

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 3 de diciembre de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Soria, de Lázzari, Kogan, Hitters, Pettigiani, Negri**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 111.115, "Brandan, Sara y otros contra Municipalidad de General Pueyrredon y otros. Daños y perjuicios".

A N T E C E D E N T E S

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata -en lo que resulta de interés- confirmó lo resuelto por el magistrado de la instancia de origen en cuanto hiciera lugar a la demanda por daños y perjuicios articulada por Sara Brandán y Sergio Alejandro y Miriam Rosana Bertagnoli respecto de la Municipalidad de General Pueyrredon y lo modificó incluyendo en la condena a los explotadores del "Camping El Faro" -señores Antonio José De Sarro, Miguel Ángel Viva y Guillermo Pérez Lavagnini- desestimando la interrupción parcial del nexo causal por la conducta de la víctima y elevando los importes indemnizatorios (fs. 2090/2100 vta.).

Se interpusieron, tanto por el representante del municipio como por el apoderado de los señores De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini, recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (fs. 2112/2119 vta. y 2124/2145 vta., respectivamente).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 2112/2119 vta.?

En su caso:

2ª) ¿Lo es el de fs. 2124/2145 vta.?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Las presentes actuaciones versan sobre la pretensión articulada por Sara Lía Brandán y Sergio Alejandro y Miriam Rosana Bertagnoli contra la Municipalidad de General Pueyrredon, "Playas del Faro S.A.I." y los explotadores del "Camping El Faro" -señores De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini-, dirigida a lograr la reparación de los perjuicios que alegan haber experimentado como consecuencia del fallecimiento por asfixia -por inmersión- de Luis Humberto Bertagnoli -su esposo y padre, respectivamente- en circunstancias en que, según relatan, la víctima se encontraba -junto a otras personas- bañándose en el mar y al

verse allí en dificultades, la falta de vigilancia -guardavidas- en la playa donde ocurrió el hecho determinó la omisión de auxilio en tiempo oportuno (fs. 14/17, 105/109 vta., ampliada a fs. 27/28 y 239/256 vta.).

II. El magistrado de primera instancia hizo lugar a la demanda únicamente con relación al municipio, a quien atribuyó el 20% de responsabilidad, condenándolo a abonar las sumas fijadas y endilgó el porcentaje restante a la culpa de la víctima (fs. 1990/2011 vta., aclarada a fs. 2021).

A su turno, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental, por un lado confirmó el acogimiento de la demanda respecto del municipio y, por el otro, incorporó -también- en la condena a los codemandados De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini, dejando sin efecto la interrupción parcial del nexo causal por la culpa de la víctima. Finalmente, incrementó el monto de la indemnización (fs. 2090/2100).

Para así decidir, en breve resumen de la parte que resulta de interés en atención al tenor de la impugnación que se considera, estimó que (i) la comuna incurrió en omisión del control que -entendió- le incumbe y (ii) no se acreditó la trascendencia asignada a la conducta de la víctima con aptitud tal para interrumpir el vínculo causal (fs. 2092 vta./2095 y 2097/2098).

III. Frente a ello, el apoderado del Fisco municipal articula recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el que denuncia violación de los arts. 512, 901, 902, 1109, 1074, 1113 y 2340 del Código Civil; 375 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial y las ordenanzas municipales 5831/83 y 7994/90. Aduce, asimismo, absurdo e infracción de doctrina legal y hace reserva del caso federal (fs. 2112/2119 vta.).

Se agravia, muy sintéticamente, de que se haya confirmado su responsabilidad en el evento de autos en virtud de que estima que no se configura el requisito de antijuridicidad que debe revestir la omisión para que tenga virtualidad a tal fin y, además, de que se haya tenido por inacreditado que la conducta de la víctima tuvo entidad suficiente para interrumpir el vínculo causal.

IV. Entiendo que esta impugnación debe prosperar parcialmente.

1. Corresponde abordar, en primer lugar, los agravios vinculados a la decidida confirmación de la responsabilidad de la comuna.

a) Para arribar a esa conclusión, la alzada -luego de efectuar un encuadre de la responsabilidad del Estado con mención de doctrina y jurisprudencia- sostuvo que incumbe al municipio lo referente, entre otras cuestiones, a la seguridad, citando en tal sentido el art. 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Añadió que, en cuanto a los aspectos que tal deber comprende, el ente municipal incluyó dentro del mismo, por medio de la ordenanza 5831/83, la seguridad de actividades acuáticas, poniendo en manos de la Secretaría de Turismo la supervisión de su continuidad y eficacia, tanto en el ámbito público como privado (art. 2, ord. 5831/83), situación que -según dice- no fue modificada por la transferencia del cuerpo de guardavidas bajo la dependencia de los concesionarios, sino

que, al contrario, el art. 14 de la ordenanza 7994/90 y el Punto 7 de las condiciones del Acta de Transferencia la confirmaron expresamente (fs. 2094/2095).

Precisó que de tales preceptos se desprende que "*... en todos los lugares públicos o de actividades acuáticas, explotados o no comercialmente, cuyos titulares sean personas físicas o jurídicas, debe funcionar un servicio de guardavidas; y que la Municipalidad realizará el control de su cumplimiento, manteniendo la responsabilidad civil y administrativa*" añadiendo que, en tal marco, aunque no es razonable pretender que el gobierno municipal "*... bregue por que se destaquen bañeros a lo ancho de todas las playas que baña su extenso litoral marítimo...*", el contralor de la asignación de bañeros en las zonas urbanas aptas para el baño se encuentra incluido en su competencia obligatoria (fs. 2094 vta./2095).

Finalmente, sostuvo que estando reconocido que la zona de playa con acceso directo desde el camping no contaba con servicio de guardavidas, tal circunstancia erige a la Municipalidad en responsable en atención a la omisión en el control que le corresponde (fs. 2095).

b) Frente a ello la comuna vencida manifiesta en su impugnación que el **a quo** esgrime, con respecto a los arts. 191 inc. 4 de la Constitución provincial y 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades, un criterio genérico que vulnera la doctrina legal de la Suprema Corte - con cita de precedentes del Superior Tribunal de la Nación- y considera que tales normas no han sido desplazadas por las demás que aplica (fs. 2114 vta.).

Expresa que, al momento del hecho, las ordenanzas 5831/83 y 7994/90 coexistían salvo en un aspecto, lo cual, en su parecer, excluye su responsabilidad.

En ese orden, explica que por la segunda de ellas se privatizó el servicio de guardavidas y su art. 14 derogó expresamente el 2 de la 5831/83, el cual establecía que el ámbito de aplicación del servicio de seguridad en playas abarcaba tanto las públicas como las privadas -denunciando, asimismo, que tal defensa articulada por su parte fue desatendida por la Cámara-, por lo cual el decisorio puesto en crisis alude a un precepto que no estaba vigente al ocurrir el hecho, e interpreta erróneamente tal derogación, de la que surge -según dice- que no media responsabilidad del municipio en atención a que el lugar donde sucedió el hecho luctuoso es del dominio privado (fs. 2114 vta./2115).

Enfatiza que en la segunda de aquellas ordenanzas no se distinguía en cuanto al ámbito de control y, a su vez, ninguna de las mandas de la restante alude a playas del dominio privado, de lo que se extrae -en su opinión- que la organización del operativo de seguridad en playas a cargo de la Municipalidad no comprende esos sectores, sino solo a los públicos, concesionados o no.

Añade que por ello "*... no se advierte cual sería el 'plus' de actividad jurídicamente exigible al municipio...*" (fs. 2115).

Postula que la endilgada omisión "*... en la provisión de guardavidas...*" no es antijurídica por lo que falta -para que se atribuya responsabilidad- un requisito fundamental, que su

parte no incumplió ninguna norma y -con referencia a la mención por la alzada de la Constitución local y de la Ley Orgánica de Municipalidades- que a fin de atribuir responsabilidad al Estado no basta invocar un genérico incumplimiento del deber de policía (fs. 2115/vta.).

Aduce que deben ponerse límites a la obligación del Estado de reparar todo perjuicio, la que solo puede nacer si se cumplen determinados requisitos, uno de los cuales radica en la existencia de omisión antijurídica y que el criterio de la falta de responsabilidad estatal por omisión tratándose de un deber genérico de prevención -sostenido en "... conocidos fallos (casos 'Bertinat' y 'Colavita', entre otros)..."- se vincula con el caso de autos, criterio que encuentra similar al resuelto por esta Corte en la causa que cita y parcialmente transcribe (fs. 2116).

Sostiene, finalmente, que las mandas municipales en cuestión "... no sucumben ante la presencia de otras superiores que asoman velando por esa misión general de contralor..." y además, "... desterraron el carácter difuso de esa misión de contralor general para dar cabida a **la falta de responsabilidad en accidentes ocurridos en lugares privados**" (fs. 2116/vta.).

c) Anticipo que esta porción del embate no es audible (art. 279, C.P.C.C.).

Debo precisar, de inicio, que si bien el recurrente invocó la infracción de los arts. 512, 901, 902, 1109, 1070, 1113 y 2340 del Código Civil -entre otras normas- (fs. 2113), ni siquiera ha esbozado en qué consiste su quebrantamiento.

Al respecto, esta Corte tiene resuelto que quien afirma que la sentencia infringe determinados preceptos legales no hace otra cosa que adelantar una premisa cuya inmediata demostración debe concretar en el mismo escrito, siendo insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se limita a enunciar supuestas violaciones pero sin demostrarlas (conf. C. 95.636, sent. del 6-XII-2006; C. 96.486, sent. del 4-VI-2008; C. 99.553, sent. del 23-XII-2009; C. 106.711, sent. del 28-IX-2011), tal como acontece en la especie.

También ha dicho que resulta insuficiente la queja que no alega infracción de la totalidad de las normas que fundan el pronunciamiento, aducidosela en cambio respecto de algunas no actuadas (conf. causas C. 93.005, sent. del 18-II-2009; C. 99.974, sent. del 2-VII-2010; C. 107.998, sent. del 29-VI-2011), situación que también se verifica en el **sub lite**, desde que no se ha denunciado y, consecuentemente, tampoco acreditado la infracción de la totalidad de los dispositivos citados por el **a quo**, dejando sin cuestionar -además- la interpretación que efectuó ponderándolos en conjunto (art. 279, C.P.C.C.).

Por otra parte, la pieza que se considera contiene manifestaciones y digresiones con un alto grado de imprecisión y generalidad, no cumpliéndose -de ese modo- la carga de criticar de manera concreta y frontal los fundamentos del decisorio requerida por la manda del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial. Asimismo, en el recurso se aduce que se ha quebrantado doctrina legal de la "... *Suprema Corte de Justicia*...", citando fallos del Superior Tribunal de la Nación (fs. 2114 vta.) cuyas conclusiones, sabido es, no se

considera doctrina legal en los términos del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. mi voto en C. 89.545, sent. del 8-III-2007; doct. causas C. 112.679, resol. del 10-XI-2010; C. 101.779, sent. del 22-XII-2010). Los déficits señalados determinan que las referidas porciones del intento revisor resulten estériles a los fines casatorios perseguidos (conf. doct. art. 279, cit.).

En lo que respecta al ataque dirigido contra la atribución de responsabilidad basada en los deberes estatales, encuentro pertinente recordar lo manifestado por mi distinguido colega el doctor de Lazzari en la causa Ac. 73.526 (sent. del 23-II-2000), cuyo voto compartí oportunamente, en un caso cuya doctrina encuentro aplicable al supuesto bajo estudio. Reproduzco, en lo pertinente, lo expuesto por el referido colega:

"En el derecho público no existe un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por las consecuencias de sus hechos, o por sus actos de omisión o de abstención. Por ello, su tratamiento jurídico básico debe efectuárselo recurriendo a la norma del art. 1074 del Código Civil (art. 16 del Código Civil) que permite ubicar en ella el tema de la responsabilidad del Estado por sus comportamientos o actitudes omisivas o de abstención (conf. 'Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud 'omisiva' en el ámbito del derecho público', Miguel S. Marienhoff, pág. 9)".

"El art. 1074 dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Dice el mencionado autor que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor de la misma, sino que basta que la omisión sea antijurídica, vale decir contraria a derecho (v. obra citada págs. 24/27); agrega también que lo que los litigantes deben acreditar es la existencia de la mencionada omisión y el razonable deber jurídico del Estado de haber cumplido el hecho o acto omitido (pág. 71)".

"Acota sobre este tema la doctora Kemelmajer de Carlucci que declarar que existe omisión antijurídica exige demostrar la existencia de intereses cuantitativamente superiores. Dicho de otro modo -continúa- debe haber proporción entre el sacrificio general que comporta el actuar del Estado y la utilidad que se consigue con el accionar (87.597, S.C.Mendoza, abril 4-989 en 'La Ley', t. 1989-C, pág. 514)".

"Resulta de utilidad en estos autos lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re 'Lanatti, Marta N.', en 'Fallos', 314:661) donde hizo lugar a la acción intentada contra la Dirección Nacional de Vialidad por su actitud omisiva de no advertir al público la existencia de un peligroso zanjón en una ruta. Dijo allí '... no puede soslayarse en el análisis del caso, el principio contenido en el art. 902 del Código Civil, especialmente aplicable cuando el obligado por 'el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas' es la misma Administración Pública a través de una entidad descentralizada, cuyo principal cometido es prever y promover la seguridad y el bienestar general...' (véase asimismo conclusiones de la Comisión N° 3 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1991, en Kemelmajer de Carlucci, 'La responsabilidad del Estado en la experiencia jurisprudencial', en el libro Homenaje al Profesor Atilio Aníbal Alterini,

Abeledo-Perrot, págs. 496/497. En igual sentido Héctor Huici, 'La responsabilidad del Estado por omisión', L.L., 1993-D-832/834) (causa Ac. 73.526, 'Vargas, Pablo contra Club Náutico Hacoaj. Daños y perjuicios', sent. del 23-II-2000, D.J.B.A., t. 158-100; Ac. 81.917, sent. del 30-IV-2003)".

Por otra parte es el propio Marienhoff quien dice que "la obligación legal -diríase al *deber jurídico*- de cumplir el hecho omitido puede estar *expresa o implícitamente* establecida. Todo depende de las circunstancias del caso concreto. Pero la *obligación legal*, el deber jurídico, aun la obligación implícita, debe resultar o aparecer, sin duda alguna, plenamente fundada en la razón, en el buen sentido" (Marienhoff, ob.cit., p. 28).

Partiendo de esas directivas doctrinarias, debo comenzar por precisar que si bien asiste razón al recurrente en cuanto a que el art. 2 de la ordenanza 5831/83 fue expresamente derogado por el art. 14 de la 7994/90 y que, por ello, la primera de dichas mandas no se encontraba vigente al momento del trágico suceso (fs. 2114 vta./2115), no es exacto que el mencionado art. 2 estableciera el ámbito de aplicación del servicio de seguridad de las actividades acuáticas (fs. 2114 vta.) sino que preveía la autoridad de aplicación de la norma y su órbita de competencia, estando aquel aspecto delineado por el art. 1 de dicho cuerpo normativo (fs. 133).

Desde otro ángulo, estimo que se limita el recurrente a exponer su propia interpretación e inferencias de -algunas- de las normas actuadas por la alzada.

En efecto, expresa en su pieza recursiva que el art. 14 de la ordenanza 7994/90 derogó expresamente el art. 2 de la ordenanza 5831/83 -el cual, en su parecer, determinaba el ámbito de aplicación del servicio de seguridad, tanto en lugares públicos como privados- y según dice, tal derogación aparejó que "... al momento del hecho **la responsabilidad municipal desaparecía por cuanto el lugar del hecho se ubicaba en un sector exclusivo del dominio privado...**" (fs. 2114 vta.).

Añade que en tanto la ordenanza 7994/90 no menciona en ninguno de sus artículos a las playas pertenecientes al dominio privado, "... la organización del operativo de seguridad en playas a cargo de la Municipalidad, involucraba a los sectores públicos, concesionados o no, **pero no a los privados...**", enfatizando luego que "... en el ámbito privado se esfumaba la obligación legal de control del municipio, lo que transforma la pretensa omisión en legítima y no antijurídica..." (fs. 2115).

Analizando tales manifestaciones y conclusiones a la luz de las enseñanzas que dimanar del voto más arriba transcripto, considero que no es exacto que, tal como lo pretende el impugnante, únicamente la violación de un específico dispositivo normativo expreso -que imponga una conducta precisa y concretamente delineada- pueda dar lugar a la configuración del recaudo de antijuridicidad necesario a fin de que nazca la responsabilidad del Estado por omisión, sino que ello tiene lugar -entendiendo a este término en el sentido que se desprende del voto de marras- cuando la omisión es contraria a derecho (causa cit.).

Ello adquiere particular trascendencia en el supuesto de autos, en el que se encuentran en juego tan supremos valores del hombre como lo son la vida y la integridad física, a lo

que se suma la circunstancia -de gran relevancia- de que la comuna tenía conocimiento de la problemática existente en el sector de playas de propiedad privada.

En efecto, obran en autos copias de constancias del expediente 9420 (fs. 1271/1276), tramitado por ante la Municipalidad codemandada, iniciado el 16 de abril de 1985, en el cual ya en esa fecha se exponía el tema y la preocupación que generaba.

En el informe de fs. 1272, fechado el 16 de diciembre de 1982, signado por el Jefe Técnico Coordinador del Área de Seguridad del Operativo Playa, Secretaría de Turismo, se consigna que en el sector privado "... existe una vasta región comprendida entre el balneario Horizonte y el Balneario Los Acantilados cuyas playas no están concesionadas y a las cuales concurre numeroso público...".

En su par de fs. 1273, de igual data, se informa que en entrevista mantenida con el administrador de las playas privadas, éste manifestó que en el sector de playas sin concesionar la seguridad no será cubierta por la firma propietaria.

En el dictamen emitido por la Asesoría Letrada de la comuna, cuya copia obra a fs. 1275, del 12 de enero de 1983, se lee que en el sector privado en el cual no se realiza actividad comercial "... no se podría exigir el servicio..." y que en ese caso, "... la Municipalidad si bien no tiene la obligación específica de contratar guardavidas conserva 'in genere' su deber de velar por la seguridad pública".

En la copia de la causa penal adunada a estas actuaciones obran otras reproducciones correspondientes a dicho trámite (fs. 1793/1814), de fechas posteriores, en las que se reitera, tanto por parte de funcionarios municipales, como por los concesionarios de balnearios aledaños, la preocupación por la situación y la mención de los perjuicios que ocasiona, señalándose, incluso, la previa ocurrencia de otros accidentes fatales de asfixia por inmersión (fs. 1798).

No modifica mi parecer la alegación introducida por el Fisco vencido de que las normas municipales a las que alude son "... claras y legítimas reglamentaciones que no sucumben frente a la presencia de otras superiores que asoman velando por esa misión general de contralor" (fs. 2116), en referencia a los arts. 191 inc. 4 de la Constitución local y 25 de la Ley Orgánica de Municipalidades, aplicados por la Cámara, con relación a los cuales se limita a manifestar que dicho tribunal acudió a un criterio genérico que quebranta la doctrina legal sentada en los fallos que cita (de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y que no ha considerado que su contenido ha sido desplazado por las normas municipales de marras (fs. 2114 vta.), expresiones que distan de contener una crítica concreta, directa y eficaz ineludible para dar adecuado cumplimiento a la rigurosa carga técnica impuesta por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial.

También encuentro pertinente poner de resalto que, si bien es acertado -como expresa el impugnante y también lo he sostenido en otra ocasión (ver mi voto en la causa C. 101.243, sent. del 7-X-2009)- que no se puede endilgar responsabilidad al Estado a partir de la invocación de un deber de policía genérico, estimo que en este caso no se presenta un supuesto de tales características, dado que su contenido en el asunto de marras, antes que

difuso, genérico o indeterminado, es concreto y definido y, asimismo, el conocimiento por parte del Estado municipal del estado de cosas imperante en la porción de playa aludida tornaba necesaria -de manera inexcusable e imperiosa- la adopción de medidas cuyo fin principal era proteger a la población de los innegables peligros que la falta de guardavidas aparejaba en la zona.

En esa inteligencia, esta Corte tiene dicho que "Si bien el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no constituye título suficiente para imponerle el deber de resarcir el evento lesivo en el cual ninguno de sus órganos ha tomado parte, tal criterio ha de ser matizado, por ejemplo, cuando mediare desatención negligente o irregular en el actuar jurídicamente exigible a la autoridad pública o si se acreditare que ésta tenía cabal conocimiento de la existencia de concretas situaciones o hechos ilícitos dotados de clara potencialidad dañosa y, no obstante, descuidó la adopción de mínimos recaudos para prevenirlos o evitarlos. Tales extremos de excepción presuponen, en todo caso, la existencia de una obligación legal de cumplir el servicio o misión específicamente requeridos, pues de lo contrario no se configura uno de los presupuestos determinantes de la responsabilidad estatal por omisión (art. 1074 del C.C.)" (C. 105.374, sent. del 22-XII-2010).

Y la omisión en el cumplimiento del deber impuesto se hace patente también al advertir que no sólo de hecho, sino por disposición legal, habíase constituido una servidumbre administrativa de paso al margen del terreno de dominio privado, precisamente que posibilitaba el pasaje de la gente desde lo que sería Ruta 11 hasta la playa misma. Más evidencia que esta no puede exigirse para advertirse que la utilización de esa fracción de playa como zona de disfrute demandaba, a su vez, la adopción por parte del municipio de medidas preventivas de vigilancia y seguridad.

La comuna debió actuar a fin de cumplimentar tan alta misión como es velar por la seguridad de la población, no pudiendo desentenderse de una situación de la cual tenía pleno conocimiento y en la cual, además, como se dijera, se encontraban en juego intereses superiores como son el derecho a la vida y a la integridad física, bajo el pretexto de que no hubiera una norma expresa que le impusiera actuar en atención al espacio geográfico del que se trata y tal la omisión, siendo -como se dijera- antijurídica, compromete su responsabilidad (conf. arts. 1074, 1112 y concs., Cód. Civil).

En ese orden conveniente es recordar lo declarado por la Comisión 3 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Bs. As., 1991) -citado por A. Kemelmajer de Carlucci **in re** "Norton, María C. c. Municipalidad de Godoy Cruz" en LL 1997-B-92- que sostuvo que "En principio, el Estado responde por sus simples actos omisivos cuando existe una norma que imponga el actuar. La simple omisión que genera el deber de reparar es aquella que guarda adecuada relación de causalidad. El juez debe ser estricto en la apreciación del nexo causal". "La omisión es causal -sigue pregonando la mencionada jurista con cita de R. Lorenzetti- cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado hubiere tenido con respecto al resultado o a su evitación" (ídem, p. 100).

En igual sentido se tiene dicho que para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar. Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles), como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas. Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Se requiere, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa porque, de lo contrario, se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es a todas luces inadmisibles (Perrino, Pablo Esteban, "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia" LL 24-VIII-2011, 1. LL 2011-E, 715).

Considero por todo ello que medió en el caso una abstención del municipio dotada de la suficiente virtualidad para producir el efecto que sobrevino. Operó de este modo como causa adecuada del lamentable efecto.

Así evaluadas las circunstancias, la responsabilidad del Estado municipal deviene inexcusable. Por tales motivos, estimo que esta porción del embate debe desestimarse (conf. art. 289, C.P.C.C.).

2. Distinta solución he de brindar a las quejas vertidas por el recurrente con relación a la interrupción del nexo causal, por una pretendida incidencia de la conducta de la víctima en el fatal desenlace.

a) El **a quo** tuvo por configurada una adecuada relación de causalidad entre la ausencia de guardavidas y el fallecimiento del señor Bertagnoli ya que -según dice- de haber estado presentes hubieran advertido a los bañistas sobre zonas peligrosas, características del fondo, comportamiento de las mareas y, además, alertarlos ante comportamientos que los pusieran en riesgo, agregando que la intervención de los bañeros de balnearios vecinos tuvo lugar luego de producida la emergencia y para paliar los efectos de la inmersión, pero no para evitarla (fs. 2097).

Refirió, a continuación, que encontró no demostrada "... *la trascendencia que los codemandados atribuyen al comportamiento de la víctima en el resultado acaecido...*", añadiendo en ese sentido que el accionar de la víctima no se revela con aptitud para interrumpir el nexo causal, sino que el evento "... *parece desencadenado por un comportamiento del mar, mientras la víctima y sus acompañantes se bañaban en un sector donde hacían pie, el cual pudo ser evitado si los guardavidas controlaban a los mismos...*" (fs. 2097 vta./2098).

b) Frente a ello, el agraviado se queja de que se haya excluido totalmente la culpa de la propia víctima en la causación del trágico suceso, sosteniendo al respecto que la alzada se desentendió de pruebas obrantes en autos y no objetadas, incurriendo así en absurdo en la valoración de la prueba (fs. 2116 vta./2117).

En ese orden de ideas, destaca que en el acta de inspección ocular labrada en la causa penal surge que en el alambrado con vista a la playa existía un cartel con una leyenda de alerta acerca de que, encontrándose la playa fuera de los límites del camping, no se brindaba servicio de guardavidas ni vigilancia. Añade que en la playa misma había otro cartel de advertencia y que en el reglamento del camping se mencionaba una indicación en tal sentido. Expresa que tales probanzas no fueron ponderadas, pero tampoco descalificadas por la alzada extrayendo de ellas que los concurrentes conocían la inexistencia de guardavidas, y pese a ello la víctima voluntariamente decidió internarse en el mar (fs. 2117/vta.).

c) Tales asertos alcanzan -a mi juicio- para acreditar la eximente de responsabilidad contemplada en el art. 1113, segunda parte, del Código Civil.

Al respecto, sabido es que determinar si la conducta de la víctima o de un tercero interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño conforma una típica cuestión de hecho extraña, en principio, a la competencia de la Corte, a menos que a su respecto concurra la denuncia y consecuente demostración de absurdo (conf. doct. causas Ac. 88.823, sent. del 9-XI-2005; C. 93.011, sent. del 27-II-2008; C. 95.548, sent. del 29-IX-2010; C. 103.471, sent. del 14-IX-2011).

Asimismo, que es facultad de los tribunales de las instancias de mérito seleccionar el material probatorio, dando preeminencia a unas pruebas respecto de otras, y dicho ejercicio no constituye un supuesto de absurdo. Es necesario demostrar que en dicha selección medió "un error grave y manifiesto" (conf. causas C. 98.596, sent. del 8-VII-2009; C. 107.517, sent. del 2-XI-2011), el cual -en el caso bajo estudio- lo encuentro configurado (conf. arts. 279 y 384, C.P.C.C.).

En cuanto a tal eximente de responsabilidad argüida por el municipio demandado, que focaliza su queja en orden a la culpa de la propia víctima en la provocación del hecho, adelanto desde ya que no comulgo con la conclusión a la que arribara el **a quo**, pues debo coincidir con el recurrente en cuanto denuncia que su condena, desconociendo la eximente que opone, supone una absurda valoración de la prueba rendida.

Ello así pues desconocer la incidencia causal que cupo en la ocasión a la conducta de la víctima importa asumir una conclusión absolutamente extraña a la prueba rendida en autos.

Veamos que a fs. 267 obra agregada foto sita en el lugar del hecho advirtiendo a los turistas que en dicha zona no hay vigilancia ni servicio de guardavidas.

Lo dicho queda a su vez refrendado por el acta de constatación agregada a fs. 5 de la causa penal (ver fs. 1670 de autos).

A fs. 279 luce agregada ficha de ingreso con los datos del pasajero perteneciente a la víctima Luis H. Bertagnoli, declarando el mismo conocer el reglamento interno del camping, que a su vez luce agregado a fs. 280 y en el cual se deja constancia (normas de seguridad 3) que "El autocamping no posee servicio de seguridad de bañistas en playa, ya que las mismas se encuentran fuera de los límites del mismo. Sea prudente y vigile a los menores que lo acompañan".

En el caso medió una conducta plenamente voluntaria y consciente de la víctima, que se internó al mar conociendo de la inexistencia de seguridad y vigilancia en la zona.

Por tanto juzgo que es incorrecto concluir en un achaque de responsabilidad al municipio sin integrarlo al mismo tiempo con la propia conducta de la víctima que operó como coacusante en la provocación del daño.

La responsabilidad del ente comunal se erige así a partir de la valoración íntegra de la situación dada: ausencia de vigilancia y seguridad en una zona a la cual la gente concurría asiduamente en época estival. Mas la responsabilidad en la provocación del hecho no le es exclusiva. A su vez, converge en la causación del daño la propia conducta de la víctima quien se expuso a una situación que, en definitiva, provocara las trágicas consecuencias producidas.

V. Por las consideraciones vertidas, habiendo el recurrente acreditado el vicio de absurdo endilgado, el recurso debe admitirse (art. 279, C.P.C.C.). Y meritándose las conductas comprometidas juzgo que resulta justo y razonable reconocer que, en la ocasión, cupo a la víctima igual grado de responsabilidad que al municipio. Esto es 50% de responsabilidad a cada sujeto involucrado.

Sin perjuicio de admitirse la concausalidad en la provocación del luctuoso hecho, ello no quita a los demandados su calidad de vencidos; debiendo por ello cargarse las costas de primera instancia sobre el municipio condenado. Del mismo modo estimo deben imponerse las de la alzada; y las causadas en esta instancia extraordinaria, por su orden atento, el resultado de los recursos deducidos (arts. 68 y 289, Cód. cit.).

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. La protesta articulada por la comuna accionada no prospera. Veamos.

1) En primer término el impugnante endilga a la sentencia un yerro en la interpretación de las ordenanzas 5831/83 y 7994/90. Aduce que a tenor de esa normativa no le es atribuible ningún tipo de responsabilidad en los sectores de playa privada.

De este modo, el recurrente se desembaraza de la idea rectora sobre la cual el **a quo** propicia su responsabilidad.

Así, luego de analizar la normativa involucrada, el **a quo** sostuvo que: *"En esos dispositivos se sentó que en todos los lugares públicos o de actividades acuáticas, explotados o no comercialmente, cuyos titulares sean personas físicas o jurídicas, debe funcionar un servicio de guardavidas; y que la Municipalidad realizará el control de su cumplimiento, manteniendo la responsabilidad civil y administrativa por su prestación. En ese contexto, si bien resulta irrazonable pretender que la Comuna bregue por que se destaquen bañeros a lo ancho de todas las playas que baña su extenso litoral marítimo; el control de la asignación de guardavidas en aquellas zonas urbanas aptas para el baño, se muestra comprendida dentro del marco normal de su competencia obligatoria (art. 191 inc. 4º Const. Pcial., 2º Ord. N° 5831 y 14º Ord. 7994). Se encuentra reconocido que la zona de playa con acceso directo desde el camping no poseía servicio de guardavidas, lo que yergue al Municipio en responsable por la omisión en el control que le incumbe".*

En este esquema y a criterio de la Cámara, la cuestión medular para determinar la responsabilidad del Estado por omisión es "el control de la asignación de guardavidas en aquellas zonas urbanas aptas para el baño". Esta idea, más allá de su acierto o error, no ha sido refutada idóneamente por el impugnante, quien poniendo en tela de juicio la derogación del art. 2 de la ordenanza municipal 5831/83, intenta despojarse de su obligación de control.

Ello evidencia que el recurrente pierde de vista el nudo gordiano de la sentencia y aborda una arista que no se condice con la línea argumentativa de ésta. En este aspecto, recuerdo que es requisito de ineludible cumplimiento para el impugnante en vía extraordinaria la réplica concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales en que reposa el fallo atacado, resultando por tanto insuficiente el remedio que deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos sobre los que ésta se asienta (conf. doct. Ac. 87.624, sent. de 7-II-2007; C. 106.574, sent. de 4-V-2011; C. 93.799, sent. de 5-X-2011á; C. 107.385 sent. de 29-VIII-2012).

2) De otro lado, adelanto que en relación al segundo segmento de análisis, el recurso ha de correr la misma suerte adversa.

El impugnante denuncia absurdo en la distribución de responsabilidad realizada por la Cámara. Particularmente aduce que la culpa de la víctima, quien debió saber que en esa fracción de playa no había guardavidas, opera como factor de atribución para imputarle la responsabilidad del luctuoso evento.

En relación a ello, tiene dicho esta Corte que determinar la culpa de la víctima es una cuestión de hecho que no puede ser abordada en esta instancia extraordinaria, salvo que se configure absurdo (A. 81.769, sent. de 5-III-2003; C. 90.057, sent. de 6-IX-2003 y 106.978, sent. de 29-V-2013), vicio que no se patentiza en el escrito impugnatorio. Sobre la base de ello, la decisión del **a quo**, que incluye en el marco habitual de competencia de la comuna el control de las playas ubicadas en zonas urbanas aptas para el baño, no luce como un razonamiento groseramente desacertado; sino pues, constituye valoración diferente a la postulada por el recurrente, sobre cuestiones de hecho y prueba, ajenas en principio a la vía extraordinaria (C. 81.897, sent. de 12-XI-2003; Ac. 87.821, sent. de 7-III-2005; C. 90.694, sent. de 11-IV-2007; C. 110.476, sent. de 24-IV-2013 y C. 115.771, sent. de 2-V-2013).

3) Por los motivos expresados, voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la primera cuestión también por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la primera cuestión también por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Hitters, Pettigiani y Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Como se refiriera, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental modificó lo decidido por el magistrado de origen en orden a la responsabilidad que incumbe a los coaccionados De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini, concesionarios del "Camping El Faro" y locatarios de una fracción de terreno -colindante a la parcela concesionada- de propiedad de "Playas del Faro S.A.I.", por las consecuencias dañosas del luctuoso evento que motivara estas actuaciones. Así, el **a quo** los encontró incursos en responsabilidad, reproche del cual los había liberado el sentenciante de primera instancia (fs. 2090/2100 vta. y 1990/2011 vta., respectivamente).

Para resolver en tal sentido, en lo que interesa en atención al tenor de los agravios traídos en la pieza bajo estudio, consideró que entre los servicios ofrecidos en el camping se encontraba el de "disfrute del mar" a partir de la locación de una porción del predio donde se ubica la playa, la existencia del portón de acceso directo a la misma y el método empleado para controlar a los acampantes. Añadió que aunque algunos testimonios atribuyen al mencionado portón una función de mera salida de emergencia, su uso excedía ampliamente esa finalidad excepcional (fs. 2095/vta.).

Expresó que por ello "*... cobra virtualidad la obligación reglamentaria, asumida por el concesionario al presentar oferta, sometiéndose al régimen que regula la concesión ... de Unidades Fiscales Turísticas, de vigilar y atender la seguridad de los bañistas y prestar el servicio de prevención y salvataje con personal profesional (fs. 78, Cap. VIII, Nro. 58 del Pliego, de Cláusulas Generales)*", agregando que aún en ausencia de tal previsión se llega a igual resultado, ya que pesa sobre quien explota el autocamping un deber de seguridad

implícito, obligación secundaria a todos los servicios que en él se ofrecen, entre los cuales se encuentra el mencionado "... disfrute del mar", deberes accesorios que se sostienen en nuestro ordenamiento jurídico, a excepción de los casos en que existen normas aisladas, por el principio general de la buena fe previsto, en materia contractual, en la primera parte del art. 1198 del Código Civil (fs. 2095/2096).

Puntualizó que en el caso de autos el referido deber "... se materializa mediante la toma de las medidas razonables de custodia y vigilancia para prevenir y evitar los daños a los acampantes o invitados en su persona y bienes", y que la contemplación específica de las medidas que debieron adoptarse -a fs. 78, Cap. VIII, n° 58 del pliego de Cláusulas Generales- facilita la determinación de su alcance (fs. 2096).

Aseveró que al no haberse brindado vigilancia y atención de la seguridad de los bañistas a través de la contratación de guardavidas el comportamiento de los concesionarios es antijurídico y que no es suficiente la colocación de un cartel de advertencia de la falta de tal servicio (fs. 2096/vta.).

Finalizó esta porción decisoria señalando que comprobada la falta de cumplimiento de una de las principales prestaciones prometidas, "... la responsabilidad se objetiviza..." y el accionado puede liberarse de responsabilidad únicamente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder o caso fortuito (fs. 2096 vta.).

II. Frente a ello, el apoderado de los coaccionados De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini articula recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el que denuncia la violación de los arts. 163 inc. 5, 164 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial y 499, 1197 y 1198 del Código Civil. Aduce, asimismo, que se ha incurrido en absurdo en la valoración de la prueba colectada y en infracción de doctrina legal. Efectúa, por último, reserva de caso federal (fs. 2124/2145 vta.).

Se agravia, en muy breves términos, de que se haya considerado que su parte prestaba el servicio de disfrute del mar y la playa, premisa errónea y contradicha por la prueba rendida. Sostiene que es equivocado aplicar el punto 58 de las Cláusulas Generales del Pliego de Bases y Condiciones para responsabilizar a su parte, omitiendo efectuar una interpretación armónica con las Condiciones Particulares del referido pliego y el contrato de concesión.

Aduce, al respecto, que al no prestar el servicio que le atribuye la Cámara ni explotar la playa, no debía proveer de guardavidas en el lugar donde ocurrió el suceso por la obligación implícita de seguridad accesoria al mismo, y que solo responde por los sucesos acaecidos en su órbita de control, habiendo adoptado medidas razonables de seguridad para los acampantes.

III. Este recurso debe ser acogido.

Es pertinente destacar, liminarmente, que -conforme se ha resuelto en esta Sede- la atribución de responsabilidad en el evento -ya sea en lo que hace al factor de atribución como a la entidad de la incidencia causal- es una típica cuestión de hecho inabordable, en principio, en esta instancia, salvo el supuesto excepcional de absurdo (conf. causas C.

89.243, sent. del 9-VI-2010; C. 107.517, sent. del 2-XI-2011), vicio extremo denunciado por quien recurre (fs. 2126 vta. y sgtes.) y que -adelanto- ha logrado acreditar en el caso bajo estudio (art. 289, C.P.C.C.).

Veamos:

a) La Cámara edificó la construcción por la cual considera obligados a responder -en forma conjunta con la comuna demandada- a los señores De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini, en tanto responsables del "Camping El Faro", partiendo -sustancialmente- de la base de considerar que en el predio por ellos explotado se brindaba servicio de playa o de "... disfrute del mar" (fs. 2095/2096 vta.).

Señaló que *"Implicaría un grosero desconocimiento de la realidad negar que los usuarios del camping en temporada estival, acceden al mismo con todas las intenciones de gozar de la playa y el mar"* (fs. 2095/vta.) sustentando, acto seguido, su conclusión acerca de la prestación del mencionado servicio, en tres pilares: la locación de una parte del predio donde se ubica la playa, la existencia de un portón de acceso directo a ella, y el método empleado para el control de los acampantes. Precisó, además, que el uso dado al portón para acceder a la playa exorbitó notablemente la finalidad de simple salida de emergencia que se trasluce -según dice- de algunos testimonios (fs. 2095 vta.).

b) Por su parte, el recurrente sostiene que la primera de las aseveraciones sentadas por la alzada es personal y dogmática y que no puede responsabilizarse a su parte por las intenciones de quienes contratan sus prestaciones ni inferir de ello que se brindaba el servicio de disfrute del mar, el cual tampoco se especifica. Añade que la mayoría de quienes visitan Mar del Plata en verano lo hacen para disfrutar del mar y la playa, lo cual no genera la responsabilidad de los hoteleros si un huésped se accidenta en una playa considerada pública en la que no hay guardavidas, siendo indiferente la distancia entre el hospedaje y el mar. Refiere que no se acreditó que explotara el goce del mar y de la playa, circunstancia que -en su opinión- se evidenciaría si hubieran colocado en la playa sombrillas, reposeras, carpas, mesas, bar, restaurante o juegos (fs. 2129/vta.).

Expresa que resulta absurdo e inexacto considerar -como lo hace el **a quo**- que su parte alquiló una porción del predio donde se ubica la playa, resultando claramente lo contrario de las constancias de la causa, que no fueron ponderadas (cita el contrato de locación de fs. 981; la nota de fs. 1754; el informe de fs. 100; las declaraciones de los señores Villola a fs. 828 y Martín a fs. 861 y el plano de fs. 335; 2129 vta./2131 vta.).

Señala que el portón al que alude la alzada existía, pero permitía el acceso de los acampantes a una servidumbre de paso pública, no a la playa, lo que no permite inferir que se brindara tal servicio. Agrega que su apertura al paso público está autorizada por el art. 84 punto 3 del pliego de licitación de la concesión del camping, y que respondió a razones de seguridad -salida de emergencia- y de comodidad de los acampantes, quienes podrían igualmente acceder a la playa saliendo por la entrada principal del camping y atravesando el pasaje público. Invoca y transcribe parcialmente el acta de fs. 925 labrada con motivo del reconocimiento judicial practicado en el expediente, que reza "... Acto seguido nos

dirigimos a un portón en el lateral Sur que comunica con una servidumbre de paso pública..." (fs. 2131 vta./2132 vta.).

Manifiesta, en cuanto al "método de control de los acampantes", que "... no se logra comprender, cuál es la conexión existente entre el control en el ingreso y egreso del camping, cualquiera sea el acceso, y el servicio de playa...", explicando que tenía por función impedir el ingreso de personas ajenas al camping, cumpliéndose así con el deber de seguridad de personas y bienes y que el punto 3 d) del pliego de condiciones particulares de la licitación prevé que se debe "**Disponer de un servicio permanente de seguridad a efectos de garantizar el control de entrada y salida de pasajeros y elementos, así como evitar la intromisión de personas ajenas a la actividad...**" (fs. 2132 vta./2133).

Asimismo menciona -y transcribe parcialmente- probanzas en las que se alude al sistema de control aludido -testigos Ceballos (fs. 1857), Korompay (fs. 1859), Hernán Ceballos (fs. 1862) y Bogao (fs. 1863)-, postulando que la única inferencia lógica que puede extraerse de ellas es que la medalla identificatoria que se entregaba a los huéspedes no era para permitir su ingreso a la playa, sino su reingreso al camping, impidiendo que lo hagan extraños, dado que las playas adyacentes eran de uso público y estaban autorizados a permitir el acceso a ella desde el camping (fs. 2132 vta./2134).

Critica, además, que el **a quo** le haya impuesto la obligación de atender y vigilar a los bañistas en la playa mediante la contratación de guardavidas como deber tácito de seguridad, con apoyo en los arts. 1197 y 1198 del Código Civil. Al respecto, señala que dicho órgano se equivoca al considerar que los concesionarios del camping explotaban la playa contigua al mismo y efectúa una frondosa cita de constancias documentales obrantes en la causa, a las que califica de esenciales y decisivas, no consideradas, las que "... no dejan lugar a dudas sobre los alcances de la concesión y las responsabilidades de las partes: Municipalidad, Playas del Faro s.a. (sic.) propietaria de las playas y los concesionarios del camping...", añadiendo luego nueva reseña de otras constancias que estima también preteridas (fs. 2135 vta./2140 vta.).

Insiste en sostener que su parte no explotaba la playa -la cual no estaba incluida en el contrato de concesión ni en el de locación- ni brindaba en la misma servicio alguno. Colige de ello que al no existir tal obligación principal, no puede sostenerse que tuviera la obligación expresa ni tácita de contratar guardavidas en la playa (fs. 2140 vta./2143).

Aduna que la cuestión no es contractual, porque excede su marco (fs. 2141) y que sabiendo de la inexistencia de guardavidas, cumplió su deber de precaución, alertando de ello a los acampantes -mediante la colocación de carteles e indicándolo en el reglamento interno del camping y en la ficha de ingreso- únicas medidas razonables a su alcance (fs. 2140 vta./2141).

Añade que el deber de preservar la integridad física de los huéspedes se restringe al ámbito en el que tiene vigilancia y control y al cual se refieren la explotación comercial y el contrato que vincula a las partes y no abarca cualquier actividad de la víctima fuera del camping, siendo la obligación pretendida de cumplimiento imposible (fs. 2141 y 2142).

vta./2143). Cuestiona, finalmente, que exista vínculo causal como así también antijuridicidad en su comportamiento (fs. 2141 vta./2143).

c) Tal como expusiera **ut supra**, considero que le asiste razón a la protesta ensayada por este impugnante, toda vez que la alzada no ha ponderado adecuadamente distintos elementos allegados a la causa, los que permiten exonerar de responsabilidad a los titulares del camping condenado (conf. arts. 289, 384 y concs., C.P.C.C.).

i] Así es que del Reglamento del Autocamping entregado a los acampantes surge expresamente que no se brindaba servicio de seguridad en playas para los bañistas. El punto 3 de la parte del mismo destinado a las "normas de seguridad" rezaba "El autocamping no posee servicio de seguridad de bañistas en playas, ya que las mismas se encuentran fuera de los límites del mismo. Sea prudente y vigile a los menores que lo acompañan" (fs. 280), a lo que se adita que en la ficha de datos del pasajero suscripta por la víctima (la cual, si bien fue desconocida por la parte actora a fs. 367 vta./368, al contestar el traslado de tal documental, ello fue reconocido por la señora Brandán al responder la posición 4ª; fs. 1198 y 1200) consta la declaración acerca de que se conoce y acepta el Reglamento Interno del Autocamping (fs. 279).

Asimismo, del acta labrada con motivo de la inspección ocular practicada en el marco de la causa penal surge que el lugar se encontraba rodeado por un alambrado perimetral, que en la parte del mismo con vista a la playa "... se observa un gran cartel que dice: ATENCION - LA PLAYA ESTA FUERA DE LOS LIMITES DEL CAMPING, POR LO TANTO NO BRINDAMOS SERVICIOS DE GUARDAVIDAS NI VIGILANCIA -SEA PRUDENTE..." (fs. 1670) y lo expuesto por el testigo Castillo al declarar en sede penal es coincidente al respecto (respuesta dada al punto 2; fs. 1787).

Además, la fotografía obrante a fs. 267 ilustra acerca del cartel colocado en uno de los pasos peatonales existentes a cada lado de camping que conducían directamente hacia la playa, el cual rezaba: "AVISO. En este sector de playa que abarca la zona ubicada entre el campamento municipal de turismo y la orilla del mar y que forma parte de la propiedad de PLAYAS DEL FARO S.A.I. no se ha concedido autorización para explotación comercial. Por ser zona no vigilada y sin servicio de guardavidas se advierte a quien se interne en el mar, que lo hace a su propio riesgo" (fs. 267).

La presencia de tal señal de advertencia resulta corroborada por las declaraciones de los testigos Villola, quien reconoció la fotografía de tal anuncio que se le exhibiera, declarando, además, que fue él mismo quien colocaba tales carteles (fs. 827 vta., y 829, respuestas brindadas a las preguntas décimo primera, décimo segunda, décimo tercera y décimo cuarta y a la décima repregunta); Martín, quien al responder a la vigésimo primera pregunta manifestó que "... He visto los letreros en cuestión ... Advertían la característica del paso público y la inexistencia de servicios...", y además reconoció que el que muestra la fotografía de fs. 267 es uno de los carteles al que se refiriera (respuesta a la vigésimo tercera pregunta; fs. 861 vta.) y Sirolli quien relató que "... en el lugar de acceso a la playa, donde se podía acceder a la playa en forma peatonal, había un cartel de amplias dimensiones..." (fs. 856).

ii] Sumo a lo expresado, que también resulta errónea la interpretación brindada por el **a quo** sobre la obligación prevista en el punto 58 de las Cláusulas Generales del Pliego de Bases y Condiciones para licitar la concesión del mismo, ello es la de vigilar y atender la seguridad de los bañistas prestando servicio de prevención y salvataje con personal profesional y proveer los elementos mínimos de seguridad en natatorios, por cuanto el tipo de bañistas dependerá de la Unidad Fiscal concesionada y, en el caso del camping, dicha carga vendría impuesta a favor de los que utilicen -como se lee arriba- **el natatorio** y no - como lo entiende la alzada- los que se internen en el mar, tal como aconteció en el supuesto de autos con el señor Bertagnoli.

En este aspecto vuelvo a coincidir con el impugnante en cuanto a que (i) el predio para acampamento no posee concesión sobre la playa ni explotación alguna sobre la misma, siendo que el portón da salida a una servidumbre de paso y (ii) la concesión se rige tanto por el contrato de uso y explotación como por las condiciones particulares de la licitación, no atendidos por la alzada, aseverando que el punto 83, "f" de éstas últimas obliga al concesionario a cumplir con la ordenanza 5831/83 a efectos de prestar el servicio en el natatorio y que en el restante de los mencionados instrumentos consta la obligación de contratar servicio profesional de salvavidas para la prevención y seguridad de bañistas con cita de los arts. 58 y el referido 83 "f" (fs. 2134/2135 vta.).

Y asiste también razón al recurrente cuando denuncia y precisa otras piezas de autos que han sido dejadas de lado por el **a quo** al tiempo de evaluar la responsabilidad habida. Constancias a partir de cuya evaluación y consideración mal pudo concluirse del modo en que la alzada se define.

Así, v.gr., a fs. 87, dentro de las cláusulas particulares del pliego de base y condiciones para la licitación pública de unidades turísticas fiscales del Partido de General Pueyrredon - año 1990- (fs. 53/90), en el Capítulo III (De la Explotación) se establece como obligación del concesionario contar con el predio delimitado y perfectamente identificado desde el exterior, cercado en todo su perímetro para impedir el libre acceso desde el exterior, con mampostería o alambrado olímpico... Podrá existir un acceso sobre la servidumbre de paso a efectos de que los usuarios puedan concurrir a la playa ... (cláusula 84. 3.a) y [podrá] disponer de un servicio permanente de seguridad a efectos de garantizar el control de entrada y salida de pasajeros y elementos, así como evitar la intromisión de personas ajenas a la actividad (84.3.d).

A su turno, del decreto de adjudicación para la construcción y explotación de la unidad turística fiscal denominada Campamento Municipal, surge que expresamente se deniega la propuesta del oferente en cuanto a la prestación del servicio de playa pues (se aclara) dicha prestación supondría ejercer influencia en el área de playa, que excede los límites del bien objeto de licitación (fs. 91 vta.).

De la nota dirigida por el señor presidente de la concesionaria (Playas del Faro) a la Dirección de Unidades Fiscales del Ente de Turismo de la Municipalidad de Mar del Plata, surge que la firma concesionaria ha dado a su vez en locación a De Sarro, Viva y Pérez Lavagnini un lote para explotar negocio de camping, el cual no incluía el sector de playa de arena pues esa misma concesionaria no ejercía sobre tal sector explotación comercial

alguna. Y es precisamente por tal motivo, según se revela en la citada nota, que la concesionaria eximió a su contratante de prestar servicio de vigilancia en playa pues el lote no comprendía superficie alguna de playa de arena contigua al mar (fs. 97/98).

A su vez de la contestación al pedido de informes, obrante a fs. 112/113, se desprende, por igual, que la unidad fiscal camping municipal fue otorgada sin lote de playa. Lo mismo puede extraerse de la atenta lectura de una nota dirigida por el Director de Recursos Turísticos a la Secretaría Legal y Técnica de la Municipalidad (fs. 1632), así como de otra de similares razones agregada a fs. 1789.

A su vez a fs. 1272 luce agregado informe por el cual se hace saber que en la vasta zona comprendida desde Punta Cantera hasta Los Acantilados no había cobertura de seguridad o vigilancia de guardavidas y que esas zonas, no concesionadas y a las cuales concurría numeroso público, precisaban contar obviamente con dicho servicio, sugiriéndose que el mismo debía ser prestado por el propio municipio. A su vez, ante consulta efectuada, el Asesor Letrado del municipio considera que en el sector privado en el que no se realiza actividad comercial alguna no se podía exigir el servicio de guardavidas; y en tal caso la Municipalidad, si bien no tenía la obligación específica de contratar guardavidas, conservaba **in genere** su deber de velar por la seguridad pública (fs. 1275).

A fs. 100 luce adjunta nota del la Directora de Unidades Fiscales del EMTUR de Mar del Plata (fs. 94 del expediente 4003/8/94) de la cual se individualizan los límites de la Unidad Fiscal dada en concesión, que no incluye superficie de playa, precisándose que en dicha zona de playa no se realiza explotación comercial alguna por parte del concesionario.

Los testimonios obrantes a fs. 828, 835, 857 y 861 refrendan, a su vez, todo lo hasta aquí dicho en orden a la ajenidad de la concesionaria demandada en relación a la zona donde hubo de sucederse el luctuoso hecho.

A su vez, de la copia del decreto 1145 del Gobernador de la Provincia surge la constitución de una servidumbre de paso para el uso público sobre la margen de las tierras concesionadas. Precisamente tal camino (servidumbre administrativa) era el utilizado corrientemente por los turistas para el acceso a la playa desde la Ruta 11. Y a tal servidumbre de paso se accedía también desde el camping a través de la puerta o portón situado en el pliegue del alambrado (fs. 777/778).

Así, efectuando una armónica interpretación de tales elementos colectados -a la luz de la sana crítica- considero que está acreditado que, en efecto, el autocamping ni ofrecía ni incluía el uso de la playa. De allí que encuentre que la decisión de la alzada de responsabilizarlo por entender que allí se prestaba servicio de playa o "... disfrute del mar", -lo que obligaba a proveer de guardavidas en el sector donde ocurrió la muerte por asfixia del señor Luis Humberto Bertagnoli- es el resultado de una inadecuada interpretación de la prueba producida que conlleva a un importante desarreglo en la base del pensamiento, extrema anomalía que permite dejar sin efecto el fallo en crisis (conf. arts. 384, 456 y concls., C.P.C.C.).

En tal sentido se ha resuelto -en forma reiterada- que si bien es cierto que los magistrados de las instancias de mérito cuentan con amplias facultades en la selección del material probatorio colectado, no lo es menos que la labor valorativa desplegada por el **a quo**, en cuanto prescindió casi totalmente de las probanzas reunidas para el abordaje de uno de los tópicos esenciales planteados, revela un déficit grave y manifiesto, que torna absurda esta porción de la sentencia impugnada (conf. doct. causas Ac. 72.341, sent. del 20-VI-2001; C. 104.857, sent. del 17-VIII-2011; C. 108.155, sent. del 21-IX-2011; entre otras), siendo ello -como se ha visto- lo acontecido en el **sub lite**.

En síntesis, opino que luce acertado el análisis que efectúa el apelante en cuanto sostiene que el vínculo que une al concedente y concesionario se rige por las condiciones insertas en el pliego que rigió la licitación y por el contrato de uso y explotación, y de haberse efectuado una interpretación armónica y de conjunto de sus previsiones no se hubiera llegado a las conclusiones obrantes a fs. 2090/2096, ahora dejadas sin efecto (conf. art. 289, C.P.C.C.).

Por lo tanto, considero suficiente lo apuntado para tener por acreditado el yerro lógico endilgado al decisorio atacado, como las infracciones normativas esgrimidas a dicho respecto (fs. 2125 y sgtes., conf. art. 289, C.P.C.C.).

IV. En consecuencia, si mi opinión resulta compartida deberá acogerse el recurso extraordinario interpuesto, revocarse la sentencia criticada y mantenerse lo decidido en primera instancia, en cuanto se desestimara la pretensión incoada contra los codemandados Antonio José de Sarro, Miguel Ángel Viva y Guillermo Pérez Lavagnini, en su carácter de concesionarios del "Camping El Faro" y locatarios de una fracción de terreno -colindante a la parcela concesionada- de propiedad de "Playas del Faro S.A.I." (arts. 289, C.P.C.C.). Con costas a los actores recurridos en su condición de vencidos (arts. 68 y 289, Cód. cit.).

Voto pues, por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Soria dijo:

La impugnación del concesionario tampoco habrá de prosperar.

1) El escrito impugnatorio porta la denuncia de absurdo en la valoración de la prueba colectada y de infracción de la doctrina legal. Sintéticamente se agravia de que se le haya atribuido al concesionario la prestación el servicio de disfrute de playa, y las consecuencias de derivan de tal situación, cuando entiende que sólo brinda un servicio de acampe.

Agrega que el predio que loca para desarrollar su actividad de campamento turístico, no es contiguo a la playa, y que los huéspedes de su establecimiento son informados de que el servicio prestado no incluye el disfrute de la playa.

Más allá de su acierto o error, el tribunal fundamentó su decisión en declaraciones testimoniales y en el acceso directo de los acampantes a la playa, como así también en el método directo de control de éstos, y así concluyó que implicaría un grosero

desconocimiento negar que los usuarios del camping en temporada estival, acceden al mismo con todas la intenciones de gozar de la playa y el mar.

La ponderación efectuada por la alzada en relación a tales pruebas constituye el ejercicio de facultades privativas de los jueces de grado, las que no pueden ser abordadas en la instancia extraordinaria, salvo que a su respecto se invoque y demuestre que el tribunal ha incurrido en absurdo (conf. causas C. 95.949, sent. de 27-II-2008; C. 103.510, sent. de 7-X-2009; etc.).

Así, para que esta Corte pueda revisar dichas cuestiones no basta con denunciar absurdo y exponer -de manera paralela- su propia versión e interpretación de los hechos, sino que es necesario demostrar contundentemente que las conclusiones que se cuestionan son el producto de una valoración absurda. Dicho vicio no se configura ante cualquier error, ni siquiera ante la apreciación opinable que aparezca como discutible u objetable; se requiere un grave vicio lógico del razonamiento o una grosera desinterpretación material de alguna prueba (conf. causa C. 99.658, sent. de 22-XII-2010 y sus citas). En esa línea de pensamiento, las ponderaciones de la decisión recurrida no lucen, al menos, incongruentes con los testimonios rendidos y la ubicación del predio (fs. 328/335, 828, 833, 852, 860, 1859, 1861, 1865, 1886).

El agravio de la recurrente hace pie esencialmente en la suscripción del reglamento por parte de los acampantes y de la cartelería que indicaba que la playa era ajena a su explotación comercial. Tales cuestiones, lejos de resultar idóneas para acreditar el vicio denunciado, sólo implican una estéril disputa respecto del criterio del Tribunal, insuficiente para abrir esta instancia de excepción.

En suma, esta porción del embate no puede ser favorablemente acogida (art. 279, cit.).

2) De otro lado, la denuncia de violación a la doctrina legal luce manifiestamente insuficiente, pues el recurrente se limita a la cita de un solo fallo sin ahondar en mayores explicaciones, que por cierto resultan imprescindibles para patentizar el yerro aludido. Para más no se evidencia la violación a la doctrina legal referida, desde que el basamento fáctico del fallo traído a esta faena difiere sustancialmente del **sub lite**, con lo que no se configura el motivo señalado anteriormente. Como esta Corte lo ha expresado, no puede alegarse violación de doctrina legal elaborada sobre la base de hechos distintos al del caso en que se invoca (conf. Ac. 67.537, sent. de 21-X-1997; Ac. 86.830, sent. de 24-III-2004, C. 103.983 sent. de 3-V-2012).

Por tales motivos, voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **de Lázari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la segunda cuestión también por la **negativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la segunda cuestión también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la segunda cuestión también por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la segunda cuestión también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la segunda cuestión también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se rechazan los recursos extraordinarios interpuestos; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 20.500, efectuado a fs. 2123 e integrado a fs. 2180, queda perdido (art. 294, Cód. cit.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Resolución 425/2002 (texto Resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario