En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año dos mil veintitrés, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Guillermo Daniel HANSEN y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y Dr. Julián Emil JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C. M. V. C/ PROVINCIA DEL CHUBUT y otro S/ Daños y perjuicios " (Expte. N° 270- Año 2022)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 168/2017) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Civil y Comercial de esta ciudad dictó sentencia a fs. 576/586 vta. de autos, la cual fue apelada a fs. 588 por la Provincia del Chubut y a fs. 590 por la Municipalidad de Puerto Madryn. Ambos recursos fueron concedidos a fs. 589 y 591 respectivamente. Expresó agravios la Provincia del Chubut a fs. 611/616, haciéndolo la Municipalidad de Puerto Madryn a fs. 618/622. Ambas quejas fueron replicadas por la parte actora a fs. 624/632 vta.

2 – La sentencia

La sentencia apelada admitió parcialmente la demanda incoada por M. V. C., en representación de su hija menor M. M. S., contra la PROVINCIA DEL CHUBUT y la MUNICIPALIDAD DE PUERTO MADRYN, condenando a estas últimas a pagar a la primera la suma de $ 180.000.- (Ciento ochenta mil

pesos), en concepto de Daño Moral de la menor, con más los intereses conforme la tasa activa promedio mensual que informa el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales, calculados desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago; impuso las costas del proceso a las codemandadas vencidas y las que corresponden a la intervención de S. C. D. S. L., las impuso a la Provincia del Chubut y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

El reclamo de autos se funda en la reparación de los daños padecidos por la Sra. M. V. C. y su hija menor M. M. S., como consecuencia de la caída de esta última de un juego ubicado en una plaza de la ciudad de Puerto Madryn, durante una salida escolar al Museo de Arte de Puerto Madryn y por lo se le imputa responsabilidad tanto al Estado Provincial como a la Municipalidad de Puerto Madryn.

Hizo referencia la a quo a lo dispuesto por los arts. 1764 y 1765 del CCyCN sobre la responsabilidad del Estado. Refiere también a la sanción de la Ley 26.994 sancionada a nivel nacional sobre responsabilidad del Estado y de la Ley I - Nº 560 de esta provincia, que reproduce los términos de la ley nacional y dispone que la responsabilidad del Estado, por actividad e inactividad, es objetiva y directa.

Citando doctrina, plasma la sentencia que las disposiciones del CCyCN que remiten al derecho administrativo para juzgar la responsabilidad del Estado y del funcionario público no excluyen recurrir a la analogía con las normas civiles. Refiere que la Ley 26.944, al reglamentar la responsabilidad del Estado, es una típica norma de orden público, como otras del mismo Código, pero ello no implica que este tipo de responsabilidad deba tener un tratamiento aislado del derecho de daños que está regulado por la norma privatista, porque lo cierto es que la "teoría general de responder" es una sola, aplicable a todo sujeto de derecho y receptada normativamente en el

Código Civil y Comercial. Culmina el punto dejando sentado que nuestros tribunales no adoptaron la actitud de los administrativistas y recurrieron permanentemente al articulado del Código Civil, dado que de él emanan los principios del derecho de daños, situación que aún se mantiene vigente.

Surge del fallo originario que frente al reclamo de la actora, la Municipalidad de Puerto Madryn desconoció el hecho, el daño y la responsabilidad que se le imputa; por su parte, la Provincia del Chubut admitió el accidente, alegando que el mismo ocurrió por el mal estado de conservación de los juegos ubicados en la plaza pública en la que se encontraba la menor, cuyo mantenimiento corresponde al Municipio local.

La a quo tuvo por cierto que el 27 de Octubre de 2015, la menor M. M. S. se encontraba en los juegos infantiles de la plaza pública ubicada en Avda. Roca a la altura del Nº X. de esta ciudad, en compañía de su maestra, L. B. C.. La niña, junto a otros compañeros del jardín de infantes al que asistía, estaban en los juegos infantiles existentes en el lugar, se cayó de uno de ellos –un tobogán— y golpeó su cabeza sobre un montículo de cemento, soporte del juego, sobre el piso de ripio. Como consecuencia del golpe recibido fue trasladada al hospital local, se hace referencia al diagnóstico recibido en la oportunidad, quedó internada y fue dada de alta el 2 de Noviembre de 2011.

Expresa la sentencia que por aplicación del art. 235 inc. f) del CCyC, son del dominio público del Estado las plazas construidas para utilidad o comodidad común y que, según el informe de fs. 349/353, la plaza ubicada sobre la Avda. Roca a la altura del Nº X. es de propiedad de la Municipalidad de Puerto Madryn. Agrega que se encuentra a cargo del Municipio local el adecuado mantenimiento de las plazas públicas y sus instalaciones, entre ellas, los juegos infantiles, a fin de que tengan un uso adecuado y seguro por la población y por su carácter de dueña y guardián de las mismas.

Valoró la prueba testimonial referida a la forma en que ocurriera el

accidente sufrido por la niña.

Ha dicho la sentenciante que, en tanto la responsabilidad del Estado es objetiva, la Municipalidad de Puerto Madryn, debía –para eximirse— plantear una causal de exoneración, lo que no hizo, limitándose a negar los hechos por falta de prueba.

Por su parte, la Provincia del Chubut, para rechazar su responsabilidad, invocó que la misma era de la codemandada, por ser la propietaria de la plaza y sus juegos, correspondiéndole su mantenimiento.

Frente a este panorama planteado por las partes, la a quo ha dicho que lo cierto es que, al tiempo de la caída, M. M. se encontraba bajo la guarda y supervisión de la Provincia del Chubut, por intermedio del Ministerio de Educación y las autoridades de la Escuela Provincial Nº 475 de esta ciudad.

Hizo referencia a las disposiciones de la Ley VIII Nº 91 de Educación de la Provincia del Chubut aplicables al caso, normativa de la que surge la obligación de los docentes del sistema educativo, de proteger y garantizar los derechos de los/as niños/as y adolescentes que se encuentren bajo su cuidado (art. 94, II, inc. e). Afirma que la Provincia asumió el deber legal de brindar el servicio de enseñanza en el ámbito provincial, que no se agota con la simple prestación educacional, sino que se completa con el deber de seguridad. Es por eso –agrega— que se ha dicho que el alumno debe retirarse del instituto de enseñanza "sano y salvo", habida cuenta que el establecimiento escolar ha asumido el deber de "garantizar" que el mismo no sufra daños. Es por ello que afirma que a la Provincia del Chubut la normativa referida le imponía evitar que los niños sufrieran algún daño en el marco de la salida al Museo de Arte y que lo sucedido configura una falta de servicio del Estado Provincial, en los términos del art. 3 de la Ley I Nº 560 que compromete su responsabilidad.

Concluye afirmando que se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para imputarles responsabilidad a ambas codemandadas, quienes deberán afrontar, de manera concurrente, las consecuencias que el hecho hubiera generado. Expresa que la Municipalidad responde por aplicación analógica de los arts. 1757 y 1758 del CCyC y la Provincia del Chubut conforme lo establece el art. 3 de la Ley I, Nº 560.

Con respecto a S. C. de S. Ltda., que admitió la existencia de un contrato de S. que amparaba el siniestro de autos, dispuso la sentencia que será responsable en la medida que los rubros de la condena puedan incluirse en los riesgos contemplados en la póliza.

En lo que hace a los daños reclamados, trata en primer término los Daños reclamados por M. V. C., que son: a) Pago de préstamo del Banco del Chubut: considerando que no se acreditó efectivamente que el dinero del préstamo fuera destinado al traslado y consultas de la menor, rechazó el rubro; b) Terapia por dos años: dice la a quo que no se incorporó prueba para su acreditación y de allí que desestimó la petición; c) Costo de controles en Buenos Aires (5 años): no habiéndose incorporado prueba en respaldo del reclamo, se desestimó el mismo y d) Daño Moral: se desestimó el reclamo porque la norma del art. 1741 CCyC excluye a la madre, como damnificada indirecta, para reclamar por su propio sufrimiento.

En lo que respecta a los Daños reclamados por la menor M. M. S., resolvió lo siguiente: a) Terapia por dos años: no habiéndose acreditado su necesidad, se rechazó la petición y b) Daño Moral: es admitido y se fijó su importe por aplicación del art. 167 del CPCC, en la suma de $ 180.000.- con más los intereses ya referidos. Por lo tanto, la demanda prospera por la suma de Ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.-) correspondientes al Daño Moral de la menor M. M. S., con más los intereses ya referidos aquí.

3 – <u>Agravios de la Provincia del Chubut</u>

3.1) Se agravia el Estado Provincial porque la sentencia ha considerado **responsable a la Provincia del Chubut** por el evento dañoso y la ha condenado a resarcir los perjuicios derivados del mismo.

Esgrime que ha quedado acreditado que la plaza (donde ocurriera el accidente de la niña) es de propiedad de la Municipalidad local y que los juegos tenían imperfecciones que prima facie no eran percibidos. Insiste en que siendo la plaza de propiedad del municipio, el deber de mantenimiento recae sobre éste y en especial cuando se trata de parques infantiles.

Afirma que la responsabilidad en autos es del municipio por su omisión del deber de seguridad que tenía sobre la plaza.

Luego reconoce como cierto que la niña se encontraba bajo la guarda y supervisión de docentes de la Provincia, pero afirma que el hecho de haber permitido los docentes utilizar los juegos por algunos minutos, no ha constituido el antecedente idóneo para producir el resultado (lesión de la menor).

Sostiene que no se ha omitido cumplir con el deber de seguridad y que no existió falta de servicio del sistema educativo.

Reitera que la plaza es de propiedad de la Municipalidad de Puerto Madryn y que es ella la única responsable del golpe y lesiones sufridas por la niña.

Insiste en que no existió falta de servicio a pesar de haberse producido una lesión y que los docentes –antes y después del accidente— obraron con diligencia, cumpliendo con los deberes a su cargo y denunciando el accidente al seguro.

Repite su postura en cuanto a que el daño se produjo por la falta de mantenimiento de uno de los juegos y que ello es ajeno al accionar de la Provincia, siendo única responsable la Municipalidad.

Plantea que su parte no pudo proveer ni evitar el accidente, debido a que el

mismo se produjo por una circunstancia exclusiva e imputable a la Municipalidad.

Insiste en que no hay responsabilidad de su parte porque no se configuró una falta de servicio y no se vulneró el deber de seguridad, cuidado y vigilancia.

3.2) En otro punto de su queja afirma que la causación del daño es ajena a su parte, debido a que el hecho generador del accidente se presentó como imprevisible e inevitable.

Sostiene que no hay una sola prueba producida que haya demostrado la relación causal, que pueda comprometer la responsabilidad de la provincia.

Reitera que si el tobogán hubiese estado en perfecto estado de conservación, la lesión no se hubiera producido, por lo que la causa del daño provino del mal estado del juego.

3.3) Afirma que las maestras y demás autoridades escolares son responsables de la salida ese día al Museo, empero, no son responsables por los vicios que tenía el piso del tobogán que causó la lesión de la menor, por la sencilla razón de que ni los docentes ni la provincia tenían conocimiento del estado de ese juego, que no habían sido advertidos de ello y que no eran propietarias y no pudieron prever ni evitar la lesión.

3.4) Culmina afirmando que en el caso no resulta aplicable el Art. 3 de la Ley I Nº 560 de Responsabilidad del Estado –como surge del fallo en crisis— sino el art. 2 inc. b) de la misma que establece las eximentes de responsabilidad del estado.

4 – <u>Agravios de la Municipalidad de Puerto Madryn</u>

4.1) Se agravia porque la sentencia ha dicho que la Municipalidad responde por aplicación analógica de los arts. 1757 y 1758 del CCyC.

Afirma que la normativa aplicable para determinar la responsabilidad de la Municipalidad es la Ley I Nº 560.

Sostiene que los juegos infantiles no son cosas riesgosas per sé y que la responsabilidad es objetiva, por lo que debió acreditarse objetivamente la peligrosidad de la cosa causante del daño y ello no se acreditó.

Afirma que no se acreditó que no se hayan cumplido con las adecuadas medidas de seguridad de la plaza pública.

4.2) En el segundo agravio esgrime que no se encuentra acreditado la inobservancia del deber normativo. Afirma que ninguno de los testigos refirió cómo fue la mecánica del accidente y que no se establece causalidad entre la caída, la cosa y el daño.

Esgrime que el daño era evitable si los docentes hubieran cumplido con su responsabilidad (cuidado de los niños en la salida y el recorrido autorizados).

Insiste en que no hay un vicio de la cosa (tobogán) por el cual se le pueda imputar responsabilidad al Estado Municipal.

4.3) En el tercer agravio se hace referencia al Informe Pericial de Ingeniería agregado a fs. 514/516 de autos y se agravia por el serio y notorio sesgamiento del informe pericial realizado por la a quo, cuando omite valorar que el perito no puede establecer el estado de la plaza por no haber tenido conocimiento directo el día de los hechos y por el tiempo transcurrido. Refiere que VS omite que el perito manifiesta que no se cuenta con normativa específica para plazas con juegos de niños, como tampoco para los pisos. La queja constituye –en realidad— un ataque o impugnación a este dictamen pericial.

4.4) En el cuarto agravio la quejosa expresa: *"… Se agravia esta parte en tanto que no debe el Estado Municipal eximirse frente a la responsabilidad objetiva respecto de una cosa que no es riesgosa persé, máxime cuando no se acreditó como estaría viciada la cosa, ni la omisión del estado en el mantenimiento y cuidado de la Plaza …".*

4.5) El quinto agravio constituye una reiteración de su postura al expresar que se agravia por la ausencia de elementos objetivos que configuren la responsabilidad aludida, endilgándole a la municipalidad una omisión que no se encuentra acreditada, esto es la falta de mantenimiento de los juegos. Luego transcribe parte de lo expuesto en la contestación de la demanda, al decir *"…Como fuera referido en la contestación de Demanda…"*.

En este punto afirma que el fallo en crisis constituye una *conclusión arbitraria* y reitera que un especio público con juegos infantiles no puede considerarse en si mismo riesgoso y que corresponde al damnificado demostrar el riesgo concreto, lo que aquí no se demostró.

5 – <u>Tratamiento de los agravios de la Provincia del Chubut</u>

5.1 – <u>La responsabilidad del Estado Provincial</u>

A-) El planteo inicial de la quejosa constituye una reiteración de su postura expuesta en la contestación de la demanda, esto es: la responsabilidad por el hecho dañoso no es de la Provincia sino de la Municipalidad de Puerto Madryn en su carácter de propietaria de la plaza de los juegos existentes en ella y que debía mantener en correcto estado general. El hecho de estar frente a una reiteración de lo expuesto en una etapa anterior del proceso inhabilita lo expuesto como agravio digno de análisis y de allí su irrelevancia como tal.

He de referirme ahora al párrafo en el que la quejosa dice: ***"…Es cierto,*** *como lo aseveró la Sra. Juez de Grado,* ***la niña se encontraba bajo la guarda y supervisión de docentes de la Provincia…"***.

La norma del Código Civil y Comercial a la que remite la Ley de Responsabilidad del Estado establece: *"Responsabilidad de los establecimientos educativos.* ***El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o***

deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime solo con la prueba del caso fortuito. *El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria"* (negrita propia). Como surge literalmente de la disposición, la responsabilidad es objetiva y sólo puede fracturarse el nexo causal mediante la prueba del caso fortuito.

Para que el Estado Provincial (Ministerio de Educación) pueda liberarse **no le basta con demostrar la diligencia de los profesores o directivos**. El anterior Código Civil señalaba que los directores y maestros serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era su deber poner (art. 1117). Ese era un modelo subjetivo de responsabilidad, con inversión de la carga de la prueba. Pero tal sistema cambió cuando la Ley 24.830 reformó el art. 1117 en el año 1997 (conf. Cám. 3ª. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *"A., E.A. y D., V.P. c. Dirección General de Escuelas Provincia de Mendoza s/ Daños y Perjuicios"*, 22/04/2022, LLOnline AR/JUR/44678/2022).

La vigilancia de los alumnos, en la educación moderna, no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización más o menos compleja, que impone directrices o instrucciones.

No es posible diluir la responsabilidad del propietario del establecimiento educativo privado ni la del Estado. En un caso, es una responsabilidad empresarial que se debe asumir como en cualquier otra actividad y, en el otro, es el cumplimiento de un deber insoslayable del Estado.

Las medidas relativas a la organización son asumidas por los titulares del Centro. El riesgo de que se produzcan daños es propio de lo que puede denominarse la "empresa docente", concebida como unidad económica. De

allí la necesidad de un seguro.

Por eso, **la ausencia de culpa de los docentes no tiene porqué excluir la responsabilidad del titular del centro** desde que a éste competen tareas organizativas de dirección cuya defectuosa ejecución puede ser la única causa determinante del acto dañoso causado o sufrido por el alumno (conf. Cám. 3ª. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 22/04/2022, cit.).

Para generar la responsabilidad del establecimiento educativo es necesario que el daño se produzca **cuando el alumno se encontraba o debía encontrarse bajo el control de la autoridad escolar**. En este caso, la misma apelante reconoce que *"…**la niña se encontraba bajo la guarda y supervisión de docentes de la Provincia**…"*, por lo tanto, no hay nada más que agregar para la plena y total imputación de responsabilidad al establecimiento educativo de la Provincia por las consecuencias del hecho dañoso sufrido por la víctima, conforme lo resolviera la a quo. Y ello es así porque la responsabilidad recaerá sobre el titular del establecimiento siempre que los estudiantes (menores de edad) ***"se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar"***. Constituyen autoridad escolar los dependientes del titular: directivos, maestras/os, profesores/as, porteros/as, preceptores/as, biblioteC.os/as, empleados/as administrativos/as. Los estudiantes deben encontrarse sujetos a las instrucciones ya sea de sus maestros, o de personas designadas por el establecimiento educativo con motivo de actividades extraescolares, como podría ser una excursión (conf. ZAMBRIZI, E.A., *"La responsabilidad de los propietarios de Establecimientos Educativos en el nuevo artículo 1117 del Código Civil"*, RCyS, 2004, pág. 448 nota a fallo; GALDOS, J.M. – VALICENTI, E., *"Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa"*, La Ley 2016-E, 727; LLOnline AR/DOC/2367/2016).

El ámbito temporal y espacial ha sido considerado con criterios amplios por la jurisprudencia, extendiendo la responsabilidad del establecimiento aún cuando los daños sufridos o causados por alumnos se producen fuera del establecimiento o en horarios previos o posteriores a los fijados por la autoridad para el desarrollo de las actividades educativas.

Con la nueva norma no cabe dudas que también quedan incluidos los supuestos en que el alumno se escapa de la escuela o se sustrae al control de la autoridad (por ejemplo, durante un paseo escolar (conf. SAGARNA, F.A., *"Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial"*, RCyS, 2015-IV, p. 255; GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

Es necesario recordar y tener presente que el fundamento actual de la responsabilidad no radica en el deber de vigilancia del docente o del director –como en el régimen por culpa original del código velezano— sino que se trata de una garantía de indemnidad de origen legal que presupone el poder de control que debe ejercer la autoridad educativa, en el que no importa si efectivamente pudo o no controlar, sino si debía hacerlo.

De lo dicho surge con nitidez el erróneo planteo de la quejosa cuando sostiene que el hecho de haber permitido los docentes utilizar los juegos no ha constituido el antecedente idóneo para producir el resultado (lesión de la menor).

Es muy claro que, aun cuando pudiera alegarse que el hecho dañoso se trató de una acción individual de la víctima, ello no sería suficiente para configurar la eximente de responsabilidad. Todo esto sin perder de vista –en contrario de la postura de la recurrente— que **fue la institución educativa quien puso la causa que de por sí entraña un riesgo del cual no puede desentenderse: el hecho mismo de disponer que los niños concurran a los juegos existentes en la plaza del lugar**.

¿Quiero decir con ello que reprocho la existencia y/o utilización de los juegos infantiles en una plaza pública? Claro que no. Lo que expongo es que el régimen jurídico aplicable ordena que sea el titular del establecimiento escolar quien deba soportar económicamente las consecuencias del daño sufrido por una alumna en el marco de la actividad educativa, no pudiéndolo descargar en la accidentada (conf. Cám. 3ª. Civ. Com. Minas, Paz y Tribut. Mendoza, 22/04/2022, cit.).

B-) Afirma la recurrente que la Provincia no incumplió con el **"deber de seguridad"** conforme le corresponde.

La "obligación de seguridad" es el deber que tiene el deudor de asegurar que el acreedor no sufrirá daños en su persona o en sus bienes como consecuencia de la ejecución del contrato. En general, se sostiene que se trata de un deber secundario o colateral (o accesorio o instrumental) integrado con el resto de las obligaciones típicas del negocio jurídico (las obligaciones primarias, principales o nucleares) y que garantiza que el deudor no sufrirá daños como consecuencia del contrato, en otros bienes diferentes al comprometido (conf. AGOGLIA, M.M. – BORAGINA, J.C. – MEZA, J.A., *"La responsabilidad por incumplimiento contractual"*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2003, p. 131 y sigs.; BORAGINA, J.C. – MEZA, J. en WIERZBA, S.M. – MEZA, J.A. – BORAGINA, J.C. (dir), *"Derecho de Daños"*, Hammurabi, Bs.As., 2017, p. 202; BORAGINA, J.C. – MEZA, J.A., *"La vigencia y trascendencia de la obligación tácita de seguridad en el nuevo Código Civil y Comercial"*, Rubinzal Culzoni, Sta. sFe, 2017; GALDOS, J. M. – VALICENTI, E., *"Vigencia y resistematización de la obligación tácita de seguridad en el Código Civil y Comercial"*, LLOnline AR/DOC/1623/2021).

Para GALDOS – VALICENTI, la obligación tácita de seguridad o indemnidad consiste en el deber que tiene el deudor de asegurar que el acreedor como consecuencia de la celebración y ejecución del contrato no

sufrirá daños en su persona o en sus bienes derivados de incumplimientos no comprendidos en la prestación obligacional. Constituye una traslación al ámbito contractual de la responsabilidad objetiva, con base en la buena fe, la garantía y ahora también en el riesgo (doctrina arts. 9, 10, 774 incs. b) y c), 1289 inc. c), 1723, 1768, 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com. (conf. GALDOS, J.M., *"La Responsabilidad Civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780"*, con la colaboración de VALICENTI, E., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, p. 744; GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

El instituto deriva de la buena fe prevista en los arts. 9, 729 y 961 del CCyC –que recogía el art. 1198 del Código derogado— y comprende la tutela de la persona ("la inviolabilidad de la persona humana" del art. 51 y concs. del CCyC) y de las cosas que no constituyen la prestación asumida, porque en tal caso rigen las normas específicas de cada contrato (por ejemplo, locación de cosas, depósito, comodato). Incluso se afirma que tal obligación se funda en el deber general de no dañar y de prevenir el daño (art. 1710 CCyC que obliga a "toda persona").

Aunque el Código Civil y Comercial no la previó expresamente (como lo hacía el art. 1669 del Proyecto de 1998), la "obligación de seguridad" se desprende y está contenida en el art. 1723, primer supuesto, que se refiere a la responsabilidad objetiva cuando ella –específicamente— resulta "de las circunstancias de la obligación". Se trata de la que se califica como obligación tácita de seguridad para distinguirla de la obligación expresa de seguridad prevista en el art. 1723, segundo supuesto, que alude a "lo convenido por las partes", y en los contratos típicos que contengan el deber de indemnidad (conf. GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

La postura mayoritaria de la doctrina, sostiene que, con limitaciones, el instituto mantiene su vigencia en el actual CCyCN (conf. ZAVALA de

GONZALEZ, M.; BORAGINA, J. C., MEZA, J., WIERZVA, S.M.; GARRIDO CORDOBERA, L.M.R.; NEGRI, N.; CERUTTI, M. del C.; cit. por GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

La obligación tácita de seguridad es objetiva porque así lo impone la norma aplicable (art. 1723, in fine, 1722, CCyC). Como consecuencia de ello, la eximente opera en la causa ajena, comprensiva de la imposibilidad de cumplimiento objetiva, absoluta y definitiva no imputable al obligado, esto es por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 955 y 1732). Para eximirse de responsabilidad es insuficiente probar que se actuó sin culpa o con la diligencia debida porque la exoneración opera en el ámbito de la causalidad: solo media liberación total o parcial si el sindicado como responsable acredita el hecho de la víctima, o el hecho de un tercero por el que no debe responder, o el caso fortuito o fuerza mayor (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría general de la responsabilidad civil"*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1989, 6ª. edic., p. 963 y sigs.; GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

La obligación de seguridad se aplicó y aplica a numerosos supuestos fácticos, señalando entre los más importantes los casos de: transporte público de pasajeros (tren, subte, micros); espectáculos públicos y deportivos; **establecimientos de enseñanza** y los que tienen a cargo menores o ancianos (clubes deportivos, guarderías, geriátricos), concesionarios viales por peaje; contrato de seguro; contrataciones inmobiliarias; clínicas o establecimientos médicos por el hecho de sus dependientes o auxiliares; productos elaborados; locación de cosas; servicio de turismo, especialmente del turismo-aventura; profesionales de la construcción; contrato de depósito, guarda y custodia (v. gr. cajas de seguridad, garaje); juegos de feria; entre otros.

Debe quedar en claro como conclusión de este apartado, que cuando se trata de daños sufridos por el estudiante (la niña en el caso de autos) **la responsabilidad objetiva se funda en una garantía legal según la cual el**

titular del establecimiento educativo debe asegurar que el desarrollo de la actividad de enseñanza no implicará daños para el estudiante. La responsabilidad es objetiva (arts. 1721, 1722, 1723 y concs. CCyC) (conf. SAGARNA, F.A., *"Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial"*, cit.; SAMBRIZI, E.A., *"La responsabilidad de los propietarios de Establecimientos Educativos en el nuevo artículo 1117 del Código Civil"*, ED, 176-853; TRIGO REPRESAS, F.A., *"Responsabilidad civil de un centro de atención integral para personas con necesidades especiales"*, RCyS 2012II, p. 17; GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

Cuando se trata de daños sufridos por el menor, **el sujeto protegido es el estudiante**. La garantía impuesta por la ley procura asegurar la indemnidad del alumno durante el desarrollo de las actividades educativas. **El hecho de que la niña haya resultado lesionada como consecuencia de haber participado de los juegos infantiles en la plaza del lugar, demuestra con creces el incumplimiento de la Provincia a su "obligación de seguridad" como titular del establecimiento educativo**, según hemos visto precedentemente.

Lo hasta aquí expuesto derrumba la estructura de la queja también en este punto.

5.2 – <u>El hecho generador del accidente se presentó como imprevisible e inevitable</u>

La recurrente intenta en este punto eximirse de la responsabilidad que tuvo en el evento dañoso en su carácter de titular del establecimiento educativo al que concurría la niña lesionada.

El art. 1767 del CCyC determina que el titular del establecimiento educativo se libera ***"solo con la prueba del caso fortuito"***, de modo similar al art. 1117 del Código Civil luego de su reforma. La doctrina discutió si la norma

pretendía limitar las eximentes al caso fortuito o si eran permitidas otras causas de interrupción del nexo causal como la culpa (hecho) de la víctima o el hecho de un tercero por el que el titular del establecimiento educativo no debe responder. El art. 1767 agregó a la frase la palabra *"solo"*, lo que para algunos significa el definitivo triunfo de la postura restrictiva (conf. VILLAGRAN, S., *"La responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos en el Proyecto de Código"*, La Ley 2013-A, 635; SAGARNA, F.A., *"Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial"*, cit.).

Coincido con la opinión de GALDOS – VALICENTI, que siguen las ideas de KEMELMAJER de CARLUCCI, en cuanto a que cabe distinguir los supuestos de daños sufridos o daños causados por el alumno. En el primer caso, si se trata de daños sufridos por el alumno menor de edad, en principio, **la única eximente será el caso fortuito**. El hecho del damnificado o el de un tercero, podrían eventualmente liberar de responsabilidad (total o parcialmente), pero no como eximentes autónomas, sino cuando se tomen como hipótesis constitutivas de caso fortuito. En otras palabras, deberán reunir las características de un caso fortuito (según el art. 1731 del CCyC) lo que refuerza el principio: **la eximente prevista es el caso fortuito** (conf. GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

No está demás recalcar que el art. 1767 del CCyC es terminante: la responsabilidad cesa ***"solo con la prueba del caos fortuito"***, lo que es de aplicación cuando se trata de daños sufridos por el alumno. Es decir, cuando el alumno es la víctima y por lo tanto el sujeto protegido por la norma. Ello explica la responsabilidad agravada –en virtud de la limitación de las eximentes— que se pone en cabeza del titular del establecimiento.

Las características que debe reunir el caso fortuito –que debe ser acreditado por el sindicado como responsable (art. 1734)— se encuentran previstas en

el art. 1730: deberá constituir un hecho imprevisible para el titular del establecimiento, o si fuera previsible, deberá ser inevitable.

El art. 1733 CCyC determina que aún cuando se configure caso fortuito, el deudor deberá responder si el caso fortuito constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad (inc. e). Es decir, **además de ser una circunstancia imprevisible e inevitable, el hecho deberá ser extraño a lo que normalmente sucede en el desarrollo de la actividad educativa**. Ocurre que se trata de un caso en el que existe una "confianza especial" depositada en el establecimiento educativo, lo que exige un análisis más riguroso del grado de responsabilidad.

La jurisprudencia en general ha seguido esta postura y se considera que **no constituyen caso fortuito por resultar contingencias normales y naturales de la actividad educativa las caídas o los golpes que sufren los estudiantes como consecuencia de juegos, corridas, empujones y las contingencias acaecidas durante el normal desarrollo de las actividades recreativas (como el juego en hamacas) o deportivas** (conf. C.Civ.Com.7ª. Nom. Córdoba, 21/10/2014, LLCórdoba 2015 (febrero), p. 91; Cám.Civ.Com.San Martín, Sala II, 17/08/2004, LLBA 2005 (febrero), p. 116; Cám.3ª. Civ. Com. Minas, de Paz y Tribut. Mendoza, 20/10/2009, LLOnline AR/JUR/53731/2009; Cám.Civ.Com.B.Blanca, 06/11/09, MJ-JU-M-53286-AR; Cám.Nac.Civ.Com.Fed., Sala I, 18/04/2000, RCyS 2001, p. 408; Cám.Civ.Com.Azul, Sala II, 14/05/2013, inédito; CNCiv., Sala C, 04/06/08, SJA, 06/05/09; Cám.2ª.Civ.Com.Minas, Paz y Tribut.Mendoza, 28/10/2015, LLGran Cuyo 2016 (mayo), p. 209; Cám.Civ.Com.Azul, Sala II, 21/04/2014, cit.; SCJMendoza, 22/03/05 LLOnline AR/JUR/555/2005).

La mayoría de la jurisprudencia se mostró partidaria de liberar al titular del establecimiento educativo sólo si demostraba el protagonismo causal en el evento del caso fortuito y por más que ese organizador de la educación

probase la intervención fáctica total o parcial de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debía responder, no se liberaba de la responsabilidad civil. Según Sagarna, es la línea que hay que seguir, toda vez que si el legislador hubiera pensado que todas las eximentes liberaban, en esta ocasión tuvo la oportunidad de enmendar lo que se consideraba por algunos que no se había realizado en 1997 mediante la Ley 24.830. Una vez más el legislador optó porque el titular del establecimiento educativo responda objetivamente por el daño causado o sufrido por el alumno menor cuando se halla o deba hallarse bajo el control de la autoridad educativa, eximiéndose de responsabilidad ***"sólo con la prueba del caso fortuito"***. El adverbio agregado *"sólo"* despeja todas las posibles interpretaciones intentadas infructuosamente para incluir otras eximentes de la responsabilidad civil (conf. SAGARNA, F.A., *"Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial"*, RCyS 2015-IV, 255, LLOnline AR/DOC/901/2015).

Cierto es que caso fortuito o fuerza mayor es el que no ha podido preverse o, aunque previsto, no ha podido evitarse. Nuestro Código Civil y Comercial así lo define, considerando los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos (art. 1730). Ahora bien, **para que el caso fortuito exima debe ser extraño a la actividad**.

El requisito de la ajenidad o inimputabilidad exige que los eventos, para poder ser considerados casus, deben ser **extraños a la actividad desarrollada por el deudor de la obligación** (ver CALVO COSTA, C.A., *"El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad"*, RCyS, 2004, 149; LOVECE, G.L., *"Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario"*, La Ley, 2016-D, 549; Cám.3ª.Civ.Com.Minas.Paz y Tribut. Mendoza, 22/04/2022, cit.).

El caso fortuito o fuerza mayor presenta como caracteres la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la ajenidad. En cuanto a esta última nota, es preciso que el agente no haya colocado ningún antecedente idóneo (por acción u omisión) que haga posible el suceso lesivo sobreviniente (ver comentario de PICASSO, S. y SAENZ, L.R. al art. 1730 en: HERRERA, M. – CARAMELO, G. – PICASSO, S. (Directores), *"Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"*, T. IV, Bs.As., Infojus, 2015, p. 436).

Reitero, conforme he dicho antes aquí, que ni siquiera sería posible argumentar que la niña "se cayó sola", porque tal situación no necesariamente indica que pueda ser un supuesto de caso fortuito.

Tengo también presente que no puede confundirse el hecho súbito con el caso fortuito. No todo lo súbito es fortuito, ni todo lo fortuito es súbito. Se da el ejemplo del caso de un alumno que, producto de un síncope (insospechado según su condición médica), cae y se lesiona. En tal escenario, no podría argumentarse que la causa del daño está en la actividad educativa, ni por acción ni por omisión.

En el hecho que aquí nos corresponde juzgar, la niña cayó de un tobogán existente en una plaza pública donde estaba jugando con sus compañeros del establecimiento educativo. Es por ello que dije antes que el argumento de la caída en soledad no sería admisible. La niña estaba en el contexto de un juego junto a sus compañeros del jardín de infantes en una plaza de la ciudad. No puede alegarse –y lo dije antes aquí— que se trató de una acción individual de la víctima, aunque –insisto— no sería suficiente tal situación para configurar la eximente.

En razón de lo fundamentado y no habiendo la quejosa acreditado la existencia de un caso fortuito, el agravio se desestima.

5.3 – <u>Las maestras y demás autoridades escolares son responsables de la</u>

salida ese día al Museo, pero no son responsables de los vicios que tenía el piso del tobogán

En esta queja la recurrente admite y afirma que las maestras y demás autoridades escolares son responsables de la salida de ese día al Museo. Es así y ya lo he referido y desarrollado precedentemente aquí.

También he dicho que ninguna importancia tiene afirmar que las maestras y autoridades no son responsables de los vicios que tenía el piso del tobogán de donde se cayó la víctima. Y ello es así porque –conforme lo expuse anteriormente en este voto— la vigilancia de los alumnos, en la

educación moderna, no está sometida al control de una persona determinada, sino al de una organización más o menos compleja, que impone directrices o instrucciones. Dejé sentado también que no es posible diluir la responsabilidad del titular del establecimiento educativo privado ni la del Estado y ello porque en un caso, es una responsabilidad empresarial que se debe asumir como en cualquier otra actividad y, en el otro, es el cumplimiento de un deber insoslayable del Estado.

Hay que tener en cuenta que las medidas relativas a la organización son asumidas por los titulares del Centro educativo. El riesgo de que se produzcan daños es propio de lo que puede denominarse "empresa docente", concebida como unidad económica. De allí que la ley imponga la necesidad de contratar un seguro.

Y es por lo que vengo desarrollado que –conforme también lo dije precedentemente— la ausencia de culpa de los docentes no tiene porqué excluir la responsabilidad del titular del centro de estudios desde que al mismo le competen las tareas organizativas de dirección cuya defectuosa ejecución puede ser la única causa determinante del acto dañoso causado o sufrido por el alumno (conf. Cám. 3ª. Civ. Com. Minas, Paz y Tribut. Mendoza, 22/04/2022, cit.).

A mayor abundamiento, en una clara demostración de la inadmisibilidad de la queja y por respeto a la brevedad, me remito a lo anteriormente expuesto en el presente. En razón de ello, el agravio no es atendible.

5.4 – <u>Inaplicabilidad al caso del Art. 3 de la Ley I N° 560 – Aplicación del Art. 2 inc. b) de la misma</u>

En su última queja plantea la recurrente la inaplicabilidad al caso del Art. 3 de la Ley I Nª 560 (Responsabilidad del Estado) y la aplicación de la norma que dispone el Art. 2 inc. b) de dicho cuerpo normativo.

Viene al caso dejar sentado que en el punto "33" de su fundamentación plantea la quejosa que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se adoptó la vieja postura administrativista y a renglón seguido esgrime lo expuesto en el título de este apartado.

En el camino de dar respuesta a la queja, viene al caso dirimir aquí qué establecimientos educativos están incluidos y cuáles excluidos de la norma que contiene el art. 1767 del CCyC. Ya hemos visto que la misma prescribe: *"Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria".*

El art. 1767, siguiendo la línea trazada por el art. 1117 modificado por la Ley 24.830, se refiere en tres oportunidades al *"establecimiento educativo"* (dos veces en singular –en el cuerpo de la norma— y una en plural –en el título de la norma--) (art. 1767, párrs. 1º y 2º) y una vez a los *"establecimientos de educación"* (art. 1767, párr. 3º), pero cuando habla de éstos específicamente se

los califica como de educación *"superior"* y de educación *"universitaria"* (art. 1767, párr. 3º), manifestando así qué tipo de educación describe (la *"superior"* y la *"universitaria"*).

Podría preguntarse por qué no se aclaró en el primer párrafo del art. 1767 o en su título, cuáles eran los "establecimientos educativos" comprendidos en la norma, mientras que para excluir institutos de enseñanza de su ámbito de aplicación, se mencionaron expresamente los apartados.

Debe mencionarse –siguiendo a Sagarna— que no todos los

establecimientos educativos están comprendidos en el art. 1767 del CCyC, de la misma forma que ocurría con el art. 1117 del anterior Código Civil luego de la reforma de la Ley 24.830. La nueva norma, como la anterior, abarca a los establecimientos educativos que se reglan mediante la Ley de Educación 26.606, la que *"…regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el art. 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, conforme con las atribuciones conferidas al Honorable Congreso de la Nación en el art. 75, incs. 17, 18 y 19, y de acuerdo con los principios que allí se establecen y los que en esta ley se determinan"*, y a todos aquellos institutos de enseñanza que mediante las normas provinciales y municipales se incorporen a su propio régimen educativo si es que no adhirieron al sistema educativo nacional. Es decir que la norma engloba a todos aquellos centros de enseñanza que imparten la educación mínima regulada mediante la normativa educativa específica, sean de gestión privada o estatal.

Hemos visto que el art. 1767 del CCyC dispone al comenzar: *"…El titular de un establecimiento educativo responde…"*, con la expresión genérica "establecimiento educativo". Cabe puntualizar que en ese artículo no se hizo distinción alguna puesto que resultaba innecesario, ya que los establecimientos educacionales son privados o estatales, y, por ende, a

ambos se aplica su disposición. Ya hemos visto que el art. 1767, siguiendo la normativa del sistema de educación, apartó a los institutos de educación "superior o universitaria" de su órbita (conf. SAGARNA, F.A., *"Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial"*, cit.).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, viene al caso destacar que, según Galdós y Valicenti, para la procedencia de la responsabilidad por los daños sufridos por un alumno menor de edad, **debe tratarse de un establecimiento educativo que preste servicios según el sistema educativo nacional o provincial, o que constituya un establecimiento asimilable por hallarse organizado como una empresa educativa** (conf. GALDOS – VALICENTI, ob. cit.).

La norma que estoy analizando se refiere –lo hemos visto— a la responsabilidad de los *"establecimientos educativos"*. Sin embargo –dicen los autores antes señalados— su amplitud inicial queda recortada a partir de dos grandes grupos de situaciones excluidas: a) los daños originados en establecimientos de educación superior o terciaria (art. 1767, 3º párr.) y b) los producidos en los establecimientos educativos de propiedad del Estado (art. 1765 CCyC; Ley 24.994).

Ahora bien, dentro del grupo de casos que quedan alcanzados por el art. 1767 del CCyC –según Galdós y Valicenti—, la noción de "establecimiento educativo" admite, cuanto menos, dos interpretaciones. Una interpretación estricta limita la responsabilidad sólo a los establecimientos educativos comprendidos en alguna instancia de la "educación formal", es decir los reglados por la Ley de Educación (Ley 26.206). En cambio, la interpretación amplia extiende la responsabilidad del art. 1767 del CCyC –y del anterior 1117, Cód. Civil— a otros supuestos en los que se imparta educación de cualquier tipo, aunque no se encuentre enmarcada en la Ley de Educación,

siempre que la prestación se desarrolle bajo una organización de tipo empresaria (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A.; HERNANDEZ, C.A.; ZAVALA de GONZALEZ, M; PIZARRO, R.D.; citados por GALDOS – VALICENTI, ob. cit.). La jurisprudencia ha seguido esta perspectiva amplia. Por ello quedan excluidos aquellos casos en los que la prestación de servicios no se produce mediante una organización empresarial (por ejemplo, la "maestra particular", o el profesor de música que enseña en privado).

En este caso no cabe hacer ninguna diferenciación en razón de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley de Educación de la Provincia del Chubut (Ley VIII Nº 91), que dispone: *"La presente ley regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender en el territorio de la Provincia del Chubut, conforme lo establecido en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Constitución Provincial y Ley de Educación Nacional Nº 26.206"*.

Por lo tanto, ya sea que se tome la posición estricta o la amplia antes explicadas, el establecimiento educativo al que concurría la niña lesionada resulta plenamente responsable por los daños sufridos al caer del tobogán existente en una la plaza de la ciudad, a la luz de lo establecido en la norma del art. 1767 del CCyC, siendo inadmisible la postura *"administrativista"* esgrimida por la quejosa.

Con respecto a la afirmación de la recurrente en cuanto a que no es de aplicación en el caso lo dispuesto por el Art. 3 de la Ley I Nº 560, siendo aplicable lo dispuesto por el Art. 2 de la misma, es una simple postura u opinión carente de todo asidero o fundamento que lo avale. No estamos, por lo tanto, ante un agravio digno de análisis sino ante un simple argumento de la quejosa carente de toda relevancia para la solución de la problemática de autos.

Sólo agregaré a lo expuesto en la queja que ya hemos visto que corresponde aplicar en el caso la norma del art. 1767 del CCyC y que el Art. 2 de la Ley I

Nº 560 cuya aplicación pretende la recurrente contempla los supuestos en los que se exime de responsabilidad al Estado. No he de compartir la postura dado que, según analizara antes aquí, la única eximente de la responsabilidad admitida por la ley para el establecimiento educativo es el "caso fortuito" y el mismo no se ha acreditado en ningún momento por la apelante.

En razón de lo expuesto, se desestima la queja.

6 – <u>Tratamiento de los agravios de la Municipalidad de Puerto Madryn</u>

6.1 – <u>La responsabilidad de la Municipalidad y la normativa aplicable</u>

Lo planteado por la recurrente en su "primer agravio" está cabalmente respondido en el desarrollo precedente dedicado a analizar y resolver las quejas de la Provincia del Chubut. He explicado allí cuáles son las normas aplicables y las razones y fundamentos por los cuales la Provincia es responsable por los daños sufridos por la niña accidentada. Lo mismo cabe responder a esta queja del Municipio y a ello me remito por respeto a la brevedad y porque no tiene sentido alguno reiterar lo ya expuesto.

He explicado supra qué normas del CCyC rigen en el caso; el incumplimiento a la "obligación de seguridad" por parte de las demandadas y lo relacionado con lo dispuesto por la Ley I Nº 560 a la que también hace referencia la recurrente. Por lo tanto, la queja se desestima.

6.2 – <u>No se establece causalidad entre la caída, la cosa y el daño</u>

A-) La sentenciante tuvo en cuenta que según el informe de fs. 349/353, la plaza pública ubicada en Avda. Roca a la altura del N° X. es de propiedad de la Municipalidad de Puerto Madryn y que, conforme la Carta Orgánica de la Municipalidad, se encuentra a cargo de la misma el adecuado

mantenimiento de las plazas públicas y sus instalaciones, entre ellas, los juegos infantiles, ello a fin de un uso adecuado y seguro a la población y por su carácter de dueña y guardián de las mismas.

Valoró la prueba testimonial producida en autos y determinó que el juego utilizado por Mia contenía un vicio que lo hacía impropio para su destino, lo que no fue advertido ni modificado por el Municipio, incumpliendo con el deber de mantener en buen estado de conservación las instalaciones de la plaza pública. Considerando que la responsabilidad del Estado es objetiva, dijo la a quo que la Municipalidad debía –para eximirse— plantear una causal de exoneración, lo que no hizo, limitándose a negar los hechos.

Además, determinó que la Municipalidad de Puerto Madryn responde por aplicación de los arts. 1757 y 1758 del CCyC. Esta conclusión agravia a la recurrente.

La parte actora sostuvo que el accidente que tuvo como consecuencia las lesiones sufridas por la niña, se produjo en un inmueble (plaza pública) de propiedad del Municipio en el cual estaba incorrectamente instalado (en mal estado de conservación y seguridad) un tobogán del cual cayó la niña golpeándose en la cabeza con los cimientos que sostenían la estructura, quedando en estado de inconciencia.

Atribuyó la responsabilidad del hecho a la Municipalidad demandada por ser propietaria del inmueble y de la "cosa" que causó el daño, como así también por el deber que tiene del cuidado y mantenimiento sobre los juegos públicos linderos al Museo de Arte sito en Avda. Roca N° X. de esta ciudad.

Que el inmueble donde se produjo el hecho dañoso (plaza pública) es de propiedad de la Municipalidad de Puerto Madryn, no es un tema controvertido y está debidamente acreditado en autos. Tampoco lo es que dicho predio era utilizado por los vecinos del lugar para esparcimiento y –

en lo que aquí nos interesa— por los niños en los juegos existentes en el lugar.

Surge de la contestación de la demanda que la Municipalidad se limitó a desconocer los hechos y a afirmar la inexistencia de responsabilidad de su parte por los daños sufridos por la niña al utilizar el tobogán instalado en la plaza. En ningún momento la demandada desconoció ser la propietaria del inmueble donde ocurriera el siniestro, ni del tobogán en el que se lesionó la niña, ni que el predio fuese utilizado por los vecinos (incluyendo en ellos a los niños) como lugar para la recreación (es una plaza pública existente en el centro de la ciudad de Puerto Madryn).

B-) Tengo en claro que un tobogán para niños instalado en un predio (plaza pública) se constituye en una cosa "accesoria" del inmueble donde ha sido colocado. La norma del art. 2328 del anterior Cód. Civil era muy precisa en cuanto disponía que las cosas *accesorias* son aquellas cuya existencia y naturaleza están determinadas por otra cosa de la cual dependen *"…o a la cual están adheridas"*. En el actual CCyC, las cosas "accesorias" están definidas por el art. 230 y de modo similar al anterior dice que *"Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario…"*.

De modo análogo, se entiende por cosa accesoria *"la que sirve a otra principal o le es útil para auxiliarla en el más perfecto desarrollo de su función, o en general, le está subordinada"* (conf. ALBALADEJO, *"Derecho Civil"*, t. I, vol. 2, N° 73.6, p. 119). En suma, mientras la cosa principal es autónoma, la cosa accesoria se encuentra *afectada* a la principal.

Ahora bien, la *accesoriedad* se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, por la *accesión física*: las cosas adheridas al suelo son accesorias de éste, lo mismo que las cosas que están adheridas a las cosas adheridas al suelo. En

segundo lugar, por la *dependencia*: por ejemplo, el teclado es un accesorio de la computadora, pues como regla, sin ella, no tiene existencia propia (conf. RIVERA, *"Instituciones. Parte Gral."*, T. II, N° 990; ZANNONI – KEMELMAJER de CARLUCCI, *"Cód. Civil Coment. Anot. y Conc."*, T. 10, pág. 112).

La clasificación es importante porque las cosas *accesorias* no tienen régimen propio y autónomo, sino que siguen la suerte de la principal. Esta regla estaba en el *Digesto*: *"Accesio cedit principali"*. Dada la regla, se considera que esta clasificación es una de las más ricas en consecuencias prácticas (conf. ETCHEVERRY BONEO, *"Curso. Parte General"*, T. III, N° 37): quien es propietario de la principal lo es de la accesoria: la hipoteca comprende los accesorios del inmueble; la acción reivindicatoria de la cosa principal comprende la de los accesorios; el vendedor debe entregar la cosa con todos sus accesorios, etc.

A la claridad de lo expuesto, cabe agregar las claras disposiciones que contenían los artículos 2331 y 2332 del anterior Cód. Civil al referir que *"las cosas que natural o artificialmente estén adheridas al suelo son cosas accesorias del suelo"* y que *"las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios"*. Lo dispuesto son aplicaciones del principio *accesorium sequitur suum principale*. Son consecuencias de este principio, el hecho de que el accesorio participa de la naturaleza del principal; si el principal es inmueble, también lo es el accesorio. Por otro lado, *"que lo accesorio tiene el mismo propietario que el principal"* (conf. ZANNONI – KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit., T. 10, pág. 112, 113, 121). Lo expuesto está claramente ratificado por el actual CCyC al disponer que el régimen jurídico de las cosas accesorias es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario (conf. art. 230).

Del breve análisis realizado surge con nitidez manifiesta que si la Municipalidad de Puerto Madryn era –a la fecha del hecho dañoso— la titular dominial (propietaria) indiscutida del inmueble (plaza pública) donde estaba instalado el tobogán infantil (*cosa accesoria*), también era la dueña de éste. Según hemos visto, es imposible separar la propiedad del inmueble (la plaza) de la que corresponde a los juegos para niños/as instalados en el mismo y de allí que no podría sostenerse que el Municipio era dueño del inmueble (plaza) pero no de una cosa *accesoria* al mismo (el tobogán, en este caso). Por lo tanto, el dueño del inmueble (plaza) es el dueño del tobogán que es *accesorio* al mismo (art 230 y concs. CCyC).

En la problemática en tratamiento, debe tenerse en cuenta también que si un sujeto es el propietario de un bien inmueble, ergo ha adquirido lo que *accede* a él, porque no existen dos títulos, uno sobre el suelo y otro sobre aquello que lo *accede*; el título respecto del dominio es uno solo (conf. C.Civ.Com. L. de Zamora, Sala I, 19/12/02, LLBA 2003-738). En este caso, el tobogán y los demás juegos se colocaron en el inmueble (adherencia
artificial) por lo que también le es aplicable la disposición del art. 226 del C.C. y C. (*Inmuebles por accesión*).

La conclusión de lo hasta aquí analizado me conduce a afirmar que siendo el Municipio demandado el propietario del *inmueble* (plaza) donde los niños jugaban, también lo era de los juegos para ellos instalados en el mismo, no correspondiendo hacer ninguna diferenciación al respecto entre el dueño de lo principal y el dueño de lo accesorio.

Lo que he concluido me conduce a que acompañe a la sentenciante en cuanto ha considerado que es responsable el Municipio demandado en su carácter de propietario del inmueble y de los juegos donde ocurriera el evento dañoso y por estar su cargo el adecuado mantenimiento de las plazas públicas y sus instalaciones.

C-) Estamos aquí ante un daño producido por la caída de la niña de un tobogán existente en la plaza pública y golpear su cabeza contra un montículo de material existente en la base del mismo.

La doctrina clásica considera que una cosa reviste la calidad de *riesgosa* cuando presenta alguna de estas características: a) Que se halle movida por una fuerza de la que el hombre no tenga un control absoluto; b) Que ella multiplique la potencia del hombre y c) Que el daño resulte de las fuerzas de la naturaleza sobre la cosa que lo causó (conf. A. SALAS, *"La acción de derecho común en los infortunios del trabajo"*) y, también, que para generar la responsabilidad prevista en la ley es necesaria la intervención activa o autónoma de la cosa (conf. LLAMBIAS, *"Tratado de Derecho Civil y Obligaciones"*; ALTAMIRA GIGENA y HÜNICKEN, *"Reparación de los infortunios laborales"*, Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por VAZQUEZ VIALARD; este último autor en *"La Responsabilidad en el Derecho del Trabajo"*; GARRIDO y ANDORNO, *"El Artículo 1113 del Cód. Civil"*).

En este caso estamos ante una cosa "inerte": el tobogán colocado en la plaza donde los niños jugaban. Tratándose de cosas inertes, o sea inanimadas e inmóviles, que no tienen peligrosidad intrínseca, per se, el factor extraño que desencadena el daño debe ser cuidadosamente ponderado y --en sede judicial— explicado a la hora de demandar y fundado a la hora de decidir acogiendo favorablemente una pretensión judicial en tal sentido. En estos supuestos, la probabilidad de incidencia causal es, por lo general, menor, por lo que la alegación y prueba del riesgo o del vicio se potencian en cabeza del demandante (conf. PIZARRO, R.D., *"Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial"*, RCyS, 1999-305).

El CCyC vino a simplificar, sin lugar a dudas, el sistema de daños en materia de cosas. Pues el art. 1757 regula conjuntamente la responsabilidad por riesgo de las cosas y la responsabilidad por riesgo de las actividades

riesgosas, supuesto este último no contemplado en el art. 1113 del anterior Cód. Civil. Por su parte desaparece la categoría intermedia de daños producidos con las cosas, que tantos problemas había ocasionado en su interpretación durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield, y que en la práctica se encontraba vacío de contenido, pues rara vez la jurisprudencia recurría a esta figura para solucionar el caso planteado (conf. GALDOS, comentario al art. 1757, en *"Código Civil y Comercial comentado y anotado"*, Lorenzetti, R.L. (dir.), 2015, t. VIII, p. 582).

De este modo el nuevo esquema quedó configurado de la siguiente manera: a) responsabilidad por el hecho propio –es decir, por culpa— (art. 1749), b) responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas y las actividades peligrosas (arts. 1757 y 1758).

En los casos de daños ocasionados por el vicio o riesgo de la cosa, para que el hecho quede subsumido en el régimen de responsabilidad establecido en el art. 1757 y ss. del CCyCN es preciso que se encuentren reunidos dos requisitos: a) que medie intervención de una cosa riesgosa o viciosa, y b) que haya una relación de causalidad adecuada entre el accionar de la cosa y el perjuicio padecido por la víctima.

La noción de cosa "riesgosa" no resulta sencilla y ha generado arduos debates en la doctrina. Es que no resulta fácil precisar, desde un primer momento, cuándo una cosa es riesgosa o peligrosa para terceros. Tal es así que –al igual de lo que ocurriera con el tercer supuesto previsto en el art. 1113 del anterior Cód. Civil— el art. 1757 del CCCN no formula una categoría rígida de cosas "riesgosas", por lo que dicho concepto debe ser ponderado en cada caso, teniendo en cuenta el papel que el objeto adoptó en el caso particular (conf. GARRIDO – ANDORNO, *"El art. 1113 del Código Civil comentado, anotado"*, Hammurabi, Bs.As., 1983, pág. 305).

Más allá de ello, podemos decir que las cosas pueden ser riesgosas, tanto por su propia naturaleza, como por su modo de empleo. El primer supuesto se presenta cuando ella, aun en su uso habitual, es potencialmente peligrosa para terceros. De esta forma, un automóvil, la energía nuclear, la electricidad, la dinamita o los explosivos son cosas que normalmente pueden causar daños, más allá de si presentan o no un defecto.

En segundo término, es riesgosa en razón de su utilización o empleo en los supuestos en que el uso que le da el hombre tiene una especial significación para convertir en peligrosa a una cosa que por su naturaleza no lo es, o para potenciar su grado de peligrosidad, cuando por sí misma no presenta tales características (conf. PIZARRO, *"Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa"*, t. I, pág. 120). De esta manera, el riesgo de la cosa que proviene de su modo de empleo puede provenir del uso particular que se le da, o del estado en que ella se encuentra, o la posición en que se localiza (conf. PIZARRO, ob. cit.).

Entre otros casos, un supuesto particular lo presentan –conforme lo dije anteriormente aquí— las cosas *inertes* –ya sea por sus propias características, o porque no se encuentran en movimiento al momento del hecho dañoso—, que pueden igualmente ser riesgosas para terceros. Es que las cosas inertes pueden ser riesgosas por revestir un peligro estático, como sucede con la pólvora o una escalera en mal estado de conservación, y pueden también ser colocadas por un individuo en una situación de riesgo de ocasionar un daño, no obstante hallarse en reposo (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., *"Teoría general de la responsabilidad civil"*, 1997, pág. 415).

Cabe poner de resalto que el riesgo de la cosa es un juicio de valor que debe medirse en abstracto. Con esto, quiero decir que no corresponde determinar su peligrosidad realizando un análisis *ex post* en cada caso en concreto, sino que por el contrario el enfoque se debe hacer si, abstractamente, esa cosa frecuentemente y estadísticamente daña o si bien no lo hace

frecuentemente, tiene la posibilidad de dañar de manera muy grave (conf. *"Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias"*, T. 3F, BUERES, A.J. (Dirección), PICASSO – GEBHARDT (Coordinación), pág. 600 y sigs.).

El vicio de la cosa importa la existencia de un defecto o mala calidad que la tornan impropia para una utilización inocuoa para los demás (conf. LLAMBIAS, J., *"Tratado de Derecho Civil – Obligaciones"*, 2012, T. IV-A, pág. 543). Existe en el objeto causante del perjuicio una imperfección o anomalía, que a su vez puede ser de fabricación, funcionamiento o conservación, que la vuelven inadecuada para su destino o utilización, de acuerdo con su naturaleza. Esta concepción de vicio de la cosa se enmarca en la noción prevista en el art. 2164 del CC de Vélez Sarsfield, como así también del art. 1051, inc. b) del CCyCN.

El vicio es relevante en el derecho de daños cuando su existencia torna a la cosa potencialmente peligrosa o riesgosa para terceros. Es que puede ocurrir que ella sea viciosa, pero no por ello generar un peligro para otros o, por el contrario, que dicho vicio transforme la cosa no riesgosa en una susceptible de producir daños. Por ejemplo, un árbol en malas condiciones, que se cae y causa un perjuicio, es una cosa que no es per se riesgosa, pero que ostenta un defecto que la torna potencialmente peligrosa para el eventual damnificado.

Es necesario dejar sentado que distinguir entre los supuestos derivados del "vicio" o "riesgo" de la cosa resulta superfluo. Es que, tanto el art. 1113, párr. 2°, último supuesto del Código derogado, como el contemplado en el art. 1757 del CCCN, el riesgo o contingencia del daño será la mera consecuencia o derivación del vicio propio de la cosa. Como lo señala incluso Llambías, en estos casos existe una necesaria superposición de responsabilidades, por el vicio o riesgo de la cosa, lo que torna improcedente que el dueño se exima

de responsabilidad acreditando que no hubo culpa de su parte en la existencia del vicio, pues igualmente estaría comprometido su deber resarcitorio por el riesgo que ella conlleva (conf, LLAMBIAS, J., *"Tratado de Derecho Civil – Obligaciones"*, 2012, T. IV-A, pág. 447).

En síntesis, el vicio de la cosa queda comprendido en la responsabilidad que emana de los arts. 1757 y 1758 en tanto y en cuanto se convierta en una fuente generadora de riesgos para terceros (conf. PIZARRO, *"Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa"*, T. II, pág. 126).

A diferencia de lo que ocurre con las cosas riesgosas, en donde el riesgo se analiza en abstracto, el vicio de una cosa va a depender del análisis que se efectúe en el caso concreto, pues se trata de cosas que no necesariamente son riesgosas como regla general, pero como en el caso concreto tienen algún defecto, entonces dañan (ejemplo: una silla que tiene un defecto en una pata y como consecuencia de ello una persona se cae).

He dicho antes aquí que el segundo requisito que torna procedente la aplicación del régimen de responsabilidad instaurado en el art. 1757 y ss. del CCCN es el vínculo causal entre el hecho de la cosa viciosa o riesgosa y el daño padecido por la víctima. Es decir, para que se configure este supuesto de responsabilidad es menester que la cosa haya intervenido de manera causalmente activa en la producción del daño, escapando de tal manera al control del guardián (conf. PIZARRO, *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, 2016, T. I, pág. 451).

En consecuencia, el hecho de la cosa implica una intervención causal de ella misma en la realización del daño. Ella debe ser su causa generadora, y para que este recaudo se encuentre reunido, es preciso demostrar dos elementos primordiales: a) en primer lugar, que la cosa intervino materialmente en la realización del daño, esto es, que participó materialmente en su producción y b) en segundo término, y demostrada la conexión material, se requiere

establecer que la cosa participó activamente, que es la causa generadora del perjuicio.

Sin embargo, **probada la intervención de la cosa y su conexión causal material con el daño producido, entonces se presume que el perjuicio fue generado por el vicio o riesgo de la cosa, o sea, que existe al respecto una presunción de adecuación causal**. Ello es consecuencia de que el propio art. 1757 del CCCN –al igual de lo que ocurría en el art. 1113, párr. 2°, último supuesto del CC— pone en cabeza del sindicado como responsable demostrar que el daño fue consecuencia de una causa ajena.

Con todo, lo cierto es que los dos supuestos a los cuales hago referencia –la existencia de una cosa riesgosa o viciosa, y el nexo causal entre el accionar de ésta y el daño padecido— se encuentran de tal modo interrelacionados que, en general, la existencia de uno u otro torna procedente la aplicación del sistema de responsabilidad instaurado en el art. 1757 y ss. En efecto, **comprobado el contacto material entre una cosa riesgosa o peligrosa en sí misma, surge la presunción de adecuación causal antes aludida y, por ende, la responsabilidad del dueño o guardián por el perjuicio ocasionado a la víctima, salvo que demuestre la existencia de una causa ajena que lo exonere**. Lo mismo ocurre si se demuestra el vicio de la cosa y el contacto con el resultado nocivo.

Por el contrario, si nos encontramos ante una cosa que no es per se peligrosa, o que se encuentra inmóvil, pesa sobre la víctima la tarea adicional de demostrar su rol activo en la producción del daño, esto es, cobra especial relevancia demostrar que el hecho de la cosa es la causa generadora del perjuicio (conf. CNCiv., Sala D, 30/04/04, LLOnline AR/JUR/1720/2001). En particular **respecto de la cosa "inerte", dicho recaudo queda demostrado con la prueba de que ella estaba en una posición o en un estado anormal**

que la tornaron peligrosa para terceros (conf. BUERES, A.J., *"Código Civil y Comercial de la Nación…"*, cit., pág. 609).

En lo que hace a la responsabilidad –imputada en este caso a la Municipalidad recurrente—, acreditada la intervención de una cosa que presente las características ya aludidas y su conexión causal con el daño, cabe presumir, hasta que se pruebe lo contrario, que el perjuicio se ha generado por el riesgo o vicio de la cosa. Recae sobre el sindicado como responsable (en el caso, el Municipio) demostrar que, por el contrario, existe una causa ajena que ha producido el desenlace (conf. PIZARRO, *"Tratado de la responsabilidad objetiva"*, 2016, T. I, pág. 543).

Ello surge de la interpretación armónica de los arts. 1757 y 1722, 2ª. parte del CCCN. El primero en cuanto consagra la responsabilidad objetiva en estos casos, y el segundo cuando establece que *"…el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario"*. Por ende, **la propia norma legal pone a cargo del dueño y guardián que desee exonerarse de responsabilidad la prueba de que el perjuicio obedece a una causa ajena, lo que importa presumir *iuris tantum* que el daño obedece al riesgo o vicio de la cosa** (conf. CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, *"Derecho de las Obligaciones"*, T. V, pág. 256; KEMELMAJER de CARLUCCI, A., comentario al art. 1113, en *"Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado"*, BELLUSCIO, A.C. (dir.) – ZANNONI, E.A. (coord.), 1994, T. 5, pág. 460).

En definitiva, **al damnificado le basta con acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjo o, lo que es lo mismo, la relación de causalidad puramente material entre el objeto del cual se trata y el daño**. Ello así en la medida en que **sobre el creador del riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la**

víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o fuerza mayor (conf. PIZARRO, *"Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa"*, T. II, pág. 141; ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Responsabilidad por riesgo creado"*, 1998, pág. 43; KEMELMAJER de CARLUCCI, A., comentario al art. 1113, en *"Código Civil y leyes complementarias…"*, cit., T. 5, pág. 460; TRIGO REPRESAS, *"Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima"*, La Ley, 1993-B-306; BUERES, A.J., *"Código Civil y Comercial de la Nación…"*, cit., pág. 610).

Se entiende que cuando la cosa es inmóvil por naturaleza, e igualmente participa en el evento de daño, corresponde a la víctima dar prueba del rol activo que ha desempeñado no obstante su inercia, lo que equivale a dar cuenta de su "comportamiento anormal". El carácter inerte, pasivo o inmóvil de la cosa no obsta a su posible encuadramiento dentro del régimen específico de responsabilidad previsto por la normativa, siempre y cuando la víctima justifique que la cosa se comportó, situó o posicionó de una manera anormal (conf. PREVOT, J.M., *"La culpa de la víctima inimputable como eximente de responsabilidad"*, La Ley 2008-A, 119).

Y ello es así porque las cosas inertes entrañan un riesgo cuando ostentan una posición anormal o una condición inadecuada. Y es evidente que ello ha ocurrido en este caso.

La doctrina legal de la SCBA ha expresado: *"No puede negarse que una cosa no reviste el carácter de riesgosa sólo por su condición de inerte, porque para determinar si genera peligro el juez en cada oportunidad debe preguntarse si ella por cualquier circunstancia del caso produce un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima; a pesar de que una cosa en sí misma considerada puede no ser peligrosa, en ocasiones alcanza ese carácter en función de las circunstancias del caso"* (causas L 38.691; L 51.505; L 76.465; L 82.047, entre otras).

No hay duda que el caso se encuadra en el art. 1757 del CCCN. En efecto, el peligro potencial de la cosa inerte (el tobogán) es una cualidad que le incorporan a dicho objeto no sólo su estructura y dimensiones (construcción metálica, formado por caños de forma circular soldados entre si y colocado sobre el piso de tierra/piedras (ripio) de la plaza, a cierta altura del mismo), sino también su deficiente instalación (se hallaba enterrado por debajo de la superficie del suelo, con un bloque de cemento y piedras en la base de las patas que estaban sobre el piso visibles claramente), y la circunstancia de que al predio donde estaba instalado (plaza pública) es normal y habitual la concurrencia de los vecinos y niños del lugar.

El conjunto de los elementos que acabo de referir tornan al objeto en cuestión en una cosa generadora de peligrosidad potencial con la consecuente contingencia o probabilidad de ocasionar daños a las personas. Ante este panorama, la parte demandada pudo liberar su responsabilidad mediante la acreditación de una conducta culpable por parte de la víctima, el hecho de un tercero o el caso fortuito, como factores interruptivos de la relación efectiva y adecuada de causalidad.

De las probanzas de autos **no surge que se haya acreditado algún eximente de la responsabilidad que le cabe al Municipio demandado**.

El lamentable hecho que causó las lesiones de la niña (hija de la actora) se encuentra claramente acreditado en autos y ello no ha sido una cuestión debatida en el proceso.

De las constancias obrantes en autos surge que **la cosa inerte (tobogán) tuvo una participación activa en la producción del daño sufrido por la menor, por lo que nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o guardián (la Muncipalidad de Puerto Madryn)**.

Es evidente, en el caso, el daño sufrido por la víctima y que el mismo es imputable al riesgo o vicio del tobogán desde donde se cayó. O sea, la

existencia del riesgo que representaba la instalación del tobogán en las condiciones que ya he descripto y que surgen de estas actuaciones, es algo que está fuera de toda discusión. Y, en lo que a la relación causal se refiere, tampoco hay dudas de que la "cosa" jugó aquí un papel causal, dado que está acreditada la posición o el comportamiento anormal del juego del cual se cayó la niña, siendo estas circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián en el contexto del citado artículo del CCCN.

Señala Pizarro que desde un punto de vista cuantitativo, la idea de riesgo creado parecería estar estadísticamente más asociada a cosas en movimiento que a las que se encuentran inertes, ya que existe la probabilidad de intervención causal más relevante en aquel supuesto. Sin embargo, cualitativamente, nada permite disociar al riesgo creado del carácter inerte de una cosa, dado que ella –tal como ha ocurrido en este caso— puede haber intervenido activamente en la producción del resultado (conf. PIZARRO, R.D., *"Responsabilidad civil derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente"*, pág. 415 en ALTERINI, A. – LOPEZ CABANA, R. (Dir.), *"La Responsabilidad Homenaje al Profesor Dr. Isidoro Goldenberg"*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1995).

En esa línea, se ha dicho que existe hecho de la cosa cuando ésta, "mecánicamente pasiva" ha sido "causalmente activa". Y las cosas inertes son causa activa del daño cuando la anormalidad de su situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consecuente previsibilidad de una contingencia dañosa, lo que es plenamente congruente con el sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Código Civil (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., *"Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa"*, La Ley 1983-D, 115).

Frente al claro panorama descripto, el dueño o guardián del inmueble donde los niños jugaban y del tobogán desde donde cayó al piso la menor (víctima),

podía eximirse total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o el caso fortuito o fuerza mayor, conforme lo he destacado supra.

Sin perjuicio de lo expuesto, la propia circunstancia de que el Municipio haya permitido la colocación del tobogán de un modo tal que no podía ser utilizado sin peligro, pone de relieve su negligencia. En efecto, **el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Y en este caso, el municipio demandado, que ejercía jurisdicción y el consiguiente poder de policía sobre el inmueble que era de su propiedad, debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir y proteger a los usuarios de ese predio que eran esencialmente jóvenes y niños del lugar** (conf. CSJN, 01/12/92, in re *"P. c/ Pcia. del Chubut y Otra"*, La Ley 1994-B, 438).

Ninguna duda existe acerca de que el **"deber de seguridad"** correspondía a la Municipalidad demandada como dueña del predio. Es que el Estado responde en forma directa por falta objetiva de servicio (arg. CSJN, in re *"Zacarías"*, La Ley 1998-D, 317), o bien que surge de un factor subyacente subjetivo a título de culpa por omisión, o que deriva de su calidad de delegante de actividad en el marco de una relación regida por el Derecho Público, denominada "delegación transestructural" de un servicio inherente a sus funciones (conf. C.Civ.Com. L. de Zamora, Sala I, *"Angelakis, N. c/ Tamango, S. s/ Daños…"*, 02/11/04).

Permítaseme remarcar que corresponde al dueño del predio el adecuado control de todo elemento que se introduzca en su propiedad; máxime teniendo en cuenta que por las características de la cosa (tobogán), ante un movimiento externo, su formato, dimensiones, y consecuente inestabilidad ante el peso de un niña de sólo cinco años de edad que se subió al mismo,

era altamente probable la producción de una caída. La conducta deseada y correcta era instalarlo de manera adecuada y como indican las reglas para el caso, a fin de evitar daños ante la posibilidad (no remota) de que un niño/a se caiga. Y si ello no era posible, correspondía retirarlo del lugar.

Lejos de tomar medidas en protección de los niños que allí concurrían a jugar, los mismos no sólo ingresaron a la plaza, sino que contaron con suficiente tiempo para jugar, hasta que finalmente la niña se cayó del tobogán golpeando su cabeza contra el piso-base de dicho juego y produciendo las lesiones que se han acreditado. Y todo esto ocurrió en una plaza pública y en un horario razonable.

Las diligencias necesarias (conf. art. 512 Cód.Civ. Velezano) debieron, en el caso, ser tomadas por la autoridad pública, dueña del inmueble, previendo el cumplimiento de mandatos jurídicos indeterminados basados en ponderaciones de bienes jurídicos protegidos y valorando las consecuencias generalizadas de su actuar. Y porque su tipificación entraña una apreciación en concreto la cual toma en cuenta el tipo de actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con aquél y el grado de previsibilidad del daño, la parte demandada debió supervisar, controlar y, en su caso, incrementar las condiciones de seguridad en las zonas propias donde estaban instalados los juegos que utilizaban los niños, que necesariamente deben contar con la protección apropiada. No puede sostenerse que existe un deber del Estado de evitar todo daño, pero sí en la medida, como es el caso, de la protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables (conf. CSJN, in re *"Mosca"*, 06/03/07, JA-2007, II, fascículo 9, págs. 16 y sigs.).

A lo dicho sólo agregaré que el "deber de seguridad" tiene fundamento constitucional –art. 42 de la Constitución Nacional— y es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas

encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos (conf. CSJN, 31/08/2010, *"Bea, H. y Otro c/ Estado Nacional Sec. Turismo"*, voto del Dr. Lorenzetti, La Ley 27/09/2010). En efecto, si resultaba previsible y era habitual que los niños concurrieran a los juegos instalados en esa plaza, no parece irrazonable exigir al Municipio la adopción de una concreta medida de seguridad, como hubiese sido –por ejemplo— instalar adecuadamente y como mandan las reglas del caso todos y cada uno de ellos, a los efectos de reducir al máximo las posibilidades de que ocurra un siniestro que afecte a alguno de los niños que allí jueguen.. En el caso, la responsabilidad es directa y objetiva y se funda en la falta de servicio frente a las obligaciones que el servicio regular impone.

Ha quedado demostrado que la víctima de autos contaba con cinco años de edad a la fecha del evento y que el tobogán --en el cual se hallaba jugando y del cual se cayó sufriendo serias lesiones— si bien no es peligroso en si mismo, se encontraba en una situación que implicaba riesgo e imponía al dueño del predio en el cual se encontraba, adoptar todas las medidas tendientes a evitar una situación como la de autos. Lo esencial y decisivo para que pueda encuadrarse el caso bajo el régimen propio del art. 1757 del CCCN es la "incidencia causal" del riesgo (o vicio) generado por la cosa en el resultado nocivo, es decir su "rol activo" en la producción del daño, la intervención material de la cosa en el evento lesivo, lo que la diferencia de las cosas en movimiento, porque no se presume su potencial riesgosidad sino que ella resulta de su posición, de su comportamiento anormal o de un defecto o anomalía.

¿En qué consistió el riesgo en este caso? En que el juego en cuestión no estaba correctamente instalado en el terreno sin riego para quien lo utilizara

y ello creó –conforme al curso normal y ordinario de las cosas— una probabilidad razonable de dañosidad para terceros (niños/as en el caso). Y ello porque la caída de un/a niño/a que lo utilizara era previsible.

Lo expuesto me conduce a proponer al Acuerdo la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto ha considerado que la Municipalidad demandada resulta responsable por el evento dañoso, rechazándose la queja analizada.

6.3 – <u>La crítica al Informe Pericial de Ingeniería</u>

El tercer agravio de la recurrente constituye una crítica/impugnación al dictamen pericial de Ingeniería incorporado a fs. 514/516 de autos y esgrime su disconformidad con la valoración del mismo que ha realizado la a quo al sentenciar.

Frente a este panorama no resulta clara la postura de la quejosa y ello en razón de que el dictamen fue presentado oportunamente en autos y ninguna objeción realizó sobre el mismo la hoy apelante. Por lo tanto, intentar hacerlo a esta altura del proceso no resulta admisible.

Es muy claro que cuando el fundamento de la queja constituye una crítica contra la resolución que está basada en lo dictaminado por la pericia practicada en autos que el agraviado no observó ni impugnó y que, por lo tanto, consintió, no hay agravio contra la sentencia susceptible de ser estimado (conf. CNFed.Civ.Com., Sala III, 16/06/81, ED, 95-300; esta Cámara in re *"Rodríguez Zeballos A. c/ Meibar SRL s/ Cobro de Pesos"*, 21/05/2013, Reg. SD 31/13; entre otras). En este caso, la agraviada no atacó el dictamen pericial de Ingeniería practicado en autos.

En este sentido, he dicho ya en votos anteriores que las decisiones jurisprudenciales son uniformes al decidir que si agregada la pericia a las actuaciones no merece impugnación de las partes ni pedido de explicación

como el rito concede (art. 473 CPC Pcia. Bs.As. – 477 CPCC Chubut), resulta improcedente y extemporánea la discrepancia en sede de agravios, ya que aquella oportunidad no es recuperable, pues implicaría una tardía verificación probatoria en etapa ya clausurada, instalando una peculiar situación en la que ya no se podría oír al experto (conf. C.C.C.1a.Quilmes, 12796, RSD-12-11, S 09/03/2011; ídem, 12607, RSD-90-10, S 23/12/2010; ídem, 11469, RSD-56-9, S 07/07/2009; ídem, 10883, RSD-41-8, S 22/07/2008; ídem, 9441, RSD-23-7, S 18/04/2007; ídem, 9387, RSD-96-6, S 30/11/2006; ídem, 9068, RSD-78-6, S 26/10/2006; ídem, 8203, RSD-108-5, S 03/11/2005; ídem, 7458, RSD-118-4, S 04/11/2004; ídem, 6213, RSI-130-3 I, 06/06/2003; ídem, 4990, RSD-36-2 ,S 19/06/2002; ídem, 4238, RSD-74-1, S 17/08/2001; ídem, 2815, RSD-13-00, S 16/02/2000; ídem, 2303, RSD-20-99, S 05/04/1999; ídem, 1327, RSD-4-98, S 05/03/1998; JUBA B2900595; Cám 1a.Civ.Com.San Nicolás, 05/10/2010, Reg. 129-10; ídem, 16/04/09, Reg. 32-9; JUBA B858434).

En el caso, la pericia de Ingeniería (fs. 514/516 vta.) fue oportunamente incorporada a estas actuaciones sin que la misma fuera objeto de pedido de explicaciones al experto o de impugnación (art. 477 C.P.C.C.), es por ello que han devenido claramente improcedentes los cuestionamientos planteados a su respecto por la apelante en la sede de agravios. Y ello es así porque pasó la oportunidad procesal de realizarlo, siendo imposible volver atrás, no se puede remontar *"in extremis"*, toda vez que implicaría una tardía verificación probatoria en una etapa precluida, generando argumentos a esta altura novedosos al no haber sido considerados en la anterior instancia por el juzgador (art. 280 CPCC).

Es que la ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido en autos –tal lo que aquí ha ocurrido— permite sentar que si la pericia no fue objeto de observación ni de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales que se vuelquen por el apelante

en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 477 del ritual, a las conclusiones que llegó el experto, si no juegan elementos eficaces de convicción que autoricen a apartarse de ellas, lo cual aquí no se ha demostrado.

La apelante no formuló objeciones a las conclusiones del experto cuando tuvo la oportunidad procesal para hacerlo, dejándola consentir. Por lo tanto, los agravios que ahora expresa, son inaudibles. Sus meras impugnaciones a lo que surge de la pericial en cuestión, resultan extemporáneas.

Lo expuesto me conduce al rechazo del agravio.

6.4 – <u>La eximición de responsabilidad del Estado Municipal</u>

En su "cuarto agravio" –y en lo que aquí interesa— dice la recurrente: *"… Se agravia esta parte en tanto que no debe el Estado Municipal eximirse frente a la responsabilidad objetiva respecto de una cosa que no es riesgosa persé …"*.

No hay que analizar mucho para advertir que en este punto la apelante reconoce que no es posible que el Estado Municipal se exima de la responsabilidad objetiva que le corresponde asumir por el hecho dañoso motivo del reclamo de la parte actora. Por lo tanto, nada tengo que agregar al reconocimiento que realiza la propia co-demandada que ha sido condenada en autos, con respecto a que **no corresponde que se la exima de la responsabilidad objetiva que tiene en el caso**.

Por lo expuesto, no hay agravio atendible.

6.5 – <u>Ausencia de elementos objetivos que configuren la concausalidad – Conclusión arbitraria</u>

En el desarrollo de su "quinto agravio" la recurrente expresa: *"… Como fuera referido en la contestación de Demanda…"*. Esto ya imposibilita admitir como

válida su queja dado que, como es sabido, no es posible reiterar como expresión de agravios lo expuesto en etapas anteriores del proceso; en este caso, no es posible reiterar lo expuesto al contestar la demanda dado que ello no implica cumplir con la obligación procesal de "expresar agravios". Por lo tanto, es inadmisible el planteo y corresponde su rechazo.

A mayor abundamiento, para una mayor satisfacción de la recurrente y por respeto a la brevedad, corresponde remitirla a lo que he expuesto sobre los fundamentos de su responsabilidad en el punto **"6.2"** precedente, lo cual da una acabada respuesta a su planteo.

Afirma también la quejosa en este mismo punto que el fallo de primera instancia constituye una conclusión *"arbitraria"*.

Se ha acotado en torno a esta cuestión –y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares— que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme –con respecto a este tema—que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las*

transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales. Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…"*., T. III, págs. 725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento, advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es *arbitraria* dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

En razón de los fundamentos precedentemente expuestos, se desestima este punto de la queja.

7 – <u>Conclusión</u>

Considerando que los agravios constituyen el alcance y medida del recurso concedido a la apelante y que los que aquí ha expuesto no logran hacer mella en la sentencia apelada, cabe concluir que debe ser confirmada la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Es mi voto.

8 – <u>Costas de la Alzada</u> Las costas de la Alzada se imponen de la siguiente manera:

a-) <u>Por el recurso interpuesto por la Provincia del Chubut</u>, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. I. A. M., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

b-) <u>Por el recurso interpuesto por la Municipalidad de Puerto Madryn</u>, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. J. A. S., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr.Juez de Cámara Guillermo D. HANSEN dijo:

1).- Antecedentes del caso:

Por razones de brevedad me remito al voto de mi colega

preopinante, en cuanto al relato de los hechos y la exposición de los agravios por cuanto el Dr. Fiordelisi ha realizado una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de los agravios expresados por la parte demandada por lo que resulta innecesario reiterarme sobre dichos aspectos.

Por ello, seguidamente me adentraré en las cuestiones planteadas como fundamento recursivo de la parte demandada.

2).- Los agravios de la Provincia del Chubut:

2.1).- La responsabilidad del Estado Provincial:

Establece el art.1767 del CCyC en su parte pertinente que: *" El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito."*.

Esta claro que la responsabilidad del titular como se señala, tiene su justificación en la circunstancia que es a el a quien le incumbe la organización del establecimiento educacional, así como la selección de personal, capacitación, dotación y todo cuanto haga al funcionamiento del establecimiento educativo.

Ahora bien, no se me escapa que los arts.1764 y 1765 del CCyC excluyen en forma expresa la aplicación de dicho ordenamiento respecto de la responsabilidad del Estado, estableciendo que no le son aplicables ni en forma directa ni subsidiaria.

Sin perjuicio de ello, entiendo que en casos como el presente resultan aplicables las normas privadas por intermedio de la analogía, cuando, como en el caso, la Ley de responsabilidad des Estado (Ley I N°560), P.e lagunas respecto de acontecimientos como el de marras.

La Corte Federal ha sostenido que en los casos en los que se atribuye responsabilidad extracontractual al Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Público su regulación corresponde al campo del Derecho Administrativo y tal conclusión no debe variar por el hecho de que, ante la falta de tratamiento provincial, se apliquen eventualmente y por vía analógica disposiciones contenidas en el Código Civil, toda vez que ellas pasan a integrarse al conjunto de principios de derecho administrativo (CSJN, Fallos, 306:1591; 325;2687, entre otros).

Así se ha dicho que: "*Estimamos que podrá acudirse al Código Civil y Comercial para cubrir las innumerables lagunas que presenta la ley 26.944 en la materia ya sea a fin de aplicar principios generales del derecho (v.gr., abuso del derecho, principio de buena fe)u otras soluciones allí consagradas mediante la técnica de la interpretación analógica.*"-HEREDIA-CALVO COSTA, "Código Civil y Comercial", tomo VII, pág158/9, LA LEY, 2022-.

En el caso, debido a la laxitud de las regulaciones contenidas en la LRE, resulta necesario acudir a las soluciones establecidas en el Código Civil y Comercial.

Se ha señalado que: *"….al respecto es conveniente recordar que el derecho administrativo no tiene una existencia aislada e independiente, sino que constituye una parte del ordenamiento jurídico y mantiene con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como acontece con el derecho constitucional; o bien relaciones de contacto e interferencia, como es el caso de sus vínculos con la legislación civil y comercial, en la cual se regulan institutos jurídicos cuyo ámbito de aplicación se proyectan a todas las ramas del derecho*."PERRINO E., "La regulación de la responsabilidad contractual del Estado", INFOJUS, SAIJ: DACF160145-.

Sentado ello, me adentraré en el análisis del agravio planteado por la recurrente.

A los fines de resolver la cuestión, resulta necesario referirme a los propios dichos de la recurrente en cuanto señala que –y cito textual-: "*Es cierto, como lo aseveró la Sra. Juez de Grado, la niña se encontraba bajo la guarda y supervisión de docentes de la Provincia , como también es verdadero que la plaza con juegos estaba lindera al Museo, y que los infantes iban entrando de a grupo y los demás esperaban afuera."-ver fs.613 vta.-.*

No caben dudas entonces, que la menor se encontraba, según propios dichos de la recurrente bajo la guarda y supervisión de docentes de la provincia.

De conformidad con lo expuesto precedentemente, estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, y como tal, la ruptura del nexo causal solo puede producirse solo con la prueba de existencia de un hecho fortuito- art.1 de la Ley I N°560 y 1767 CCyC-.

Es claro entonces, que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, fundado en el deber de indemnidad que asume el titular del establecimiento, por los daños que puedan sufrir los alumnos durante el desarrollo de la actividad educativa, actividad educativa a la cual, claramente se asimila la que se estaba desarrollando al momento de producido el siniestro.

Se ha sostenido que: "*Se trata de un caso de responsabilidad objetiva agravada, pues el titular únicamente se exime demostrando el caso fortuito o fuerza mayor, es decir, que el hecho fue imprevisible o inevitable para el explotador de la actividad educativa*."- HERRERA-CARAMELO-PICASSO, "Código Civil y Comercial", libro tercero, pág.505, SAIJ, 2022-.

En el caso, las propias aseveraciones de la recurrente no

dejan lugar a dudas que la menor se encontraba bajo la guarda y supervisión de los docentes provinciales y, en consecuencia, debe responder por los daños sufridos por la menor.

"*El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar*."-MOSSET ITURRASPEPIEDECASAS, "Responsabilidad por daños", tomo IX, pág.536, RUBINZAL CULZONI, 2017-.

Debo destacar que conforme la normativa vigente, se encuentra fuera de discusión que actividades como la que se desarrollaba al momento del siniestro se encuentran encuadradas dentro del supuesto de responsabilidad que vengo desarrollando, por cuanto el titular del establecimiento educativo garantiza la indemnidad en este caso de la menor, no eximiéndose de responsabilidad por el hecho de ejercer el control ya que se trata de una garantía de origen legal.

En virtud de ello, carece de sustento el argumento esgrimido por la recurrente respecto de que la utilización de los juegos donde se produce el hecho dañoso no resultó ser el antecedente idóneo para la producción del siniestro, mas bien todo lo contrario en base a lo que vengo desarrollando.

No constituye tal circunstancia, entonces, una eximente de responsabilidad como pretende hacer valer la recurrente.

Esto se relaciona directamente con el argumento recursivo que sostiene que la provincia no incumplió el deber de seguridad, recordando que tal deber impone la obligación de asegurar que, en este caso la menor, no sufra daño alguno mientras se encuentra bajo su guarda o control.

Es decir, la obligación de seguridad de la recurrente

debió traducirse en la inexistencia de daño a la menor que se encontraba bajo la guarda o custodia de los docentes provinciales, asegurándole en consecuencia la indemnidad de la que vengo hablando en párrafos precedentes, y esta circunstancia en autos no aconteció, lo que derivó en el daño sufrido por la menor como consecuencia del evento dañoso acecido.
Por los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

2.2).- El hecho generador del accidente se presentó como imprevisible e inevitable:

La interrupción del nexo causal que beneficiaría la postura de la recurrente solo se produciría ante la existencia de un hecho fortuito conforme lo señala la legislación vigente-art.1 ley I N°560, 1767 CCyC-.

Por supuesto que la existencia de tal supuesto, debe tratarse de un hecho imprevisible, inevitable e irresistible, ajeno al control de quien, como en el caso, lo alega, que constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima.

Y la prueba del caso fortuito está a cargo de quien la invoca requiriendo la comprobación fehaciente del carácter de imprevisible e inevitable del hecho o de los hechos a los que se adjudica la condición de causal exoneratoria.

En el caso en análisis claramente no se encuentran reunidos los caracteres que vengo mencionando para la procedencia de esta eximente, ya que, por un lado, no se puede sostener que el hecho era imprevisible desde que, debe evaluarse teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó el agente en el caso concreto, sino lo que podría haber previsto una persona media que estuviera en conocimiento de las

circunstancias del caso.

Y en este sentido, si bien los juegos infantiles no representan per se una amenaza para la integridad física de quienes los utilizan, lo cierto es que resulta previsible que algún acontecimiento como el de marras suceda, debiendo, en consecuencia quienes estaban a cargo de la menor redoblar los esfuerzos para que el hecho que finalmente sucedió, no se produjera.

Se ha dicho: "*Este acontecimiento debe ser imprevisible, tal como reza la norma al determinar que el caso fortuito es el que no ha podido ser previsto; ello significa que la producción del evento no puede ser anticipada a pesar de emplearse las diligencias del caso*."-ZAVALA DE GONZALEZ, "Resarcimiento de daños", tomo 4, pág.302, HAMMURABI, 1999-.

De otro lado, en tanto como lo señalara precedentemente el hecho pudo preverse, también pudo evitarse, quedando así, como única opción para la recepción de la defensa esgrimida, la circunstancia que, aún previsto, la producción del hecho resultó inevitable, circunstancia que, claramente no caracteriza al siniestro ocurrido.

Ello así por cuanto, dicha inevitabilidad debe ser de tal entidad que el sindicado como responsable no pudo vencer o superar y ello, reitero, no ocurre en el caso.

Se ha sostenido que: "*Otro recaudo que debe contener el evento para poder ser considerado caso fortuito es la inevitabilidad….()…En este caso, resulta sustancial que el deudor, por mas precavido que haya sido, no haya podido contrarrestar el evento*."-BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág.308, ABELEDO PERROT, 2003-.

Con sustento en lo señalado, de poco puede servir argumentar que la caída en este caso, se debió al accionar individual y propio de la menor por cuanto ello, no logra desvirtuar la responsabilidad de

quienes, en ese momento ostentaban la guarda o el control de la situación, teniendo además en consideración, que la menor al momento de producirse el siniestro se encontraba con un grupo de alumnos en los juegos.

En definitiva, no se ha probado la existencia de un hecho fortuito que pueda interrumpir el nexo causal, motivo por el cual el agravio será rechazado.

2.3).- Las maestras y demás autoridades son responsables de la salida ese día al museo pero no son responsables por los vicios que tenía el piso del tobogán:

El presente agravio guarda estrecha vinculación con lo resuelto en los puntos anteriores respecto del deber de vigilancia y la responsabilidad del titular del establecimiento educativo, en tanto la menor se encontraba bajo su guarda o control a través del cuerpo docente.

El deber de indemnidad que pesaba sobre la institución y los agentes que la representaban va mas allá de los eventuales vicios que pudieran advertirse en el tobogán donde los menores se encontraban jugando.

Como lo he dicho precedentemente, la obligación de cuidado exige en este caso a los docentes garantizar que el hecho dañoso no se producirá, extremando el deber de cuidado a su cargo, circunstancia que, aún cuando la cosa –el tobogán-, tuviese algún vicio, tal situación no hace mas que gravar la responsabilidad del titular del establecimiento por cuanto, queda claro que los docentes a cargo de la menor no ejercieron debidamente tal obligación.

Como consecuencia de lo señalado, el agravio será rechazado.

2.4).- Inaplicabilidad al caso del art.3 de la Ley I N°560-Aplicación del art.2, inc.b de dicha norma:

Señala finalmente la recurrente que con la sanción del Código Civil y Comercial se ha retornado a una postura administrativista respecto de la responsabilidad del estado, en virtud de la cual esta constituye una materia no delegada por las provincias a la Nación. Como ya lo señalado al desarrollar el punto 2.1, el art.1767 del CCyC establece con claridad cuáles son los establecimientos educacionales cuyos titulares deben necesariamente responder ante el hecho dañoso.

Así, dispone que no se encuentran susbsumidos en tal normativa los establecimientos educativos de nivel superior o universitario.

No me caben dudas que, al señalar el legislador cuales son las excepciones receptadas en la norma y por consiguiente ajenas a su texto, ha delimitado el ámbito de aplicación del mencionado artículo.

No caben dudas que al expresar que dicha norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria, establece su ámbito de incumbencia respecto de aquellos establecimientos que no comparten tales características, como lo es en definitiva, el establecimiento educativo donde asistía la menor al momento de producirse el siniestro.

Ahora bien, a los fines de delimitar en forma precisa cuales son los establecimientos educativos que incumben a la norma para disipar las dudas que puedan presentarse al respecto he de mencionar que el art.1 de la Ley de Educación de la Provincia de Chubut establece claramente que: "*La presente ley regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender en el territorio de la Provincia del Chubut, conforme lo establecido en la Constitución*

Nacional, Tratados Internacionales, Constitución Provincial y Ley de Educación Nacional Nº 26.206."-ver art.1 Ley VIII N°91-.

En definitiva, no caben dudas que la norma del 1767 resulta de aplicación a todos aquellos establecimientos que imparten educación, siempre que aquellos se desarrollen en forma organizada y como entidad, encontrándose, en principio, eximidos de tal responsabilidad aquellos docentes particulares que desarrollan su actividad en forma individual y privada.

Como le he señalado, el establecimiento educativo donde concurría la menor en el presente caso, no caben dudas se encuentra alcanzado por las disposiciones del citado art.1767 y, en consecuencia, su titular resulta responsable por el siniestro acaecido.

En relación a lo sostenido por la recurrente respecto que no resulta de aplicación lo dispuesto por el art.2 de la Ley I N°560, siendo aplicable lo dispuesto por el art.2 de dicha norma, debo señalar que tal postura resulta ser una opinión de la apelante que no logra aportar elementos que den sustento a su postura.

Sin perjuicio de ello, debo señalar que en los puntos precedentes he desarrollado los argumentos –a los cuales me remito-, que echan por tierra con la pretensión recursiva.

Por ello, el agravio será rechazado.

3) **Tratamiento de los agravios de la Municipalidad de Puerto Madryn:**

3.1) La responsabilidad de la Municipalidad y la normativa aplicable:

En los puntos precedentes he desarrollado acabadamente los argumentos referidos al planteo efectuado en este caso

por la Municipalidad de Puerto Madryn, a los cuales me remito por razones de brevedad.

Como consecuencia de ello, y en tanto me he expresado respecto de la legislación aplicable, así como al incumplimiento de la obligación de seguridad y respecto de lo dispuesto por la Ley I N°560, el agravio será rechazado.

3.2) No se establece causalidad entre la caída, la cosa y el daño:

No se encuentra controvertida en autos la titularidad del predio donde se encontraba emplazado el tobogán involucrado en el siniestro producido-ver fs.349/353-.

En virtud de ello está claro además que el mantenimiento en buenas condiciones de los elementos o bienes adheridos al inmueble referido, se encontraba en cabeza del Municipio.

Corresponde, en consecuencia, atribuir responsabilidad a la Municipalidad por los daños sufridos a raíz de la utilización del tobogán, porque el mismo, emplazado en un inmueble de titularidad de la Municipalidad, representa un accesorio del dominio público, pudiendo sindicarse al ente municipal en el carácter de dueño o guardián, siendo aquélla, entonces, quien debe tomar las precauciones que resulten necesarias para salvaguardar la integridad de las personas y cosas que podrían resultar dañadas por bienes que pertenecen o son accesorios del dominio público.

Al respecto la Corte Suprema ha señalado que: *"…el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos."* (cfr. Fallos, 315:2834).

Que, por lo demás, la Municipalidad no ha planteado causal de exoneración respecto de su responsabilidad objetiva, negando los hechos y la atribución realizada por la sentenciante de grado.

No caben dudas entonces que, siendo un inmueble de titularidad del Municipio, es decir que dicho Ente es su propietario y que tal circunstancia no fuera negada, lo adherido al inmueble referido también es de su propiedad –en este caso el tobogán- por cuanto resulta imposible separar la propiedad del inmueble del accesorio adherido a el-conf.arts.230 y sgtes., 1945 y ccdtes. del CCyC-.

Sentado ello, queda claro que no puede existir distinto tratamiento respecto del Municipio en relación al bien de que se trate, es decir no se puede sostener su calidad de dueño del inmueble, desconociendo la misma calidad respecto del bien adherido al mismo, cuando, como en el caso, tal circunstancia no ha sido demostrada.

Respecto del encuadre dado por la sentenciante de grado en relación a los arts.1757 y 1758 del CCyC, he desarrollado en el punto 2.1) del presente la relación del Estado con los disposiciones en materia de responsabilidad del Código Civil y Comercial.

Señalando que, si bien los arts. 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación establecen que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo y que no resulta aplicable al instituto, en forma directa o subsidiaria, lo dispuesto por el Código en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero –Derecho de Daños-, esta prohibición no impide que, ante el vacío legal, en un supuesto determinado se acuda a las normas de derecho común para integrar el conjunto normativo aplicable.

Ello fundado en los argumentos a los que me remito en razón de brevedad.

En su parte pertinente establece el art. 1757 que: *"Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas…"*.

Cabe recordar que las cosas pueden ser riesgosas (como en el caso), por su propia naturaleza, esto es, cuando, conforme a su estado natural, constituyen un peligro potencial para terceros.

En el caso, no caben dudas el tobogán –la cosa-, representa por si mismo un objeto inerte que trae aparejado un riesgo, por su propia naturaleza vinculada con su estructura, con los materiales de construcción, por el lugar de emplazamiento y por la actividad para la que es utilizado.

Se ha sostenido que: "*De tal modo, es indudable que, si el daño se produce a raíz de la intervención de una cosa riesgosa o viciosa, o de una actividad riesgosa, la responsabilidad será objetiva y será de aplicación la norma precitada, juntamente con lo dispuesto en el art.1758.*"-HEREDIA-CALVO COSTA, "Código Civil y Comercial", tomo VII, pág.134, LA LEY, 2022-.

Entiendo que una cosa no peligrosa puede convertirse en tal, con motivo de determinadas variables de modo, tiempo y lugar.

Por lo que, el alcance de la voz "riesgo" dependerá de un conjunto de circunstancias de persona, tiempo y lugar, que definirá si, en el caso concreto, esa cosa resulta peligrosa o no.

A riesgo de ser reiterativo, debe quedar en claro que existen cosas riesgosas por naturaleza - intrínsecamente riesgosas- como por ejemplo un arma y otras que, en principio, no se presentan como riesgosas por resultar normalmente inofensivas pero que, en determinados supuestos como es el de autos, adquieren ese carácter por la forma de utilización, aún cuando aparezca en principio como adecuada, empleo, posicionamiento u otras particularidades.

Se trata en definitiva, de una cosa en situación de riesgo,

ya que potencia la aptitud para causar un daño

Esta claro que en el caso de marras la intervención del tobogán ha sido determinante para la producción del siniestro, y esta intervención no hace mas que corroborar el carácter riesgoso de la cosa ya que, de no haberse utilizado dicho objeto, el siniestro no hubiese ocurrido o, por lo menos, no hubiese ocurrido en los términos que se produjo.

Que, por lo demás, he de mencionar que ya ha sido zanjada la discusión respecto de la capacidad de participar en el evento dañoso de cosas inertes.

Al respecto se ha señalado que: "*…no existe discusión doctrinaria ni jurisprudencial de que las cosas inertes pueden constituir cosas riesgosas, y por lo tanto se encuentran emplazadas en el art. 1113, párr. 2º in fine CCiv. (...). Ello así, en la medida en que la participación activa de la cosa inanimada sea la causa adecuada generadora del daño producido.*" (Cám.Civ. y Com. Cba., "Salas Sergio David c/ Municipalidad de Córdoba- Ordinario- Recurso de apelación", 18/09/14-.

Como consecuencia de lo expresado, no caben dudas que la cosa-en este caso el tobogán-, creó un riesgo como consecuencia de las condiciones y características que he mencionado en párrafos precedentes, motivo por el cual, la recurrente debió peticionar la eximición de su responsabilidad mediante la acreditación ya sea de la conducta propia de la víctima, por la intervención de un tercero o por la existencia de un hecho fortuito.

Las eximentes se fundan en la ruptura total del nexo causal, y, en todo caso la conducta de la víctima, como la intervención de un tercero o el hecho fortuito, deben ser de tal magnitud que aparezcan como la única causa del daño.

No caben dudas que, tales eximentes deben ser planteada y probadas por quien las trae a juicio.

Se ha dicho que: "*La prueba de las eximentes debe ser fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma. El sindicado responsable, y una vez acreditado el riesgo de la cosa, debe asumir un rol procesal activo para demostrar la causa ajena y exonerarse total o parcialmente*."LORENZETTI, "Código Civil y Comercial de la Nación", tomo VIII, pág.584, RUBINZAL CULZONI, 2015-.

Es que, en tanto la relación de causalidad configura un presupuesto de procedencia de la acción por la cual se reclaman daños y perjuicios derivados de la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa, comprobada como en el caso la causalidad física entre el hecho y el daño y no probada por la demandada la interrupción del nexo causal con fundamento en algunas de las eximentes previstas por la norma, ésta última-me refiero a la recurrente-, no puede liberarse de responder por los perjuicios causados a la víctima.

Tal como sucedieron los acontecimientos, no caben dudas que el dueño o guardián de la cosa-la Municipalidad de Puerto Madryn-, debió –y no lo hizo-, extremar las medidas tendientes a evitar la producción de siniestros como el acaecido teniendo en especial consideración el libre acceso de menores de edad a los juegos ubicados en la plaza pública en cuestión.

A todo evento, no paso por alto que la menor al momento del siniestro contaba con cinco años de edad y, en consecuencia el acceso de menores de características similares al tobogán donde se produjo el siniestro, debió necesariamente ser tenido en cuenta por quien resulta ser la propietaria del espacio público involucrado.

Nada de esto ha ocurrido.

Con fundamento en los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

3.3) La crítica al informe pericial de ingenieria:

Respecto de la crítica formulada por la recurrente en relación a la pericia incorporada a fs.514/16, he de referirme al valor probatorio que la jueza a quo otorgó a la misma.

Si bien es cierto que los informes periciales, cualquiera sea su objeto –en la presente pericia ingeniera-, no resultan obligatorios o vinculantes para el juez, no resulta menos cierto que, al momento de pretender que el juez se aparte de sus conclusiones-como en el caso-, incumbe a la parte interesada aportar los argumentos técnicos o científicos que brinden andamiaje a su postura al momento de peticionar tal apartamiento.

En autos, esto no ha ocurrido.

No se debe perder de vista que dicho informe técnico fue incorporado al expediente y puesto a disposición de las partes, sin que el mismo fuera cuestionado por la ahora apelante, motivo por el cual, dicho dictamen ha adquirido firmeza.

Resulta necesario destacar que la fuerza probatoria de la pericia, debe ser estimada necesariamente por el juez, debiéndose tener en consideración la competencia del perito, los principios científicos en los que se funda y la concordancia de lo concluido en la experticia con las reglas de la sana crítica.

Al respecto se ha sostenido que: *"Cuando el informe de los expertos aparece fundado en principios inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja , frente a la imposibilidad de oponer argumentos*

científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel."-Cam.Nac.Civil, sala D, 20/06/1990, JA 1990-IV-129-.

Es que, como ya lo he sostenido, al momento de desvirtuar el informe pericial, el juez deberá contar necesariamente con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el técnico, hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado.

De lo que se desprende que, en todo caso, resulta necesario a los fines de desvirtuar la experticia de que se trata, invocar razones fundadas o, en todo caso, adunar pruebas de, por lo menos, similar jerarquía, que permitan llegar a la conclusión opuesta a la emanada del técnico en la materia.

Se ha dicho: *"El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas en el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones, razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho."*-FENOCHIETTO-ARAZI, "Código….", tomo2, pág.522, ASTREA, 1993-

En el caso, la recurrente no ha aportado elementos de suficiente tenor que habiliten a la sentenciante de grado a apartarse de lo concluido por el perito oficial, y ello, entiendo, sella la suerte negativa que ha de correr el agravio.

Insisto, la impugnación, debe tener entidad suficiente para controvertir lo dispuesto por el experto en cuestión, debe tratarse casi de una contrapericia, sustentada en elementos que ameriten un eventual

descarte del informe pericial cuestionado, circunstancia que no cumplen las observaciones planteadas en el recurso, tanto en su argumentación como en el momento procesal que fueran planteadas.

Incumbía, en consecuencia a la impugnante de la pericia, arrimar los elementos que ameriten tal apartamiento ya que, aún en caso de duda, deberá estarse a un criterio de amplitud que permite considerar la experticia como medio probatorio idóneo, no siendo posible el planteo tendiente a cuestionar dicha experticia en esta instancia, resultando lo concluido por el experto, en consecuencia, en dictamen idóneo para sustentar la sentencia en crisis.

Se ha sostenido que: " *En caso de duda, debe adoptarse un criterio amplio respecto de la producción de este medio probatorio.*"Cám.Nac.Fed.Cont.Adm., sala V, 03/03/99, LL-1999-D-pág.381-.

Por los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

3.4) La eximición de responsabilidad del Estado Municipal:

En su agravio cuarto la recurrente señala expresamente que-y cito textual-: "*Se agravia esta parte en tanto que no debe el Estado Municipal eximirse frente a la responsabilidad objetiva respecto de una cosa que no es riesgosa persé…*".

Dicha afirmación resulta suficiente para dar por tierra con el agravio pretendido en tanto se reconoce la imposibilidad de eximición de responsabilidad del Estado Municipal.

Sin perjuicio de ello, en los apartados anteriores me he referido a la inexistencia de eximentes probadas que lleven a la exoneración de la responsabilidad de la recurrente, motivo por el cual, y por razones de

brevedad, a los fines de no reiterarme en argumentos ya expresados me remitiré a los mismos.

Con fundamento en ello, el agravio será rechazado.

3.5) La ausencia de elementos objetivos que configuren la concausalidad-Conclusión arbitraria:

Debo señalar primeramente que al iniciar el presente agravio, la apelante señala como fundamento elementos que ya aportara al contestar demanda y que, claramente han sido puestos a disposición de la sentenciante de grado, es decir, la jueza a quo ya se ha expedido al respecto, motivo por el cual la recurrente debió centrar su ataque en circunstancias que resultaran erróneas y no, reiterar argumentos expuestos y sometidos a la primera instancia.

Tal circunstancia surge palmaria de los propios dichos de la apelante al remitirse a su contestación de demanda.

Por lo demás, lo señalado por la recurrente ha sido tratado en el punto 3.2 del presente a cuyos argumentos me remito en razón de la brevedad.

Respecto de la tacha de arbitrariedad efectuada, debo señalar que no asiste razón a la apelante.

Me explico.

En la sentencia en crisis, la jueza de grado realiza un pormenorizado estudio de las probanzas producidas, las cuales la llevan a rechazar los planteos defensivos de la recurrente.

Para así decidir, reitero, ha realizado un análisis de la prueba producida, basándose en aquellos elementos que resultan dirimentes a los fines de dilucidar la cuestión planteada.

En nuestro derecho, ha quedado zanjada la discusión

respecto de la valoración de la prueba, en el sentido que la misma debe ser interpretada y apreciada en forma conjunta, es decir tratando de vincular en forma armoniosa los distintos elementos obrantes en la causa.

Ello así, en tanto "…*el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con otras y todas entre si.*"-FENOCHIETTO ARAZI, "Código Procesal…..", tomo 2, pág.343, ASTREA, 1993-.

Y ello permite al juzgador, hacer mérito de aquellas probanzas que considera pertinentes a los fines de llegar a una conclusión en el caso de que se trata, admitiendo, o prescindiendo de aquellas que entienda sustanciales a los fines de la resolución del conflicto que se plantea.

No se observa una interpretación errónea o antojadiza de la jueza a quo respecto de la prueba producida, mas bien todo lo contrario, destacándose en la sentencia recurrida el tratamiento de las pruebas producida, en forma sistemática y armoniosa, destacándose asimismo, que la apelante no ha producido prueba que de sustento a su pretensión.

Que, por lo demás, tampoco la recurrente demuestra que la sentenciante de grado haya incurrido en error alguno a los fines de motivar su decisorio.

La doctrina señala que "… *algunos sistemas procesales, como el nuestro, apelan a un método intermedio: la sana crítica. En este contexto, el juez sigue libre de seguir su propia convicción, pero debe explicar cómo y por qué ha llegado a ella. Se dice de la sana crítica que es un juicio razonado, y Couture afirmaba que el juicio de valor en la sana crítica "ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad"…*" (ver GUIBOURG, Ricardo A. "Sana Crítica

vs. Crítica Sana", Publicado en: LA LEY 01/04/2015 , 1 • LA LEY 2015-B , 1137. Cita: TR LALEY AR/DOC/944/2015).

No comparto, en consecuencia, la tacha de arbitrariedad realizada por la apelante por cuanto, en definitiva no encuentro errores o fallas en las conclusiones a las que arriba la jueza de grado, con fundamento en el material probatorio producido.

Por ello, el agravio será rechazado.

4).- Conclusión:

Conforme los argumentos expuestos, corresponde

rechazar los recursos interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de agravio.

5).- Imposición de costas en la alzada:

Las costas causídicas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso, para la iniciación, prosecución y culminación de éste, la imposición de costas constituye entonces, una indemnización acordada al vencedor para el reintegración de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente de que se trate, debido a que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción o a contestar demanda para el reconocimiento de su derecho.

Se ha sostenido que: *"…el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, quien debe salir incolumne del proceso."*-CHIOVENDA, "Instituciones..", pág.332/35, citado por FENOCHIETTO-ARAZI, "Código…", tomo 1, pág.281, ASTREA, 1993-

La imposición de costas al vencido, en consecuencia, forma parte del principio objetivo de la derrota.

Y es bajo ese criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado en autos, corresponde la imposición de costas de la siguiente manera: **a) Por el recurso interpuesto por la Provincia del Chubut**, a la apelante vencida – art.69 y ccdtes. del CPCC-, **b) Por el recurso interpuesto por la Municipalidad de Puerto Madryn**, a la apelante vencida –art.69 y ccdtes. del CPCC-.

6).- Regulación de honorarios en la Alzada:

Corresponde a esta altura, proceder a la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia –art.46, Ley XIII, N°4-.

A los fines de la regulación de honorarios, se hará mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión de la labor desarrollada por los letrados intervinientes en el presente recurso –art.5, Ley XIII, N°4-.

Teniendo en consideración el destino de los agravios planteados y las restantes pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de la siguiente manera: **a) Por el recurso interpuesto por la Provincia del Chubut**, los de su letrada apoderada, Abogada I. A. M., en el 25% y los de la letrada de la parte actora, Abogada M. I. C., en el 30%, todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-, **b) Por el recurso interpuesto por la Municipalidad de Puerto Madryn**, los de su letrada apoderada, Abogada J. A. S., en el 25% y los de la letrada de la parte

actora, Abogada M. I. C., en el 30%, todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-..

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr.Juez de Cámara, Guillermo D. HANSEN, vota **POR LA AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir el resto de los Sres. Jueces integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos que acabo de exponer precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:**1ero.) CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia recursiva.

2do.) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a-) Por el recurso interpuesto por la Provincia del Chubut**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. I. A. M., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.). **b-) Por el recurso interpuesto por la Municipalidad de Puerto Madryn**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. J. A. S., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte

actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder

(arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).

3ro.) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr.Juez. de Cámara, Guillermo D. HANSEN, dijo.

Atento a como resuelvo, corresponde se dicte el pronunciamiento propuesto por mi colega preopinante Dr. Fiordelisi, al cual adhiero.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Julián Emil JALIL no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2023.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1.-) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia recursiva.

2.-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera:

a-) **Por el recurso interpuesto por la Provincia del Chubut**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. I. A.

M., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.). **b.-) Por el recurso interpuesto por la Municipalidad de Puerto Madryn**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrada apoderada, Dra. J. A. S., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y regulando los de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. I. C., en el 30% de los que les corresponden por su labor en la instancia originaria; en ambos casos sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder
(arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.).
4.-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /23 SDC.