

Accidente En La Via Publica Responsabilidad Del Estado Deber De Cuidado

JURISPRUDENCIA

Accidente en la vía pública. Responsabilidad del Estado. Deber de

cuidado Se confirma la sentencia que rechazó la pretensión indemnizatoria por daños sufridos por un menor a raíz de que su mano quedara atrapada por una tapa de desagüe pluvial; ello en virtud de que no se ha acreditado la mecánica del evento, que permita imputar responsabilidad al municipio demandado; y se responsabiliza a los padres por el evento dañoso, por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia que le impone el ejercicio de la patria potestad.

En la ciudad de General San Martín, a los 10 días del mes de julio de 2018, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Ana María Bezzi, Hugo Jorge Echarri y Jorge Augusto Saulquin para dictar sentencia en la causa n° 6644/18 caratulada: ?OTERO SANDRO DANIEL OSVALDO C/ MUNICIPALIDAD DE HIPOLITO YRIGOYEN S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA?.

ANTECEDENTES I.- Mediante sentencia de fs. 359/365 vta., el Sr. Juez cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, dictó sentencia y dispuso: ?1.- Rechazar la demanda contra la Municipalidad de Hipólito Yrigoyen, con costas al actor (art. 51, inc. 1, CCA); 2.- Teniendo en cuenta las tareas realizadas y el resultado del pleito, regúlense los honorarios de los Dres. María Rosana Neri y Sergio Omar Sierra, en su carácter de letrados patrocinantes del actor, en la suma de pesos veintidós mil (\$22.000), en la proporción 70/30 respectivamente. Deberá adicionarse el ?% en concepto de contribución previsional, y el IVA en cuanto correspondiere a la situación particular del profesional actuante -CSJN Fallos 316:1533; 325:742- (cfme. arts. 1, 2, 10, 15, 16, 21, 22, 26 2° párr., y cc DL 8904); 3.- Teniendo en cuenta el resultado del pleito, regúlense los honorarios de los Dres. Juan Mario Vicente y Fernando Roberto Martín, en su carácter de apoderados de la municipalidad demandada, en la suma de pesos treinta mil (\$30.000), en la proporción 70/30 respectivamente. Deberá adicionarse el ?% en concepto de contribución previsional, y el IVA en cuanto correspondiere a la situación particular del profesional actuante -CSJN Fallos 316:1533; 325:742- (cfme. arts. 1, 2, 10, 15, 16, 21, 22, 26 2° párr., y cc DL 8904); Art. 54, ley 8.904: ?Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez (10) días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales se abonarán dentro de los diez (10) días de intimado su pago, cuando sean exigibles. Operada la mora, el profesional podrá optar por: a) Reclamar los honorarios revaluados con el reajuste establecido en el artículo 24, con más un interés del ocho (8) por ciento anual. b) Reclamar los honorarios, con más el interés que perciba el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones de descuento. Los honorarios a cargo del mandante o patrocinado quedarán firmes a su respecto si la notificación se hubiere practicado en su domicilio real. En la cédula de notificación, en todos los casos y bajo apercibimiento de nulidad, deberá transcribirse este artículo.?; 4.- Regular los honorarios del médico Miguel Ángel Riccardo, por las tareas de realizadas, en la suma de pesos cinco mil, con más los aportes de ley, en caso que correspondan. A tal fin, intímase al perito a denunciar, dentro del plazo de cinco de notificado, su inscripción en el colegio respectivo y el importe de los aportes que corresponde aplicar (-\$5.000-, arts. 175 inc. ?c?, 207, 223 y cc ley 10.620; art. 1627 2° párr. CC; arts. 13 y 15 ley 24.432; art. 8 Ac. 1870/79, texto según Ac. 2938/00 de la SCJBA; cfme. SCJBA, causa C 86.346 ?Calleri?, del 26.9.07); 5.- Regular los honorarios de la perito oficial, Cristina Moreira -psicóloga-, por las tareas de realizadas, en la suma de pesos cinco mil (-\$5.000-; art. 1627 2° párr. CC; arts. 13 y 15 ley 24.432; art. 8 Ac. 1870/79, texto según Ac. 2938/00 de la SCJBA; cfme. SCJBA, causa C 86.346 ?Calleri?, del 26.9.07)?. II.- Que contra dicha sentencia se alza la parte actora invocando su carácter de gestor (art. 48 CPCC), interponiendo a fs. 371/374 y vta. recurso de apelación con expresión de fundamentos. A fs. 376 se presenta la parte actora quien ratifica lo actuado por su patrocinante. III.- Que a fs. 375 el Sr. juez de grado confiere su traslado, el que fue evacuado por la demandada a fs. 381/vta. Por su parte la Asesora de Menores interviniente en autos lo contestó a fs. 389/vta. IV.- Que a fs. 391 las actuaciones fueron remitidas a esta alzada, las que recibidas a fs. 392 se llamaron los autos para resolver. V.- Que a fs. 393/393 vta., se efectuó el pertinente examen de admisibilidad formal, previamente y en tal contexto este Tribunal resolvió conceder - con efecto suspensivo - el recurso de apelación interpuesto por la parte actora -Otero Sandro Daniel Osvaldo- contra la sentencia definitiva dictada en la causa (art. 55 inc. 1°, 56 inc. 2° y 58 inc. 2 del CCA, ley 12008 - texto según ley 13101-). Resolución de la que se encuentran notificadas las partes y el Asesor de menores (cfr. fs. 394 y fs. 396) Bajo tales condiciones, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? VOTACIÓN A la cuestión planteada, la Señora Juez Ana María Bezzi dijo: 1°) Mediante sentencia de fs. 359/375 vta., el Sr. Juez Titular a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, dictó sentencia y se expidió manifestando lo siguiente: En forma preliminar y en relación a la aplicación normativa indicó -previa cita jurisprudencial de la

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - que si el evento generador de responsabilidad data del año 2009, por aplicación de los principios jurídicos y doctrina señalados, debía aplicarse la ley vigente al momento de la generación del evento que causó el daño, es decir, el CC. Seguidamente y en relación a la responsabilidad del estado señaló que, el principio general -art. 19 CN- que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero -alterum non laedere-, fundamenta la reparación del daño causado y es aplicable a las relaciones de derecho público. Refirió, citando jurisprudencia que, la falta de servicio por acción o por omisión del Estado -art. 1112 CC- implica que responde de modo principal y directo por los daños imputables a la actividad de sus órganos, funcionarios o agentes realizada en ejercicio de la función pública encomendada. Preciso los presupuestos de responsabilidad e indicó que, para su procedencia, debe acreditarse: a) la ejecución irregular de un servicio imputable al Estado; b) la existencia de un daño cierto; y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal y el daño cuya reparación se pretende y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al órgano estatal. Citó jurisprudencia. Adelantó que rechazaría la pretensión indemnizatoria, debido a que no se encontraba acreditada la mecánica del evento, que permita imputar responsabilidad en su generación a la municipalidad demandada. Manifestó que se encontraba probado que el menor el menor ? sufrió la amputación de la 2° y 3° falange del dedo índice de la mano derecha -cfr. pericia médica de fs. 244/247; art. 474 del CPCC. Expuso que podía inferirse, atento la falta de prueba directa que, teniendo presente las características de la lesión sufrida por el menor, aplastamiento de las falanges -cfr. pericia med. cit.-, que ello pudo ocurrir, por el aprisionamiento del dedo de la mano con una tapa de desagüe pluvial. Pero que no surgía de ninguna de las pruebas producidas, el mecanismo del evento. Afirmó que, en efecto, no se había logrado acreditar lo denunciado por el actor en demanda, referido a que el accidente se produjo porque la tapa se encontraba abierta y corrida de su lugar, y que los menores intentaron cerrarla (art. 375 del CPCC). Recordó que siempre es a cargo de quien afirma un hecho la prueba de su existencia cuando pretende fundar en él un derecho. Citó jurisprudencia. Indicó que el artículo 375 del CPCC -aplicable en función de lo normado por el artículo 77 del CCA- impone a las partes la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o las normas que invocaren como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Citó jurisprudencia. A fin de analizar la causa del daño reclamado, y frente a una pluralidad de condiciones necesarias, precisó que resultaba necesario aislar e individualizar las situaciones que en el plano estrictamente jurídico poseían idoneidad y relevancia suficiente para erigirse en la causa adecuada del daño. Señaló que, es doctrina de la SCJBA que para establecer la causa de un daño corresponde hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, es decir, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901, C.C.) y que el vínculo de causalidad exigía una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla. Preciso que en el caso de autos, la presencia de sus padres o de un adulto que lo cuidara -presumiendo un actuar diligente- hubiere evitado el accidente, impidiendo que el menor manipule -cfr. lo expuesto por la actora- la tapa de desagüe. Destacó que jurídicamente los actos que realizan los menores de 8 años no pueden reputarse voluntarios ni pueden, en principio, generar responsabilidad (arts. 54 inc. 2, 897, 900, 921, 1076 y cc del CC). Citó doctrina y manifestó que la patria potestad cumple la función social de proteger y formar íntegramente a los hijos. Su ejercicio importa el cumplimiento de los deberes de la institución con miras a preservar la integridad física y síquica del menor (cfr. Alberto J. Bueres - Elena I Higthon, Código Civil Comentado, T. 1-B, pág. 450 y ss). Expresó que la responsabilidad de los padres, por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia que le impone el ejercicio de la patria potestad respecto a sus hijos menores, no funciona en abstracto (arts. 264, 265 y cc del CC) y que en el presente caso, la conducta del menor objetivamente considerada -manipulación de una tapa de desagüe, hecho reconocido en demanda- se erigió en un factor causal del hecho y que al ser ello así, la ausencia del control de sus padres, incide en el nexo de imputación de responsabilidad del daño, por cuanto el menor de ocho años no tenía un adulto que le impidiera realizar la acción riesgosa. Preciso, finalmente, que la participación del menor en la generación del accidente, configura una falta de cuidado de los padres al deber de vigilancia, teniendo en consideración su edad (8 años, doct. arts. 902 del CC), lo que interrumpió el nexo causal del evento dañoso, en cuanto a su imputación al Estado. 2°) Relatados los antecedentes del caso y expuestos los fundamentos del pronunciamiento de grado, corresponde analizar la pieza recursiva interpuesta contra él por la parte actora. Luego de realizar una apretada síntesis de los fundamentos expuesto por el a quo manifiesta que la resolución atacada no resulta ajustada a las constancias de la causa y mucho menos, a los hechos, efectivamente ocurridos, habiéndose fundado en manifestaciones dogmáticas que no atendieron concretamente a la verdad y fundamentalmente, a las probanzas realizadas. Señala que, evidentemente el Sr. Juez de primera instancia no ha interpretado la gravedad de los hechos ocurridos en contra del actor, de un ser humano cualquiera, sin respetar siquiera mínimamente el carácter de tal en la sentencia dictada. Afirmo que surge de la misma, que el a quo ha tomado la situación más cómoda, si las hay en este entuerto generado y que derivó en un proceso judicial donde se han acreditado fehacientemente los hechos narrados. En efecto, asegura que es una simple persona que protege a su hijo de las desigualdades e injusticias de la vida y que frente a su condición, se encuentra la Municipalidad de Hipólito Yrigoyen quien,

como dice, acreditó y corroboró el a quo en la sentencia dictada, cometió en su accionar irregularidades y omisiones en el cuidado y manejo de los bienes públicos que lo han perjudicado gravemente con consecuencias, no solo en la salud física y psíquica de su hijo que hasta la fecha no ha logrado recuperarse, como tampoco toda su familia. Señala que, por otra parte la demandada no ha negado que el menor sufriera a raíz de un evento dañoso, la sección parcial de segunda y tercera falange del dedo índice de la mano derecha, por aplastamiento de su mano, al movilizar la tapa de desagüe pluvial. Asegura que la demandada no probó la falta de cuidado de los padres, ni la presencia de un adulto junto a los menores, que por el contrario, es su madre quien lo socorre y lleva al nosocomio local, siendo acercada hasta allí por la testigo Paula Gallo. Sostiene que no puede victimizarse doblemente al menor, primero debido al daño sufrido, que pudo ser evitado, si el Municipio mantuviera correctamente las medidas de seguridad de los desagües pluviales, y segundo, rechazando la demanda, con la incorrecta imputación y análisis de los hechos. Afirma que el niño no cometió una travesura ni mucho menos, por lo que deba ser ?vigilado? por sus progenitores, ya que muy por el contrario, el menor quiso colocar la tapa en su lugar para evitar un accidente a otras personas y/o menores que juegan en el lugar, y que la demandada reconoció haber visto. Manifiesta que, evidentemente, como dice el magistrado de primera instancia, el desagüe pluvial no es una zona de juegos para niños, pero aprecia que el a quo, en ningún momento, se detiene a analizar que estamos hablando de una plaza, donde concurren centenares de niños y que por tal motivo asevera que debió ponerse más atención en el cuidado de éstos desagües pluviales. Indica que la sentencia que lo agravia, expresa que, para que proceda la responsabilidad del Estado (art. 1112 CC) debe acreditarse, la ejecución irregular de un servicio imputable al Estado el que precisa que está debidamente acreditado en auto, no solo por las probanzas producidas, sino también por los propios dichos de la accionada respecto a que la Municipalidad de Hipólito Yrigoyen es la encargada de los desagües pluviales de Henderson. Expone que la existencia de un daño cierto sufrido por el menor ? quedó debidamente demostrado. Manifiesta, en referencia a la relación de causalidad directa entre la conducta estatal y el daño que el menor de autos sufrió, que teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas producidas, los hechos narrados por su parte y reconocidos por la demandada que, la amputación de las falanges de su mano derecha por aplastamiento fue producido por la tapa de un desagüe pluvial. Asegura que no existe prueba alguna en un proceso judicial que pueda demostrar directamente un hecho dañoso sino a través de un conjunto de pruebas que puedan inferir que ocurrió (caso de autos) o un conjunto de pruebas que puedan inferir que no ocurrió. Manifiesta que difiere con el a quo en que se encuentra claramente demostrado lo denunciado no solo por las pruebas producidas sino por los propios hechos narrados por la demandada donde reconoce que el hecho dañoso ocurrió pero que fue por culpa de la víctima. Reitera que no se comprobó que la tapa de desagüe estaba corrida como se alegó y afirma que se confunde el a quo en cuanto considera que una tapa de desagüe que se encuentra debidamente colocada, con las medidas de seguridad optimas que se requieren no podrían aplastar nada y mucho menos un dedo de un niño de 8 años. Asegura que el juez de primera instancia extrañamente dio por sentado, sin prueba alguna, que el menor ? no estaba al cuidado de sus progenitores al momento del hecho siendo esto evidentemente incorrecto ya que es la misma madre quien lo asiste, pide auxilio y lo traslada al hospital. Por ello concluye que en mérito a todo lo expuesto, de acuerdo con las probanzas producidas en autos, se torna aplicable la reparación del daño peticionado. 3º) De la contestación al traslado del recurso que obra glosada a fs. 485/487 surge que la parte accionante replicó lo sostenido por la contraria. 4º) Debo señalar ab initio que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ya se ha pronunciado -frente al sustancial cambio normativo producido con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de La Nación y la consecuente derogación del anterior cuerpo normativo- respecto del marco legal aplicable a los casos relativos a la responsabilidad del Estado, en autos, ?Rolón Hermelinda c/ Municipalidad de La Plata s/ Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley? (SCBA LP A 70603, sent. del 28/10/2015), sentando doctrina legal al respecto. En la causa citada, el Máximo Tribunal resolvió que resultan de aplicación a la cuestión a resolver las disposiciones normativas vigentes al momento en que se configuró la ilicitud cuya reparación se reclama. Por lo tanto, de conformidad con la doctrina legal de la SCBA, obligatoria para todos los órganos judiciales de la Provincia -SCBA, causas B 60.437, ?Acevedo?, sent. del 05/08/2009 y B. 56.824, sent. del 14/07/ 2010, entre otras; y esta Alzada, in re: causas N° 664, ?Rabello?, sent. del 19/09/2006; N° 823, ?Zapata?, sent. del 15/02/2007; N° 967, ?Libonati? sent. del 14/05/2012, y N° 3943, ?Figueroa?, sent. del 22/10/15, entre otras-, en virtud de la época de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la pretensión articulada por la actora, el presente caso debe decidirse conforme las normas del derogado Código Civil de la Nación. 5º) Dicho ello, he de recordar que la sentencia de grado rechazó la demanda instaurada por el actor y le impuso las costas en su calidad de vencido, quien cuestionó la misma en relación a la apreciación de la prueba efectuada por el magistrado de grado. Tales circunstancias se destacan en función de la barrera que impone al análisis que sigue el artículo 260 del CPCC (art. 77 inc. 1 del CCA). Cabe recordar que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden que los proponen, bastando que lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están

obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros). 6°) En efecto, si bien la parte actora alega a fs. 11 vta./15 que su hijo - ? - sufrió la amputación de la 2° y 3° falange del dedo índice de la mano derecha a consecuencia del hecho ocurrido el día 31/07/2009 a las 18,30 hs. mientras jugaba con sus hermanos en la plazoleta ?De Inmigrantes? a metros de la vivienda donde habitaba su madre, ello al decidir colocar en su lugar una tapa de cemento de desagües pluviales que medía alrededor de 50 cm de ancho por el mismo diámetro y de 20 kg. de peso, aproximadamente, que aduce se encontraba desplazada de su lugar de ubicación y que al comenzar a desplazarla hacia el hueco, la tapa, debido a su peso, apretó el dedo índice de la mano derecha de su hijo ? (8 años de edad a la fecha del hecho), aplastándolo y triturándolo, según le informaron los médicos posteriormente, dicha parte no ha logrado formar convicción -con las pruebas rendidas en autos- en torno al hecho denunciado, la mecánica del mismo y, en especial, respecto a los daños indicados. Corresponde recordar que la Municipalidad de Hipólito Yrigoyen en su contestación a la demanda, negó que el hecho denunciado por el actor haya ocurrido a consecuencia de la un obrar omisivo de su representada, por lo que en autos debe probarse el hecho, la mecánica y los daños. Entiendo que ninguno de estos tres puntos han sido acreditados con la prueba producida, la cual analizaré en detalle a continuación. Bajo los parámetros señalados, adelanto que el recurso de apelación bajo examen, en lo que se refiere a la valoración de la prueba efectuada en la instancia de grado -a la cual califica el impugnante de incongruente respecto a las constancias de la causa y, a los hechos, efectivamente ocurridos, habiéndose fundado en manifestaciones dogmáticas que no atendieron concretamente a la verdad y fundamentalmente, a las probanzas realizadas-, no ha de prosperar en atención a las siguientes consideraciones. A efectos de explicar tal conclusión, corresponde reseñar lo que surge de las constancias probatorias de la causa, en particular de la testimonial, resaltando los puntos relevantes para la acreditación del nexo causal entre el daño y el desperfecto respecto a la tapa de cemento de desagües pluviales alegado, a saber: a) A fs. 212/223 obran fotografías sin certificar. b) A fs. 182 /182 vta. obra declaración testimonial del señor Juan Carlos Méndez. Surge, en lo que interesa, lo siguiente: ?... que conoce a los hijos de Beatriz Ayala pero no los puede identificar?; ?...se comenta que se había lastimado el dedo , que no tiene idea ni con que, ni como, ya que él no se encontraba en la ciudad, estaba de viaje?. Respecto al comportamiento de los menores, ?... son terroríficos, que saltan los tapias, que con la hondarompen vidrios y golpean los techos de chapas?. Respondió afirmativamente, a la pregunta referente a si los menores jugaban en los desagües pluviales y sus alrededores y describió: ?... se meten por los desagües y salen por el otro lado por la boca de tormenta? y respecto a las tapas de desagüe que, normalmente están siempre puestas, que son imposible de mover, que hay que hacerlo con barreta. c) A fs. 191/191 vta. obra declaración testimonial de la señora María Paula Gallo Sara. De la misma surge que ?...se encontró con una señora con un niño en brazos que gritaba pidiendo auxilio y entonces la dicente paró y lo llevó hacia el hospital, la mujer y el nene gritaban los dos y la señora le conto que el menor se había apretado el dedo con una tapa?. Respondió que la señora le dijo que era la mamá del menor que acompañaba pero, agrega que ella no la conoce. Precisó que la Señora gritaba mucho y que ella le pidió que se calmara por que ponía nervioso al menor, que lo único que le dijo era que se había apretado con la tapa de la esquina. d) A fs. 192/192 vta. obra declaración testimonial del señor Jorge Ignacio Basualdo - único testigo ofrecido por ambas partes. De la misma se desprende lo siguiente: ?...se lo llevó el padre para que le saque una foto del dedo accidentado?. Respecto a las condiciones en que se encontraba el lugar del hecho cuando tomó las fotos del desagüe, responde que estaba la tapa corrida y el lugar donde está la boca de tormenta estaba toda rota, como si lo hubiera chocado un auto. Describe que la dimensión de la tapa será de 40 x 40 aproximadamente y que se ve pesada, fuerte, pero que él no la tocó. Responde si, a las preguntas respecto a si es un lugar transitado y si en el lugar hay uno de los dos pasos a niveles que dividen el pueblo con el común detrás de la vía. Indica que no recuerda el mes y año en que sacó las fotos y que no todas las fotos fueron sacadas por el ya que aclara que saco algunas y otras se las llevaron a revelar. e) A fs. 193/193 vta. la testigo, Nancy Susana Diez declara que, ? ... que si veía a los menores jugar habitualmente en los desagües pluviales.? f) A fs. 281 obra contestación de oficio de la Municipal de Hipólito Yrigoyen, mediante la cual acompaña la historia clínica suscripta por el Director del Hospital Municipal de Henderson, Dr. Saverio Galvagni, glosada -a fs. 282/295- copia de la historia clínica del menor - ? - de donde surge que con fecha 08/08/09 a las 20,30 hs. ingresó por guardia llevado por su madre con traumatismo de su dedo índice - amputación y que su madre desconoce el mecanismo del traumatismo. 7°) En atención al cuestionamiento del pronunciamiento formulado por el accionante recurrente, amerita que me aboque al tratamiento de los agravios planteados, de manera conjunta, porque todos ellos giran en torno a la apreciación de la prueba efectuada por el magistrado de grado y consecuentemente a la viabilidad de la acción intentada. Sentado ello, abordaré seguidamente el agravio central del actor relativo a la valoración de la prueba rendida en autos y a la atribución de responsabilidad. En el mismo sentido al resuelto en la instancia de grado, adelanto la improcedencia del mentado recurso en atención a que la prueba producida no resulta convincente para acreditar el hecho alegado en la demanda y en su adecuación y negado en la respectiva contestación tal como fue reseñado en el considerando 6°). En primer lugar entiendo dable recordar que, tal como ha

manifestado este Tribunal en distintos precedentes, para enmarcar el tema que nos ocupa desde el plano sustantivo del derecho, no puede convertirse al Estado en asegurador de cualquier daño que sufran ciudadanos o habitantes; este es un principio vigente que justamente se corresponde con el abandono en el campo doctrinario de la fundamentación de la responsabilidad del Estado en la teoría del riesgo y del seguro social propuesta por León Duguit (cfr. Reiriz, María Graciela, "Responsabilidad del Estado?", Eudeba, págs. 26, 37 y ss.). Esta Cámara en las causas: Causas N° 1.859/09, caratulada "Poeta, Alfredo Horacio c/ Municipalidad de Vicente López s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 26 de marzo de 2.010; N° 1.975/10, "Medina, Elena Irma c/ Municipalidad de San Martín s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 18 de mayo de 2.010; N° 2.061/10, "Quevedo, Rubén Vicente c/ Municipalidad de San Isidro y/u otro s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 16 de Julio de 2.010; N° 2.201/10, caratulada "Pérez, Miguel Ángel c/ Municipalidad de San Isidro s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 28 de octubre de 2.010; N° 2.809/11, caratulada "Luna, Erminia Elena c/ Municipalidad de La Matanza s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 18 de noviembre de 2.011 y N° 2.901/11, caratulada "Yrasusta, Carlos Víctor Hugo y otro/a c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 13 de marzo de 2.012, entre otras. Asimismo, tal afirmación indica que, en materia de responsabilidad del Estado por actos omisivos, no cualquier tipo de omisión puede generar dicha responsabilidad, pues el ejercicio de la función de policía -en materia de seguridad vial- admite gradaciones justamente según las condiciones de "lugar", "tiempo", "modo" y de la "persona" (cfr. Marienhoff, Miguel S., Op. Cit., Abeledo - Perrot, pág. 58 y esta Cámara en las causas citadas en el párrafo anterior y este Tribunal en la causa N° 1.722/09, caratulada "Rodríguez, Florinda Hortensia c/ Municipalidad de Pilar s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 26 días del mes de junio de 2.012).

8°) Seguidamente resulta oportuno destacar que un segundo orden de principios - estos de naturaleza adjetiva o procesal relativos a la evaluación del acervo probatorio - lo constituyen los mandatos normativos que establecen los principios generales en esta materia. El primero de ellos al que se debe acudir para verificar lo actuado por el Juez a-quo, es aquel que establece la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica - cfr. art. 384 CPCC. Es decir, de aquellas reglas "que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso" (cfr. SCBA, Ac. y Sent., 1.959, V. IV, p. 587 y esta Cámara en las causas n° 2.551/11, "Bertini, Mónica Andrea c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 28 de junio de 2.011; Expte. N° 2.630/11, "Silva, Arnaldo y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 11 de agosto de 2.011 y Expte. N° 2.616/11, "Pérez, Teresa del Carmen c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión Anulatoria", sentencia del 29 de agosto de 2.011, entre muchos otros). Y en materia de prueba, el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre otros y esta Cámara en la Causa N° 2.615/11, "Cortese", sentencia del 20 de septiembre de 2.011, entre otras).

9°) Sentado ello, y en atención al tenor de los agravios, resulta primario determinar si se encuentra acreditado el evento dañoso y la relación de causalidad entre el daño y la responsabilidad endilgada. En este contexto cabe recordar que, en materia de responsabilidad por omisión, debe acreditarse, como en general en todo supuesto generador de un perjuicio resarcible, una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento de la obligación y el daño producido (cfr. Trigo Represas, Félix, "El caso Zacarías", "Jurisprudencia Argentina", 1991I380) -SCBA, causa Ac. 78.017, "O., M. d. J. y otros contra Barragán, Norberto Rubén y otros. Daños y perjuicios", del 31/5/2006, cfr. voto Dr. Soria y esta Cámara en la causa n° 4355/14, "Villarruel Ada Julieta c/ Municipalidad de Morón s/ Materia a Categorizar", sentencia del 23 de noviembre de 2.015). En este aspecto, tal como lo sostuvo el magistrado de grado, adelanto que la prueba agregada y producida en la causa no resulta suficiente a tales fines; por lo que corresponde desestimar el recurso en tratamiento. Cabe recordar que, como surge de reiterados precedentes, quien tiene la carga de probar los extremos de su demanda es el actor (art. 375 del CPCC) y en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés (cfr. Ac. 45.068, sentencia del 13 de agosto de 1.991 en "Acuerdos y Sentencias", 1.991-II-774; entre otros y esta Cámara en las Causas N° 1.442, "Larrocca, María del Carmen c/ Pascual Folino Propiedades y Munic. de San Fernando s/ daños y perjuicios", sentencia del 30 de diciembre de 2.008; N° 2.235/10, "Plesko, Helena c/ Municipalidad de San Fernando s/ pretensión indemnizatoria", sentencia del 11 de noviembre de 2.010; N° 2.443/10, "Longhi, Nora Beatriz c/ Municipalidad de San Fernando y ot. s/ daños y perjuicios", sentencia del 21 de junio de 2.011 y N° 2.966, caratulada "Neo Producciones S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 10 de abril de 2.012, entre otras).

Además, que el dilema de la carga de la prueba se presenta al Juez en oportunidad de pronunciar sentencia, cuando la prueba es insuficiente e incompleta a consecuencia de la frustración de la actividad procesal de las partes (...). Tratándose de una cuestión de hecho, si se ha producido prueba en el juicio, el Juez la evaluará de conformidad con los principios generales. De existir insuficiencia o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales y contradictorios de la causa,

apelará a los principios que ordenan la carga de la prueba. (...) El Juez, aún así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial; porque lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes, no se atiende tanto al carácter de actor o demandado, sino a la naturaleza y categoría de los hechos según sea la función que desempeñen respecto de la pretensión o de la defensa. Normalmente, los primeros serán de responsabilidad del actor, y los segundos, a cargo del accionado. En síntesis, si la actora, en su caso no prueba los hechos que forman el presupuesto de su derecho, pierde el pleito (esta Cámara en las causas N° 1.442, ?Larrocca, María del Carmen c/ Pascual Folino Propiedades y Munic. de San Fernando s/ daños y perjuicios?, sentencia del 30 de diciembre de 2.008; N° 1.992/10, ?Guevara, Noemí Haidee c/ Nielsen Adriana L. y O. s/ daños y perjuicios?, sentencia del 17 de junio de 2.010; N° 1.779/09, ?Mangiarotti, Hugo Alberto y otra c/ Municipalidad de San Isidro s/ daños y perjuicios?, sentencia del 23 de marzo de 2.010; N° 2.102/10, ?Koretzky, Martín Horacio c/ Municipalidad de San Isidro s/ pretensión indemnizatoria?, sentencia del 23 de agosto de 2.010; N° 2.443/10, ?Longhi, Nora Beatriz c/ Municipalidad de San Fernando y ot. s/ daños y perjuicios?, sentencia del 21 de junio de 2.011 y N° 2.966, ?Neo Producciones S.A. c/ Municipalidad de Tigre s/ Pretensión Indemnizatoria?, sentencia del 10 de abril de 2.012, entre otras). Y que, por natural derivación del principio de adquisición procesal, al Juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos (art. 375 del Código Procesal) En particular -en supuestos como el de autos- incumbe al actor probar, en lo que al daño respecta, los siguientes extremos: a) la existencia del daño y su monto; y b) el nexo causal entre la violación de la obligación o el acto ilícito y el daño experimentado. Pues, no se presume, en principio, ninguno de estos extremos (cfr. CC0001 LZ 54196 RSD-368-2 S 14-11-2002, Juez Basile (SD) ?Gaitero, Ana c/ Sanatorio Profesor Itoiz S.R.L. s/ Daños y perjuicios? obs. del fallo: Tramitó en Suprema Corte bajo el n° Ac. 87821, entre muchos otros; y esta Cámara en la causa n° 3866/2013 ?Ventieri Mirtha Blasa c/ Municipalidad de La Matanza s/ pretensión indemnizatoria - otros juicios?, sentencia del 15 de abril de 2014, entre otros; el subrayado es propio). Ello así en tanto ?frente a un ilícito es necesario establecer los límites de la responsabilidad, o sea, los requisitos que debe reunir el daño patrimonial para que ?sea jurídicamente resarcible?. No basta la prueba de que existió culpa o imprudencia por omisión de deberes legales y también daño a un tercero; siendo menester demostrar además que medió el respectivo nexo causal y que para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 del antiguo Código Civil). Ello implica que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado por aquélla (arts. 1.068, 1.074, 1.109, 1.111, 1.113, 1.114 del mismo ordenamiento)? (en tal sentido, ver CC0001 QL 8788 RSD-94-6 S 5-12-2006, ?De Carli, Carlos y otros c/ Cabases, Javier y otros s/ Daños y perjuicios?; esta Alzada en la causa precedentemente citada, causa n° 3866/2013, ?Ventieri?). 10°) De las constancias probatorias reseñadas precedentemente (cfr. considerando 6°) se desprende, insisto, la improcedencia de los agravios vinculados a la valoración de la prueba efectuada por el Señor magistrado de Primera Instancia. Ello en tanto el Sr. Otero no ha demostrado en estos obrados que el evento dañoso se hubiera producido en las condiciones de tiempo, lugar y modo en que él lo había relatado. En efecto, ante el oportuno desconocimiento por parte de la demandada, observo que las pruebas ofrecidas y producidas en la causa, valoradas de modo integral, no permiten tener por acreditado que el hecho hubiera sucedido efectivamente del modo en que el actor lo expusiera en su demanda y, con ello, que se hallara configurada la pretensa responsabilidad de la Comuna demandada. En dicho contexto, de las constancias de autos, surge acreditado que el hijo del actor -?- fue asistido en el Hospital Municipal de Henderson - Dr. Saverio Galvagni (cfr. fs. 282/295vta.), tal como refiere en su escrito liminar obrante a fs. 11 vta. /15; que sufrió sección parcial de 2° y 3° falange del dedo índice de la mano derecha y que posee una incapacidad física del 8 % de la total obrera y de la total vida, tal como refiere el perito médico a fs. 244 vta. y 246 vta.. Advierto, no obstante, que dicha parte no ha logrado formar convicción -con las pruebas rendidas en autos- en torno al hecho acusado y al nexo causal; esto es, respecto a que los daños indicados se hayan producido del modo descripto y hayan tenido conexión causal con el invocado estado de la tapa de desagüe pluvial. a) Fotografías: En primer lugar, no ha quedado debidamente acreditado con las fotografías acompañadas por la parte actora (cfr. fs. 212/223) el lugar del hecho, como así tampoco los daños que aduce el accionante ha padecido su hijo, Lisandro, como consecuencia del intento de mover una tapa de cemento de desagües pluviales y decidir colocarla en su lugar, la que medía alrededor de 60 cm de ancho por el mismo diámetro y de 10 kg. a 20 kg. de peso, aproximadamente, que refiere, se encontraba desplazada de su lugar de ubicación y que al comenzar a desplazarla hacia el hueco, la tapa, debido a su peso, apretó el dedo índice de la mano derecha de su hijo ? (8 años de edad a la fecha del hecho), aplastándolo y triturándolo. De la simple vista de las mismas se advierte que fueron tomadas en una calle de día a muy poca distancia de la tapa de cemento de desagües pluviales, lo que genera la visibilidad de la

misma, pero a reducida distancia respecto del lugar exacto en el que acaeció el siniestro, cuando pudieron haber sido sacadas a mayor distancia, como así también permitiendo visualizar los carteles que indican nombre de la calle y numeración, pero no en forma separada y a escasa distancia como surge de las fotografías obrantes a fs. 214/219, sino de manera panorámica generando así una mejor visión de la escena y lugar del hecho. Cabe destacar lo expuesto a fs. 192/192 vta. por el testigo Jorge Ignacio Basualdo - único testigo ofrecido por ambas partes. De la misma se desprende lo siguiente: "... lo llevó el padre para que le saque una foto del dedo accidentado?. Respecto a las condiciones en que se encontraba el lugar del hecho cuando tomó las fotos del desagüe, responde: "... que estaba la tapa corrida y el lugar donde está la boca de tormenta estaba toda rota, como si se le hubiera chocado un auto?. Describe que la dimensión de la tapa será de 40 x 40 aproximadamente y que se ve pesada, fuerte, pero que él no la tocó. Responde afirmando, a las preguntas respecto a si es un lugar transitado y si en el lugar hay uno de los dos pasos a niveles que dividen el pueblo con el común detrás de la vía. Indica que no recuerda el mes y año en que sacó las fotos y que no todas las fotos fueron sacadas por el ya que aclara que saco algunas y otras se las llevaron a revelar. Sumado a ello es que no se acompañaron la totalidad de ellas certificadas. Asimismo, esta Alzada ha dicho en diversas oportunidades que si las fotografías no se encuentran certificadas, no sirven para acreditar por si los hechos denunciados (cfr. esta alzada, sentencias definitivas de las causas n° 2901/11 ?Yrasusta, Carlos Víctor Hugo y otro/a c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión Indemnizatoria?, sentencia del 13 de marzo del 2012, Causa n° 1442/08 ?Larroca María del Carmen c/ Pascual Folino Propiedades y Municipalidad de San Fernando s/ Daños y perjuicios?, sentencia del 30 de diciembre de 2008, Causa n° 1992/10 ?Guevara Noemí Haidee c/ Nielsen Adriana L. y O. s/ Daños y Perjuicios? del 17 de junio de 2010 entre otras) pero permiten extraer presunciones y enriquecer la convicción del Juez, al sumarlas a los otros elementos de prueba que obran en el proceso. Pero en el caso de autos las fotografías acompañadas no sirven para esclarecer la cuestión traída a resolver, ya que ni siquiera se puede inferir, como adelantara, de los documentos referidos, que se haya fotografiado la calle e intersección con otras, o bien, cartel que indique el nombre del lugar donde se encontraban, ello en atención que el accionante esgrime en su presentación inicial que el hecho tuvo lugar en la ?Plazoleta de los Inmigrantes? ubicada en la intersección de la calle Avda. San Martín e Italia de la ciudad de Henderson, Pdo. De H. Yrigoyen. Por lo que, a mi criterio, no puede atribuírsele a dichas constancias valor probatorio. b) Prueba testimonial: En relación a las declaraciones testimoniales prestadas por los testigos a fs. 181/182, 191/193 vta., concuerdo con el Señor Juez de grado en cuanto a que pierden fuerza probatoria por no ser testigos presenciales, dado que de los dichos de los mismos surgen que no estaban presentes en el momento y lugar donde el actor manifiesta que sucedió el hecho denunciado, ya que simplemente la testigo María Paula Gallo Sara - cfr. fs. 191/191 vta.- fue la única testigo cuya presencia -en principio- tuvo proximidad temporal con el hecho acaecido, habiendo pasado circulando con su auto tras el siniestro, al encontrar gritando a la madre del menor, con el en brazos y siendo, según refiere, quien los trasladó al hospital. Bajo tales parámetros, la prueba testimonial debe ser valorada en función de diversas circunstancias, ponderando las condiciones individuales y genéricas de los deponentes, seguridad del conocimiento que manifiestan, coherencia del relato, razones de la convicción que declaran y la confianza que inspiran, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 384 y 456 del Código Procesal), otorgando mayor o menor credibilidad de acuerdo a las circunstancias que rodearon al hecho y los demás elementos arrojados al expediente. En esos términos, a mi entender, la testimonial, como única prueba concluyente, resulta insuficiente en orden a demostrar la relación causal entre el daño sufrido y el estado defectuoso de la tapa de cemento de desagüe pluvial que intentó mover el menor - ? Daniel Otero. c) En referencia al ingreso al Hospital Municipal de Henderson - Dr. Saverio Galvani - surge que el mismo tuvo lugar el día 08/08/09, no obstante las dos fechas manifestadas por el accionante en su escrito liminar respecto al hecho motivo de la presente acción, precisando inicialmente que acaeció el día 31/07/09 a las 18.30 hs. y luego el 08/08/09 (cfr. fs. 11bis vta. y fs. 16, ptos. III y IV, respectivamente), cabe destacar que surge acreditado que el actor fue asistido en el referido Hospital y que con fecha 08/08/09, se le realizó cirugía a fin de regularizar la amputación traumática del dedo índice de la mano derecha del menor (cfr. fs. 283). Además, si bien el perito médico se expide en sus informes periciales y precisa que el grado de incapacidad total del niño es de un 8% sobre el total, que son lesiones consumadas y que evolucionarán sin cambios mientras no ocurran nuevas patologías e incidentes, ya que su incapacidad física es concreta, en oportunidad de contestar los puntos de pericia propuestos por la demandada - cfr. fs. 246/247, contesta en relación a si el daño sufrido por el actor fue producto del accidente relatado en la demanda que, "... considera al Excelentísimo Tribunal, con la potestad y elementos suficientes para que se expida sobre la legalidad y veracidad de los documentos aportados para tal fin?. Por lo expuesto, entiendo, que ambas pruebas -informativa y pericial -carecen de idoneidad probatoria para acreditar que la lesión que le provocó los daños padecidos por el hijo del accionante fuese a causa de la acción que aduce en la demanda - mover la tapa de desagüe pluvial que se encontraba fuera de su lugar - mecánica del hecho. Asimismo, la prueba proveniente de la institución médica en donde habría sido asistido el niño -?- aporta datos concluyentes al confrontarla con las fechas expuestas por el actor en la demanda y refleja la confusión en la que ha incurrido el Sr. Otero en dicha presentación respecto al día en que tuvo lugar el hecho motivo de la presente acción. En último

lugar, las pericias de fs. 121/124 (pericia psicológica) y fs. 244/247 (pericia médica) dan cuenta que las lesiones y secuelas físicas y psicológicas no tienen razonable conexión con el hecho dañoso ventilado en autos, tal hipótesis se sostiene a partir de lo relatado por el accionante en el escrito de demanda y en las manifestaciones complementarias volcadas en las respectivas entrevistas. Por tal motivo, no forma convicción favorable a establecer un nexo adecuado entre ambos presupuestos de procedencia de la responsabilidad atribuida. Por ello, en relación a esta cuestión, puede reiterarse que ni de la prueba documental fotográfica acompañada, ni de las declaraciones testimoniales prestadas a fs. 181/182 vta. y fs. 191/193 vta., ni de las pericias practicadas en autos, pueden derivarse razones o elementos probatorios sobre la responsabilidad del municipio accionado en la causación del evento dañoso que aduce el accionante en sus presentaciones iniciales. 11°) En dicho contexto, a diferencia de lo postulado por el apelante, encuentro que la apreciación de la prueba que efectuó el magistrado de grado no se presenta como errónea ni absurda, siendo ajustada a derecho (cfr. arts. 384 y 456 del CPCC). Ello así, pues no se acreditó - en la especie - la relación de causalidad entre el daño sufrido por el menor - hijo del actor (cfr. fs. 210). y la omisión que se endilga al municipio accionado - Municipalidad de Hipólito Yrigoyen. Es que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado reiteradamente que: "... para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinado que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión jurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, del Código citado; conf. causas Ac. 41.868, sent. del 26IX1989; Ac. 43.168, sent. del 23IV1990; Ac. 43.251, sent. del 26III1991; Ac. 44.440, sent. del 22XII1992; Ac. 49.964, sent. del 2XI1993; Ac. 49.478, sent. del 14VI1994; Ac. 55.133, sent. del 22VIII1995; Ac. 58.142, sent. del 24IX1996; Ac. 55.404, sent. del 25III1997; Ac. 68.799, sent. del 26X1999; Ac. 66.336, sent. del 2VIII2000; Ac. 71.453, sent. del 7II2001; Ac. 70.056, sent. del 21III2002; Ac. 81.298, sent. del 11VI2003; Ac. 87.410, sent. del 9VI2004; Ac. 88.305, sent. del 3VIII2005)? (cfr. SCBA, causa L. 88.330, ?C., E. contra Fisco Provincia de Buenos Aires. Indemnización daños y perjuicios?, sentencia del 31 de agosto de 2.007 y este Tribunal en la causa n° 2.102/10, ?Koretzky, Martín Horacio c/ Municipalidad de San Isidro s/ Pretensión Indemnizatoria, sentencia del 23 de agosto de 2.010, entre otras). Cabe destacar, que el progenitor del menor relata en su pieza recursiva que la demandada no probó la falta de cuidado de los padres, ni la presencia de un adulto junto a los menores, que por el contrario, es su madre quien lo socorre y lleva al nosocomio local, siendo acercada hasta allí por la testigo Paula Gallo, que el niño no cometió una travesura ni mucho menos, por lo que deba ser ?vigilado? por sus progenitores, ya que muy por el contrario, el menor quiso colocar la tapa en su lugar para evitar un accidente a otras personas y/o menores que juegan en el lugar, y que la demandada reconoció haber visto. Manifiesta que, evidentemente, como dice el magistrado de primera instancia, el desagüe pluvial no es una zona de juegos para niños, pero aprecia que el a quo, en ningún momento, se detiene a analizar que estamos hablando de una plaza, donde concurren centenares de niños y que por tal motivo asevera que debió ponerse más atención en el cuidado de éstos desagües pluviales. Es decir que el desarrollo de los hechos pudo ser previsible para la propia madre del menor, pero en modo alguno para la Comuna accionada. Efectivamente, la progenitora pudo conocer en qué estado estaba su hijo antes de dejarlo ir a jugar, que, conforme indican los testigos, no es una zona de juegos y si es un lugar transitado y que en el lugar se encuentra uno de los paso niveles que dividen el pueblo con el común detrás de la vía (cfr. 191/191 vta. y fs. 192/192 vta.), por lo que pudo prever lo sucedido por las características del lugar donde su hijo se dirigió a jugar y la personalidad del niño, al decir de los testigos, ?terroríficos? (cfr. fs. 182) quién jugaba habitualmente en el lugar (cfr. fs. 182/182 vta. y fs. 193/193 vta.). Lo que quiero significar es que su progenitora contaba con mayores elementos para prever lo acontecido. Esta cronología da cuenta del marco circunstancial en el que se desarrolló el lamentable acontecimiento. Asumir que el menor de edad, hijo del actor pueda ser travieso y llegue hasta el punto de jugar en un desagüe pluvial tal como refieren los testigos (cfr. fs. 182 vta.) no puede constituirse como una conducta habitual que haga incurrir en responsabilidad a la municipalidad demandada. Es por ello que comparto los fundamentos expuesto por el Sr. magistrado de grado en cuanto considera que, "... lo normal, pues hace a la finalidad misma de la cosa -tapa-, es que se encuentre tapando el ingreso al desagüe pluvial. Si el actor alegó que se encontraba corrida de lugar, como fundamento de hecho de su pretensión, debió probarlo?; "...los desagües pluviales no son una zona de juegos para los niños. Es posible que un menor de ocho años obre imprudentemente, pues no tiene la maduración psicológica que le permita comprender la peligrosidad de sus conductas, y es deber de los padres el prevenir los peligros que el accionar del menor puede generar? y que, ?En el presente caso, la conducta del menor objetivamente considerada -manipulación de una tapa de desagüe, hecho reconocido en demanda- se erigió en un factor causal del hecho. Al ser ello así, la ausencia del control de sus padres, incide en el nexo de imputación de responsabilidad del daño, por cuanto el menor de ocho años no tenía un adulto que le impidiera realizar la acción riesgosa?. (Cfr. fs. 363 vta. y fs. 364/364 vta.) Manifiesta el apelante que, evidentemente, como dice el magistrado de primera instancia, el desagüe pluvial no es una zona de juegos para niños, pero aprecia que el a quo, en ningún momento, se detiene

a analizar que estamos hablando de una plaza, donde concurren centenares de niños y que por tal motivo asevera que debió ponerse más atención en el cuidado de éstos desagües pluviales. En conclusión, reitero, no le asiste razón al actor toda vez que, al decir de los testigos, la zona en la que se desarrolló el hecho motivo de la presente acción, es una zona transitada donde se encuentra uno de los pasos a nivel que divide el pueblo, la que entiendo inadecuada para que juegue un niño de 8 años de edad. Por lo expuesto, considero que los elementos probatorios arrojados y producidos resultan insuficientes, a mi juicio (cfr. arts. 384 C.P.C.C. y 77 inc. 1º del C.C.A.), para tener por acreditado el hecho generador de responsabilidad en cabeza de la demandada. 12º) En virtud de las consideraciones vertidas, estimo que el análisis probatorio realizado por el magistrado de primera instancia no resultó inadecuado a las normas que regulan el mismo y si dentro de los parámetros de discreción que le discierne el sistema procesal en tal cuestión, lo que provocó que arribara a una solución que entiendo adecuada, justa y ajustada a derecho. En razón de ello, cabe rechazar el recurso de apelación articulado por la parte actora -Sr. Sandro Daniel Otero-, confirmando la sentencia de primera instancia y rechazando, en consecuencia, la demanda promovida por el actor. 13º) Por todo lo expuesto, propongo a mi distinguido colega: 1º) Desestimar el recurso de apelación planteado por la parte actora, confirmando el decisorio apelado en todo cuanto fue materia de agravios; 2º) Imponer las costas de ambas instancias a la actora en su calidad de vencida (cfr. art. 51 inc. 1º del C.C.A., texto según Ley nº 14.437); y 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. ASI LO VOTO. El Sr. Juez Hugo Jorge Echarri y el Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin votaron a la cuestión planteada, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Por lo expuesto, en virtud del resultado del acuerdo que antecede, este Tribunal RESUELVE: 1º) Desestimar el recurso de apelación planteado por la parte actora, confirmando el decisorio apelado en todo cuanto fue materia de agravios; 2º) Imponer las costas de ambas instancias a la actora en su calidad de vencida (cfr. art. 51 inc. 1º del C.C.A., texto según Ley nº 14.437); y 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

032480E