

EXPEDIENTE: 5061877 -  - PEZZA, MARIA FLORENCIA Y OTROS C/ PROVINCIA DE CORDOBA Y OTROS Y OTROS - ORDINARIO - DAÑOS Y PERJ.- OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL

SENTENCIA NUMERO: 387. CORDOBA, 27/08/2018.

Y VISTOS: estos autos caratulados “PEZZA, MARIA FLORENCIA Y OTROS c/ PROVINCIA DE CORDOBA Y OTROS – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL – EXPTE. N° 5061877”

, de los que resulta que a fs. 12/32 comparece el Dr. Alfredo Oscar Giardina, apoderado de la Sra. María Florencia Pezza, Lucas Agustin Graglia y Federico Nicolas Graglia, e interpone demanda por daños y perjuicios causados a ellos por el fallecimiento de quien fuera en vida Marcelo Fabián Graglia, atento resultar la esposa y los hijos de la víctima, en contra de la Provincia de Córdoba, la Dirección Provincial de Agua y Saneamiento del Gobierno de la Provincia de Córdoba (DIPAS), Instituto Nacional del Agua, Municipalidad de Villa Carlos Paz, Comuna de Cuesta Blanca, Comuna de Icho Cruz, Comuna de Mayu Suma, Comuna de San Antonio de Arredondo, Comuna de Tala Huasi, por la suma de pesos cinco millones trescientos setenta y nueve mil cinco con 02/100 (\$5.379.005,62) o lo que en mas o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos, con más sus intereses y costas. Afirma que su mandante la Sra. Pezza y su cónyuge Marcelo Graglia decidieron tomar sus vacaciones de verano la primera quincena de enero de 2003, y con esa intención se dirigen en compañía de sus hijos menores Lucas Agustín y Federico Nicolás de once y seis años respectivamente, a la localidad de Icho Cruz. Aduce que en circunstancias en que la víctima se encontraba en compañía de su hijo menor Lucas Agustín a orillas del Río San Antonio, a la altura de Cuesta Blanca, justo frente a la toma de agua, realizando actividad de pesca recreativa, como consecuencia de una gran creciente de agua, se produce la caída de la víctima y su hijo menor en la poderosa corriente hídrica del repentinamente aumentado cauce del río San Antonio. Asevera que con la premura del caso, la victima trata por todos los medios de sus fuerzas,

salvar de la voracidad creciente de las aguas del río a su hijo menor, lo que con gran esfuerzo logra con la ayuda de una persona mayor que lo asiste, pero por la gran fuerza de la corriente de la crecida masa hídrica, vence sus fuerzas para salir del cauce del río y es arrastrado por las aguas desapareciendo de la superficie en pocos minutos. Argumenta que inútil fue el esfuerzo de una persona del lugar, que trató de salvarlo lanzándole sogas para que la víctima se tomara de ellas, la fuerza de la corriente de la repentina creciente de las aguas del río, virtualmente lo arrastró haciéndolo desaparecer en la profundidad de las aguas. Refiere que después de ocho días de intensa búsqueda de la víctima desaparecida en las aguas del Río San Antonio, fue hallado el cadáver de quien fuera la víctima del hecho. Señala que como consecuencia del hecho se instruye la causa N° Letra V N° 01 caratulada “VELEZ, Esteban Oscar s/ Homicidio culposo” por ante la Fiscalía de Instrucción de Villa Carlos Paz, a cargo del Dr. Santiago Mauriño; y que surge evidente la negligencia culposa en el delito que se investiga así como también la ocurrencia del hecho de homicidio culposo de la víctima. Practica un recuento de las constancias del sumario penal respectivo, al que remito por razones de brevedad. Colige que la causa de muerte, en base a los informes científicos, fue la asfixia por sumersión; que tenía signos indicativos de haber sido arrastrado por terreno arenoso y de haber estado atrapado por elementos duros a nivel del rostro. Concluye que queda perfectamente probado que la muerte de Graglia se produce por asfixia por sumergimiento, por haber desaparecido en las aguas del Río San Antonio, a la altura de la localidad de Cuesta Blanca, frente a la toma de agua, Valle de Punilla Provincia de Córdoba el día 2 de enero de 2003 aproximadamente a la hora 19.20, como consecuencia directa de una repentina y gran creciente de las aguas del mencionado río. Arguye que es fácil determinar que la repentina y gran creciente de masa de agua del Río San Antonio, ocurrida en la fecha 2 de enero de 2003 fue la causal directa de la muerte de Graglia, que dicho fenómeno natural no es casual, ya que como se probará su ocurrencia es repetitiva y normal, y no puede conceptuarse como caso fortuito o fuerza mayor. Expresa que son repetitivas y normales las grandes crecientes de masa de agua del río

San Antonio con grave peligro para los bañistas o pescadores que se encuentren en el preciso momento de la creciente, y que es importante conocer la causa de dicho fenómeno natural, que se produce como consecuencia de las lluvias que ocurren en la zona de Altas Cumbres de las sierras. Destaca como dato ilustrativo la magnitud de la masa de agua el día del hecho denunciado, que de pocos centímetros de profundidad, el río pasó a tener una profundidad de sus aguas de más de cuatro metros; y que debe considerarse también la gran fuerza de la corriente de las aguas que arrastran violentamente toda persona, animal u objeto que se encuentre en el río, el que aparenta ser inofensivo, pero normalmente por la creciente repentina se transforma en una cosa riesgosa en sí misma, con serio peligro de muerte para las personas que en él se encuentren. Añade que la zona de la cuenca del río San Antonio de la Provincia de Córdoba es un territorio especialmente turístico, frecuentado y visitado por muchos turistas que no pertenecen al lugar y que obviamente desconocen la característica de sorpresiva peligrosidad del río, cuando repentinamente se produce el gran crecimiento de su masa hídrica. Esgrime que grande fue la sorpresa de su mandante cuando el 2 de enero a las 19.20 horas ocurre el hecho de gran crecimiento repentino de las aguas del río; causalidad directa de la desaparición en las aguas y posterior muerte de su cónyuge, y el providencial salvamento de su hijo Lucas Agustín. Indica que debe considerarse que los inocentes y desprevenidos turistas no fueron alertados de la peligrosidad repentina del río, por autoridad turística provincial alguna ni por las autoridades municipales del lugar. Afirma que no existen carteles indicadores en la zona del río, que alerten sobre su repentina peligrosidad, ni medidas de seguridad como barandas costaneras de protección de personas, bañeros profesionales prestos y alertas para eventuales salvatajes, y botes de goma y equipos especiales de salvamento. Aduce que el río San Antonio con todos los afluentes de su cuenca, jurídicamente hablando, es cosa bien público, propiedad y pertenencia del dominio público de la Provincia de Córdoba, por lo que esta es responsable civilmente por los daños y perjuicios que el río ocasione a cosas materiales y personas como consecuencia del excesivo crecimiento de sus

aguas y fuerza de arrastre de sus corrientes hídricas, y debe, por lo tanto, realizar todos los actos necesarios para evitar y prevenir que la repentina y gran creciente de las aguas del río sea consecuencia de daños a cosas y personas. Asevera que este fenómeno natural que ocurre normalmente en la zona, las lluvias en la Sierra y la gran creciente de agua repentina del río San Antonio, ocurren en forma normal y reiterada, lo que es de conocimiento público de las autoridades del Gobierno de Córdoba y de los pobladores de la zona de la cuenca del río. Argumenta que oportunamente el Gobierno ordenó a la Dirección Provincial de Agua y Saneamiento de la Provincia de Córdoba y a las comunas de la cuenca del río San Antonio, Cuesta Blanca, Icho Cruz, Mayu Suma, San Antonio de Arredondo, y Tala Huasi, que tomaran los recaudos del caso para alertar con la debida antelación, a las personas que circunstancialmente se encuentren en el río, de las grandes, repentinas y peligrosas crecientes de agua del mismo, en las circunstancias y momentos que estas ocurran. Señala que con fecha 1 de diciembre de 2002 y con vigencia hasta el 31 de marzo de 2003, la Dirección Provincial de Aguas y Saneamiento de la Provincia, junto con las comunas de referencia y por cuenta y orden del Gobierno de la Provincia de Córdoba firman con el Instituto Nacional del Agua el convenio denominado ACTA ACUERDO PARA LA PUESTA EN SERVICIO, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LA RED TELEMETRICA Y SISTEMA DE ALERTA PARA LA CUENCA DEL RÍO SAN ANTONIO, PROVINCIA DE CORDOBA y su ANEXO I. Arguye que el servicio fundamental a brindar por el Instituto Nacional del Agua, era el de alertar a las autoridades de la cuenca del río San Antonio, alertas tempranas de precipitaciones pluviales y crecidas del río San Antonio; también los pronósticos de los picos de crecidas y su horario de arribo a los puntos de control, siempre con referencia al río San Antonio. Expresa que el Instituto Nacional del Agua se comprometió a cumplir su función a través de su oficina zonal en la cuenca del río, denominada Centro de Investigaciones Hídricas de la Región Semiárida (CIHRSA), y que no cumplió su obligación contractual en su función de alertar tempranamente a las autoridades de la Cuenca del río San Antonio la

creciente repentina de las aguas del río. Esgrime que el día 2 de enero del año 2003 a las 19.20hs, circunstancia en que la creciente repentina del agua del río San Antonio, causa en forma directa la desaparición y posterior muerte de Marcelo Fabián Graglia, el Instituto Nacional del Agua, a través de su oficina zonal CIHRSA, no alertó a las autoridades de la cuenca del río de la repentina crecida. Relata los testimonios de los testigos del sumario penal. Sostiene que la Provincia actuó con desidia, ya que además de contratar un ente INA-CIRSA, que no cumplió con su función de alerta temprana de las lluvias y crecidas de la cuenca del río, sino que no impartió directivas a los funcionarios públicos que se hallan bajo su jurisdicción, para que supervisen el normal funcionamiento y cumplimiento de ese ente inoperante, quien en su acción por omisión resulta ser el causante directo del siniestro de autos. Refiere que la Provincia no informa a los desaprensivos turistas de la peligrosidad de las crecidas repentinas del río, lo que determina una grave negligencia de las autoridades provinciales y municipales quienes permanentemente y en forma expresa manifiestan que la Provincia es la zona argentina de mayor nivel turístico. Destaca que los medios periodísticos coinciden en la inoperancia del CIRSA-INA, la negligencia de las autoridades del Gobierno, y la permanente, repetitiva, repentina, desmesurada e histórica crecida en las aguas de la cuenca del río San Antonio. Cita doctrina y jurisprudencia. Reclama bajo el título “DAÑO MATERIAL – VALOR VIDA CHANCE” la suma de pesos un millón quinientos treinta y seis mil (\$1.536.000) toda vez que la muerte de su esposo, padre, jefe y responsable absoluto en el caso no solo de su familia sanguínea, esposa e hijos, sino también de su familia política, sus suegros, hace perder una chance de contenido económico y ayuda material, además del daño espiritual, representa una expectativa de apoyo y colaboración ante los problemas que la vida presenta. Para cuantificar el rubro considera la edad de la víctima (33 años), lo que significa –dice- un promedio de trabajo futuro de treinta y dos años, que multiplica por la pérdida efectiva mensual de pesos cuatro mil (\$4.000) que trajo como consecuencia directa el deceso de Graglia. Reclama además la suma de pesos ochocientos mil (\$800.000) para cada

uno de los actores, en concepto de daño moral, totalizando la suma de pesos dos millones cuatrocientos mil (\$2.400.000) por este rubro. Señala que de mas esta decir que la pérdida de un padre y esposo es por demás irreparable desde el punto de vista afectivo y espiritual y por más que se supla en autos económicamente no le devolverá la vida al joven padre Graglia. Agrega la trágica circunstancia que uno de los hermanitos, Lucas Agustín, también fue arrastrado por la fuerza de las aguas del río, corriendo serio riesgo de peligro su vida, y que fuera precisamente su padre quien antes de desaparecer de las aguas del río, logró providencialmente salvar a su pequeño hijo de una muerte segura, con ayuda de la persona mayor de edad, que se arrojó al río para salvar al menor. Bajo el título “Daño Psicológico” reclama la suma de pesos cuatrocientos cincuenta mil (\$450.000) para cada uno de sus mandantes, totalizando la suma de pesos un millón trescientos cincuenta mil (\$1.350.000). Señala que las situaciones traumáticas que no han sido anticipadas son experimentadas de forma más violenta que aquellas para las cuales hubo un acontecimiento previo, la muerte repentina de Marcelo Graglia tiene mayor posibilidad de convertirse en una situación generadora de patologías psíquicas en sus pequeños hijos y esposa que si hubiere acontecido después de una enfermedad con riesgo de muerte. Indica que la circunstancia en que se desarrolló el accidente, la muerte de Graglia se produjo mientras este con su familia, esposa y sus dos hijos se encontraban apaciblemente disfrutando de vacaciones de verano. Reclama también, como consecuencia del daño psicológico mencionado, el gasto por el tratamiento psicológico requerido, que cuantifica en la suma de pesos ochenta y seis mil cuatrocientos (\$86.400), para todo el grupo familiar. Adita los gastos de sepelio, por la suma de pesos tres mil cinco con 62/100 (\$3.005,62).

Impreso el trámite de ley (07/06/2004, fs. 46) por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fs. 175 comparece el Dr. Candelario Garayzábal, en nombre y representación de la Comuna de Tala Huasi, quien solicita el rechazo de la demanda con costas. Opone excepción de falta de legitimación pasiva. Niega que exista responsabilidad alguna de la Comuna de

Tala Huasi en la producción del evento dañoso, en virtud de haberse producido el hecho generador de la pretendida atribución de responsabilidad en aguas del río San Antonio, siendo el mismo un bien público del Estado, tal como lo afirma la accionante en su demanda, por lo que siendo el Estado Provincial el titular dominial del río y su cauce, mal puede atribuirse responsabilidad a su mandante por un acontecimiento producido por una cosa que no le pertenece. Afirma que de los términos de la demanda surge que el hecho se produjo a orillas del río San Antonio, a la altura de Cuesta Blanca, justo al frente de la toma de agua”, no surgiendo de los términos del libelo introductorio relación alguna entre la producción del hecho y la Comuna de Tala Huasi, de lo cual se sigue la inexistencia de responsabilidad de su mandante con relación al reclamo efectuado. Contesta la demanda negando todos y cada uno de los hechos invocados. No obstante, afirma que el día 2 de enero de 2003, siendo aproximadamente las 19hs., un hombre de aproximadamente 30 años se encontraba junto con un niño y otros dos adolescentes pescando dentro del río San Antonio sobre una roca ubicada dentro del cauce del río y no a orillas del mismo como afirma el accionante. Expresa que ante la llegada de una creciente de agua al lugar en que se encontraban los nombrados y tal como será acreditado oportunamente, desde ambas márgenes del río se le efectuaron avisos a los mismos y a todas las personas que se encontraban cerca para que se retiren del lugar debido a la inminente crecida de las aguas del río y se les avisaba que donde se encontraban ubicados corrían riesgo de ser arrastrados por la corriente. Aduce que todas las personas que se encontraban en el río o cerca de él se alejaron a los gritos y señales de advertencia a excepción del Sr. Graglia, quien luego es arrastrado por las aguas junto a un niño que se encontraba con él, el que pudo ser rescatado unos metros río abajo al ser arrojado por el Sr. Graglia a personas que se encontraban en la orilla, pero pese a los esfuerzos de la gente que se encontraban en las orillas y del propio Graglia, éste no pudo aferrarse a las sogas que se le lanzaron para ello y luego desapareció de la superficie. Invoca la existencia de culpa por parte del propio Graglia en la producción del evento que le costara la vida, al hacer caso omiso a las

advertencias y avisos de la gente del lugar sobre el peligro que corría si continuaba ubicado en el río. Cita jurisprudencia.

A fs. 197/206 comparece en nombre y representación de la codemandada Comuna de río Icho Cruz la Dra. Pilar Izurieta y Sea, quien solicita el rechazo de la demanda con costas. Niega todos y cada uno de los hechos invocados por los actores en su libelo introductorio de la Litis, excepto aquellos que sean de expreso reconocimiento en su responde. Afirma que la comuna de Icho Cruz no es la propietaria del río, tal como lo reconocen los propios actores, y que en consecuencia, es la Provincia, su titular, la que detenta el correspondiente poder de policía sobre éste. Aduce que el mismo no ha sido delegado, pero aun cuando se tratara de una facultad de tipo concurrente, tampoco la comuna ejerce o puede ejercer el poder de policía sobre él. Asevera que resulta dificultoso el ingreso al río desde el ámbito territorial de la comuna ya que el río se encuentra configurado por la existencia de propiedades privadas que en buena parte del recorrido del río –coincidente con el lugar en que el occiso se habría caído a las aguas- culminan sus límites en el río mencionado. Argumenta que la única forma de acceso al río desde el radio de su comuna es un pequeño espacio de tres metros aproximadamente antes del puente bajo, y hacia la izquierda. Enfatiza que existe un gran cartel previniendo a los turistas por las crecidas de las aguas luego de las precipitaciones en la zona, el que fuera instalado por su comuna. Remarca que no ejerce ni puede ejercer el poder de policía sobre el mismo sin invadir el radio comunal sobre el que tiene competencia material otra comuna, por lo que puede afirmar que su comuna no detenta sobre el río san Antonio su tenencia material, su poder factico de vigilancia, gobierno o control. Arguye que tampoco lo aprovecha económicamente ni lucra con él, toda vez que el mencionado río no está habilitado por la comuna como balneario. Puntualiza que el caudal del río en su estado normal es insignificante, extremo que se ha acentuado más aun con la toma de agua existente aguas arriba y que provee de agua a la ciudad de Villa Carlos Paz, razón por la cual la existencia de guardavidas, botes, o elementos de salvamento, indicados por los accionantes

como parámetro de seguridad, en el caso, resultarían irrazonables. Expresa que para los hechos de la naturaleza, de características excepcionales como son las crecidas de las aguas, tampoco los elementos de seguridad requeridos por los accionantes resultarían apropiados, todo ello por las características propias de los ríos serranos, ya que dichas crecidas constituyen un aumento estrepitoso del caudal del río, lo que conjugado con la rocosidad de su cauce producen tal turbulencia que tornan inoperable las medidas requeridas en virtud del excesivo riesgo a los que se verían expuestos los guardavidas o quienes manipularan estos elementos. Sostiene que precisamente para tales acontecimientos de la naturaleza que puedan poner en riesgo la vida y los bienes de los lugareños, vecinos, transeúntes y propietarios de inmuebles ribereños, la comuna firmó un acuerdo con el INA para la puesta en servicio, mantenimiento y operación de la red telemétrica y sistema de alerta para la cuenca del río San Antonio, Provincia de Córdoba, sistema este operado por el mencionado instituto a través del Centro de Investigaciones Hídricas de la Región Semiárida (CIHRSA), a la que se le abona el canon correspondiente. Invoca caso fortuito, diciendo que las crecientes en el tipo de río que nos ocupa, se produce por un anormal discurrimiento de las aguas en la cuenca del mismo, generadas por precipitaciones pluviales, las que en grado a su intensidad, producen una elevación temporaria en el nivel de su caudal, y que en virtud de esto se ha instalado un sistema de sensores que miden precipitaciones pluviales en los puntos y sectores de la cuenca alta del río en donde las lluvias se producen con mayor frecuencia o regularidad, permitiendo mediante su lectura telemétrica conocer las variaciones del caudal del río, lo que posibilita preavisar la envergadura de este fenómeno natural. Manifiesta que el día del hecho, los sensores mencionados no detectaron ninguna precipitación en los lugares mencionados, en razón de que la lluvia caída se produjo en forma absolutamente extraordinaria en mérito a que esta fue con gran intensidad, durante un lapso relativamente corto y en un radio reducido situado aguas abajo del sensor ubicado en el nivel altimétrico menor; lugar donde ordinaria y regularmente nunca se había producido un fenómeno de esta naturaleza. Explica que la

cuenca del río San Antonio, por sus características y comportamiento histórico, tiene prevista la posibilidad de lluvias de regular intensidad, solo que el día del hecho la misma se produjo en un lugar en que nunca antes se había producido, extremo que hicieron absolutamente imposible preanunciar la llegada de la creciente. Refuerza –dice- más aún lo manifestado el hecho de que no solo no hubo precipitaciones en la extensa área cubierta por los sensores, sino que durante todo el día de aquel 2 de enero no cayó ni una sola gota de agua en toda la vasta zona en las que se encuentran enclavadas las comunas y el Municipio demandados, extremo este que en definitiva encuadran el suceso ocurrido como un hecho de la naturaleza o caso fortuito. Invoca también causa ajena, diciendo que según testigos presenciales en el lugar del hecho, el Sr. Marcelo Fabián Graglia fue advertido en circunstancias en que se encontraba a poca distancia de la toma de agua (construcción de la cual no son propietarios ni guardianes) sobre la crecida de las aguas del río, con una antelación suficiente como para retirarse del lugar y evitar riesgos innecesarios para su persona y la de su hijo, sin que pueda comprender los motivos por los cuales no lo hizo. Expresa que ha sido su exclusiva conducta la que ha dominado íntegramente el proceso causal y el resultado dañoso producido por ella, motivo por el cual a la Comuna de Icho Cruz no le cabe responsabilidad alguna en el evento ocurrido. Señala que de las circunstancias expresadas se encuadran en lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan como “Hecho de la víctima”, toda vez que si el damnificado interviene materialmente en el suceso que lo lesiona y dicha participación tiene incidencia causal en el acaecimiento del perjuicio, no cabe hacer soportar a un tercero por el menoscabo que la propia víctima se ha inferido a sí misma, encontrando su fundamento en el valor justicia. Impugna los daños reclamados.

A fs. 274/286 comparece el Dr. Marcelo Salinas, en representación de la provincia de Córdoba, actuación que a fs. 287 es ratificada por el entonces Procurador del Tesoro de la Provincia de Córdoba Dr. Claudio Viale, quien solicita el rechazo de la demanda. Niega en general y en particular todos los hechos que no fueran de expreso reconocimiento en su

responde. Afirma que el hecho acaecido haya efectivamente ocurrido no importa sin más que la Provincia de Córdoba tenga algún tipo de responsabilidad en los términos que pretende la actora, pues para que ello ocurra deben darse los presupuestos de procedencia de la atribución de responsabilidad, o en su defecto, debe existir alguna relación jurídica entre el actor y aquel a quien se dirige la pretensión procesal. Aduce que sin que medie en el caso la intervención –al menos indirecta- de un agente, órgano o bien del que sea titular la Administración, no puede legítimamente imputarse un deber genérico de tal dimensión que importe soslayar las reglas mínimas de la causalidad. Asevera que la asunción por la Administración de ciertas competencias no la convierten en responsable de todos los actos que acaezcan, pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las administraciones públicas convierta a esta en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de las actividades de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como se pretende en el escrito de demanda, se transformaría a aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Argumenta que si se pretendiera responsabilizar al estado provincial por los daños sufridos por los familiares directos del Sr. Graglia, por invocación genérica de no cumplir correctamente con su función de control respecto de los bienes de su dominio, debiera acreditarse la concurrencia de los presupuestos que tal tipo de atribución requiere. Arguye que la omisión de obrar que puede generar la responsabilidad estatal se encuadra dentro del presupuesto que alude a la falta de servicio, que se configura cuando la administración no cumple sino de manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley, o el reglamento o simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio. Considera que las materias normalmente comprendidas en la omisión estatal antijurídica son el ejercicio del poder de policía de seguridad; cumplimiento defectuoso de prestaciones estatales englobables

dentro de la noción de servicio público; daño proveniente de la utilización de bienes del dominio público; omisión del deber de control del estado sobre el ejercicio de ciertas actividades privadas fuertemente reguladas: bancos, compañías de seguros, etc. Expresa que el estado no es responsable pues el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al estado no es suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en donde ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, ya que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa. Esgrime que no puede responsabilizarse a la Provincia de Córdoba por la desaparición y posterior deceso del fallecido señor Graglia, por varias razones. En primer lugar, dice, Graglia se encontraba junto a tres personas más, entre ellas uno de sus hijos que logró evitar ser arrastrado por el curso del agua-. A orillas del río San Antonio, cuando, según dice el escrito de demanda, a raíz de la repentina creciente del río, resultó arrastrado por ésta y luego desaparecido hasta recién varios días después en que su cuerpo fuera hallado sin vida. Manifiesta que se afirma en el escrito de demanda la existencia de responsabilidad civil con fundamento en un factor objetivo cual es el riesgo de la cosa, y a su vez por una conducta omisiva por la inexistencia de “carteles indicadores, barandas costaneras de protección de personas, bañeros profesionales y alertas para eventuales salvatajes”, en las orillas del río en cuestión. Alega que no existe en el derecho positivo público argentino un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del estado por daños ocurridos con motivo de sus hechos o actos de omisión o abstención que hubiera ocasionado perjuicio, por lo tanto resulta razonable que, por aplicación del art. 16 del Código Civil, en estos casos se supedita la decisión acudiendo a la analogía y a los principios generales del derecho. Refiere que lo correcto es remitirse a las disposiciones del Código Civil. Invoca inexistencia de nexo de causalidad adecuada, y ruptura del nexo causal por configurarse la eximente de culpa de la víctima. Esgrime también haber dado cumplimiento

adecuado a los deberes jurídicos a su cargo, por parte de las autoridades competentes. Cita doctrina y jurisprudencia.

A fs. 687 comparece el apoderado de la parte actora, Dr. Osvaldo Teodolmiro Bengolea, y desiste de la acción y del derecho en contra de la Municipalidad de Villa Carlos Paz, Comuna de Cuesta Blanca, Comuna de San Antonio de Arredondo, y Comuna de Mayu Sumaj, mientras que desiste de la acción respecto a Instituto Nacional del Agua. Solicita imposición de costas por el orden causado. A fs. 691 comparece el Dr. Javier Arroyo, quien se notifica del desistimiento en contra de la Comuna de Mayu Sumaj, e idéntica actitud asume el Dr. Bisgarra Guevara, respecto de la Comuna de Cuesta Blanca. A fs. 695 comparece el Dr. Antonio Márquez, en nombre y representación del Instituto Nacional del Agua, y presta conformidad al desistimiento formulado, pero se opone a la imposición de costas por el orden causado.

Abierto a prueba, es producida la ofrecida por las partes.

Corridos los traslados para alegar, es evacuado por la parte actora (fs. 1435/1442), por la Provincia de Córdoba (fs. 1443/1448), por la Comuna de Tala Huasi (fs. 1449/1451), y por la Comuna de Río Villa Icho Cruz (fs. 1452/1458).

Dictado el decreto de autos (07/07/2016), y avocamiento del suscripto (09/02/2018), firmes y consentidos ambos proveídos, queda la presente en condiciones de ser resuelta en definitiva.

Y CONSIDERANDO:

I) La Litis. La cónyuge y los hijos del Sr. Graglia inician demanda de daños y perjuicios en contra de la Provincia de Córdoba, Comuna de Icho Cruz y Comuna de Tala Huasi, por entenderlos civilmente responsables de la muerte del Sr. Graglia, por distintas razones que han quedado expresadas en la relación de causa precedente, lo que es resistido por los codemandados, quienes han invocado eximentes de responsabilidad –caso fortuito y hecho de la víctima-, solicitando así el rechazo de la demanda.

II) Normativa aplicable. En función de lo normado por el art. 7 del Código Civil y

Comercial (ley 26.994) y el art. 3 del Código Civil (ley 340) corresponde la aplicación del ordenamiento de fondo vigente hasta el 31/07/2015, por tratarse de un hecho ocurrido en el año 2003, siendo por lo tanto una situación agotada bajo la vigencia de la anterior legislación fonal. Sin embargo, es preciso considerar que las normas de tinte procesal son de aplicación inmediata, tal y como resulta el caso referido a la imposición judicial de mandatos preventivos de daños futuros, que establecen modos de actuar en juicio (art. 1710 y sptes. del Código Civil y Comercial).

III) El hecho lesivo. Legitimación activa y pasiva. Existe coincidencia entre las partes respecto a la existencia del hecho, y de la trágica consecuencia que el mismo aparejó, razón por la cual, y al no ser éste un hecho controvertido, corresponde tenerlo por cierto.

No obstante, existe diferencia en torno a la ubicación en que se encontraba Graglia al momento de acaecer la creciente. Mientras que los actores sostienen que se encontraba en la orilla del río, los codemandados sostienen que se encontraba en el medio del mismo.

La prueba aportada acerca de que se encontraba en el medio y no en la orilla es contundente, y será objeto de análisis *infra* (al tratar el hecho de la víctima), razón por la cual entiendo que esta cuestión se encuentra debidamente acreditada.

No podemos dudar de la legitimación activa de los reclamantes, en tanto víctimas indirectas del hecho lesivo.

Por su parte, la legitimación pasiva puede tener algún ribete discutible. La Provincia de Córdoba resulta ser la titular dominial del río, y como tal, responde por las consecuencias dañosas que el mismo genere, toda vez que constituye una cosa riesgosa en los términos del art. 1113.

La discusión pasa por la determinación de la legitimación de las comunas, en tanto la propia comuna de Icho Cruz ha referido en su contestación que no es titular del río, y que ni siquiera ejerce poder de policía sobre el mismo ni se beneficia económicamente. Sobre esta cuestión, es necesario recabar argumentos referidos a la teoría del riesgo creado.

Esta teoría ha tenido diversas variantes, siendo su primera formulación, que el riesgo creado en tanto reporta beneficios, debe soportar objetivamente las consecuencias dañosas del mismo. Esta teoría encontró su contrapartida en un desarrollo llevado adelante especialmente por la doctrina italiana (Bianca, Trimarchi, entre otros), que sostuvo que los beneficios del riesgo creado debían ser beneficios de tipo empresarial, circunscribiendo el campo de acción de este factor de atribución a los daños producidos en el marco de actividades profesionales. Es interpretación del suscripto que el “riesgo empresa” ha de ser considerado una agravante de riesgo creado, enrolándose en la primera formulación que se efectuó de esta teoría.

Así, el solo beneficio que reporte una actividad o una cosa riesgosa, sea este de tipo económico o no, es suficiente para legitimar pasivamente a un sujeto. En el caso de marras, las comunas codemandadas perciben réditos DIRECTOS por la actividad turística que se desarrolla en sus latitudes, no siendo verosímil la postura que asumen referida a que no reciben provecho alguno del uso del río.

Sabemos que las localidades de la cuenca del río San Antonio son famosas a nivel nacional, y uno de sus atractivos (no digo el único) es precisamente el río. Por lo que mal pueden sostener que no reciben provecho alguno del mismo. En consecuencia, deben responder, de configurarse los requisitos propios de la responsabilidad civil, de las consecuencias disvaliosas que la cosa riesgosa genera.

A continuación, analizaré las eximentes invocadas, ya que de la configuración o no de las mismas dependerá el éxito de la acción, y de configurarse alguna de ellas, no será ya necesario ingresar a analizar los restantes aspectos.

IV) Relación de causalidad. La cuestión de las eximentes es necesario analizarla aun con prescindencia de la invocación de las partes, y que la misma es integrativa de la relación de causalidad, y siendo ésta uno de los elementos de la responsabilidad civil, es preciso que la misma sea analizada aun de oficio por el juez.

Ahora bien, sin perjuicio de lo referido, corresponde ingresar en el análisis del caso fortuito y

de la culpa o hecho de la víctima, ambas eximentes que han sido invocadas por los codemandados. Comenzaré analizando el caso fortuito.

Caso fortuito. Es aquél que permite generar la ruptura del nexo causal entre el hecho y el daño efectivamente sufrido, excluyendo de esa forma la responsabilidad del supuesto agente dañoso. La Dra. Zavala de González nos ilustra en este punto:

“Son notas distintivas del caso fortuito:

a) Imprevisibilidad: la producción del caso fortuito no puede ser anticipada, empleando las diligencias del caso. Dicha exigencia opera porque, en general, con respecto de los sucesos imprevisibles, es factible adoptar medidas para impedir que ocurran.

b) Inevitabilidad: el suceso debe ser irresistible o insuperable; es decir, no es posible impedirlo a través de esfuerzos normales y razonables. Esta es la característica esencial, que explica la ruptura del nexo causal y la atribución del daño a ese hecho invencible.

c) Extraneidad: solo hay estrictamente caso fortuito cuando el demandado no ha colocado ningún antecedente idóneo que haga posible que sobrevenga el suceso.” (ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “Doctrina Judicial. Solución de Casos”, Córdoba, Alveroni, 2007, t. II, p. 114)

Esta eximente surge del propio art. 1113 del Código Civil, que prevé que frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, solamente puede liberarse de responsabilidad el demandado acreditando el caso fortuito o fuerza mayor (entre otros).

Ahora bien, corresponde indagar en cuales son los requisitos para la procedencia de esta eximente. Para ello, acudiremos en primer lugar a la definición legal del concepto, contenida en el art. 514 del Código Civil: *“Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.”* De allí resultan una serie de requisitos para su configuración en materia de responsabilidad extracontractual: 1) Imprevisible; 2) Inevitable; 3) Actual; 4) Ajeno o extraño al presunto responsable.

Adelanto opinión en sentido adverso a la configuración de esta eximente. El análisis de la

imprevisibilidad ha de ser de tipo objetivo, ponderando las circunstancias de cada caso particular. Como sabemos quiénes habitamos en la provincia de Córdoba, las crecientes de los ríos en épocas de verano son cuestión más que habitual, y ocurren varias veces durante las temporadas, en distintas localizaciones. Una creciente no es de ningún modo un hecho imprevisible en la cuenca del río San Antonio, cuestión que constituye un hecho notorio que, por lo tanto, no requiere de prueba alguna.

La previsibilidad de una creciente en el río San Antonio torna innecesario el análisis sobre si este hecho puntual fue extraordinario o no, ya que lo cierto es que existen crecientes constantemente, al punto que todas las comunas que integran la cuenca suscribieron un acuerdo con el CIHRSA, y abonaban un canon para tener la previsibilidad que les permita dar aviso a quienes estuvieran utilizando las costas ribereñas sobre una posible creciente del río. La pregunta es, utilizando un argumento de tipo apagógico o de reducción al absurdo, si en un lugar con una disposición geográfica diferente, como sería una zona desértica, tienen programado este sistema de alertas. Y la respuesta indudablemente es negativa, ya que una creciente que afecte una zona desértica constituiría efectivamente un hecho imprevisible, ya que nadie podría sostener que podría existir una creciente de un río en un lugar en donde no existiere un río.

Sin embargo, en el caso de autos hablamos de localidades que se encuentran a la vera del río San Antonio. ¿Cómo podríamos, entonces, hablar de un hecho imprevisible, si hasta tienen adoptadas algunas medidas para paliar los efectos de una creciente? Como se advierte, este requisito no se encuentra configurado.

Veamos ahora si se trata de un hecho inevitable, si conforme al curso normal y ordinario de las cosas resulte susceptible de ser contrarrestado por el sujeto dañador. Surge de las constancias de autos y de la prueba rendida, que las comunas de San Antonio, Icho Cruz, Cuesta Blanca, Mayu Sumaj, Tala Huasi y Villa Carlos Paz habían suscripto un acuerdo de cooperación con el CIHRSA a los fines de poder dar previsión a estos fenómenos naturales.

Ahora bien, surge de la prueba rendida no solo que esto era insuficiente, sino que, además, lo poco que tenían tampoco era respetado por quienes habían suscripto el acuerdo. Como surge de las constancias de fs. 1137/1142, la comuna de Icho Cruz ni siquiera abonaba el exiguo canon que el CIHRSA percibía a los fines de poder mantener en condiciones el sistema de alertas. Obra a fs. 1137/1142 el informe de mención, que textualmente dice: “...*informa que su función principal no es la seguridad sino medir, y para el caso de tener que comunicar tal medición (Servicio de Alerta) lo es a modo contributivo en forma conjunta con municipios y comunas suscriptoras y en cumplimiento de convenios y protocolos previamente acordados, la labor de medición en si está condicionada en los hechos al grado de avance tecnológico (que la integra), con que cuenta el aquí informante (v.gr. no cuenta con radares meteorológicos)*” (fs. 1141) -el destacado me pertenece-.

Del mismo informe surge, a fs. 1138, que al 27 de diciembre de 2002, con anterioridad a la ocurrencia del siniestro de autos, la comuna de Icho Cruz adeudaba el canon correspondiente al mes de diciembre, mientras que al 02/04/2003, con posterioridad al siniestro ocurrido, debía también los meses de enero, febrero y marzo.

Vemos también que los recursos tecnológicos de que disponía el CIHRSA en aquella época no eran los suficientes, ya que dice expresamente que no contaba con radares meteorológicos, diciendo que su labor estaba condicionada al avance tecnológico del que disponía. Claro está, el avance tecnológico de que disponía era insuficiente, y esa circunstancia sin dudas era evitable. Tanto la provincia como las comunas podrían haber aportado los recursos tecnológicos suficientes como para dotar de mayor eficiencia a este organismo. Piénsese en lo sensible que resulta la cuestión de las crecientes en las comunas ribereñas. Se trata de un fenómeno natural excesivamente peligroso para la vida humana, y muy frecuente en épocas de verano. Que la cuestión de las alertas estuviera en manos de un organismo sin recursos tecnológicos suficientes, y al que encima, algunos comuneros no le pagaban el canon respectivo, parece, cuanto menos, un acto de irresponsabilidad. **En consecuencia, no**

solamente se trataba de un fenómeno previsible, sino también evitable.

No ingresaré al análisis de los restantes requisitos del caso fortuito, por entender que ya por no haberse configurado los dos mencionados, el caso fortuito no puede tenerse por sucedido. Destaco para continuar analizando el caso fortuito, la testimonial rendida a fs. 1132/1133, en la cual el testigo Esteban Oscar Vélez, quien era el encargado del sistema Telemétrico de Medición, explica el funcionamiento del mismo: *“Al detectar la ocurrencia del disparo de la alarma en la estación 1000 se analiza los motivos de ocurrencia de la misma, sin explicación alguna por los valores de precipitación acumulada registrada en toda la cuenca hasta ese momento. Como paso siguiente continuo en la Estación Central afectado a la espera de detección del curso de la crecida en la estación 700, que se espera después de una hora aproximadamente. Se detecta la variación de nivel de la estación 700, en un plazo mucho menor al normal histórico de los 17 años anteriores al funcionamiento del sistema. Una vez confirmado este valor de alarma de la estación 700, en un plazo mucho menor al normal histórico de los 17 años anteriores al funcionamiento del sistema. Una vez conformado este valor de alarma de la estación 700 procedí a continuar con el protocolo que establece la elaboración inmediata del pronóstico de crecida para la estación de cierre de la cuenca. Una vez obtenido el pronóstico me comuniqué con los receptores de la información comenzando por los bomberos de las comunas del sur, con sede en la comuna de Icho Cruz. Recibí como respuesta que ya la crecida estaba pasando por la zona. A una pregunta aclaratoria, que defina en forma práctica porque sucedió la diferencia de tiempo entre la alerta y la creciente ese día. Fue la precipitación, ocurrió en lugares que no fue captada por el sistema, una tormenta especial de celda conectiva de gran intensidad y en un área muy especial que aportó un gran volumen de agua, similar a rotura de presa con una alta velocidad de traslado que no se vio reflejada en la historia hasta esa fecha y hasta la actualidad, todos los registros de lluvia hasta el momento de la crecida de la estación 1000 no hacían prever ninguna crecida del tipo que ocurrió”* (Respuesta a la pregunta N° 6)

El fenómeno ha sido extraordinario y de ello dan cuenta todos los que tuvieron intervención directa o indirecta en el mismo. Ahora bien, ello no obsta a que se trate de un fenómeno previsible. Tracemos un paralelismo con otro tipo de fenómeno: un terremoto en Capital Federal se trata de un suceso absolutamente imprevisible. Pero un terremoto en San Juan no, así se trate de uno de características más gravosas que las habituales, se sigue tratando de un hecho absolutamente previsible.

Por lo expuesto, entiendo esta eximente no se halla configurada.

Culpa o hecho de la víctima. Párrafo aparte corresponde al análisis de la otra eximente invocada por parte de los codemandados.

Como sabemos, la cuestión terminológica en relación a esta eximente ha sido discutida por parte de la doctrina. Ello en razón de que el propio art. 1113 hace alusión al concepto de “culpa” cuando refiere a la eximente.

Ello generó una división en relación a quienes entendían que la culpa en la conducta de la víctima resultaba indispensable a los fines de la configuración de la eximente, mientras otros referían que la eximente está vinculada al presupuesto de la autoría, diciendo que la conducta de la víctima, aún involuntaria, rompe el nexo causal.

Participo, junto con la mayor parte de la doctrina, de esta posición, ya que no parece el ordenamiento jurídico haber pretendido que las consecuencias de un hecho lesivo sean soportadas por quien no es autor material de un hecho. El concepto de “culpa” de la víctima, empleado por el Código Civil, no debe ser interpretado como factor de atribución de tipo subjetivo, porque no supone ilicitud, sino, al decir de Bueres, *“una omisión de diligencia que hace al interés del omitente”*.

Una eximente es precisamente eso. Un factor que permite excluir la responsabilidad de quién es sindicado como autor del daño. Pero no busca atribuir responsabilidad por ilicitud a la víctima del daño. Este ha sido, además, el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial en su art. 1729.

Sobre el punto, sostienen Pizarro y Vallespinos: *“El centro de la cuestión debe ser emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad. No se trata de ponderar culpas sino autorías materiales, y desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño. No se advierten razones, en principio, que permitan atribuirlo a un tercero. Si no existe nexo causal entre la conducta del sindicato como autor material del menoscabo y este último, en modo alguno se puede configurar la obligación de resarcir por defecto de uno de sus presupuestos ineludibles.”* (PIZARRO, Ramón D.; VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2017, t. I, p. 483)

Para determinar si en el hecho sometido a examen estamos en presencia de un hecho de la víctima que provocó la ruptura de la relación de causalidad, será necesario acudir a la prueba rendida. De ella surge que han sido pocos los testigos presenciales del hecho, pero hay dos en concreto que aportan gran claridad a la cuestión, por lo que ingresaré a su análisis.

De los dichos del testigo Rivilli (fs. 1290/1291) surge la descripción de como fue el momento en el que la creciente llegó a la zona donde se encontraba la víctima Marcelo Graglia: *“Que no había mucha gente en el balneario ya que era un día fresco y con sol pero con algunas nubes pero sin llover, habrá habido una 600 o 700 personas en toda la costa de Tala Huasi. Dice que Tala Huasi tiene forma de herradura teniendo 5 balnearios. Su casa da en contra del sentido del Rio hacia el balneario “la olla de quita sueño” y se ve la curva desde donde viene el agua desde Cuesta Blanca. Posteriormente se va a su casa y desde la galería que tiene vista panorámica ve la “punta” de la creciente, empezando a gritar desde su casa que salgan que viene la creciente a la gente que estaba en la rivera y en balneario quita sueño. La gente empieza a salir, pero a este hombre que se ahoga no lo puede ver donde estaba en ese momento porque había una casa que le impedía verlo. Dice que Garro, Antonio Jordan, el Sr. Paredes y otras personas más que no recuerda quienes son, empiezan a gritarle a una persona que estaba en el rio, por lo cual el dicente sale de su casa y comienza a gritarle y allí*

donde estaba ubicado la posterior víctima, estaba con un nene de 7 años hijo de él y 2 sobrinos localizado en la parte de Icho Cruz, a 4 pasos de la rivera (sic). Los sobrinos junto con Graglia estaban dentro del rio pescando del lado de Icho Cruz a cuatro pasos que si se hubieran subido allí no les pasaba nada. Le larga una piedra y le dice que por favor salga que se lo va a llevar la creciente, tanto es así que el Sr. Jordan se quiso meter al agua para sacarlo pero no pudo. Que él con otras personas lo sacaron a Jordan para que no continúe porque se lo llevaba la creciente. Que Jordan estaba con un ataque de nervios, pero por las indicaciones que les da a los sobrinos de Graglia les salva la vida porque les indica cómo salir en esa situación de rio crecido. Los chicos hicieron lo que les explico Jordan, uno salió por sus propios medios y el otro con ayuda de una persona que cree se llama Vidosa que estaba haciendo una construcción pasando el camping. Que el Sr. Graglia se negó en todo momento a salir hasta que se dio cuenta del nivel de arrastre que tenía el agua y que no podía mover los pies. Allí le dijo que se tire y que agarre el chico con un brazo y que con el otro brazo nade hacia la costa, no haciéndole caso. Se puso a su hijo de 7 años en hombros y los tapa el agua a los 2. Que le consta por dichos de terceros que se lo llevó la creciente a Graglia y que lo último que hizo Graglia fue tirar el chico a la costa salvándose su hijo pero que a Graglia se lo lleva la creciente. Que posteriormente se traba Graglia contra la costanera de Icho Cruz y corren tres muchachos que estaba con Binimellis, junto que un Sr. Ponce que le dicen “yango” pero cuando llegan ya se lo había llevado el agua.” (Respuesta a la segunda pregunta)

A fs. 1294 obra testimonio del Sr. Domingo Antonio Jordan: *“Había un hombre que venía con un chiquito que estaba en el mismo paredón, que el hombre y el niño se suben arriba de una piedra que estaba en el mismo paredón y no se animaban a cruzar. Que seguían haciendo caso omiso a las advertencias y que se subieron a la piedra en una actitud de indiferencia a las advertencias. Que le estuvieron gritando más de cuatro minutos y que tenían tiempo de sobra para salir por sus propios medios, pero no hacían caso a los avisos y*

advertencias. Que podrían haber cruzado y se quedaron encaprichados en la misma piedra y el agua empezó a subirles hasta las rodillas el hombre lo sube al chico al hombro y se larga al agua. A trescientos metros de allí había una gente que logra sacar al chiquito pero al hombre no, pasa. Que el ahogo del hombre se debió a una actitud imprudente del mismo, no hacía caso a las advertencias y avisos, a pesar de que tuvo todo el tiempo del mundo para salir y no lo hizo. Que desde el primer aviso que le hicieron a este hombre hasta que lo agarró la creciente pasaron unos cuatro minutos. Que había tres carteles, uno de la policía, otro de bomberos y otro de la comuna que advertían sobre el peligro de creciente, sugiriéndole a la gente que consultara con las autoridades.”

Vemos así que la relación entre el hecho lesivo y el daño sufrido encuentran ruptura causal en el hecho de Graglia. Estos dos testimonios son contundentes en cuanto a ello, desde que si bien ha existido una omisión por parte del estado con relación a las posibilidades de evitación del daño referidas al propio hecho de la naturaleza, lo cierto es que en este caso dicha omisión estatal fue suplida por los propios lugareños.

Es un hecho notorio el riesgo que significan las crecientes. Cualquier hombre medio conoce los riesgos que significa exponerse a un fenómeno de esta envergadura. Sin embargo, la actitud de Graglia no fue conteste con ello, haciendo caso omiso a las advertencias nada menos que de los propios lugareños, quienes quisieron alertarlo.

Que pese a este aviso dado Graglia haya permanecido en una piedra en el río habla de que existe un hecho que rompe el nexo causal al que venimos aludiendo, configurándose efectivamente la eximente *sub examine*.

Y esto porque su conducta guarda relación de causalidad adecuada con el daño, que fue su muerte. Piénsese que si Graglia hubiera hecho caso a las advertencias de los lugareños, su deceso no habría ocurrido. De allí que su propia conducta se erige como condición necesaria en el desenlace fatal, condición que además es adecuada e idónea en la producción del resultado dañoso.

La teoría de la causalidad adecuada, “*está estrechamente ligada a la idea de regularidad, al curso normal y habitual de las cosas según la experiencia de vida, a lo que normalmente acostumbra a suceder. De allí que no haya causalidad del caso singular. Se parte de la idea de que, “entre las diversas condiciones que coadyuvan a un resultado, no todas son equivalentes sino que son de eficacia distinta”, y de que “solo cabe denominar jurídicamente causa a la condición que es apta, idónea, en función de la posibilidad y de la probabilidad que en si encierra para provocar el resultado. Debe atenderse a lo que ordinariamente acaece según el orden normal, ordinario, de los acontecimientos. Según este punto de vista, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y la condición que normalmente lo produce”.* (PIZARRO, Ramon D., VALLESPINOS, Carlos G., Op. Cit., p. 357-358. Citando a: ZANNONI, Causación de daños (Una visión panorámica), en Revista de Derecho de Daños, n. 2003-2, p. 8).

Llevando adelante el juicio de probabilidad requerido por esta teoría, *ex post facto* y en abstracto, puede concluirse **SIN LUGAR A HESITACION ALGUNA**, que la causa de la muerte de Graglia fue su propia conducta, aceptando de forma voluntaria exponerse al riesgo que representaba la creciente del río, de la que había sido largamente advertido por los conocedores del lugar y de este tipo de fenómenos.

Mal puede responsabilizarse a la provincia y a las comunas codemandadas por el hecho de la propia víctima. Sabemos que las eximentes son de interpretación restrictiva, y entiendo en este caso se ha otorgado a esta eximente ese alcance interpretativo. Aun así, no vacilo en sostener la conclusión a la que arribo.

Por esta razón, la demanda debe ser rechazada.

V) Mandato preventivo. El Código Civil y Comercial ha traído entre sus novedades el paradigma de la prevención, o de la función preventiva del derecho de daños. Como sabemos, este paradigma no se encontraba receptado por el código velezano, pero encuentra receptividad en el actual ordenamiento civil y comercial, en su art. 1710.

No obstante no haberse encontrado contenido en la anterior legislación fonal, lo cierto es que constituye una verdadera recepción del principio *alterum non laedere*, que se encuentra contenido en la propia Constitución Nacional.

Podríamos decir que es la otra cara de la moneda en el derecho de daños. Así como existe una función resarcitoria, existe la cara de la prevención, que pone su foco en la evitación, en la medida de lo posible, de la necesidad de reparar un perjuicio ya causado.

De allí la importancia de este instituto, ya que siempre es mejor prevenir que reparar. Y esto tiene importancia tanto para potenciales víctimas, como así también para potenciales dañadores.

Sobre el punto, tiene dicho la doctrina: *“La equilibrada prevención del daño es beneficiosa para damnificados potenciales. Lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta el carácter comprobadamente relativo que tiene la reparación de ciertos daños, en particular aquellos que provienen de la lesión a la integridad psicofísica y espiritual de una persona. La indemnización del daño moral sufrido por el damnificado con motivo de un atentado al honor, a la intimidad, o a la integridad física, por ejemplo, difícilmente tendrá entidad para colocarlo en una situación cuando menos próxima a la que se hallaba antes del hecho. Las mismas conclusiones son predicables en numerosos casos de daño patrimonial.”* (Ibídem, p. 807/808)

Sin dudas, la consecuencia acaecida en el caso de marras no es una consecuencia deseada por nadie, sin perjuicio de la solución jurídica a la que se arribara en los presentes.

En caso de que la solución hubiera sido la contraria a la adoptada, lo cierto es que hubiera representado para las codemandadas una erogación económica cuantiosa, para lo cual, seguramente hubieran requerido alguna previsión presupuestaria particular, costo que es asumido también por los ciudadanos de la provincia de Córdoba. Y aquí es donde radica el beneficio de esta figura para potenciales dañadores. La prevención también beneficia a quienes pudieren resultar dañadores, toda vez que hace foco en evitar el resarcimiento futuro

de un daño acaecido.

La cuestión de la tutela preventiva de daños trasunta un sinnúmero de aspectos, de tipo económico, social, administrativos, que tienen que ver con la gestión de los riesgos.

Los jueces no podemos permanecer inertes: *“Más allá de los postulados y de las construcciones, importan las soluciones prácticas. La visión tradicional era escéptica y de algún modo facilista: estudio sobre daños y modos de repararlos, mediante impecables elaboraciones. La actitud moderna es más ambiciosa y aproximada a un ideal de justicia realista. La eficiencia arranca de una actitud optimista, no ingenua sino esforzada: hacer todo lo posible para que los daños no ocurran. Cambian las reglas del juego: la de “contamino y pago, porque igualmente gano”, ha sido reemplazada por una prohibición rotunda: “no contamine”. El juez de daños debe contar con atribuciones, así sea de oficio, para ordenar o para reclamar a otras autoridades que se corrijan fallas técnicas lesivas, a fin de proteger otras víctimas eventuales”*. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “El derecho de daños”, Zeus Córdoba, 2004, t. IV, pág. 230 y ss.)

La jurisprudencia local ha avalado esta tesis: *“Antes de ahora se ha dicho que la función preventiva constituye “...una actividad puesta en marcha por los tribunales como consecuencia de haber tomado conocimiento de determinados riesgos con motivo o en ocasión de intervenir en determinado proceso y con la finalidad de preservar intereses superiores. Se ha sostenido que la prevención, como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados o minorador de efectos nocivos de los en curso de realización, es al día de hoy una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho a la prevención, asegurado por la Constitución nacional como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios ya causados. También el juez tiene una responsabilidad social (ver CNac. Civil, Sala H, 16/XI/1995, en los autos “Pérez, Eduardo V. c. Lavadero Los Vascos”, LL” 1996-C, 724 y sus citas)”*

(SCBuenos Aires, in re “Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejada, Gustavo Javier y Otra - DyP” del 30/3/05). Y si entonces era así, cuánto más debe serlo en la actualidad: el nuevo CCCN contempla la denominada “acción preventiva”, que aunque no es la de autos, conlleva un claro mandato, tal el evitar la causación de un daño. En tal función preventiva se concede al juez la posibilidad de actuar oficiosamente al sentenciar, imponiendo obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda (art. 1713, CC). Se trata de una norma de tinte procesal (dado que establece el modo de actuar en juicio), de aplicación inmediata (art. 7, CCC y 887, CPC), tal como lo ha decidido esta Cámara en otro supuesto relativo a la presentencialidad penal (in re “Cortez, Oscar Alfredo y otro c. Herrera, Eduardo Nicanor y Otros - Ordinario - DyP - Accidentes de tránsito”, Auto n° 361 del 8/10/15). Es claro que, como se describe normativamente, deben ponderarse los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida, esto es, evitar el daño (art. 1713, in fine, CCC). Y en este aspecto, bien puede imaginarse que la consecución de las medidas van a generar un costo extra en el peculio del obligado. Pero ello no constituye óbice alguno si se recuerdan las reflexiones de la CSJN con motivo de un accidente sufrido por una pasajera al bajar del subterráneo, pero aplicables mutatis mutandis al caso de autos: “...el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley... En el presente caso se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42, CN, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos 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” (CSJN in re “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.” del 22/4/08, LL del

20/5/08, pág. 7 y ss.). *Que en el caso de autos no resulte aplicable la normativa consumeril no desapruueba la aplicabilidad de tales enseñanzas: la vida de la personas es el eje mismo del Derecho. Y aun desde una mirada meramente economicista de la cuestión, la demandada debería establecer el cálculo de cuánto gastaría de reiterarse y multiplicarse los daños como el de autos, y confrontarlo con el costo de las actividades tendientes a prevenirlo.*” (Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, del voto del Dr. Raúl Fernández, *in re* “M., M.M.E. c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC)- Ordinario - Daños y Perj. - Otras Formas de Respons. Extracontractual - Recurso de Apelación - Expte. N° 1279260/36”, Sentencia N° 40, 28/04/2016)

Ahora bien, y yendo al caso que nos ocupa, si bien la demanda ha sido rechazada por configurarse la eximente referida al hecho de la víctima, lo cierto es que he analizado también el caso fortuito a los fines de dar cuenta de que ha existido también una omisión por parte del Estado (provincial y comunal), sea en llevar a cabo la adecuada inversión en infraestructura, y en un sinnúmero de aspectos que servirían para coadyuvar en la prevención de los daños originados en las crecientes de los ríos de la provincia.

Esta inversión la deben desarrollar todos aquellos que de algún modo están involucrados en la explotación turística de los ríos, y no solo por quien resulta ser su titular. No podría exigirse a la provincia exclusivamente el despliegue de estas inversiones, sino que también deberían ser considerados aquellos a quienes beneficia directamente la actividad turística.

En esto, hago hincapié en uno de los argumentos utilizados por la comuna de Icho Cruz, cuando sostuvo que no tiene balnearios habilitados, por lo cual no se beneficia del “uso” del río. Claro está, si la comuna de Icho Cruz percibe ingresos por la actividad turística, en gran parte existen porque es atravesada por un río que le permite generar ingresos a través del turismo. No dudo de que la comuna tiene otros atractivos, como por ejemplo la proximidad con las sierras y el paisaje del lugar, pero el río le reporta un adicional que es ponderado por los turistas para elegir ese destino para vacacionar.

La utilización del río, siquiera de modo indirecto, obliga a las comunas también a adoptar las inversiones necesarias para paliar los riesgos que pudieran generar estos fenómenos naturales, como es por ejemplo el suministro de información detallada a los turistas sobre qué hacer en caso de ocurrencia de estos fenómenos, campañas de concientización para turistas y lugareños, colocación de cartelería indicativa y perfectamente visible, guardias ribereños, tan solo por nombrar algunos (y sin ser, claro está, un experto en la materia).

Del informe del CIHRSA surge que si bien estaban dotados de recursos tecnológicos, había otros con los que no contaban, como por ejemplo radares meteorológicos. Atento a que los recursos disponibles han resultado evidentemente insuficientes, se torna menester llevar adelante inversiones que permitan tener en cuenta este tipo de fenómenos, que sin perjuicio de ser extraordinario, es previsible, tal y como lo refiriera en el considerando pertinente.

No obstante, el fenómeno ocurrido y los informes obrantes en autos son de hace varios años, por lo que no resulta cognoscible por el Tribunal cual es el estado de situación actual en la cuenca del río San Antonio, y si con posterioridad al hecho han llevado adelante alguna inversión en la faz preventiva. Piénsese que aún después de ocurrido el hecho, la comuna de Icho Cruz NO PAGABA EL CANON correspondiente al CIHRSA, que permitía dar operatividad al sistema de alertas.

Es por ello, que el suscripto ordena a la Provincia de Córdoba a informar cual es actualmente el sistema de prevención de este tipo de fenómenos, si el CIHRSA sigue operando en la actividad que desplegaba, y de que recursos tecnológicos dispone, a los fines de contar con los elementos necesarios para, en la eventualidad, disponer de otro tipo de medidas que coadyuven a la prevención.

Por otra parte, se dispone ordenar a las Comunas de Tala Huasi y a la Comuna de Icho Cruz, a colocar cartelería visible en la vera del río, disponer de guardias ribereños, dar cabal información a los turistas acerca de este tipo de fenómenos (folletería, informes en Dirección de Turismo), y llevar adelante campañas de concientización tanto de lugareños como de

turistas, que den cuenta sobre la prevención de este tipo de fenómenos.

En consonancia, se los emplaza, tanto a la Provincia como a las comunas referidas, a informar a este Tribunal acerca de la adopción de las medidas referidas, en el plazo de 30 días de quedar firme la presente resolución, bajo apercibimiento de ejecución por un tercero, a costa de las codemandadas.

Se dispone que los guardias ribereños deberán contar con la capacitación en tareas de rescate para este tipo de eventos. No refiero a “bañeros”, porque no entiendo resulten necesarios para un río cuyo caudal sin creciente es ínfimo. Pero sí personas con capacitación para indicar a los turistas cuando en épocas de lluvia existe este riesgo constante, y que puedan actuar en maniobras de rescate, especialmente capacitados en las mismas, contar con elementos, así como dotar a las riberas de los mismos (sogas con sus puntos de anclaje, salvavidas, etc.)

La folletería, por su parte, deberá constar en un formato fácilmente legible por las personas a las que se les entregue, y con el suficiente impacto visual para que cumpla su cometido, cual es ser leído previo a ser arrojado.

Finalmente, se dispone oficiar (diligenciamiento a cargo de las codemandadas) al Instituto Nacional del Agua a los fines de que informe a este Tribunal cuales son los recursos tecnológicos de punta en la materia de prevención y sistema de alertas de crecientes de ríos.

VI) Costas. Se imponen por el orden causado, y expreso las razones que motivan el apartamiento de la regla objetiva de la derrota.

Si bien en el caso de marras ha existido rechazo de la demanda, y por lo tanto el dato objetivo de un fracaso procesal por parte de los actores, no es menos cierto que ha existido una omisión por parte del Estado Provincial y de las comunas en cumplir una serie de cuestiones relacionadas a la prevención, y esas han sido las razones por las que en este decisorio se ha impuesto, además, un mandato preventivo.

No es menos cierto que la demanda ha sido rechazada por el hecho de la víctima. Este hecho constituye el elemento que genera la ruptura del nexo causal, que impide la existencia de una

responsabilidad de tipo resarcitoria.

Ahora bien, tampoco es menos cierto que los reclamantes son damnificados indirectos del siniestro, y han tenido razones plausibles para litigar: nada menos que la pérdida del padre y esposo. Ellos no han sido los autores materiales del hecho de la víctima, sino todo lo contrario. Ellos son también quienes han padecido el hecho mencionado, porque el fallecimiento, no puede discutirse, les ha de haber generado un profundo padecimiento espiritual.

El hecho de la víctima no implica negación del incumplimiento de ciertos deberes por parte del Estado, a los que hemos estado haciendo referencia. Por lo que estas razones plausibles para litigar se erigen por sobre la regla del art. 130 del CPCC.

No puede dudarse de la complejidad fáctica y jurídica de esta causa, de las dificultades interpretativas que existen en derredor de las eximentes de responsabilidad, todos elementos que coadyuvan al convencimiento de imponer las costas por el orden causado.

Es así, que en este caso concreto, la imposición de costas a los vencidos vendría a funcionar como una especie de doble pena civil. Sobre que han tenido que sufrir una pérdida insustituible, entiendo justo que no deban cargar además con una millonaria deuda por honorarios profesionales.

Existen supuestos límite, en que los jueces debemos dictar resoluciones con verdadero criterio de justicia y equidad, y si bien no desconozco el derecho a percibir honorarios por parte de los letrados intervinientes, lo cierto es que el mismo está garantizado por parte de sus propios comitentes, quienes se han beneficiado de las defensas por los letrados esgrimidas, y tienen la suficiente solvencia como para asegurar su pago.

VII) Honorarios. A mérito de la condena en costas dispuesta, no corresponde regular los honorarios profesionales de los letrados que han intervenido. De este modo, no se regulan los estipendios profesionales de los Dres. Alfredo Giardina, Osvaldo Bengolea, Tristan Bengolea (parte actora); Marcelo Salinas, Elea Peliche, Claudio Viale, Osvaldo Torres, Maria Adalid,

Pablo Reyna y J. Daniel Fernandez Aparicio (Provincia de Córdoba); Jose Arias Visconti, Ramiro Bisgarra Guevara (Comuna de Cuesta Blanca), Pilar Izurieta y Sea, Edgard Larrea (Comuna de Icho Cruz); Juan Molas y Molas, Dario Perez, Juan E. Villa (h) (Municipalidad de Villa Carlos Paz); Antonio Eugenio Marquez (Instituto Nacional del Agua); Candelario J. Garayzabal (Comuna de San Antonio); Antonio Eugenio Marquez, Javier H. Arroyo, y Candelario Garayzabal (Comuna de Tala Huasi); Pedro Pablo Mnedizabal, José Arias isconti y Javier Arroyo (Comuna de Mayu Sumaj); en función de lo normado por el art. 26 de la ley 9459, *a contrario sensu*.

Si corresponde regular los honorarios de la perito interviniente, Dra. Susana Beatriz Mendiola, médica psiquiatra. Para ello, y ponderando acabadamente las pautas contenidas en el art. 39 de la ley 9459, estimo justo regularle la suma equivalente a treinta (30) *jus*, lo que asciende a la suma de pesos veintidós mil trescientos setenta y uno con 60/100 (\$22.371,60), a cargo de la parte actora, por haber sido la proponente de la prueba. Los honorarios regulados llevarán un interés equivalente al dos por ciento (2%) nominal mensual, con más la Tasa Pasiva que publica el B.C.R.A., a partir de la fecha de la presente resolución y hasta su efectivo pago.

Por todo ello, y lo dispuesto por los arts. 3, 499, 514, 1111, 1112, 1113; arts. 7, 1713, 1715 del Código Civil y Comercial; 130, 326 del CPCC; art. 26, 35, 39, 49 de la ley 9459; y sus concordantes y correlativos,

RESUELVO:**I)** Rechazar, en todos sus términos, la demanda impetrada por los Sres. María Florencia Pezza, DNI 22.707.889, Lucas Agustín Graglia, DNI 36.528.432, y Federico Nicolás Graglia, DNI 40.018.307, en contra de la Provincia de Córdoba, Comuna de Icho Cruz y Comuna de Tala Huasi; **II)** Imponer, como mandato preventivo, las obligaciones dispuestas en el Considerando N° V , que pesarán en cabeza de los codemandados Provincia de Córdoba, Comuna de Tala Huasi y Comuna de Río Villa Icho Cruz, en los términos y con los alcances expresados; **III)** Imponer las costas por el orden causado; **IV)** No regular

honorarios a los letrados intervinientes (conf. art. 26, ley 9459); **V)** Regular, en forma definitiva, los honorarios profesionales de la perito médica Dra. Susana Beatriz Mendiola, en la suma de pesos veintidós mil trescientos setenta y uno con 60/100 (\$22.371,60), a cargo de la parte actora. **PROTOCOLICесе, HAGASE SABER Y DESE COPIA.**

FLORES, Francisco Martín
JUEZ/A DE 1RA. INSTANCIA