximente del hecho de terceros por los que no debía responder, la apelante se limitó a reiterar lo expuesto en la contestación de demanda (ver fs. 203 vta./204). Al respecto debe recordarse que carece de contenido la expresión de agravios que reitera argumentos esgrimidos en anteriores presentaciones (conf. CN.Fed. Civ. y Com., Sala III, 6/9/91, LL, 1992-A-84). Lo mismo acontece con aquella presentación que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que la expresión de agravios debe contener un análisis de la sentencia, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A 12/11/81, LL, 1982-A-352; íd., Sala E, 7/2/86, LL,

1986-E-206; entre otros).- ----------

----En virtud de lo expuesto, es claro que la recurrente no se ha hecho cargo de los argumentos dirimentes del decisorio en esta porción de la expresión de agravios, por lo que procede declarar la deserción parcial por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del CPCC), que propone el Dr. Lucero en este aspecto.----------

----3) Como segundo agravio o fundamento, la empresa codemandada invoca que ha existido culpa del menor víctima y cuestiona que el decisor hubiera descartado la existencia de dicha eximente con el mero argumento de que su parte no haya probado de la manera fehaciente que la conducta del menor hubiera sido la causa del accidente. Al respecto reitera lo argumentado en la contestación de la demanda en cuanto a que aún cuando se considere a la cámara de inspección una cosa riesgosa o viciosa, el daño provino de una causa ajena a dicho hipotético riesgo o vicio. Agrega que la cámara cuenta con otra tapa más abajo, por lo que no puede sostenerse que se constituya en una trampa o peligro para los transeúntes, peatones o ciclistas. Añade que el menor sostuvo que iba todos los días a la plaza, por lo que no tomó los debidos recaudos para circular ante el faltante de la tapa, a lo que adiciona que es dable inferir que circulaba a una velocidad considerable y que, dado que estaba anocheciendo, no era una hora recomendable para que estuviera con otros dos niños menores jugando en dicho lugar lejos de su hogar. Refuerza su argumentación resaltando que de la causa penal se desprende que la plaza era utilizada generalmente como pista para circular en bicicleta y usaban el lugar como obstáculo para saltar. En esta hipótesis admite que la tapa habría faltado desde tiempo antes. En resumen entiende que no puede sostenerse que la conducta de la víctima no tuviera influencia causal en el evento dañoso (ver fs. 531 vta. últimos párrafos/532 vta., primeros párrafos). Dichos párrafos son una reiteración casi textual de una parte de la contestación de la demanda (ver fs. 205/vta.), por lo que cabe remitirse a lo expuesto más arriba respecto a que en la expresión de agravios no basta con remitirse a presentaciones anteriores (conf. CSJN, 2/5/89, LL, 1989-D-220; CN. Civ., Sala A, 23/10/88, LL, 1988-E-419; íd., Sala D, 16/12/85, LL, 1986-B-619; íd., Sala G, 7/7/82, LL, 1984-A-498), por ejemplo, transcribiendo pasajes de la demanda, contestación, impugnación a la pericia; mínimo esfuerzo que carece de fuerza impugnativa, pues se olvida que debe criticarse la sentencia, no replantear cuestiones ya examinadas ante el juez de primera instancia (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 942).- ----------

----No obstante lo anterior, cabe añadir que en la especie, la falta de la tapa superior en la cámara de inspección importó un riesgo evidente que podría considerase consecuencia de un “vicio” de la cosa, ya que lo “vicioso” -en el sentido de “defectuoso”- radica en que la cámara en su normal estructura debe contar con dicha tapa, al no contar con ella su estructura aparece incompleta y consecuentemente, dada la función de la misma -nivelar la superficie del espacio de la cámara con la del resto del espacio

público-, su faltante importa un vicio y representa un riesgo por el desnivel que provoca. Es así que de acuerdo al artículo 1113, 2do. párrafo del C. Civil, el dueño o guardián sólo se exime de responsabilidad total o parcialmente, acreditando la intervención de una causa ajena al riesgo o vicio de la cosa. La responsabilidad se sustenta en el riesgo creado: es la contrapartida del interés que en la cosa riesgosa o viciosa tiene quien ejerce sobre ella un poder jurídico (dueño) o de hecho (guardián). La responsabilidad por riesgo creado significa que el daño debe ser asumido por quien ha introducido la fuente de peligro que lo ha causado. El aprovechamiento, utilización, etc., de las cosas peligrosas o en mal estado no debe realizarse a riesgo ajeno, sino a riesgo propio. El daño derivado del peligro o defecto de la cosa no debe ser soportado por los terceros, sino por quien mantiene con ella algún nexo de hecho o de derecho: por el sujeto que se sirve de la cosa o la tiene a su cuidado, o por el que tiene la posibilidad jurídica de ejercer estas facultades. Además del art. 1113 se desprende que es al dueño o guardián a quien compete probar la actuación de una causa extraña en la producción del daño: *“la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.* Ello significa que la relación causal se presume; no pesa sobre el damnificado la prueba de una estricta relación causal entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño; es suficiente que demuestre un nexo de causalidad aparente: la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el evento dañoso, salvo la prueba opuesta que puede rendir el demandado de que la causa del daño ha sido un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio (conf. Zavala de González, Matilde: “Responsabilidad por riesgo”, Ed. Hammurabi, 1997, págs. 41/43).- ----------

----En la especie, se desprende de los comentarios de un vecino que la plaza era utilizada generalmente como pista por los jóvenes que circulaban en bicicleta y que usaban como obstáculo para saltar el lugar donde posteriormente ocurrió el siniestro (ver fs. 115 del expediente penal Nº 4692, Folio 0, Año: 2005 -que tengo a la vista-). Ahora bien, más allá de que la prueba es indirecta, aun cuando los menores usaran dicho obstáculo para saltar, esto no releva a los codemandados de su responsabilidad. Es que en el caso particular de la empresa coaccionada estaba dentro de sus facultades y posibilidades impedir dicho uso por parte de los jóvenes a través de la colocación de la tapa faltante, y en el caso del municipio advirtiendo el peligro o cerrando el paso por el lugar. Obviamente que si el menor no hubiera transitado por el lugar el accidente no se habría producido, pero su acción fue una mera condición y no la causa adecuada. Esta última se manifestó en el riesgo provocado por el vicio de la cosa. El razonamiento de la apelante sería asimilable a si en un accidente de tránsito se invocara la “culpa” de la víctima en la conducta de un peatón que cruza una calle y es atropellado por un rodado cuyo conductor pudo haber evitado la colisión. Aquí también era resorte de ambas codemandadas evitar que los menores utilizaron el lugar para saltar. Es que debe tenerse presente que para que la “culpa” o hecho de la víctima pueda ser invocado como eximente de responsabilidad, el mismo debe tener incidencia

causal adecuada en la producción del resultado, ya sea como causa exclusiva del daño o como concausa del mismo en concurrencia con otros hechos relevantes, si esto no ocurre se trata de una mera circunstancia, irrelevante para la producción del resultado final, por lo que carece de toda virtualidad eximitoria para el sindicado como responsable. Es más, de acuerdo a lo alegado por la recurrente, el entonces menor habría incurrido en una “aceptación de riesgos”, lo cual ya resulta anómalo endilgar dicha asunción a un menor. Pero en dicho supuesto debe recordarse que la aceptación de riesgos es una figura artificiosa y carente de justificación dentro de un sistema legal como el nuestro, que admite la liberación del supuesto responsable cuando prueba el hecho de la víctima. Conocer el riesgo no importa aceptarlo, ni menos aún someterse a él mansamente, sin posibilidad de formular reclamo alguno de las futuras consecuencias dañosas. Aun en el hipotético supuesto de haber el damnificado aceptado un riesgo, habrá que indagar si dicha actitud puede asumir, desde el plano causal, la entidad de hecho de la víctima (conf. Pizarro, en Bueres-Highton: “Código Civil...”, Ed. Hammurabi, 1999, Tº 3 A, págs. 563/569). Es así que la conducta de la víctima importó una mera condición, por cuanto estaba dentro del alcance de la acción de los codemandados evitar que el accidente se produjera, “neutralizando” el riesgo que la cosa defectuoso generó.- ----------

----A la luz de lo expuesto, coincidiré con el Dr. Lucero en que se declare desierto parcialmente el recurso en esta porción, dado que la recurrente se ha limitado a reiterar argumentos ya expuestos en presentaciones anteriores (conf. arts. 268 y 269 del rito).-

4) Finalmente la sociedad apelante se agravia de que se hubiera desestimado la responsabilidad que les cabe a los padres de la víctima por su negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, concretamente el deber de vigilancia activa, esgrimiendo como único argumento que dicha responsabilidad no se rige por el artículo 1114 del C. Civil, cuando su parte no encuadró el planteo en norma alguna, debiendo el juez aplicar el principio “iura curia novit” (ver fs. 532 vta., antepenúltimo y anteúltimo párrafos).----------

--- El juez de grado razonó efectivamente que *“...debe tenerse presente que el daño producido por el menor a sí mismo o a los progenitores no se rige por el artículo 1114 del Código Civil, toda vez que la norma legal prevé los casos de daños a terceros. Así pues, también cabe desechar la eximente de responsabilidad esgrimida por la codemandada con fundamento en las circunstancias apuntadas”* (ver sentencia a fs. 478, 1er. párrafo). Dada la escasez de argumentos que ha desplegado la quejosa en el agravio, también aquí habré de compartir la propuesta de deserción del vocal prevotante, ya que la apelante se ha limitado a exponer que ella no fundó la eximente en cuestión en el art. 1114 del C. Civil y que el juez debió haber aplicado el principio “iura novit curia”. Es decir que se limitó a expresar su disenso o discrepancia con el encuadre del magistrado, pero sin argüir las razones por las cuales se encuentra acreditada la eximente invocada. Al respecto es sabido que carece de contenido la

expresión de agravios que simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamento a la oposición (conf. CN. Civ., Sala A, 21/5/90, LL, 1992-A-269; íd., Sala B, 16/9/86, LL, 1987-D-631, 37.701-S; íd., Sala C, 15/8/89, JA, 1990-II-97; entre otros).----------

---Sin perjuicio de lo anterior, y tal como lo hiciera el Dr. Lucero, habré de señalar que con anterioridad he admitido la responsabilidad de los padres como eximente de responsabilidad del demandado. En el precedente de esta Sala “B”, SDC Nº 12/11 del 30/08/11, confirmé la sentencia de la anterior instancia en cuanto había admitido parcialmente dicha eximente. En tal oportunidad sostuve que el juez de grado, había encuadrado la conducta de la madre bajo la norma del art. 1111 del C. Civil, es decir hecho de la víctima. Con sentido amplio, en la medida en que la progenitora actora es víctima indirecta, se puede señalar como correcto el mentado encuadre. No obstante ello se entiende que el art. 1111 del C. Civil se refiere al hecho de la víctima directa, ya que en este supuesto se confunde la persona del agente dañador con la del damnificado directo dañado; de hecho si ocurre la muerte del damnificado directo, a los damnificados indirectos se les puede oponer el hecho de la víctima, ya que el daño personal se produce por rebote, y sostener una postura contraria sería colocar a los herederos en mejores condiciones que a la propia víctima en el caso de lesiones (ver Sagarna, Fernando, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 417 y 438). Ahora bien, lo enrostrado por el juzgador de grado en el antecedente mentado fue una conducta negligente a la propia actora, no al menor víctima directa. Es por ello que, en virtud del principio *iura novit curia* dicha conducta resulta, en todo caso, una eximente -en este caso parcial- ya que se trataría del hecho de un tercero por quien no debe responder la demandada (conf. art. 1113, 2do. párrafo del C. Civil). Y obviamente como el tercero es la propia actora, ésta debe “perjudicarse” con su accionar, disminuyendo la responsabilidad de la accionada frente a ella. Efectué esta aclaración puesto que si el hecho fuera de un tercero distinto a la actora, la demandada frente a ésta debería responder por el total, sin perjuicio de la acción regresiva que le cupiera (conf. Pizarro, Ramón en Bueres-Highton, op. cit., Tº3 A, pág. 574). Con relación a esta eximente, cabe recordar que, en primer lugar debe tratarse de un tercero por quien el demandado no deba responder, lo que no se presentaría en el caso de dependientes, personas que entran en contacto con la cosa por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, este último respecto del dueño, aquellos por los que se debe responder legalmente, o terceros que el obligado hubiere introducido para la ejecución de la obligación. El demandado debe probar el hecho del tercero, debe tener incidencia causal en la producción del resultado, sea en forma exclusiva o concurrente (conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 571/572). En cuanto a si debe existir culpa del tercero, se ha sostenido que el mero hecho de ése, desprovisto de culpabilidad, puede tener idoneidad suficiente para provocar la ruptura del nexo causal que debe existir entre la conducta del demandado y el daño que se le atribuye presuntivamente. La

cuestión queda emplazada en el ámbito de la autoría y no en el de la imputabilidad, basta el mero hecho para que se configure la eximente (conf. Pizarro, en Bueres-Highton, op. cit., Tº 3 A, págs. 572/573). Ahora bien, ello no importa que dicho hecho no pueda ser calificado subjetivamente como negligente, ya que el art. 1113 se refiere a la conducta -de la víctima o de un tercero- sin ningún tipo de connotación subjetiva, no es computable la intención motivante de la conducta ya que la norma se satisface con menos, pues le basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (conf. SJCBA, Ac. 85.684, 28/7/2004, Juba B26654). Es decir que para tener por probada la eximente la norma se contenta con menos que la culpa o la intención motivante de la conducta, basta con que se interprete que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal (conf. SCJBA, Ac. 84.442, 18/6/2003); mas ello no implica que la conducta en cuestión no pueda ser calificada de negligente.----------

--- En el mentado antecedente se trató de la muerte de un menor de dos años que se encontraba solo -al menos sin la presencia de un mayor- jugando en la vía pública en inmediaciones de un canal y que su vivienda se encontraba a escasos treinta metros. Lo que se objetaba en la expresión de agravios es que se considerara a dicha circunstancia, que reflejaría la conducta negligente de la madre, como un hecho relevante a los fines de eximir -aunque sea parcialmente- de responsabilidad a la accionada, es decir que se consideraba que en todo caso, la conducta de la madre fue una condición más sin trascendencia causal en la producción del daño. Hice mérito de la existencia de antecedentes de casos análogos en los cuales sí se consideró relevante en la causación del daño a la conducta negligente de los padres. Así se sostuvo la culpa de la madre del menor que falleció al caer en la pileta, quien al relatar cómo lo perdió de vista, explicó que fue porque creyó en la información de su hijo mayor que dijo que se hallaba detrás del galpón, que esta información errónea reviste la categoría de hecho defectuoso originante de la ruptura del nexo causal (conf. C.Civ. y Com. Pergamino, 30/8/96, LLBA 1997-1177). También se decidió que corresponde atribuir a los padres el 50% de responsabilidad por la muerte de un hijo al caer en una cava de más de tres metros de profundidad con bordes resbaladizos, cuando intentaba arrojar basura, pues es de notoria imprudencia enviar a un niño de noche y sin control alguno y conociendo que a la cava se arrojaba basura (conf. C. Civ. y Com. Azul, sala I, 30/11/99, LLBA 2000-460). En el mismo sentido, y respecto a accidentes de tránsito se decidió que corresponde declarar la responsabilidad compartida de los progenitores que han descuidado a sus hijos menores carentes de discernimiento -cuando éstos cruzan solos las arterias de tránsito vehicular- como eximente parcial de la responsabilidad objetiva que la ley impone al titular y al guardián de un automotor que los embiste (conf. C. Civ. y Com. Morón, sala II, 16/2/95, cit. en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-2, “Menor dañino y menor dañado”, pág. 390); así como que el cruce de un menor por la mitad de la calzada no sólo demuestra un palmario

incumplimiento de la ley sino que constituye un obrar censurable en función de los riesgos que ello importa imponiendo en la emergencia responsabilizar a sus padres con fundamento en la culposa falta de vigilancia o educación sobre el mismo que evidencian el incumplimiento de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad (conf. C. Apel. de Concordia, Sala Civ. y Com., 24/8/01, cit. en Revista de Derecho Daños, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, “Eximentes de responsabilidad I”, pág. 518).----------

--- Expuesto el razonamiento que desgrané en el antecedente citado, no hesité en el mismo en calificar como negligente a la conducta de la madre, quien a pesar de conocer los riesgos de la zona -ya que vivía frente al canal- dejó que su hijo de dos años de edad jugara en la vía pública aledaña al mismo sin la presencia de un mayor a cargo. Sin embargo la diferencia del precedente referido con el aquí en examen es notoria, ya que en la especie se trata de un menor de once años de edad que había ido a circular en bicicleta a una plaza, no siendo previsible para los padres que el mismo pudiera sufrir algún perjuicio si las instalaciones del espacio público hubieran estado en condiciones correctas de infraestructura. Es así que la ausencia de los padres en el lugar, en el mejor de los casos para la postura de la apelante, fue una mera condición, pero no una concausa de la producción del evento, ya que, muy posiblemente aún si hubieran estado los padres en el lugar, el menor muy posiblemente se habría accidentado dado que no era previsible, ni para los padres, la ausencia de la tapa de la cámara de inspección.- ----------

----En síntesis, más allá de que la última argumentación fue a los meros efectos “obiter dicta”, concuerdo en la deserción del recurso por la insuficiencia técnica del agravio (conf. arts. 268 y 269 del ritual).- ----------

----II.- En consecuencia de todo lo expuesto, procede declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por ambas codemandadas (conf. arts. 268 y 269 del CPCC), con imposición de costas en esta sede a las recurrentes vencidas (conf. arts. 69 y 282 del CPCC-).- ----------

----Sin perjuicio de lo anterior, ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular honorarios a los letrados de las apelantes por resultar inoficiosos sus trabajos realizados ante la Alzada; respecto de los de la letrada patrocinante de la actora, Dra. M. B., atento el mérito y extensión de las tareas desarrolladas en esta sede, así como al resultado del pleito, encuentro apropiado el porcentaje propuesto por el colega preopinante, esto es, el 5,88% del monto total de condena, con más el IVA correspondiente (conf. arts. 3, 5, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4; y leyes 233349 y 23871).- ----------

----A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

----Debido al modo en que se concluye luego del análisis realizado en la cuestión anterior, la presente ha devenido en vacía de contenido por lo que me eximo de

pronunciarme en ella.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención a la respuesta brindada a la primera cuestión planteada, deviene abstracto pronunciarse respecto de la segunda pregunta presentada.----------

----**A LA TERCERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) DECLARAR DESIERTOS los recursos de apelación interpuestos por los integrantes del litisconsorcio pasivo “Municipalidad de Rawson” y “T. d. A. S.A.”; y, en consecuencia, confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravio. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de la Dra. M. B., en la suma equivalente al 5,88% del monto de condena que resulte liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente; y, sin regular honorarios, por sus tareas de alzada, a los Dres. Javier Patricio Romero, O. D. V. y M. O. G., por resultar éstas inoficiosas.----------

----------ASI LO VOTO.-

---- ---------- **A LA TERCERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto expresó:

------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------

----Así lo voto.- ----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara al momento de efectuarse el sorteo (art. 7 , Ley V – Nº 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- DECLARAR DESIERTOS los recursos de apelación interpuestos por los integrantes del litisconsorcio pasivo “Municipalidad de Rawson” y “T. d. A. S.A.”; y, en consecuencia, confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravio.---------

---- IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. --

---- REGULAR los honorarios de la Dra. M. B., en la suma equivalente al 5,88% del monto de condena que resulte liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente; y, sin regular honorarios, por sus tareas de alzada, a los Dres. Javier Patricio Romero, O. D. V. y M. O. G., por resultar éstas inoficiosas.----------

---

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2012 – SDC.- Conste.- ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA