

EXPTE. 13-04313309-2/1

SILVA MONICA BEATRIZ EN J.  
SILVA MONICA MEATRIZ  
C/PROVINCIA DE MENDOZA Y  
DEPARTAMENTO GENERAL DE  
IRRIGACION P/ D. y P S/REC. Ext.  
Prov.

SALA PRIMERA

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Se ha corrido vista a esta Procuración General del recurso extraordinario interpuesto por la actora en contra de la sentencia dictada por la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil a fs. 201 de los autos N° 55.324/300.930 originarios del Tercer Tribunal de Gestión Judicial Asociada Civil.

El día 22/3/2016 el menor Misael Arce falleció por ahogamiento al caer al canal que pasaba la propiedad en la que vivía, sin ningún tipo de valla señalización u obstáculo. La señora Mónica Beatriz Silva madre de Misael interpuso demanda en contra de la Provincia de Mendoza y el Departamento General de Irrigación.

La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia mediante la sentencia objeto de recurso extraordinario.

II. Sostiene la censurante, que el Departamento General de Irrigación tiene la Policía del Agua y debe velar porque la misma no afecte la seguridad de las personas.

Se agravia al entender que la Cámara se basa en un precedente que no resulta aplicable. Que el caso Torres no se refiere a la cosa riesgosa como en este caso era un canal del Departamento General de Irrigación a 5 mts. de la casa sin protección ni señalización, sino de una obligación genérica por no realización de obras sobre terrenos ajenos. Que el antecedente se trataba de daños a la propiedad, mientras que en el caso de autos existe un interés relevante como es la vida de un menor. Que por falta de discernimiento no puede alegarse culpa de la víctima. Que la madre acepta el 25% de responsabilidad.

III. Entiende este Ministerio que el recurso incoado no debe prosperar.

Ha sostenido V.E. que: (1) Hay un derecho de daños con reglas comunes, sin perjuicio de que la responsabilidad del Estado en algunos supuestos y, en especial, por sus actos lícitos tiene especiales particularidades; (2) Estas reglas comunes requieren como presupuesto la existencia de daño y la relación de causalidad entre la omisión antijurídica y el hecho dañoso; (3) Las reglas comunes también implican que, en principio, resulta aplicable al Estado el art. 1074 del Código Civil. O sea, para que el Estado responda por sus actos omisivos es menester que exista deber de actuar; existe omisión antijurídica cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares; se requiere, entonces, que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal, expresa o implícita; (4) Dado que la obligación puede ser implícita, basta la existencia de tres requisitos: Un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa. Necesidad material de actuar para tutelar ese interés. Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar; (5) El deber omitido debe ser una verdadera obligación, un deber concreto y no uno que opere en dirección genérica y difusa; en definitiva, es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la administración, aún cuando para ello sea necesario cumplir determinadas cargas procesales; (6) La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de su poder de policía no debe ser analizada con criterios rígidos o inflexibles; dependen del lugar, objeto o índole de la actividad o de las personas, pues el ejercicio del poder de policía es contingente, circunstancial, no uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones. Consecuentemente, no siempre es una obligación de resultado. “El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quien no está obligado a responder” (Fallos 323-318; 323-359). También se dijo que: excluye la responsabilidad la conducta de las víctimas cuya incidencia causal en la génesis de su propio daño es irrefutable. En igual temperamento este Tribunal confir-

mó el rechazo de la demanda por "culpa exclusiva de la víctima" en el supuesto de un joven de 17 años que pereció ahogado cuando se bañaba en un pequeño dique cercano a la compuerta, aún cuando a la época del suceso no existían carteles de prohibición, por evaluar que la Dirección General de Irrigación tiene el ejercicio del poder de policía para su fin específico, regulación del uso del agua para regadío; el dique no es lugar apto para zambullirse; no existe omisión antijurídica. (EXPT. N° 98.081 "BLANCO PLÁCIDO EN J..."; 24/8/11; DRES. NANCLARES, ROMANO, ADARO; 107.597/107.715, caratulada: "ORTEGA LUIS RUFINO EN J° 213.611/13.594 LEMOS GUILLERMO AURELIO Y OTS. C/ ORTEGA LUIS RUFINO Y OTS. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS (CON EXC. CONT. ALQ.) S/ INC. CAS.; PÁEZ, FAUSTINO GERMÁN Y OTRO VS. ESTADO PROVINCIAL Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE S. DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN /// CJ, CATAMARCA; 29/10/2001; BOLETÍN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CATAMARCA; RC J 11008/12). Debe considerarse que la única causa del accidente -muerte de un menor ahogado en el río-, fue la conducta negligente de las maestras, que permitieron que veintitres (23) niños concurrieran con una sola de ellas a bañarse a un río desconocido, a pocos minutos de haber almorzado, sin apreciar que se encuentra en el orden natural de las cosas que niños de doce (12) y trece (13) años de edad carecen del tino necesario para guardar una estricta conducta como si fueran personas mayores (arts. 1109 y 1112, C.C.).(0.01 || Álvarez, Leonardo y otra vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Indemnización de daños y perjuicios /// C 2ª CC Sala III, La Plata, Buenos Aires; 20/06/1991; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; B 70850; RC J 6610/10)

También ha dicho que: La ley 6405 no está referida al uso recreativo del agua, sino a su mantenimiento, conservación y regulación, a los fines de optimizar el escaso recurso en nuestra provincia y obtener una mejor eficiencia en su distribución... LS430-054). Mendoza tiene 12.000 Km. de cauces de agua, elementos vitales para el desarrollo de la economía regional (93.559, caratulada: "DPTO. GRAL. DE IRRIGACIÓN EN J° 11.024/128.353 SARTORI ALBERTO I. C/DPTO. GRAL. DE IRRIGACIÓN P/DAÑOS Y PERJUICIOS S/INC. CAS".), es razonable exigir al DGI ejercer la policía del agua de modo tal que esos cauces estén limpios y puedan soportar lluvias aún extraordinarias y otros acontecimientos naturales, pero no que pueda controlar eficientemente cada hecho de individuos concretos.

De lo expuesto surge claramente que conforme la jurisprudencia de V.E. el Estado no es responsable por el ahogamiento del menor Misael Arce toda vez que el Poder de Policía del Agua no implica que

deba colocar barreras que impiden la caída de personas a los cauces. El hecho de que el mismo estuviera cerca de la casa implica que los adultos debían extremar el cuidado del menor y su conducta resulta relevante en la relación de causalidad.

Por todo lo dicho, en conclusión y de conformidad a los artículos 3, 27, 28 inciso 1 y 29 de la Ley 8.911, esta Procuración General entiende que corresponde rechazar el recurso extraordinario.

Despacho, 18 de octubre de 2021.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE  
Fiscal Adjunto Civil  
Procuración General