En la ciudad de Santa Fe, a los 31 días del mes de Marzo del año dos mil catorce, se reunió en Acuerdo Ordinario la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe, integrada por los Dres. Edgardo I. Saux, Abraham Luis Vargas y María Cristina De Césaris de Dos Santos Freire, para resolver el recurso de apelación extraordinaria interpuesto por los apoderados de la demandada (v. fs. 745/762), contra la sentencia de fecha 28.12.2012 (v. fs. 712/740) dictada por el Tribunal de Responsabilidad Extracontractual N° 4, Primera Secretaría, en los autos caratulados "C., A. M. I. Y OTRO C/ CLUB ATLETICO COLON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Sala I N° 165 - Año 2013). Acto seguido el Tribunal estableció el orden de votación conforme con el estudio de los autos -Dres. Saux, Vargas y De Césaris- y se planteó para resolver las siguientes cuestiones:

1era.: ¿Corresponde la apertura de la instancia?

2da.: ¿Encuentran sustento las causales de impugnación invocadas?

3era.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictarse?

A la primera cuestión, el Dr. Saux dijo:

Habiendo esta Sala concedido, por vía de queja, el recurso de apelación extraordinaria que la codemandada "Club Atlético Colón" interpusiera a fojas 745 a 761 vta. contra la sentencia definitiva expedida en estos actuados por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual n° 4 de esta ciudad de Santa Fe a fojas 712 a 740 (acogiendo en un 70% la pretensión resarcitoria contenida en la demanda, condenando a la entidad recurrente y a los concesionarios de la pileta de la misma institución a la fecha del hecho dañoso, C. A. N.y Carola Andrea L., en forma concurrente o "in solidum" frente al actor), elevadas por el Tribunal a quo las actuaciones principales en cinco cuerpos -además de las medidas preparatorias, las previas y el incidente de declaratoria de pobreza-, y ante la consulta que de las mismas he podido efectuar en relación con los agravios en cuya virtud oportunamente la representación de la parte actora radicara el planteo revisor extraordinario no constitucional -que fuera denegado por el Tribunal a quo y concedido por esta Sala por vía de queja-, advierto que no encuentro razones que justifiquen variar el criterio que postulara (y a la postre, fuera consensuado por mis colegas) al disponer la concesión del remedio cuya consideración nos ocupa, en cuya virtud a la cuestión bajo tratamiento me manifiesto por la respuesta positiva.

El Dr. Vargas expresó, a su vez, iguales razones en parecidos términos y votó, por lo tanto, en igual sentido.

A la primera cuestión, la Dra. De Césaris dijo:

Habiendo tomado conocimiento de estos autos y existiendo votos totalmente concordantes de dos jueces, de conformidad al art. 26 de la Ley 10.160 y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, me abstengo de emitir opinión.

A la segunda cuestión, el Dr.Saux dijo:

Antes de adentrarnos a la consideración de los agravios que la codemandada recurrente postula y de su efectiva (o no) conformación a la luz de las constancias de autos, resulta imprescindible, en la intención de dotar a este pronunciamiento de autonomía conceptual y lógica, reseñar, aun sucintamente, las constancias de este penoso, largo y dotado de profuso aporte probatorio y de arduo debate dogmático proceso judicial.

En esa intención, hago la salvedad liminar de que en dicho relato priorizo (ahora) el contexto fáctico y la prueba que se relaciona con la faceta esencial de los agravios que sostienen esta instancia revisora (digo con ello, la inherente al factor de atribución aplicable al hecho bajo juzgamiento, las atribuciones legales de responsabilidad que de él puedan derivarse, y la eventual existencia de alguna eximente que, en la posición del apelante, justificaría revocar el fallo a quo, y, en función casatoria, desestimar integralmente la demanda, toda vez que la profusa prueba y también algún agravio puntual que se relacionan con la extensión del resarcimiento declarado en anterior instancia quedan para un segundo estadio, supeditado a la respuesta que se confiera al primero: si no hubiera responsabilidad, no habría debate sobre el alcance de los rubros indemnizatorios).

Básicamente, conforme al relato de los hechos que propone el escrito introductivo de la instancia (fojas 10/26, en la cual accionan los padres de la víctima directa del daño, el por entonces menor F. M. M. C., en representación de este último), el día sábado 10 de febrero de 2.007, el joven M., junto con otros amigos y amigas invitados a tal fin por la familia de S. M. (quien cumplía exactamente un mes después sus quince años), concurre a las instalaciones del Club Atlético Colón de esta ciudad de Santa Fe (en particular, al Estadio "Brigadier Lopez" sito en Avda. Juan José Paso y Bvard.Zavalla en el sur de la misma), para realizar una serie de actividades previstas para la confección de un video que se presentaría en el festejo del cumpleaños, y en el cual los amigos y amigas de la menor M., a instancia de la familia de esta última, simularían realizar un partido de fútbol en dicho estadio, y luego pasarían a la pileta del establecimiento. Viene al caso poner de resalto que he tenido oportunidad de ver el video de marras acompañado como prueba y reiteradamente citado en el decurso de esta causa, el cual es de escasa duración y registra los dos ámbitos premencionados: en el campo de fútbol, con los chicos y las chicas simulando enfrentarse en un partido, y luego en la pileta de natación olímpica del Club, en el cual prioritariamente se enfoca a la destinataria del festejo y a alguna amiga, pero sin la presencia de los amigos varones.

Relata el escrito introductivo de la instancia que para que pudieran llevarse a cabo esas actividades programadas (que comenzaron alrededor de la media mañA. de ese sábado estival del año 2.007), la familia de la joven M. (en concreto, su padre, J. M.) había celebrado un contrato oneroso con las autoridades del Club Colón por el cual se les permitiría el ingreso irrestricto a las instalaciones (vestuarios, campo de juego y luego pileta y quincho), se les proveería de indumentaria deportiva para el partido simulado, y además se incluía el almuerzo, que les "venderían los concesionarios" de la piscina.

Señala la demanda -en síntesis- que habiendo ingresado al Club sin restricción alguna los invitados, habiéndose cambiado en el vestuario donde se les proveyó la ropa deportiva para el encuentro ficticio, y desplazándose luego hacia la zona de pileta y quincho, sin que hubiera allí advertencia alguna del peligro que representaba el muy bajo nivel del agua de la piscina olímpica y sin que hubiera guardavidas que previnieran eventuales accidentes, se produjo el lamentable accidente que generó en F.M. un cuadro irreversible de incapacidad total derivada de cuadriplejia por fractura y aplastamiento de vértebras cervicales, producido cuando éste, no advertido debidamente del riesgo premencionado, se zambulló de cabeza en el natatorio sin poder prever las consecuencias, y golpeó con su cabeza contra el fondo produciéndose las terribles secuelas que lo tienen desde entonces y para siempre postrado, sin control de esfínteres, sin sensibilidad, y sin movilidad en ninguna de sus extremidades.

Aluden los demandantes que si el natatorio hubiera tenido el caudal adecuado de agua, o si se hubiera advertido debidamente a los jóvenes del riesgo que implicaba la escasa profundidad con que contaba, el accidente no hubiera ocurrido, siendo que -y esto es relevante dentro del contexto de la prueba, a evaluar infra-, "pasó mas de una hora desde que llegaron al sector de piletas" hasta que ocurrió el infausto accidente, "sin que nadie los advirtiera de los riesgos".

A los efectos de subsumir los hechos en el contexto normativo aplicable, la demanda alude a que por una parte, siendo una pileta de natación una cosa claramente riesgosa, el factor de atribución aplicable a la responsabilidad civil operativa en el caso es nítidamente objetivo, sustentado en la norma del artículo 1.113 del Código Civil; agregando que mediando un contrato entre la familia M. y el Club Colón (y los concesionarios), hay en el caso una estipulación a favor de terceros (los invitados al evento) que lleva las cosas al resguardo de la obligación de seguridad derivada de ese vínculo convencional, siendo además dicho contrato típicamente consumerista, lo que suma a ese deber de indemnidad personal la obligación del prestador del servicio de brindar información adecuada a ese consumidor (ya sea que se lo considere, a M., consumidor directo o indirecto -o "by stander"-), todo lo cual fue claramente incumplido.Agrega el escrito introductivo de la instancia que en el caso del Club Colón, se suma además otro factor de atribución de rango objetivo, que es la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes (en el caso, de los concesionarios de la pileta), siendo además claramente inoponible a la víctima la cláusula de exoneración de responsabilidad que se pactó en el mencionado contrato de concesión, lo que hace meramente al estatuto interno entre concedente (el Club) y concesionario (los codemandados N. y L.). En relación a estos últimos, la demanda postula que hay responsabilidad subjetiva culposa, por mantener el nivel de agua de la pileta en un límite harto riesgoso para la seguridad de los bañistas, y por no haber informado a los asistentes el riesgo que ello implicaba. Califican a la explotación comercial de un natatorio como una actividad riesgosa, que vincula el débito resarcitorio por los daños que pudieran derivarse a terceros de la misma.

A partir de ese contexto fáctico y normativo, postulan una indemnización comprensiva de varios rubros resarcitorios (incapacidad sobreviniente, daño emergente, daño moral, lesión estética y daño sicológico), que cuantitativamente importa una suma elevada, proporcionada al nivel terrible e irreversible de las lesiones corporales sufrida por el joven M., y ofrecen la prueba que da sustento a su pretensión.

Al contestar la demanda el Club Atlético Colón (fojas 71/94), niega enfáticamente no la existencia en sí del hecho (el accidente, y sus circunstancias de tiempo y lugar), sino el contexto fáctico que en relación con él proponen los actores. Mencionan que es absolutamente falso que la familia M. hubiera celebrado un contrato oneroso con esa institución para que su hija y sus amigos disfrutaran de un día dentro de sus instalaciones, que M.(padre) realizara gestiones previas para obtener la autorización correspondiente y que realizara "un importante esfuerzo económico" para concretarla, que las instalaciones del Club les fueran alquiladas o que dirigente alguno del Club tuviera ni siquiera noticias de lo acontecido, señalando que este último no alquila las instalaciones a particulares y que las únicas veces que lo hizo, institucionalmente, constan en los contratos que se acompañan en copia y se relacionan con importantes eventos deportivos (partidos internacionales de fútbol y de rugby, o festivales musicales) que son de público conocimiento. Niegan que existiera "un programa convenido" y que el Club se haya ofrecido de modo alguno en "prestar ese servicio", agregando que es totalmente falaz que incluso se aluda a que el concesionario de la pileta se comprometía a "venderles el almuerzo", siendo que tal tipo de prestaciones, además, está concesionada al Buffet (por entonces, bajo el nombre comercial de "Brazas Negras"), y que por ende resultaba imposible que aquello fuera cierto. Niega que personal del club les proveyera a los jóvenes de la vestimenta para el partido de fútbol simulado para el video, y que dirigentes o dependientes de la institución autorizaran luego el acceso a la zona de pileta, manifestando desconocer -y en su caso, si así fuera, sería responsabilidad exclusiva de ellos- que los concesionarios del natatorio hubieran autorizado ese acceso. Niegan que la situación de la pileta olímpica del Club (en relación con el nivel del agua que tenía a esa fecha) fuera riesgosa en absoluto, dado que la misma estaba en ese tiempo estival asignada a la colonia de vacaciones de niños menores de edad que en número de 400 estaban inscriptos y practicaban actividades acuáticas cotidiA.s en el lugar; y niegan la inexistencia de guardavidas el día del hecho, ya que ambos concesionarios (N. y L.) son precisamente guardavidas profesionales. Agregan que ninguno de los asistentes (ni M., ni sus hijos, ni los invitados) eran socios del Club, y que si como se aprecia en el video acompañado como prueba la joven S.M., estando dentro de la pileta, tenía el agua a la cintura, era de toda obviedad que zambullirse de cabeza como inopinadamente lo hizo M. resultó la única causa relevante para el lamentable desenlace del cual él fuera víctima directa, sin que quepa derivar responsabildades a nadie mas que a él mismo. Puntualiza que si como la propia demanda lo postula, pasó mas de una hora desde que los jóvenes llegaran a la zona de piletas (lapso en el cual se llevó a cabo el video), es lo lógico que ellos tuvieron tiempo mas que sobrado para advertir la profundidad del agua (que, se aclara, estaba así cumpliendo disposiciones reglamentarias nacionales y comunales vinculadas al desarrollo de colonias de vacaciones de niños), lo cual refuerza nítidamente la imprudencia del joven M. al hacer lo que hizo.

En relación con el fundamento normativo de la pretensión de los accionantes, niegan que una pileta de natación por sí misma deba ser catalogada como cosa riesgosa, lo cual sólo puede suceder en función de las circunstancias que rodean el hecho que activa un reclamo puntual; negando además, al negar la existencia de un contrato entre M. y el Club, que mediara una obligación de seguridad, que tal contrato fuera consumerista y por ello implicara un deber u obligación singularizado de información, que pudiera predicarse una supuesta e inexistente "estipulación a favor de un tercero", y que el Club sea responsable como principal de sus concesionarios (supuestamente dependientes), así como también niega que el quehacer de estos últimos pueda ser calificado como "actividad riesgosa".

Niegan también los alcances de los rubros resarcitorios invocados, y ofrecne prueba de descargo.

A fojas 103 comparece como citada en garantía la aseguradora de los concesionarios N. y L., contestando la citación y oponiendo el límite de la cobertura, conforme a la póliza oportunamente suscrita entre ellos.

Los codemandados N. y L.contestan a su vez la demanda mediante el escrito glosado a fojas 125/136, en el cual, luego de una negativa genérica de los hechos postulados en la demanda, niegan singularmente que M. hubiera alquilado la zona de pileta y de quincho, que mediara un contrato de ninguna naturaleza, que se hubiera convenido la prestación de servicios adicionales (almuerzo, buffet, etc.), que se le cediera la indumentaria deportiva oficial de la institución para el partido de fútbol simulado para el video, que los jóvenes participantes de la reunión se encontraran habilitados para disfrutar de la piscina, que el acceso a la misma fuera libre o ilimitado, que el nivel del agua en la pileta fuera riesgoso para la salud o integridad de los bañistas, y que no hubiera guardavidas presentes. Niegan también la aplicación del contexto normativo propuesto en el escrito introductivo de la instancia, y proponen (como corresponde en purismo procesal) un relato alternativo de los hechos -básicamente, similar al formulado por el Club codemandado- . Añaden que codemandados como guardianes de la cosa riesgosa (pileta) en la cual acaeciera el lamentable accidente al hijo de los accionantes, no son jurídicamente "guardianes", sino meros tenedores, toda vez que el contrato de concesión que oportunamente suscribieran con las autoridades del Club Colón claramente así lo dispone al conferirles el rol de concesionarios, señalando el mismo que reciben "la mera tenencia de las instalaciones y los muebles..." y que llegado el fin del vínculo "deberán proceder a la restitución de las mismas". Abundan consignando que en realidad, aunque el contrato alude a la figura de la "concesión", técnicamente es sólo un "permiso de uso precario", oneroso, que no implica la guarda, y con ello es sabido que no habiendo guarda sino tenencia no es predicable al respecto del mero tenedor el deber de seguridad.A todo evento, y si se pretendiera imputarle "culpa" en sentido genérico, pasa revista a las diversas configuraciones del término (tanto en orden a los conceptos de "imprudencia", "negligencia", "impericia en el arte o profesión" e "inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes a su cargo", afirmando que su quehacer en el hecho dañoso nada tuvo que ver con tales caracterizaciones, ya que nada puede imputárseles a él y a su esposa en relación con lo acontecido, que fue producto exclusiva y excluyentemente de la imprudencia del joven M., al arrojarse de cabeza en la pileta, contraviniendo las claras indicaciones en contra de tal accionar y sin advertir la evidente -también- circunstancia de que el nivel de agua, así predispuesto para el uso de los niños colonos de la temporada veraniega, no era apto para esa riesgosa práctica. "Ad eventum", argumentan también con que aún suponiendo que quisiera atribuírseles alguna forma de responsabilidad -que niegan-, operaría en la especie una eximente singularmente prevista en el propio artículo 1.113 del Código Civil, cual es la del uso de la cosa riesgosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, toda vez que el ingreso del grupo invitado por M., tanto al Club como a la zona concesionada de pileta y quincho, fue claramente cA.lizado por vía de la figura de abuso de confianza del propio M., y sin el conocimiento ni mucho menos el consentimiento de las autoridades respectivas.Cuestionan también, independientemente, la cuantía de la demanda y ofrecen prueba en apoyo de sus dichos.

De tal modo trabada la litis -y prescindiendo de incidencias procedimentales que no hacen al fondo de la cuestión-, el mayor volumen de lo hasta aquí actuado se corresponde con la producción de prueba que, por su naturaleza, no pudo ser rendida de manera directa en la audiencia oral de vista de causa (donde fundamentalmente operan la testimonial y las absoluciones de posiciones, de lo cual la sentencia ahora puesta en crisis hace un relato suficientemente detallado como para que este Tribunal ad quem, pese a no contar con registros directos de lo allí actuado -y por eso se aplica la restricta y singular vía recursiva de la apelación extraordinaria en el juicio oral-, tenga una referencia de ello). Pasaremos sucinta mención a la mas relevante, y, en particular, a la que concierne en especial al contexto fáctico del hecho en sí, sabiendo que en caso de concluir en que debe mantenerse el débito indemnizatorio, abordaremos los cuestionamientos vinculados a su cuantía.

Así, en la etapa de producción probatoria previa a la audiencia de vista de causa (documentada en acta de fojas 665 a 668), se destacan como elementos relevantes la pericia médica de fojas 270 y ss. (que acredita el grado de incapacidad total y permanente que sufre, lamentablemente, el joven M., siendo que las lesiones en su columna cervical y médula espinal no parecen permitir ser revertidas quirúrgica ni terapéuticamente); la copia de la credencial de guardavidas profesional del codemandado N. glosada a fojas 313; la prueba informativa rendida por la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe que acredita que a la fecha del hecho la pileta de natación olímpica del Club Colón estaba asignada a la Colonia de Vacaciones de niños y niñas (con las consecuentes constancias de fojas 353/354 y 363); la pericia médica de fojas 366 y ss. que acredita la existencia de lesiones estéticas en F. M.fundamentalmente derivadas de las reiteradas prácticas quirúrgicas a las que debió ser sometido para fijar su colu mna cervical, permitir la respiración -traqueotomía-, y fijar las cánulas y drenajes; la pericia sicológica que informa sobre la situación en ese aspecto de la víctima (fojas 380/385); la pericia contable ofrecida por la codemandada Club Atlético Colón de Santa Fe que ilustra sobre la inexistencia de contrato alguno con J. M. para el uso de las instalaciones, así como que este último no es socio de la institución; la pericia médica neurológica (fojas 542 y ss.); otra pericia médica (fojas 623); la copia de la historia clínica elaborada en el Hospital de rehabilitación neurológica "Vera Candioti" (fojas 625 y ss.); las copias de las historias clínicas quirúrgicas (fojas 631/632); y la constancia de la habilitación de la pileta en cuestión (fojas 637).

Como lo hemos anticipado, a fojas 655 a 668 obra glosada el acta de la audiencia de vista de causa, y a fojas 712 a 740 el fallo del Tribunal sobre el fondo de la cuestión, que concluye acogiendo la demanda en los rubros reclamados, pero con la salvedad de que se imputa responsabilidad en un 70% a los codemandados en forma concurrente, y en el 30% restante al propio actor, proporción en la cual se imponen las costas.

En dicha pieza procesal, el Tribunal a quo relata el contexto de las declaraciones prestadas por los testigos y por los absolventes, respecto de lo cual los aspectos mas destacados a los fines del diseño fáctico de lo acaecido pueden reseñarse así:

El por entonces Vicepresidente del Club Colón, Sr. Rubén Moncagatta, presta prueba confesional negando la existencia de autorización alguna por parte de la institución para J. M.y sus familiares para el uso de las instalaciones, señala que las piscinas están dispuestas para el uso por los socios de la institución y no para cualquier persona, que los guardavidas los contrata el concesionario de la pileta, y que nadie -salvo autorización expresa de la Comisión Directiva- podía acceder al campo de juego por razones que hacen al mantenimiento del mismo para los partidos profesionales del equipo del Club.

El testigo D. O. (quien hizo la filmación del video para el cumpleaños de S. M.) dice que ingresaron por la puerta principal de calle Juan José Paso, que les abrió un señor que estaba allí pero que no les pidieron identificación, y que se supone que tenían permiso. Obviamente, él fue contratado por J. M.

El testigo A. M. (hijo de J. y hermano de S., amigo a su vez de la víctima) declara que ingresaron con su familia en el automóvil conducido por su padre, por la puerta principal, que fueron al vestuario, que les dieron la ropa deportiva, que hicieron el simulacro de partido y luego se cambiaron y fueron hacia la pileta. Menciona que N. les dijo que se bañaran y entraran en ella, que en la parte playa el agua le llegaba a él a la cintura (es el lugar adonde se zambulló F. M.), y en la honda al pecho; que M. fue el único que se tiró, que no había carteles indicando que estaba prohibido zambullirse, y que no había guardavidas. Agrega que tanto él como su hermano menor ingresaron a la pileta por la escalerilla.

El testigo N. M. (hermano menor del anterior y de S. M.) coincide en que entraron por la puerta principal, que fueron en el auto de su padre y que incluso les permitieron el acceso con el vehículo al playón que está sobre Avda. Juan José Paso; que el utilero les dio las camisetas y después fueron a la pileta, y que N. les ofreció gaseosas.Cuenta que él ingresó a la piscina por la escalerilla, que el agua le llegaba arriba de la cintura; que otro chico (F. S.) se tiró "parado", y F. (M.) "hizo un clavado". Dice que no había carteles prohibiendo zambullirse, y que N. lo único que les pidió es que se ducharan antes de entrar al agua.

El testigo F. S. (amigo) también coincide básicamente con ello, dice que él se tiró primero tipo "bomba", y se hizo mal en una rodilla. Declara que no había carteles, y que N. sólo les dijo que debían ducharse. En similares términos declara Carolina Bálteo (amiga), quien cuenta que a la pileta ingresaron unos cinco chicos y chicas (ella no); y que "una persona morocha" les dijo que se ducharan antes de ingresar al agua.

J. M. (padre de S. y de A. y N.) coincide en que ingresó con su auto al predio, que lo hizo luego caminando por la puerta de debajo de las tribunas "porque no hay llave" (lo sabe porque "hacía operativos y era asiduo visitante del club"); menciona que lo autorizó "el señor García", y que el utilero Lucho Perez les dio las remeras del club y les permitió hacer un simulacro de partido para el video. Dice que la autorización fue verbal ("nada escrito", "todo fue de confianza"); cuenta que ingresó a la pileta porque no había puerta ni reja, que habló con N. y le dijo que podían pasar y sacarse unas fotos. Que cuando ve que F. (M.) se tira de cabeza (incluso con las piernas que en el aire se le fueron para adelante, como si se hubiera querido frenar), se pregunta "por qué se tiró este tarado".

El testigo R. S. es entrenador de natación del Club Gimnasia y Esgrima de Santa Fe, y relata que este club contrataba a Colón la pileta para que entrenaran sus nadadores.Dice además ser entrenador del equipo nacional de natación, y que en tal carácter iba allí. Cuenta que el nivel del agua en la pileta era el correcto para ese uso (1,20 a 1,30 de profundidad), y respecto del tema de la cartelería de advertencia expresa que "hay demasiados carteles, casi obsesivos del control de los bañistas"; la regla es ingresar al agua por las escalerillas y N. siempre insistía en eso, y las prácticas de entrenamiento de las largadas no las hacía porque "el piso está muy cerca del pelo de agua". Menciona que usualmente N. tiene dos guardavidas, aunque no sabe si ese día estaban porque se iba antes del horario de apertura de las actividades de la colonia. Señala que "tirarse de cabeza es todo un riesgo", y que la Municipalidad "nos pide carteles de prohibiciones"; dice que los carteles estaban en los árboles, en las paredes, y que él los miraba siempre: "no corran, ducha previa, no colocarse geles, no tirarse de cabeza", son los básicos.

El testigo Julio César Ponce relata que tenía a sus hijos en la colonia y él iba a la pileta; expresa que estuvo en ella después del accidente, dice que había carteles de advertencia, en la entrada al quincho y pegados también en los árboles, decían que no había que correr, no tirarse desde los bordes, no de cabeza, ingresar por la escalera. Expresa que normalmente había guardavidas, que no sabe si estaban cuando ocurrió el hecho. Dice que él es administrador de la Cruz Roja de Santa Fe y que los carteles de advertencia son los que hay en cualquier natatorio que cuide a sus bañistas.

Finalmente, C. A. N. (codemandado), al absolver posiciones relata que M. habló con él y él (N.) supuso que estaba autorizado para ingresar al club y por eso accedió a que lo hicieran a la zona de pileta y quincho, que M.le pidió permiso para que los chicos se saquen unas fotos, que él (N.) los sentó en una mesa, y que las chicas fueron frente al quincho y se sacaron fotos. Cuenta que en un momento ve a dos muchachos que se tiran a la pileta, que él les gritó que no lo hicieran, pero que uno se tiró de cabeza y luego sucedió lo que sucedió. Relata que repartían volantes con normas internas y carteles por todos lados, que siempre les decían que no podían zambullirse porque la pileta era para bañistas y no para arrojarse.

A fojas 124 obra glosado un ejemplar de esos volantes a los cuales alude su testimonio, en el cual se aclara, entre otras cosas, que la profundidad del natatorio es de 1,10 mt. de mínima y 1,30 de máxima, y que para evitar accidentes "se solicita .... no tirarse del borde de la pileta".

A partir de este contexto fáctico, el Tribunal Colegiado expone los argumentos por los cuales concluye acogiendo en gran proporción la pretensión resarcitoria contenida en la demanda (en un 70%, restando un 30% de culpa propia que imputa a la víctima). Ubica el marco normativo del caso en el texto del artículo 1.113 del Código Civil -por considerar que una pileta de natación es una cosa objetivamente, y en abstracto, riesgosa-, y con ello deriva la presunción de causalidad inherente a dicha traslación de la carga probatoria, considerando en virtud de tal sistema legal que como pauta de base el dueño de la cosa riesgosa (el Club Colón) y el guardián de la misma (el matrimonio N.-L., concesionarios) deben responder por el daño (al menos, en la parte no imputable a la eximente parcial conformada por el aporte minoritario de culpa de la propia víctima que consideran cuantificable en un 30% del nexo causal integral), no siendo oponible a esta última la cláusula de exoneración de responsabilidad pactada en el contrato de concesión glosado a autos.

La sentencia atribuye a N. y L.culpa por la ausencia de guardavidas en el momento de los hechos, así como por no haber advertido a los adolescentes que ingresaran al sector de natatorio y quincho sobre los riesgos derivados del escaso nivel del agua (estima el fallo que varios de ellos que ya habían entrado al agua antes de que M. se arrojara), "no siendo imprevisible que alguno lo hiciera". Señala que aunque hubiera carteles advirtiendo el riesgo, ello no era suficiente, ya que ninguno de los jóvenes que brindaron sus testimonios en la causa recordaban haberlos visto. Agrega que no es reprochable el nivel de agua de la pileta, ya que se adecuaba a las reglamentaciones vigentes para el uso de los niños que asistían a la colonia de vacaciones. Estiman los sentenciantes que el ingreso al club no fue clandestino, que les permitieron hacerlo, que ingresaron al vestuario y les prestaron indumentaria deportiva, y que estuvieron en total como una hora y media o dos en el club, lo cual demuestra que había voluntad implícita de permitirlo, ya que era el propio Club quien debía controlar el ingreso de personas a sus establecimientos. Consideran que M. incurrió por su parte en un aporte causal culposo propio, por habers e arrojado de cabeza en la pileta sin haber constatado si la profundidad del agua lo permitía, estando probado que "le gustaba muchísimo el agua", y que tenía experiencia en nado en río y pileta. Concluye, como se ha anticipado, atribuyendo un 30% de culpa propia a la víctima y un 70% a los codemandados, y en tal proporción se viabiliza la pretensión contenida en la demanda.A partir de allí, y en esos porcentajes, se A.lizan los rubros resarcitorios, concedidos integralmente (a nivel conceptual).

Notificado el fallo condenatorio, hemos aludido supra a que se alza en apelación extraordinaria la asociación civil "Club Atlético Colón de Santa Fe", concretando su planteo impugnativo a través del memorial glosado a fojas 745 a 761, recurso que originariamente es denegado en su concesión por el Tribunal a quo, y luego concedido por esta Sala al hacer lugar a la queja articulada -por actuaciones separadas que obran agregadas por cuerda a este principal-.

En su diseño metodológico, primeramente se explicitan las razones en cuya virtud el planteo da satisfacción a las condiciones de admisibilidad (temporaneidad, pronunciamiento definitivo, legitimación, competencia, fundamentación coetánea con la interposición), las cuales, obviamente, fueron evaluadas por el suscripto al tratar la cuestión precedente dentro de la estructura de esta pronunciamiento, concluyendo en que no había razones para modificar lo dispuesto al conceder la queja.

A partir de allí, aun con ciertas imprecisiones en la cita expresa de las normas comprometidas, postula que los vicios atribuídos al fallo a quo se relacionan con los de violación de las formas sustanciales con afectación del derecho de defensa en juicio (art.42 inciso 1°, LOT); violación de la ley (ibidem, inciso 3°) y violación de la doctrina legal (ibidem, inciso 4°). Cabe desde ya consignar que en relación con este último no se propone una fundamentación autónoma que lo haga plausible, ni tampoco se acompañan copias de los pronunciamientos previos de alguna Sala o Salas de esta misma Cámara que puedan justificarlo, tal como lo impone el referido inciso 4° del artículo 42 de la ley 10.160.

Puesta la entidad recurrente a postular las razones en cuya virtud considera conformadas tales causales legales de descalificación, señala en primer lugar que el fallo omite tener en consideración que el actor no probó que hubiera existido autorización alguna, expresa o tácita, de parte del Club Colón, para que ese día el grupo de jóvenes encabezado por la familia M. ingresara a sus instalaciones. Agrega que la demanda alude a la existencia de un contrato, oneroso, y nada de eso se ha probado, al contrario, la prueba pericial contable ilustra que ningún contrato -ni oneroso ni gratuito- fue celebrado por las autoridades del Club con el señor J. M., y éste mismo reconoce que solicitó autorización meramente verbal al señor García (hecho consignado en la audiencia de vista de causa dentro de la declaración testimonial de J. M., quien en la causa tuviera el rol sólo de citado a nivel de denuncia de litis, con lo cual no integrara el litis consorcio pasivo de los codemandados, y por lo cual se pidió como hecho nuevo la acreditación de que el citado García no integraba al tiempo de los hechos la Comisión Directiva, y que no podía dar autorizaciones por cuanto sólo figuraba como miembro de alguna Comisión anterior, que había cesado mucho antes en sus funciones), y que quien les permitió el ingreso al vestuario (según los dichos del mismo M.) fue el utilero "Lucho" Perez, todo lo cual demuestra que M.abusó de la confianza con algún personal subalterno que lo conocía porque el primero hacía usualmente, como oficial de la Policía de la Provincia, adicionales en los partidos oficiales del equipo de Primera División del Fútbol Argentino donde milita el Club Atlético Colón, siendo notorio que ni García ni Perez podían conferir por sí mismos autorizaciones de ninguna índole. Con ello, el Club institucionalmente nunca tuvo ni siquiera conocimiento del contingente que lo visitaba, y a partir de allí no hubo nunca autorización alguna para el uso de sus instalaciones, siendo M. el único responsable por haber gestionado un acceso informal y subrepticio (para las autoridades del Club), que hace imposible que se tomen recaudos o resguardos, desatendiendo la clara preceptiva del artículo 1.113 del Código Civil que exime de responsabilidad por los daños causados por una cosa riesgosa o viciosa cuando la misma fuera empleada contra la voluntad expresa o presunta de su dueño o guardián.

Agrega la recurrente, en segundo lugar, que es descalificable el fallo a quo al no considerar, a la luz de las efectivas constancias de la causa, que la culpa de la propia víctima fue el elemento causal exclusivo y excluyente del daño por ella sufrido, y que por ende la demanda debió rechazarse. Entiende que los dichos de los testigos S. y Ponce acreditan fehacientemente la existencia de carteles que advertían sobre la prohibición (entre otras) de zambullirse de cabeza; e incluso el mismo M. declara que les advirtieron a los chicos que para ingresar a la pileta debían bajar por las escaleras. Respecto a la imputación a N. de la falta de guardavidas, olvidan los sentenciantes que el propio N.era - aparece probadamente en autos tal rango- guardavidas profesional, con lo cual el argumento resulta insostenible.

Se argumenta luego contra la admisión del rubro daño emergente (que se estima no probado), y con la aplicación de intereses (que se juzgan excesivos).

Hecho de tal modo -o, al menos, intentado- un "racconto" de lo documentado en la causa en lo hasta aquí actuado, cabe adentrarse al análisis que de los agravios incumbe a este Tribunal revisor "ad quem".

En ese designio, parece importante ante todo tener en consideración que si bien esta Cámara de Apelaciones, mediante doctrina plenaria sentada en el precedente "Robledo c/ Barceló" (del 10.9.99, protocolizada en el registro de esta Sala Primera en el tomo 47 de Fallos, al folio 413) estableció que abierta la procedencia de un recurso de apelación extraordinaria por vía de la concesión de una queja en relación con una de las causales que contempla el artículo 42 de la ley 10.160, puede la Sala avocarse al tratamiento integral de las otras causales, tal revisión, si bien elastiza de alguna manera la regla del "tantum devollutum quantum appellatum", no puede implicar que ella vaya mas allá del marco de los agravios que conforman el sustento de esas otras causales, vale decir, no habilita a la Sala a sostener agravios no formulados. Con ello, aun cuando en la especie hemos anticipado que la causal de violación de la doctrina legal no ha sido acreditada ni siquiera a nivel elemental, la valoración del fundamento del recurso bajo consideración no puede ir mas allá de lo que el recurrente propone como supuestos de procedencia de su planteo.

A partir de esa premisa, parece claro que la estrategia impugnativa del único recurrente (el Club Colón, toda vez que los codemandados N. y L.no apelaron el fallo de anterior instancia) pasa por tres argumentos "fuertes": a) que el fallo no atendió al hecho (para ellos, probado) de que el ingreso del grupo en el cual se contaba la víctima a las instalaciones del recurrente no se corresponde con el relato que al respecto postula la demanda (en el sentido de que no hubo contrato alguno entre M. y el Club, e incluso que este último ignoraba absolutamente la visita del contingente de jóvenes que el primero de ellos invitara a participar en las actividades tendientes a la confección de un video en miras al inminente cumpleaños de quince años de su hija S. (con lo cual operaría la causal de exoneración de responsabilidad prevista en la parte final del artículo 1.113 del Código Civil correspondiente al uso de la cosa riesgosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián); b) que aún suponiendo que el accionar del concesionario (el matrimonio N.-L.) se pretendiera que pudiera vincular la responsabilidad del dueño de la pileta donde acaeciera el accidente (el Club Colón), no se tuvo en cuenta el contexto probatorio que evidencia que aquellos tampoco incurrieron en un accionar omisivo que pudiera calificarse como culposo; y c) que la sentencia yerra al no apreciar las claras pruebas que muestran que la única y exclusiva causa del daño sufrido por F. M.fue su propia negligencia, al desatender las advertencias claras que prohibían zambullirse de cabeza como lo hiciera, en una pileta con escaso nivel de agua, reglamentariamente así preordenado para el uso que le correspondía, y además siendo claro y notorio que ese nivel de agua era apreciable a simple vista.

A título personal, y dejando constancia desde ya que a nivel humano me pesa terriblemente apreciar el devastador cuadro médico, neurológico y anímico que un joven de apenas dieciocho años (a la fecha del hecho, unos veinticinco años a la fecha de este pronunciamiento) padece, con pronóstico irreversible, entiendo que la manera en la cual corresponde resolver este litigio no puede verse influída por tal apreciación emocional, habida cuenta que no estamos juzgando un subsidio o una prestación asistencial propia del Estado, sino la responsabilidad civil de personas físicas y jurídicas que, prosperando la demanda, deben hacerse cargo del resarcimiento de esos inconmensurables daños personales y morales con su propio patrimonio.

A partir de allí, parece aceptable que hay hechos relatados en la demanda (y objeto de prueba) que no fueron controvertidos, y que por ende no ameritan valoración alguna respecto de su acreditación, y otros que, claramente, sí han sido cuestionados por los codemandados.

Entre los primeros, no hay debate respecto al lugar, día y hora en el cual acaeció el triste episodio que generó secuelas tan terribles en la salud física y mental del joven F. M. C., así como que las mismas se generaron en un traumatismo (probablemente encefalocraneano) que sufriera al ar rojarse de cabeza en la pileta de natación olímpica del Club Colón de esta ciudad de Santa Fe, cuando el nivel de agua que la misma tenía en esas circunstancias (la mañA. del sábado 10 de febrero del año 2.007) no era apto para ese tipo de zambullidas.Tampoco lo hay (mas allá de agravios puntuales vinculados al rubro "daño emergente" y a la tasa de interés que el fallo a quo aplica) respecto a los alcances de la severísima discapacidad (total e irreversible) que la lesión en la médula por fractura de dos vértebras cervicales y estallido de otra sufriera la víctima directa del daño.

Ahora bien, he puesto de resalto a título personal que aquella "expansión" -si lo fuera- de las facultades revisoras de la Sala que dimA. del Pleno expedido por la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe en la causa "Robledo c/Barceló" del año 1.999, que permite, abierto el recurso de apelación extraordinaria por una causal, revisar el fallo a quo en función de otras causales no tratadas en la queja, no puede por una parte abrir tales potestades por encima o por fuera de los propios agravios del recurrente.Y agrego ahora, tampoco puede desbordar el principio de congruencia -a riesgo de incurrir en arbitrariedad-, en el sentido de que aún en la razonable búsqueda de la verdad material en orden al contexto fáctico debatido en la causa, no puede desatender el relato que respecto de ello han hecho las partes al demandar y responder la demanda.

En esa inteligencia, y liminarmente discrepando con la evaluación de los hechos (y, sobre todo, de la prueba) que formulara el Tribunal Colegiado a quo, soy de la opinión de que muchas de las aseveraciones propuestas en el escrito introductivo de la instancia no han encontrado eco en el acervo probatorio incorporado al proceso, lo cual, obviamente, tiene incidencia negativa en el sostenimiento de la posición procesal por ella propiciada.

Así, dicen los actores que la presencia de la víctima (M.) dentro de un grupo de jóvenes que el día sábado 10 de febrero de 2.007 ingresaron y permanecieron por un lapso de casi dos horas en las instalaciones del Club Atlético Colón de esta ciudad de Santa Fe, a los fines de preparar un video que se emplearía en una fiesta -posterior- de cumpleaños de la hija de J. M. (quien no es demandado en estos actuados, cuya citación como tercero fue requerida por los demandados, y respecto de quien se hizo una denuncia de litis pero que tuvo intervención declarando en el proceso como testigo, y, obviamente, no fue alcanzado por la sentencia de condena por no haber sido parte), obedeció a un contrato, oneroso, supuestamente celebrado entre el mencionado J. M. y las autoridades del Club (obviamente, de existir ese vínculo contractual, además con una contraprestación dineraria que supondría de alguna manera una suerte de alquiler transitorio de las instalaciones, sólo ellas podrían haberlo suscripto con el pretenso locatario), respecto del cual incluso se dice (en la demanda) que los concesionarios del quincho y la pileta (los codemandados N.y L.) se habrían comprometido a negociar con los jóvenes un servicio de buffet al mediodía. De la invocada existencia de ese contrato se derivan, a nivel jurídico, determinados encuadres normativos que la propia demanda postula, como los que aluden al incumplimiento -por los codemandados- del consecuente deber de seguridad inherente a la prestación comprometida por ellos, y además el del deber de información por ser ese contrato de rango nítidamente consumerista.

Ahora bien, es lo cierto que la existencia de ese supuesto contrato, cuya carga de acreditación obviamente incumbía a quien lo invocaba (el accionante), por ser, como lo menciona el artículo 377 del CPCyC de la Nación (obviamente, no aplicable en el sub lite pero sí claro en una formulación que dogmáticamente cuenta a hoy con consensos incontrovertibles), un supuesto de hecho que integra la norma que se menciona como fundamento de su pretensión, no ha sido demostrada.

No sólo no se incorporó a la causa ningún elemento documental que permita tenerlo por cierto -de hecho, la prueba pericial contable ofrecida y rendida a instancia de la parte demandada que luce glosada a fojas 392 y ss. ilustra respecto de su inexistencia en las constancias del Club, así como también de que el mencionado J. M.ni siquiera era socio de la institución-, sino que además el mismo M., cuando depone como testigo (según lo menciona la sentencia a qua, toda vez que ese testimonio fue rendido oralmente durante el decurso de la audiencia de vista de causa, y por ende no quedaron sus dichos documentados por escrito en el expediente), menciona que lo que permitió el acceso del grupo en el cual se contaba la víctima a las instalaciones de la demandada fue una autorización verbal (que él atribuye a un ex dirigente de la institución, al día de hoy ya fallecido, y quien no fue citado como testigo, así como al utilero de nombre "Lucho" Perez, quien tampoco fue convocado a declarar), no existiendo nada escrito, habiendo sido "todo de confianza", y sin aludir a que hubiera de su parte contraprestación dineraria alguna para ello.

Va de suyo que no estando probado el contrato que la demanda menciona como sustento del invocado incumplimiento de los deberes secundarios de seguridad e información, estos últimos no resultan predicables, ni puede estimarse que la víctima del daño pudiera asumir el rango de "consumidor" de un supuesto servicio comprometido, ni de manera directa ni indirecta (como "by stander", según también se lo postula en el escrito introductivo de la instancia).

A) El tema se vincula con el primero de los agravios que sostienen este recurso (según la estructuración de los mismos que mencionara "supra"), cual es la de la operatividad de la eximente de responsabilidad prevista en el párrafo final del artículo 1.113 del Código Civil, relacionada a que el daño no resulta resarcible cuando la cosa riesgosa o viciosa hubiera sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.

Ello lleva implícito, y quizás como un "prius", el consensuar si objetivamente, o por sí misma (mas allá de sus condiciones, situación o circunstancias) una pileta de natación es propiamente "una cosa riesgosa", máxime cuando, como se ha probado en el sub lite, la misma se adecuaba alas reglamentaciones vigentes para el uso que de ella debía hacerse (natatorio para niños menores de edad que asistían regularmente a una colonia de vacaciones; según se deriva del informe Municipal de fojas 319; de las constancias de habilitación de fojas 353/354, 356 y 637; y del testimonio especialmente calificado de R. S., entrenador de nadadores del Club Gimnasia y Esgrima de Santa Fe y de los equipos nacionales de natación, quien según consta en la sentencia ilustró al Tribunal a quo respecto a que el nivel del agua en el natatorio era el correspondiente al uso para el cual él estaba asignado).

Es sabido que aun en supuestos de responsabilidad objetiva, el reclamante siempre deberá acreditar la intervención activa de la cosa en el contexto perjudicial, que ella presentaba un vicio o que era riesgosa y la producción misma del daño (Conf. CNCivil, Sala H, 06/12/2010, Lexis Nº 1/70068742-1). A ello se suma que, cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando, cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues, en el contexto del párrafo 2º, segunda parte, del art. 1113 del Código Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño o guardián. Como lo consigna -entre otros- J. Mayo (aporte al comentario al artículo 1.113 del C.Civil en la obra "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigida por A. Bueres y coordinada por E. Highton, Hammurabi, Bs.As., tomo 3 A, pag. 632-, "...si se trata de cosas inertes, la víctima deberá justificar el comportamiento o posición anormales de las mismas, pues no puede presumirse la intervención activa en esos casos", concepto con el cual coincide J. Bustamante Alsina ("Teoría general de la responsabilidad civil", n° 1047). Sobre la base de esta sA.doctrina, la Corte Suprema Federal rechazó la demanda del piloto de una aeronave que se había resbalado bajando por la escalerilla del avión y se había lastimado al golpear contra la pista (conf. Corte Suprema, noviembre 19-991, en la causa "O'Mill, Allan E. c/Provincia del Neuquén", en La Ley 1992-D, pág. 226 y sigtes; Fallos: 314:1505).

El riesgo es un factor de atribución y, por ello, es una razón especial para responder. El fundamento de la responsabilidad es un riesgo creado, un peligro que la actividad genera, fincando el factor atributivo en un poder-deber relativo a esa fuente de peligro que domina o controla el obligado, de manera expresa o virtual. Se hallan comprometidas todas las personas que, por haber generado la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por lo tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control, a fin de evitar que ese peligro se actualice en daño. Por otra parte, para establecer si una cosa es riesgosa es necesario averiguar, frente al caso concreto, las características de la que ha intervenido en el evento dañoso, para saber si ofrecía un riesgo especial, intrínseco, normal y extraordinario, tal como se A.lizan las características de una conducta acorde con el art. 512 del Código Civil, para saber si ha sido o no culpable (conf. Matilde Zavala de Gonzalez, "Responsabilidad por riesgo", ps. 195 y sigs.). Es que "...El paradigma de imputación estriba en atribuir el daño a todo aquél que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo. De tal modo, esta teoría prescinde de la subjetividad del agente y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa de l efecto, para atribuírselo sin más" (conf. Alterini, Atilio A., "Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, 1970, págs.106 y sgtes., cita hecha en fallo de la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 25/11/1986, in re "Olguín, Mauricio c. Club Sportivo Balcarce" espigado en LL Online, AR/JUR/682/1986), y por ello "...el art. 1113 ha sido pensado para proteger a terceros extraños contra los riesgos ocasionados por las cosas; por ello es lógico poner a cargo de quien las aprovecha económicamente la reparación de esos daños. Muy distinto es el caso del que ha prestado un servicio gratuito a quien después resultó dañado como consecuencia de un infortunio. En este supuesto la víctima sólo tendrá derecho a la reparación de los daños si prueba que hubo culpa del que prestó el servicio". (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", tomo II, nº 1482, pág. 359, 9ª edición, La Ley, año 2008).

Como el art. 1113 del Cód. Civil no habla de "cosas riesgosas" sino de "riesgo de la cosa", habrá de calibrarse en cada caso la operatividad probable de la misma en cuanto elemento generador de daños. Para tal menester no es válido partir de la circunstancia de la efectiva concreción del daño, para concluir que la cosa es riesgosa. Tal proceder implica una petición de principios dando por probado lo que debió comenzar por probarse. (v. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 25/11/1986, in re "Olguín, Mauricio c. Club Sportivo Balcarce", espigado en LL Online, AR/JUR/682/1986).

Incluso se ha dicho que "la noción de riesgo no puede ser un posterius sino un prius, debiendo realizarse una valoración en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable concreto" (v. Ramón Daniel Pizarro, en Bueres - Highton, "Código Civil. Anotado y concordado", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, t° 3 A, pág.556).

Por diversa línea, llega a similar resultado la posición de Ghersi y Weingarten, quienes predican que "la contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa riesgosa o no por naturaleza, en tanto y en cuanto, por las especiales circunstancias del caso dado, sea apta o idónea para llegar a ocasionar el perjuicio, o pueda tener efectiva incidencia causal en su producción. Se trata en verdad de un problema de relación de causalidad y por ello no interesa tanto como es 'el bien', sino de qué manera intervino y qué 'rol o función' tuvo en la producción de un resultado dañoso" (v. C. Ghersi - Celia Weingarten, "La obligación tácita de seguridad", en Ghersi - Weingarten, "Tratado de los contratos", T. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010, pág.173)

A ello se suma que la peligrosidad de las piletas y natatorios es una cuestión harto debatida, y se advierte en la jurisprudencia criterios basculantes. Ello tal vez, por requerir la peligrosidad un análisis en concreto.

En enjundioso voto el Dr. Arazi ha reseñado -en el fallo "Olguín" antes citado- la jurisprudencia y doctrina existentes, destacando que el 25/12/76 la sala B de la Cámara Nacional Civil de la Capital sostuvo que la pileta de natación que se encuentra dentro de una entidad deportiva (por ende, similar a la que motivara el accidente de autos), no tiene la naturaleza de cosa riesgosa que le atribuyera el juez de primera instancia, distinguiendo el supuesto de la piscina que pueda haber en una casa de familia. Tres autores han tomado posición al respecto una vez A.lizado dicho litigio. Mosset Iturraspe ("Responsabilidad del club por la muerte de un socio menor sobrevenido a raíz de su caída en el natatorio", en JA, 1977-II, p. 297) sostuvo que la pileta de natación no es una cosa riesgosa en sí misma, cuyo uso encierre una posibilidad cierta de daño; criterio que reitera en su obra "Responsabilidad por daños - Tomo IV - Eximentes", Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1.999, pag.311, consignando de manera textual que "...las piscinas, o piletas de natación en la expresión argentina, tienen una problemática relacionada con su peligrosidad. No puede decirse de las piscinas, como de la gran mayoría de las cosas o de las instalaciones que la mano de obra construye, que sea ‘riesgosa en sí misma’, ya que una piscina de escasa profundidad, frecuentada por personas adultas, que saben nadar, sA.s, no puede originar ninguna especial probabilidad de daño".

Goldschmidt (en "Problemas de la responsabilidad creada por un riesgo", en ED, t. 72, p. 334) sostuvo ante el mismo supuesto de hecho, que fue correcta la calificación hecha por la sentencia de primera instancia; que entendió que el natatorio era una cosa riesgosa y el daño como causado por ese riesgo. J. A. Mazzinghi (h.) incluyó el caso en cuestión, enfocado desde otro ángulo, como un ejemplo que presupone la calificación de riesgosa de la pileta (ver en ED., t. 76, p. 874, "La víctima del daño y la aceptación de los riesgos", nota 6). También se dijo que una pileta de esas características es permanentemente peligrosa, capaz de determinar la producción de un daño a toda hora del día siempre que pueda llegarse a ella (conf. voto doctor Pliner in re "Ferrú c. Club Estudiantes", espigado en JA, 1959-V, p. 389). El mismo Tribunal de San Isidro ha señalado el carácter riesgoso en dicho voto (v. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 25/11/1986, in re"Olguín, Mauricio c.Club Sportivo Balcarce"espigado en LL Online, AR/JUR/682/1986).

En opinión quizás intermedia, la Cámara Federal de Tucumán ha observado que "el carácter riesgoso o no riesgoso de una pileta es materia opinable; pero cuando se coteja la instalación 'pileta de natación' con un niño de seis años, es muy difícil negar su carácter riesgoso, con total prescindencia del deber de custodia y vigilancia que debe ejercerse sobre la referida instalación" (in re "Bechara, A. Pedro c/ Club Náutico de Santiago del Estero", espigado en www.eldial.com, AA37AE). Por su parte, la Sala D de la Cámara Nacional Civil ha señalado, aún centrándose en el carácter riesgoso de la actividad y no de la cosa, que "el instituto demandado al asumir la obligación de enseñar a nadar a un menor que a la fecha del accidente tenía quince años, debía saber que asumía una actividad riesgosa, ya que en el natatorio donde concurre mucha gente puede el alumno ahogarse, golpearse, y puede también sufrir una indisposición en su salud que ponga en riesgo su vida mientras está nadando, por lo que la vigilancia debe ser muy extrema" (in re "Wendling, Arnado c. M.C.B.A.; citado por Ghersi, C. A. - Weingarten, Celia, "Tratado de Daños reparables", Tomo III, ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 504). En sentido análogo se ha señalado que "para responsabilizar por accidentes derivados de las cosas -en el caso, un piletón con aguas servidas- no es requisito su movimiento, ya que la cosa 'inerte' puede causar un perjuicio cuando ha sido causa activa del daño, si su anormal situación o ubicación circunstancial crea la probabilidad y consiguiente previsibilidad de una contingencia dañosa" (v. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 24.08.2000, "Ramayo de Gudiño, Norma V. c. Sancor Coop. Unidas Ltdas"., LLC, 2001, pág. 996; cita hecha por Juan Manuel Prevot, "Daños y Perjuicios.Parte Especial", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 42) y que "cabe condenar a la propietaria del inmueble en el cual existe una pileta de natación, por los daños y perjuicios sufridos por los padres de un menor fallecido al caer aquella, pues la accionada en su condición de dueña de la cosa riesgosa, debía extremar las medidas de seguridad relativas al natatorio, en función de que en sus inmediaciones vivía el niño, por aplicación del segundo párrafo, segundo apartado del art. 1113 del Cód. Civil" (v. C. Nac. Apel. Civil, Sala C, 16.09.2004, in re "Losauro, BetiA. P. c. Maguirre, Elena, M.", espigado en D.J. 2004 - 3, 1104; cita también de Prevot, Juan Manuel, "Daños y Perjuicios. Parte Especial", op.cit., 2008, pág. 43).

En el plano doctrinario, se ha destacado que, tratándose de la responsabilidad de los clubes o institutos deportivos, "los daños causados en una pileta se encuadran dentro de las previsiones del art. 1113, 2° párr., 1a parte, del Cód. Civil, es decir que la parte accionada deberá acreditar su falta de culpabilidad en el hecho ilícito, ya que el factor de atribución es objetivo", mientras que en el caso de empleo gracioso de un natatorio "deberán recurrir al art. 1109 del Cód. Civil y probar la culpabilidad del accionado en el hecho ilícito" (v. Sagarna, F. Alfredo; "Responsabilidad civil de los institutos deportivos, de los docentes y de los propietarios de pileta de natación: ¿daño causado con la cosa o cosa generadora de riesgos?", espigado en LL Bs.As., pág. 56). Por su parte, Cifuentes destaca que "Por un lado, se ha sostenido que si el perjuicio es provocado en una piscina se aplica el segundo párrafo, primera parte, del art. 1113, considerándolo como 'daño causado con la cosa', eximiéndose el dueño o guardián de la misma probando su 'no culpa', salvo que la misma se encuentre electrificada o sea viciosa -vgr.por estar llena de agua contaminada-. Por esta parte, se ha afirmado que la pileta es cosa generadora de riesgo, aplicándose, entonces, el segundo párrafo, segunda parte, del art. 1113, eximiéndose total o parcialmente de responsabilidad su dueño o guardián cuando prueba la intervención de una causa ajena al evento (v. Cifuentes, Santos; "Código Civil. Comentado y Anotado", ed. La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 2003, pág. 896).

Pareciera no haber debates en orden a que existen determinadas cosas que son por su propia naturaleza riesgosas (piénsese, por ejemplo, en materiales radioactivos, tóxicos, en el fluido eléctrico, en una caldera de vapor, etc.), otras que -más allá de su sustancia- son riesgosas por su destino o modo de uso (vehículos destinados a cir cular con generación de gran fuerza inercial), y otras que -sin resultar por lo general riesgosas- pueden implicar en determinadas condiciones riesgos (así, algo tan inocuo como una maceta puede implicar un riesgo si se lo asienta sobre un balcón).

Desde tal extremo, cabe distinguir -a mi humilde entender- la pileta en sí -que tiene por destino ser continente- de su contenido -agua-. En el caso, el riesgo que cabe A.lizar es el de la pileta en sí, que no se aparta notoriamente de cualquier accidente geográfico. Es -si se me permite la A.logía- un pozo de relativa profundidad y gran dureza, inmóvil o inerte.

Por este último carácter no posee un riesgo evidente, sin embargo -entiendo- lo trae aparejado en la medida que cualquiera podría caer en la misma y sufrir un notable daño. Es decir, su riesgo, en un análisis etiológico, deviene del desnivel de altura -que en conjunción con la ley de gravedad- presuponen un potencial dañoso.

Por otro lado, su contenido -el agua- posee un distinto riesgo. El mismo refiere a la eventualidad de asfixia por inmersión.En el lamentable caso bajo juzgamiento, resulta claro, por ello, que no se advierte intervención causal de éste riesgo en la producción del daño, siendo que por el contrario, el agua -si ha intervenido- ha venido incluso a disminuir la fuerza del impacto.

Ahora bien, sin perjuicio de que pudiéramos sumarnos a quienes consideran a una pileta de natación como "cosa riesgosa" en sí misma (mas allá, hemos dicho, de sus circunstancias, que en el supuesto bajo juzgamiento no aparecen dotadas de ninguna irregularidad, anomalía o riesgo complementario, ya que no estaba vacía, tenía el nivel de agua reglamentario, el agua era transparente y permitía ver el fondo y apreciar razonablemente la profundidad, no había desniveles en su perímetro que pudieran generar caídas, etc.), la cuestión es si el invocado -como argumento defensivo- uso contra la voluntad expresa o implícita del dueño o guardián puede operar como eximente del débito resarcitorio impetrado por la víctima del daño.

A ese respecto, aún cuando -lo hemos anticipado- entendemos que la parte actora no ha logrado probar la existencia de un contrato entre el Club Colón y los concesionarios del natatorio respecto de J. M. (quien condujera el contingente de jóvenes en esa infausta mañA.) destinado a permitir libremente el uso de las instalaciones (no sólo la pileta, sino el campo de fútbol y los vestuarios), tampoco pareciera que ese "uso contra la voluntad del dueño" pueda apreciarse como configurado. Si bien es cierto que los accionantes (dicho en plural porque cuando se demandó lo hicieron los padres de F. M. C.en representación de él, siendo que actualmente, y como mayor de edad, este último asumió exclusivamente el rango de único demandante) no lograron probar fehacientemente quien o quienes fueron, de parte del Club Colón, los que les dieran consentimiento para ocupar las instalaciones durante un lapso que se estima no menor a dos horas (reiteramos, se alude a un ex dirigente ya fallecido, y a un supuesto empleado cuya declaración no se requirió), es un dato incontrovertible que nadie impidió, de manera directa o indirecta, que M. padre, sus hijos y sus amigos y amigas entraran a la institución, se cambiaran en el vestuario con ropa deportiva (aportada o no por el Club, el hecho en definitiva no es determinante), usaran la cancha principal donde juega el equipo de fútbol de primera división, se cambiaran nuevamente, accedieran a la zona de quincho y pileta, y estuvieran allí mas de una hora, todo ello mientras se filmaba un video que ha sido acompañado como prueba y donde se constatan tales circunstancias.

Ese "uso contra la voluntad expresa o presunta" implica, como la doctrina lo interpreta, que ha mediado "desapoderamiento" de la cosa (o de su uso) tanto por parte de la propia víctima como por la de un tercero (si es quien origina el daño "con" la cosa), que suele corporizarse en los casos de robo o hurto de ella (obviamente, si es cosa mueble). Si es inmueble, se admite la operatividad de la eximente mediando abuso de confianza (conf. Roberto H. Brebbia, "Problemática jurídica de los automotores", Astrea, Buenos Aires, 1.982, Tomo I, pag, 135; así como Roque Garrido y Luis Andorno, "El artículo 1.113 del Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1.983, pag. 486), aunque admitiendo que esa hipótesis (como la del robo o hurto) no deviene operativa cuando ha mediado negligencia o desatención por parte del dueño o guardián de la cosa, en cuyo caso esa culpa diluye la eximición de responsabilidad que la norma A.lizada contempla. Ramón D.Pizarro ("Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1.983, pags. 495 y ss.; quien igualmente A.liza el tema comentando el artículo 1.113 en la obra "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigida por A. Bueres y coordinada por E. Highton, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 3 A, pags. 468 y ss.) postula una interpretación restrictiva de la eximente, limitándola sólo a dos supuestos fácticos: cuando el dueño o guardián ha sido privado de la cosa contra su voluntad por el obrar de un tercero (v.g. un ladrón, siempre que el dueño o guardián no haya facilitado el hurto o robo, como sucedería si se tratara de un automotor habiendo dejado las llaves de contacto puestas), o cuando él (el dueño o el guardián) hubieran transmitido voluntariamente la cosa a un tercero, y éste le diera un uso claramente opuesto a su volición.

En el caso bajo análisis, si bien -lo hemos dicho- la parte actora no ha probado que mediara un contrato que autorizara al grupo donde se integraba la víctima con el club o con los concesionarios de la pileta para el uso de la misma, el acceso sin restricciones que ese grupo hiciera a las instalaciones de la entidad demandada (no clandestino, en absoluto), el tiempo que permanecieran en ellas, e incluso las propias declaraciones del codemandado N. al absolver posiciones (transcriptas en gran medida en la sentencia a qua), quien admite que los dejó pasar a la zona de pileta porque lo conocía a M. y porque suponía que viniendo desde el estadio tenían autorización para estar allí, evidencian que no hay tal "uso contra la voluntad del dueño o guardián", sino alguna forma de consentimiento (expreso por parte de N., tácito por parte del Club al no adoptar los recaudos para impedirlo) para esa presencia y ese empleo de las instalaciones, entre las cuales se contaba la pileta. Si, como se aprecia en el video, la joven S.M. aparece "dentro" de la pileta mientras se la filma, y N. estaba allí presente, va de suyo que mediaba autorización para que ella -y seguramente también sus amigos- ingresaran a la piscina, lo cual, según veremos "infra", no implica que se los autorizara a actuar como, lamentablemente, lo hiciera el joven M. C.

Digo con ello, entonces, que en mi opinión el primer agravio no resulta atendible, ya que no se ha probado (esta vez, la carga de la eximente está en las espaldas de los demandados) que la pileta hubiera sido utilizada por la víctima "contra la voluntad expresa o tácita del dueño o guardián".

B) En segundo lugar, el siguiente agravio de la entidad recurrente se relaciona con el hecho de que aunque se admitiera que no operó la eximente A.lizada en el apartado precedente, el fallo a quo no tuvo en cuenta que no está probado que los codemandados N. y L., como concesionarios del natatorio y el quincho aledaño al mismo dentro de las instalaciones del Club Atlético Colón de Santa Fe -y, eventualmente y por ello mismo, "guardianes" de la pileta en los términos del mencionado artículo 1.113 del Código Civil, aun cuando ellos lo negaran al contestar la demanda pero no mantuvieran tal negativa al no haber apelado el fallo condenatorio- hayan incurrido en alguna suerte de culpa, por acción o por omisión, que tuviera a la postre incidencia causal en el resultado dañoso.

En cuanto a ello respecta, mas allá de que es probable que así sea (digo, en orden a que no encuentro que haya habido conductas reprochables a nivel de omisión de deberes específicos de cuidado de parte de los mencionados N. y L.que a su vez hayan sido documentadas en la causa, siendo que aunque permitieran el acceso de los jóvenes al natatorio, éste estaba en condiciones reglamentarias, con la altura de agua correspondiente a las exigencias de la habilitación para uso de colonia de vacaciones de menores de edad, con agua transparente que permitía ver el fondo, y con carteles que indicaban las prohibiciones singulares, entre las cuales se contaba no zambullirse sino ingresar por las escalerillas, todo lo cual será objeto de análisis en el tratamiento del agravio subsiguiente, no siéndoles exigibles que además, tratándose de jóvenes que no eran niños pequeños sino adolescentes, tales recomendaciones se les hicieran verbalmente), si partimos de la aplicación de un factor objetivo de atribución derivado del riesgo eventual que genera una piscina, esa "falta de culpa" no exime de responder, ya que esa eximente sólo deviene operativa cuando, empleando un quehacer positivo dentro de la causa, el demandado prueba la existencia de un hecho que incide en el iter causal entre el hecho y el daño, vale decir, el obrar de un tercero por quien no se debe responder, el caso fortuito no imputable o la culpa de la propia víctima. En el sub lite, el fallo a quo (y el tercer y último agravio de la recurrente) apuntan a este último, con la diferencia de que la sentencia de anterior instancia lo admite sólo parcialmente (en un 30%), mientras que la apelante pretende que su incidencia sobre la relación de causalidad sea integral o total.

En definitiva, y aunque no encuentro reproche culposo a los codemandados sindicados como guardianes del natatorio, entiendo que este agravio tampoco debe prosperar por lo dicho supra.

C) El tercer y último agravio -y, en mi modesta apreciación, el absolutamente dirimen te para la suerte de este litigio- pasa por imputar a la sentencia de anterior instancia no haber valorado debidamente que la única y excluyente causa del accidente que sufriera el joven F. M. C.fue su propia culpa, lo cual imponía el rechazo integral de la demanda.

Al respecto, y aun a riesgo de reiterar algo que ya he anticipado (en cuanto al conflicto de rango emocional que inevitablemente me implica asumir que tal decisión quizás suponga), debo consignar que el análisis objetivo del caso bajo análisis a la luz de las pruebas rendidas en la causa me lleva a la conclusión de que asiste razón en este aspecto a la recurrente, y que el recurso bajo tratamiento debe prosperar en cuanto a este planteo concierne.

Los jueces -y de alguna manera, quizás en paralelo con lo que en algunos supuestos les puede suceder a otros profesionales, como los médicos- no somos inmunes a la incidencia emocional que determinadas situaciones puestas a su consideración técnica nos generan.

Pero aun cuando la responsabilidad de juzgar no es un ascético laboreo propio de las ciencias duras y no de las sociales, es necesario tener en claro que a la hora de resolver, esos componentes anímicos o personales no pueden sobreponerse a las valoraciones técnicas, jurídicas o científicas -el Derecho es una ciencia, pletórica de componentes humanos en tanto juzga precisamente conductas de ese rango, pero una ciencia-, y son éstas y no aquellas quienes determinan que una sentencia sea justa o injusta.

Admitir una defensa que eventualmente deja sin perspectivas económicas a alguien en las circunstancias de F. M. C. de al menos paliar (la curación nos dicen aquí los médicos que es imposible) el terrible cuadro clínico que padece, no nos puede resultar irrelevante a nivel humano. Hacer justicia, cuando se cree que se lo está haciendo (el margen de error es componente indefectible de la naturaleza del hombre, y hombres somos, como dijera Terencio), suele ser duro y pesa. Y debe pesar.Pero ello también es parte de lo que se supone que implica la enorme responsabilidad con que la sociedad nos inviste a quienes nos honra con el rol de ser dirimentes constitucionales de sus controversias.

Y en lo singular del caso, estoy persuadido de que, como lo postulan los apelantes, la propia y exclusiva culpa de la misma víctima ha sido el elemento causal prioritario y excluyente en relación al daño que él mismo sufriera.

La cuestión, desde el dogma, lleva el análisis a la incidencia de la culpa o el hecho de la víctima en la producción del resultado dañoso.

Es que, en última instancia, la disconformidad se asienta sobre la incidencia causal que se ha concedido en la sentencia en crisis a la actuación del actor. Esto es, se trata aquí de observar si en el caso la culpa de la víctima ha sido la única causa del daño sufrido.

Así las cosas, el debate se desarrolla entre los pliegues de la noción de causa adecuada.

Se ha señalado -y se ha señalado bien- que "para que se deba responder por un daño, es preciso atribuirlo a una causa, ya sea por acción u omisión, que así viene a erigirse en presupuesto ineludible de responsabilidad. La causalidad dice también relación con la extensión del resarcimiento, es decir, con las consecuencias que será llamado a indemnizar aquél a quien puede imputarse un daño en calidad de autor. El daño no será sino el 'efecto' de una conducta humA. que se tiene por 'causa', según un particular criterio jurídico. (...)

La cuestión gira entonces hacia la necesidad de determinar cuando corresponde considerar que determinada condición se ha erigido en causa jurídica de una consecuencia dañosa.Para eso, nuestro derecho recurre a la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa se identifica con la condición 'que según el curso natural y ordinario de las cosas' se considera idónea para producir un determinado resultado según la experiencia previa. Esa experiencia reviste importancia, porque la condición debe 'regularmente' acarrear el resultado." (v. Sprovieri, Luis E. - Dell'Oca, Gastón, "Relación de causalidad y daños por productos", espigado en Jurisprudencia Argentina, N° 3, 2013, IV, pág. 3/4). Así, la prueba de la relación causal asume máxima importancia, ya que determina quién (autoría del daño), y por cuáles consecuencias, debe responder (v. Zavala de González, Matilde; "Resarcimiento de daños. El proceso de daños", T. III, de. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 203) ya que "la posibilidad de un resultado en función a las condiciones precedentes aquilata la adecuación de una causa conforme a la regularidad en el acontecer de los sucesos y a las reglas dictadas por la experiencia, prescindiendo de la concreta aptitud perceptiva del individuo -previsibilidad subjetiva-" (Trigo Represas, Felix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil",T° I, de. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 614, citado en Sprovieri, Luis E. - Dell'Oca, Gastón, "Relación de causalidad y daños por productos", espigado en Jurisprudencia Argentina, N° 3, 2013, IV, pág. 4).

Es que "...La relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho antijurídico, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro.Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa. Nuestro Código Civil sigue la teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todas las condiciones necesarias para producir un resultado son equivalentes, sino que la causa eficiente es aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producirlo. Las demás son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. Conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión era idónea para producir normal o regularmente ese resultado. Ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto. El ordenamiento jurídico puede disponer que el hombre responda hasta donde alcance el poder de su voluntad que es, en definitiva, lo que determina su personalidad, o sea que su responsabilidad debe llegar hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por su voluntad, es decir hasta donde sea previsible. La relación de causalidad, por lo menos en su fase priM., puramente material, incumbe probarla al accionante, y de allí podrá presumirse la adecuación de la consecuencia dañosa. Dado que es dificultosa la demostración de ella, toca a los jueces aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias. La construcción jurídica de la relación de causalidad adecuada en función de una previsibilidad abstracta u objetiva, emerge de los artículos 901 a 904 del Código Civil, y ha sido receptada literalmente por el artículo 906 reformado por la ley 17711, disposición ésta absolutamente inoperante y adoptada para llenar el vacío de un texto anterior de redacción ininteligible" (v. Bustamante Alsina, J.;"Teoría general del derecho de daños. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo xx" en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.); Bueres, A. J.(dir.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio A. Alterini)", Editorial Abeledo Perrot, 1997).

Y, por ello, para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CCivil). Dicha relación causal exige una conexión efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla (v. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 14/06/1994, in re "A., G. M. y otro v. A., E. N", espigado en: JA 1994-III, pág. 567).

Como se adelantó supra, es la prueba de la misma, al menos en su faz material, carga de la actora. Ello sin perjuicio de los diversos criterios que han venido a morigerar el extremo, entre los cuales reseña Bustamante Alsina "'La création fautive d´une situation dangereuse', según la teoría expuesta por Viney, quien expresa que cuando voluntariamente o por negligencia una persona crea una situación objetivamente peligrosa y que por ella un tercero sufre un daño que sucede como la realización normal y previsible del riesgo creado por esa culpa, tal vez sea imposible afirmar con certeza que sin la culpa que ha estado en el origen del riesgo, el daño no se hubiera producido, pero se puede constatar al menos, que ha habido una posibilidad de ocurrir. 'Theórie du cheminement ou de l´impreinte continue du mal'. Esta teoría novedosa del profesor Dejean de la Bftie, exige seguir siempre 'l´empreinte continue du mal en remontant depuis le dommage jusqu´au fait ou la faute', o sea el hecho o la culpa por la cual se debe responder.La teoría es aplicable cuando el daño cuyo resarcimiento se pretende, es el resultado final de hechos antecedentes que no en forma concurrente pero sucesiva se producen, derivando un mal de otro mal que es a su vez su causa. Debe seguirse así la investigación de los hechos remontando hacia atrás la cadena causal, partiendo del daño final, hasta hallar el hecho defectuoso (por culpa o riesgo) que corta el nexo y aparece como la causa idónea, aunque remota, del daño atribuible, siempre que hubiese sido, no obstante, previsible.

Y, con todo ello, la noción de culpa (que remite a la subjetividad del individuo que actúa, endilgándole de algún modo impericia, negligencia o imprudencia) se ve desplazada en el caso hacia el análisis causal adecuado que, omitiendo pronunciarse sobre el fuero interno del sujeto, realiza una 'prognósis póstuma' o 'pronóstico objetivo retrospectivo'. Esto es, señala que según el normal devenir de los eventos la acción humA. "X" generaría habitualmente el resultado "Y".

En criterio que se cohonesta con lo antes expuesto, cabe destacar que la vieja disputa que se asienta en la télesis normativa del art. 1111 C.C. que discernía la "culpa" del "hecho" de la víctima como excluyente de la responsabilidad, resulta estéril en el caso concreto.

Es que, aún si consideráramos que ".La culpa de la víctima, (.), constituye una eximente autónoma de la responsabilidad civil del deudor, esto es, independiente de la teoría del casus. [porque] se trata de una de las alternativas posibles del incumplimiento: o éste es consecuencia de la culpa del deudor, o es consecuencia de la culpa del acreedor, o bien no es consecuencia de la culpa de ninguno de ellos, sino que constituye un caso fortuito o un caso de fuerza mayor [y que] el mero hecho de la víctima no tiene, de por sí, eficacia exonerativa, sino que es menester su culpa" (v. Gianfelici, Mario César; "Caso fortuito e impedimento ajeno a la voluntad del deudor", en Bueres, A. J.y Kemelmajer de Carlucci, Aída; "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Editorial Abeledo Perrot, 1997, espigado en Abeledo Perrot nº: 1010/002756), y de tal modo rechazamos la visión de quienes destacan que ".se trata del hecho de la víctima y no de su culpa. Es decir, el hecho no culposo (por ej. por ser la víctima un menor inimputable, un demente, etc.), puede romper el nexo de causalidad o incidir en él y producir la exoneración total o parcial del deber de reparar" (v. Kemelmajer de Carlucci, Aida; "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI", en JA, n° 58 del 5.5.1993, pág. 4. Tomo la cita de Liz, C. A. - Riesgo, María Gabriela, "¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?, espigado en LL 1994 - D -, pág. 1044-1047); en el caso se advierten ambos extremos: un hecho de la víctima con aptitud para romper el nexo causal, que a la vez es calificable como culposo.

En tal télesis se ha dicho que "La denominada 'culpa de la víctima' es la falta imputable a ella o el desacierto que perjudica a quien lo comete. Ella es de índole objetiva, es una falla en el actuar debido, como actuar distinto al exigible y, cuando acontece (sea la conducta culpable o no), no puede mantenerse la presunción de responsabilidad del art. 1113 del Cód. Civil, ya que el daño no ha sido causado por el vicio o riesgo de la cosa: la carencia de relación causal destruye el presupuesto de autoría y provoca la ausencia, total o parcial de responsabilidad" (cfr. C.Civ. y Com., Junín, 06.02.1991, LL - 1991 - D, pág. 94).

Es por ello que conviene asentar conceptualmente el hecho de la víctima como ".la conducta voluntaria o involuntaria del damnificado directo, que intervino total o parcialmente en la producción del evento dañoso y exime al responsable civil total o parcialmente de responsabilidad.El protagonismo de la víctima, interrumpe la cadena de causalidad adecuada que conducía a la responsabilidad civil del agente dañoso" (Cifuentes, Santos, "Código Civil comentado y anotado", Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 880).

Que por otro lado, puede ser "exclusivo" o "parcial" en la medida que puede resultar causa adecuada única, o en otros casos concausa (o concurrencia de culpas, o culpa concurrente, recíproca o concurso de culpas, en las acepciones más utilizadas).

Y desde tal mirador, la diversa incidencia del actuar de la víctima puede permitir tanto la exoneración total como parcial de responsabilidad. Y así se ha señalado que "la llamada 'culpa de la víctima' exonera total o parcialmente al autor material del hecho dañoso o al dueño de la cosa causante del daño, cuando posee relación de causalidad adecuada con los efectos dañosos, pues es uno de los supuestos de causa ajena" (v. C.Civ. y Com., Junín, 23.05.1993, espigado en LL -1989 - D- pág. 322; citado en Cifuentes, Santos, op cit., pág. 883) y que "...Habrá 'culpa concurrente' cuando el 'perjuicio' sufrido por la víctima reconozca como causa fuente, además de la conducta del victimario, su propio quehacer. Es decir, el daño producido a una de las partes puede ser debido exclusivamente a la acción culposa de su cocontratante, o bien pudo el damnificado haber colaborado con su negligencia en la producción del hecho dañoso. Pero en ese caso, no cualquier negligencia del perjudicado puede llevar a esa compensación de responsabilidad indemnizatoria; para ello se requiere que ambas culpas se presenten autónomas entre sí" (C.N. Fed. Contenciosoadministrativa, Sala IV, 26.11.1993, espigado en LL. - 1994 - D, pág.66).

Así las cosas, trasladando ahora el fundamento dogmático y adentrándonos en el fáctico, resulta evidente que al tratarse en el sub examine de un joven de dieciocho años al tiempo del hecho, lúcido, que voluntariamente se ha arrojado "de cabeza" en una pileta de natación que claramente tenía un nivel de agua que lo tornaba casi suicida, su accionar ha sido causalmente determinante del resultado dañoso. Esto es, no hubiera existido daño alguno si no hubiera obrado de ese modo (conditio sine qua non, o causalidad material); pero a la vez su accionar positivo (por contraposición a omisivo) y libre, ha desencadenado consecuencias que resultaban ex ante previsibles (que responden al normal acontecer de los hechos, aún cuando el sujeto no haya tomado conciencia de tal extremo).

Claro está que aunque el dañado no ha querido el resultado, el mismo es trágico, y pesa en su totalidad sobre él. No se desconoce tal circunstancia. Pero al determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad debemos estar a las previsiones normativas y no sólo guiarnos por la humA. empatía que produce el dolor de otra persona.

Se ha acreditado, en rigor son hechos no debatidos, que el actor se ha arrojado de cabeza dentro de la pileta, y que dicha pileta poseía un bajo nivel de agua (como correspondía reglamentariamente a su función específica en tales circunstancias). La previsibilidad del daño, entonces, se encuentra acreditada por el conocimiento -fácilmente perceptible- del menor nivel de llenado, que tornaba imaginable el impacto contra el duro fondo de la pileta. A lo cual se adita la transparencia del agua -apreciable en las fotos y el video acompañados como prueba- que permitían la observación de la base, y la existencia (conforme a los dichos de los testigos S. y Ponce, transcriptos casi literalmente por la sentencia apelada) de carteles que advertían sobre la expresa prohibición de tal conducta riesgosa. Desde allí, nos encontramos con consecuencias "inmediatas de hechos libres" que sólo pueden ser imputadas causalmente al actor (cfr.art. 903, 1.111 y 1.113 C.Civil).

Por otro lado, su obrar, amén de resultar la única causa adecuada del daño, deviene a todas luces negligente.

Además, existen elementos objetivos que vienen a destacar que su obrar no fue acorde a las "circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (cfr. art. 512 C.C.), tornándolo culposo. Y ello no depende de la efectiva representación del riesgo en el sujeto (en este sentido se ha destacado en el ámbito penal la distinción entre culpa con y sin representación), ya que conforme el estándar del hombre común era advertible el riesgo que dimA.ba de su conducta tan tremendamente desaprensiva en función de las circunstancias como catastrófica (a nivel de resultado) para él mismo.

Como lo señalan coincidentemente -entre otros- Ramón Daniel Pizarro ("Código Civil y normas complementarias...", op. cit., tomo 3 A, pag. 563) y Aída Kemelmajer de Carlucci ("Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", dirigido por A.C. Belluscio y coordinado por E. Zannoni, Astrea, Bs.As., 1.984, tomo 5, pag. 391), el hecho o la culpa de la víctima deben tener incidencia causal adecuada en la producción del daño, ya sea como causa exclusiva o como concausa si concurre con otros hechos relevantes. En el primer supuesto, generará el rechazo integral de la pretensión resarcitoria de la propia víctima, siendo que por aplicación del artículo 1.111 del Código Civil el resultado dañoso obedece causalmente sólo y nada mas que a su propio accionar negligente, descuidado o desaprensivo (CSJN, Fallos 321:700, "Descole c/EFEA", fallo comentado por Jose F. Marquez en la obra colectiva "Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos precedentes - Responsabilidad civil - Parte General", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.013, tomo II, pag. 492); en el segundo concurrirá con la eventual responsabilidad del demandado en la proporción en que el fallo considere que cada aporte causal incidió en el resultado final (conf.CSJN, Fallos317:768, "Viera c/EFEA").

En el desdichado caso bajo juzgamiento, ninguna duda abrigo en orden a que el actuar de la joven víctima directa del daño ha sido la causa exclusiva y eficiente en la causación del mismo, toda vez que no encuentro reproche de conducta alguno a los codemandados que haya podido tener incidencia causal en el desenlace lesivo de los hechos. No hay culpa (a los efectos del daño) en que N. y L. hayan dejado entrar a los jóvenes a la pileta, no hay elementos propios de esta última (la piscina) que hayan generado o potenciado un riesgo subyacente propio de su esencia (en definitiva, el primero y mas frecuente, el fallecimiento por asfixia por inmersión, episodio ajeno a lo aquí acontecido), no hay reproche en orden al nivel reglamentario del agua que contenía el natatorio, no hay reclamo en relación a la ausencia de advertencia respecto de la prohibición de zambullirse, y menos de cabeza (hay pruebas de la existencia de advertencias en tal sentido), se aprecia de las fotos y del video la transparencia del agua y el nivel bajo de la misma, al punto que llegaba apenas a la cintura de la joven S. M. que estaba dentro de la piscina; tampoco lo hay en orden a la presencia o ausencia de guardavidas (mas allá de que documentadamente N. estaba presente, y es guardavidas profesional) ya que en nada hubiera incidido en lo sucedido, toda vez que M. C.no se ahogó, sino que se arrojó de cabeza a una pileta con poca agua, lo cual improbablemente podría haber sido previsto o evitado por un guardavidas, con la imprudencia (ese terrible instante de extravío en la razonabilidad que a veces es el precio que el destino se cobra en los jóvenes) de lanzarse de cabeza, con impulso y con todo el cuerpo, a un ámbito en el cual, con sólo echar una breve mirada previa, se advertía que no se lo debía hacer bajo riesgos severos de sufrir daños, como lamentablemente ocurrió.

Entiendo entonces, y en función de todo lo hasta aquí consignado, que el planteo de la codemandada recurrente cuenta con suficiente asidero como para justificar ser acogido, por lo cual a la cuestión bajo tratamiento voto por la afirmativa.

El Dr. Vargas expresó, a su vez, iguales razones en parecidos términos y votó, por lo tanto, en igual sentido.

A la segunda cuestión, la Dra. De Césaris dijo:

Conforme al criterio sustentado al tratar la cuestión anterior, me abstengo de emitir opinión.

A la tercera cuestión, los Dres. Saux y Vargas manifestaron sucesivamente que, consecuentemente con las razones enunciadas en el tratamiento de las cuestiones precedentes, cuanto corresponde es hacer lugar al recurso de apelación extraordinaria interpuesto por la codemandada "Club Atlético Colon de Santa Fe" contra la sentencia de anterior instancia, revocando la misma y en su lugar, en la función casatoria inherente al planteo recursivo intentado, desestimando integralmente la demanda, con costas en ambas instancias a la parte actora (art. 252, CPCyC).

A la tercera cuestión, la Dra. De Césaris dijo:

Conforme al criterio sustentado al tratar la cuestión anterior, me abstengo de emitir opinión.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, la SALA PRIMERA DE LA CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE, RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación extraordinaria, revocando el fallo de anterior instancia y en su lugar desestimando integralmente la demanda, con costas en ambas instancia a la actora apelada. 2) Los honorarios de Alzada se liquidarán en la proporción establecida en el artículo 19 de la ley 6.767, modificada por la Ley 12.851, oportunidad en que se correrá vista a la Caja Forense.

Concluido el acuerdo, firmaron los Señores Jueces de Cámara por ante mí, que certifico.

Insértese, hágase saber, bajen.

SAUX

VARGAS

DE CÉSARIS

(En abstención)

PENNA

(Secretaria)