



Poder Judicial



G. M Y OTROS C/ COMUNA DE PUEBLO ESTHER S/ DAÑOS Y
PERJUICIOS

21-02883942-9

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 7ma. Nom.

N°902

T°109

F°392

Rosario,04/09/23

Y VISTOS: Estos autos caratulados “G.M y OT. contra COMUNA DE PUEBLO ESTHER sobre DAÑOS Y PERJUICIOS”, CUIJ 21-02883942-9, de los que resulta que:

A fs. 31/38 se presentan G. M. y B. A., por medio de apoderado, e inician formal demanda de daños y perjuicios contra la Comuna de Pueblo Esther por el hecho ocurrido dentro de las instalaciones del Camping Comunal “Bajada Rimoldi” Pueblo Esther en fecha 9.1.2011 referido a la muerte de su hijo menor de edad M. G. B.

Relatan que terminando el año 2010, con el objetivo de que su hijo pudiera realizar una actividad recreativa y refrescante durante el verano, decidieron mandarlo al camping comunal de Pueblo Esther, el cual les resultaba conveniente por su precio, cercanía y la seguridad que ofrecía.

Puntualizan que el día 9.1.2011 aproximadamente a las 14.30 hs. el menor ingresó al lugar previo pago de \$3, se encontró con sus amigos, todos se ubicaron al sur del camping y fueron a refrescarse a la playa del río habilitada, donde se metieron al agua en un pequeño brazo del río tanto Matías como algunos de sus amigos.

Cuentan que en un momento M. fue arrastrado por una correntada, uno de los amigos intentó salvarlo pero no pudo y, pese a los gritos de auxilio tanto de los amigos como de la gente que estaba en la orilla, ningún personal del camping se apersonó en el lugar para realizar tareas de rescate. El cuerpo de M. fue encontrado sin vida por la Prefectura Naval Argentina al día siguiente, habiendo fallecido por asfixia.

Refieren que la playa donde se bañaban M. y sus amigos era de uso común, había mucha gente nadando y refrescándose, no había cartelera alguna que advirtiera peligro o prohibición de baño, como tampoco guardavidas, vigiladores o personas encargadas de la supervisión del lugar.

Le atribuyen responsabilidad al Camping Comunal por la impericia en la organización, falta de respuestas ante una contingencia y, en definitiva, por la violación de los deberes de cuidado, vigilancia y seguridad que la actividad le imponía.

Indican que en el mes de agosto del año 2014 presentaron ante la Comuna un recurso administrativo a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su hijo, reclamo que fue rechazado por dicho organismo, declarándose agostada la vía administrativa en los términos de la ley 7234.

Reclaman los siguientes rubros: 1) Daño patrimonial: estimado en la suma de \$2.000.000 y 2) Daño moral: estimado en la suma de \$1.800.000.

Fundan su demanda en derecho y solicitan se admita su reclamo con costas.

Citada y emplazada la demandada a estar a derecho, comparece a fs. 45, por medio de apoderado.

A fs. 47 se corre traslado de la demanda.

A fs. 51/66 la accionada contesta. En primer lugar niega todos y cada uno de los hechos invocados en el escrito inicial.

Seguidamente, indica que el brazo del río al que se hace referencia no pertenece al camping y, de consiguiente, la Comuna de Pueblo Esther no tiene allí jurisdicción, sino que pertenece a la Comuna de General Lagos.

Afirma que en aquella oportunidad los bañeros o guardavidas se encontraban afectados a la única playa habilitada que tiene el camping, que se ubica sobre el río Paraná y no sobre el arroyo donde sucedió el hecho y que en este lugar había un cartel indicativo de prohibición de baño, señalando que en el ticket de ingreso se indicaba que estaba prohibido bañarse en zonas no permitidas.

Entiende que el infortunio obedeció a un acto inconsciente de la víctima al intentar



Poder Judicial

bañarse luego de haber ingerido alcohol sin saber nadar -según refirió un testigo en el sumario penal- y en un riacho no habilitado o, en su caso, de sus padres por la falta de control de esta situación.

Reconoce la existencia del reclamo administrativo referenciado y rechaza la responsabilidad que se le imputa por considerar que no ha existido una violación alguna a los deberes de cuidado y vigilancia pertinentes.

Opone la excepción de falta de legitimación pasiva por ausencia del carácter de dueño o guardián de la cosa, en tanto, la Comuna no resulta ser titular de la relación jurídica sustancial invocada por tratarse de bienes del dominio público y por inexistencia de incumplimiento de la obligación de seguridad, en tanto, considera que no existe poder de policía sobre el ámbito territorial donde sucedió el hecho y, de consiguiente, no existía para su parte obligación de cuidado del menor.

Corrido traslado de la excepción planteada, a fs. 74/78 la parte actora lo contesta solicitando su rechazo por los motivos que invoca.

A fs. 81 se hace saber que las actuaciones se desarrollarán en el marco del Plan Piloto de Oralidad en los Procesos Civiles instaurado mediante Acuerdo Ordinario -Acta 48/2017 de fecha 5 de diciembre de 2017- y lo dispuesto por los Acuerdos Ordinarios -Acta 8/2018 del 13 de marzo de 2018 y 10/2018 del 27 de marzo de 2018- de la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe, se abre la causa a prueba y se fija fecha de audiencia de conciliación.

A fs. 83 ofrece pruebas la parte accionada y a fs. 90 lo hace la parte actora.

A fs. 95 consta el acta de audiencia de conciliación en la que las partes no arribaron a ningún acuerdo, se proveyeron las pruebas ofrecidas y se fijó fecha de audiencia de producción.

A fs. 130 obra el acta de audiencia de producción de pruebas. Luego de un intercambio de opiniones entre las partes sin que se arribe a conciliación alguna, se recepcionó una declaración testimonial y se clausuró el período de pruebas, los

representantes de las partes formularon sus alegatos *in voce* registrándose los mismos en forma audiovisual y se decretó el llamamiento de autos para sentencia, de lo cual se notificaron las partes.

No existiendo escritos sueltos pendientes de agregación según informe de fs. 130, quedan los presentes en condiciones de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO: 1. Tal como surge del relato precedente, la parte actora pretende se condene a la demandada a resarcir los daños padecidos como consecuencia del fallecimiento de Matías Gabriel Brua, de 17 años de edad, ocurrido el 9 de enero de 2011 en aguas del Río Paraná.

La demanda es entablada por los progenitores del menor y se dirige contra la Comuna de Pueblo Esther a la que se le atribuye responsabilidad por violación de la obligación de seguridad en el cuidado y protección del menor, deber que -entienden- deviene de su carácter de responsable contractual al administrar y explotar el camping comunal y también por su carácter de dueño o guardián del predio.

Afirman, en esa línea, que la playa donde se bañaba el menor era de uso común, había mucha gente nadando y refrescándose, no existía cartelera o referencias que pusiera de manifiesto el peligro o que estaba prohibido bañarse, que no había personal o guardavidas que vigilara la zona o cumpliera las funciones de supervisión o guarda y que el camping no contaba con elementos de seguridad o vigilancia para salvaguardar la integridad física del menor.

La Comuna se defiende esgrimiendo, principalmente, dos defensas. Una, que el hecho se produjo fuera de su jurisdicción, pues, se habría producido en un riacho que pertenece jurisdiccionalmente a la localidad de General Lagos, de difícil acceso y frecuentado ocasionalmente por pescadores. Recuerda que la guarda del río Paraná corresponde a la Nación y a la Provincia y destaca que no obtiene provecho económico del arroyo en que se produjo el suceso. Por ello sostiene que carece de legitimación pasiva al no ser dueña o guardiana del predio.

La otra línea defensiva es la culpa de la víctima, en tanto, aduce que el menor había



Poder Judicial

tomado alcohol, que no sabía nadar, que existía cartelera que alertaba que estaba prohibido bañarse en el lugar, que el ticket de ingreso al camping contiene una leyenda acerca de que estaba prohibido bañarse en lugares no habilitados, que la propia víctima -y sus amigos- decidió ubicarse fuera del camping, el que cuenta con seguridad, guardavidas y boyas y, en cambio, eligió (eligieron) bañarse en un lugar prohibido.

En esos términos, en lo esencial, ha quedado trabada la litis.

2. Cabe señalar inicialmente que en el proceso penal, que tramitara originariamente por ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción N° 5 y luego ante el Juzgado en lo Penal Correccional N° 4, los Magistrados a cargo de tales órganos jurisdiccionales han dispuesto el archivo de las actuaciones, en función de lo previsto por el art. 200 del Código Procesal Penal (Resoluciones N° 1369 (fs. 73) y N° 139 (fs. 131, ambas del sumario penal).

Tales decisiones, firmes, permiten al Tribunal Civil examinar la responsabilidad de la actual demandada por el hecho, atento la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y civil, extremo que habilita el dictado de sentencia en esta sede en función de lo normado en el art. 1775 CCC.

2.1. También a título preliminar debe consignarse que los demandantes han transitado la vía del reclamo administrativo previo en los términos de las leyes 7234 y 9040, el que concluyó con la resolución N° 148/2014, emanada del Presidente de la Comuna de Pueblo Esther, mediante la cual se desestimó dicho reclamo.

2.2. La legitimación de la parte actora para reclamar no se ha puesto en tela de juicio y su carácter de progenitores de M. B. fue acreditado en autos.

3. En orden a la normativa que debe aplicarse para resolver el caso cuadra señalar que doctrina y jurisprudencia coinciden en que la cuestión vinculada con los elementos constitutivos de la responsabilidad se rigen por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso; mientras que las atinentes a las consecuencias de tal responsabilidad (rubros indemnizatorios), deben juzgarse a la luz de la nueva ley vigente

(art. 7 C.C. y C, Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes" Santa Fe, 2015, Rubinzal Culzoni, ps. 100 y 158).

Así lo ha decidido la Alzada de este fuero (C.C. y Com. Rosario, Sala III, acuerdo N° 269 del 14.9.2016, en autos "Baldón Graciela Noemí c. Grazzini, Juan Domingo Antonio s. Daños y Perjuicios", entre otros).

En consecuencia, teniendo en cuenta que la vinculación contractual y el hecho dañoso ocurrieron bajo la vigencia del Código Civil, dicho ordenamiento principalmente y las normas y principios vinculados con la responsabilidades del Estado, habrán de aplicarse a los fines de determinar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad que se endilgan en el presente.

Se ha dicho desde la doctrina que “en materia contractual sólo median previsiones normativas dispersas y específicas que se localizan en las normas que regulan los aspectos generales de la contratación estatal, en las atinentes a ciertos contratos administrativos y en los pliegos de bases y condiciones y demás documentos contractuales. De ahí que, ante la falta de disposiciones que reglen en forma general y sistemática la responsabilidad estatal y a fin de cubrir la laguna normativa existente en la materia es menester acudir a las soluciones consagradas en la legislación civil, ya sea a fin de aplicar principios generales (vgr. el principio de la buena fe receptado en el art. 1198 del Cód. Civil) u otras soluciones allí consagradas, en este último caso a través de una aplicación extensiva mediante la técnica de la interpretación analógica, tal como lo hecho en numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (“La responsabilidad contractual del Estado”, Perrino, Pablo Esteban, LL 2012-F, 1286).

Precisamente, en el caso se invoca la obligación de seguridad derivada del art. 1198 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Por lo demás, no se ha puesto en tela de juicio la competencia de la Justicia de Distrito en lo Civil y Comercial para entender en la causa, la que deviene, precisamente, de la responsabilidad contractual alegada.



Poder Judicial

4. Está probado que el 9.1.2011, en las primeras horas de la tarde, M. G. B. ingresó, junto a un grupo de amigos, al camping comunal de Pueblo Esther, se internó en un brazo del río Paraná que ellos conocían como "riachuelo" (en la zona de la denominada "Bajada Rimoldi"), desapareció de la superficie del agua y fue encontrado sin vida al día siguiente por personal de Prefectura Naval Argentina (fs. 31 sumario penal).

En esto son coincidentes los testimonios de Omar Cáceres, Nelson Emanuel Bollachi, Alexis Arias, Francisco Guerín y Gustavo Bollachi, rendidos tanto en sede prevencional como ante la justicia penal y Guerín, además, en esta sede.

Practicada la autopsia, se consignó como causa del fallecimiento "asfixia mecánica mixta respiratoria vagal por sumersión" (fs. 3/5 sumario penal).

5. La demandada aduce que no debe responder invocando falta de jurisdicción sobre el lugar donde se produjo el hecho.

El planteo no será receptado. Varias razones militan en esa conclusión.

Por empezar, no se encuentra acreditado fehacientemente que el lugar en el que ocurrió el hecho sea de jurisdicción de la Comuna de General Lagos como se alegó. En tal sentido, la accionada se ha limitado a aportar una impresión que correspondería a una fotografía satelital sin mayores precisiones.

No hay informes de Prefectura Naval Argentina, Dirección de Vías Navegables u organismo competente que acredite el extremo de marras. Además, la prueba informativa al Servicio de Catastro e Información Territorial de la Provincia que ofreció la Comuna no fue diligenciada.

Ni siquiera se adjuntó un plano o croquis delimitativo de la extensión y alcance del camping comunal, ni se llevó a cabo una inspección judicial. Cabe aclarar que la realizada en sede prevencional nada aporta sobre el punto en cuestión y que el informe de la Comuna de General Lagos no ilustra sobre la cuestión de la delimitación (fs. 124).

Todo lo que se sabe del funcionamiento y características del camping es lo

informado por la propia Comuna en las actuaciones penales, esto es que “el camping comunal no posee, ni poseía al 9.1.2011, personal administrativo afectado dentro del mismo, todos los que allí se desempeñan son personal de maestranza efectuando tareas varias de limpieza, acarreo de lanchas, mantenimiento, custodia, etc. La administración de dicha dependencia es llevada por personal administrativo que se desempeña en el edificio donde tiene asiento esta Comuna. Asimismo alguno de los agentes comunales afectados al mantenimiento del camping, los fines de semana, son los encargados del cobro de la entrada al predio,..”. (fs. 121 sumario penal).

Tratándose de un hecho extintivo, la carga de la prueba pesaba sobre la demandada que lo alegó. Por lo demás, es la parte que en mejores condiciones estaba para acreditar el extremo que alegó.

Como es sabido, "Cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas". (Palacio, Lino, Tratado de Derecho Procesal Civil, Bs. As., 1972, Eledo Perrot, Tomo IV, pág. 368) y "A cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable" (Davis Echandía, H., "Compendio de la Prueba Judicial", Tomo I, p. 244).

5.1. Por fuera del aspecto probatorio y si por hipótesis se diese asidero a que el lugar del hecho no corresponde a Pueblo Esther, lo cierto es que se le endilga violación del deber de seguridad, entre otras cosas, en su carácter de organizador y explotador del camping por donde ingresó el menor y haber permitido su permanencia en un lugar peligroso, aspecto que le quita relevancia a la cuestión de la jurisdicción sobre el lugar del hecho.

Obsérvese, en tal sentido, que conforme con las declaraciones testimoniales referenciadas, el grupo de amigos llegó al lugar ingresando por el Camping, transitó por él, se internaron en el “riachuelo”, se trataba de un sitio en el que se habían bañado en anteriores oportunidades y no existían impedimentos para acceder al mismo.

La existencia del vínculo contractual se halla corroborada con el ticket de entrada



Poder Judicial

aportado por la parte actora al demandar (fs. 4) y las declaraciones testimoniales rendidas por Nelson Emanuel Bollachi (fs. 64/65 sumario penal) y Francisco Guerín en la audiencia de producción de pruebas realizada en estos autos.

Tampoco puede ponerse seriamente en discusión que sobre la Comuna demandada, en su carácter de organizador y explotador de la zona de esparcimiento “Camping Comunal”, pesaba una obligación tácita de seguridad consistente en garantizar la indemnidad física de los concurrentes.

Como se anticipara, del artículo 1198 del Código velezano se ha derivado la obligación de seguridad entendida como "El deber secundario y autónomo que, expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus co-contratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución". También: "Como aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato, a través de su interpretación en base al principio de la buena fe" (“La obligación de seguridad y su aplicación en el Código Civil y Comercial”, Cerutti, María del Carmen, RCyS2015-IV, 129, Cita Online: AR/DOC/558/2015).

“En general toda la doctrina sostiene que la obligación de seguridad encuentra (o encontraba) sustento normativo en el art. 1198, párrafo 1º del Código Civil, texto reformado por la ley 17.711, conforme al cual: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". O sea el principio de buena fe permitía inferir que una parte confiaba en la otra sobre la seguridad de su persona o de sus bienes durante la ejecución del contrato” (Cerutti, op cit).

Cuadra puntualizar en orden al factor de atribución, que las probanzas de la causa evidencian la existencia de un incumplimiento contractual de la accionada, de una

falta contractual. No está demás recordar que el incumplimiento puede provenir no sólo de la violación de las denominadas obligaciones nucleares del contrato, esto es, aquellas que están directamente vinculadas al cumplimiento del objeto, sino también de los deberes secundarios o colaterales de conducta (vgr. de información, colaboración, protección, etc.) que derivan del deber de cumplimiento de buena fe (art. 1198 del Cód. Civil) (Perrino, op. cit.).

El citado autor escribe, en conceptos que se comparten, que “Al igual que ocurre con la responsabilidad estatal por falta de servicio, en la responsabilidad por falta contractual no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure. La culpa o dolo no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falla del sistema o del aparato administrativo, que en el caso de la responsabilidad contractual se traduce en el incumplimiento de las obligaciones convenidas. Ello es lógico porque, como ha señalado Paillet, "tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica de su autor". Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva".

En el caso, como se anticipó, se verifica la falta referida, no sólo por la comprobación del ominoso resultado, sino especialmente porque se encuentra acreditado que las condiciones en que se prestaba el servicio destinado al esparcimiento de los asistentes al camping no eran las adecuadas, siendo causa de los daños que aquí se reclaman.

En efecto, las testimoniales coinciden en que no había impedimentos para acceder desde el camping a la zona denominada “Bajada La Mariposa” o riachuelo o brazo del río de donde desapareció M. B. Es más, en sede judicial la impresión de los testigos fue que dicha zona formaba parte del camping mismo (ver testimonios citados obrantes en la causa penal).



Poder Judicial

No había, por ejemplo, una delimitación a través de cerco o valla que impidiera el ingreso.

Por el contrario, era un lugar concurrido, donde había otras personas que se estaban bañando y otros pescando.

Al responder la demanda, la accionada sostiene que todos los testigos, en sede prevencional, dijeron que era un sector donde la gente pescaba y no se bañaba.

Por empezar, la afirmación no es certera pues el testigo Alexis Nahuel Airas declaró en sede policial que “había mucha gente que se estaba bañando” (fs. 28 vta. sumario penal) . Además, no fue motivo de interrogatorio, es decir, no se les preguntó concretamente si había otras personas bañándose o dentro del agua en el “riachuelo” .

Al declarar en el sumario penal sí les fue preguntado si era habitual que la gente se bañara en dicho lugar y respondieron que lo era y que en el momento del hecho había muchas personas dentro del agua (cfr. 64/65, 66/67, 70/71, sumario penal).

Es más, los referidos testigos declararon que ya se habían bañado en otras oportunidades en el denominado riachuelo, a la vista y pasividad de quienes tenían a su cargo la explotación y cuidado del camping, que nadie se los impidió o le formuló advertencia alguna, al igual que en el día del hecho.

Dice también la demandada que en el sector del hecho existían carteles que alertaban sobre la prohibición de nado.

En torno a la existencia o no de la cartelería se ha suscitado cierta discusión, pues, ante la preventora, algunos testigos dijeron que vieron los carteles, aclarando, salvo Cáceres, que los vieron cuando se retiraban del lugar (Arias y Guerin), mientras que Gustavo y Nelson Bollachi no lo vieron. Sin embargo, al declarar ante la justicia penal todos coincidieron en que no había cartel alguno y en que fue colocado al día siguiente.

A su turno, en el sumario penal se practicó una inspección el mismo día de la desaparición de M. B. en la que el funcionario policial actuante dejó constancia de

la existencia de un cartel, aportando una fotografía al respecto (fs. 15/19), aunque al alegar el abogado de la parte actora cuestiona dicho elemento afirmando que la fotografía contiene fecha del día siguiente, extremo que no se puede corroborar al ser fotocopias certificadas las incorporadas al sumario.

Lo cierto es que, independientemente de la distinta versión que aportaron los testigos y aun cuando, partiendo de las testimoniales de Cáceres, Arias y Guerin en sede policial y del croquis practicado por la preventora, se tuviera por existente el cartel en cuestión, se impone preguntarse si dicho cartel es suficiente para impedir que los asistentes ingresen al agua y entre ellos, menores de edad?.

Tengo para mí que la respuesta a tal interrogante debe ser negativa. No puede considerarse suficiente un cartel de advertencia, máxime cuando se trata de una señalización de pequeñas dimensiones y ubicado de tal forma que habría quedado poco visible según incluso el relato inicial de algunos testigos y otros ni siquiera lo vieron.

Pero además, la referida señalización debió ser acompañada con las debidas diligencias de seguridad que corresponden, por ejemplo: limitación y control del acceso, debida marcación de las zonas peligrosas, advertencias, llamados de atención.

No puede soslayarse que de acuerdo a las pruebas de la causa, la zona del camping estaba custodiada por un único guardavidas.

Así, resulta por demás elocuente el informe del Sindicato Unico de Guardavidas y Afines de la Rep. Arg. (S.U.G.A.R.A.) en cuanto hizo saber que “El camping comunal de Pueblo Esther posee una extensa playa sobre el río Paraná, con una muy nutrida concurrencia de bañistas durante la temporada alta, características que exigía y exigen la presencia de como mínimo seis guardavidas (conforme Decreto 2720/95), planteo gremial que fue informado a la administración comunal, la cual hizo caso omiso de tales recomendaciones al contratar solo dos. Sin perjuicio de ello, además de la normativa local, existen criterios a nivel nacional que determinan la cantidad de guardavidas no sólo por la época del año sino además por la extensión de la playa, como así también en virtud de su concurrencia habitual y normal” (fs. 125).



Poder Judicial

En esta línea, no deja de llamar la atención que la Administración ni siquiera aportó los datos del personal de su dependencia o contratado que se habría desempeñado en el camping el día del hecho.

Es claro a juicio del Tribunal que no puede hablarse de un hecho imprevisible. Se trata de un lugar peligroso, que es un brazo del río Paraná, al que arribó la víctima transitando con sus amigos, sin advertencias o impedimentos, desde el camping.

Y siendo un hecho que podía ocurrir, la demandada tampoco tenía articulado un sistema que permitiera resolver o al menos tratar de resolver la emergencia una vez producida, pues, es claro, que ni siquiera se advirtió la ocurrencia del hecho sino cuando alguno de los amigos de Matías Brua dieron aviso.

La falta de los debidos recaudos respecto de la seguridad, no pueden exonerar la responsabilidad de la Comuna, aunque, como se verá, compartida con el hecho de la víctima.

En suma, se verifica un incumplimiento contractual que se verifica a nivel de una violación al deber de seguridad que pesaba sobre la Comuna accionada, esto es, devolver al contratante sano y salvo a la expiración del vínculo.

5.2. Si por hipótesis de trabajo se enfocara el caso desde la órbita de la responsabilidad extracontractual y con el prisma de la falta de servicio del art. 1112 CC, teniendo en cuenta que los actores reclaman iure proprio y que no los uniría ningún vínculo con la accionada, se arribaría a similares conclusiones.

Es que, al igual que ocurre con la responsabilidad estatal por falta de servicio, en la responsabilidad por falta contractual no es necesario indagar en la subjetividad del empleado o funcionario estatal para que aquella se configure. La culpa o dolo no constituyen elementos determinantes de la responsabilidad estatal, sino la falla del sistema o del aparato administrativo, que en el caso de la responsabilidad contractual se traduce en el incumplimiento de las obligaciones convenidas...Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que en la responsabilidad por falta de servicio no se efectúa "un

juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva" ("Mosca", Fallos: 330:653).

En palabras de la Corte nacional "La falta de servicio regulada en dicha norma, según conocida jurisprudencia de esta Corte, exige una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño" (CSJN, 6.9.2022, "Gonzalez Domingo v. Provincia de Tucumán", también en un caso de muerte por ahogamiento).

Como ha quedado acreditado en párrafos anteriores la falla del sistema o aparato administrativo quedó patentizada en autos.

5.3. A igual solución se arribaría por aplicación del art. 1113 CC (según la interpretación mayoritaria que militaba a la época de los hechos y hoy reconocida expresamente en los arts. 1757/58 CCCN) en tanto la actividad, desarrollada en la zona de costa y playa del río Paraná, debe ser considerada riesgosa, actualizándose la responsabilidad de quien realiza dicha actividad, se sirve u obtiene provecho de ella (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, "Tratado de la Responsabilidad Objetiva", Bs. As., 2015, LL, tomo I, ps. 575 y ss).

6. La accionada también alega culpa de la víctima por arrojar al agua sin saber nadar, en un lugar señalado como prohibido, donde nadie lo hacía y habiendo ingerido alcohol.

La cuestión de la señalización ha sido abordada en párrafos anteriores y de ella no puede derivarse, como se ha visto, la exoneración total de la Comuna ni la culpa o interrupción absoluta del nexo causal por el hecho de la víctima.

La existencia de otras personas en el lugar, bañándose, incluso en anteriores oportunidades, también se trató más arriba y lejos está de apoyar la tesis de la accionada.

No puede darse por acreditado que el menor había ingerido alcohol en momentos previos a ingresar al riachuelo. Un sólo testimonio se inscribe en esa dirección, el de Cáceres, pero fue contradicho por el resto de los integrantes del grupo en todas las



Poder Judicial

declaraciones que prestaron. Todos dijeron que habían tomado gaseosa. No hay otras pruebas, como podrían haber sido los exámenes toxicológicos sugeridos en el procedimiento de autopsia y no fueron realizados (o al menos sus resultados no fueron incorporados a la causa).

6.1. Sí es cierto que la víctima no sabía nadar y que contaba con 17 años, edad suficiente como para representarse la situación de riesgo que implicaba ingresar, sin aquella destreza adquirida, a las aguas de un río peligroso aunque se tratase de un brazo del mismo. Todo ello demuestra una conducta al menos imprudente que no puede ser soslayada por el Tribunal a la hora de examinar la responsabilidad.

Se juzga que la conducta desaprensiva del menor ha contribuido parcialmente en el acaecimiento del luctuoso resultado final (art. 1729 CCCN), pero de ninguna manera puede ello exonerar la cuota de responsabilidad del municipio.

Y bien, el examen integral que se ha efectuado lleva a la conclusión de que a la demandada debe atribuirse un porcentaje mayor de responsabilidad que al hecho de la víctima, pues, claramente, mayor era el deber de la Comuna en resguardar la seguridad, de aquél que tenía la víctima en no ingresar al agua en las circunstancias que se han descripto.

En esta dirección corresponde agregar a lo ya expuesto que la Comuna debe privilegiar la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 CC), más cuando se trata del aprovechamiento por el público de las zonas de playa (criterio de "Posse", CSJN, Fallos: 315:2834).

Por todo ello, se atribuye un 70% de responsabilidad a la accionada y un 30% a la víctima.

7. Despejada la atribución de responsabilidad, debe pasarse revista a los daños cuya indemnización se demanda.

La parte actora reclama indemnización por los rubros daño patrimonial y daño moral.

Como se anticipó al inicio de la presente, los rubros indemnizatorios deben juzgarse a la luz del Código Civil y Comercial, debiendo tenerse en cuenta que la cuantificación del daño en las obligaciones de valor se efectiviza en oportunidad de dictar sentencia (art. 772, C.C.C.).

El art. 1745 del CCCN, en lo que aquí concierne, dice: “Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;...c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

7.1. En orden a los gastos del funeral cuadra recordar que “producida la muerte e una persona, los gastos de sepelio constituyen un daño a resarcir y se deben aunque no se haya aportado prueba de su efectivo pago, ya que se trata de gastos de necesaria realización” (CNC, Sala M, 22.12.2004, “Miranda”, LL 25.7.2005, entre muchos otros).

7.2. Respecto de la pérdida de chance de ayuda futura se ha expresado que “nada autoriza a establecer una pauta monetaria mínima igualitaria e indiferenciada correspondiente a un valor “vida humana” o “pérdida de vida humana”, como monto indemnizatorio, con prescindencia de todo otro perjuicio cierto” (CCC, Rosario, en pleno, 12.11.1992, in re “Franchi, Juan c. Ferrer, Héctor y o.”), contando los herederos necesarios con la presunción contenida en el citado art. 1745 CCCN.

En análogo sentido ha tenido oportunidad de expedirse el máximo Tribunal nacional, aseverando que “resulta razonable admitir que la muerte (...) importó la frustración de una posible ayuda material” (C.S.J.N., 09.12.1993, in re “Gómez Orué de Gaete, Frida c. Provincia de Buenos Aires y Otros”, en LL 1994-C, pág. 546).

Es que “en el caso de pérdida de la vida humana, lo indemnizable no es una suerte de valor intrínseco (...) adjudicable a la existencia del ser desaparecido, sino (...) la pérdida patrimonial que pueden experimentar los sobrevivientes a raíz del fallecimiento de aquél. (...) Consideramos que la vida en sí es inconmensurable económicamente (¿quién podría



Poder Judicial

ponerle un precio?).

Lo valioso en este sentido se refiere a los bienes materiales que el hombre crea u obtiene mientras vive, y que implican una desventaja pecuniaria también para otros si de alguna manera son sus destinatarios. En consecuencia, la vida humana no tiene un valor económico intrínseco, sino mediato. No se trata del económico valor de la vida, sino de los valores de esa índole que con la vida (“viviendo”) se pueden alcanzar, a cuyo respecto el sujeto cumple un papel instrumental” (Zavala de González, Matilde; en Bueres, Alberto J. -Director-; Highton, Elena I. -Coordinadora-; “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 3 A, págs. 249 y ss., y sus citas).

Al respecto se ha señalado que lo que debe resarcirse a los progenitores es el daño futuro cierto, y ese resarcimiento cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para sus padres (CNC, Sala C, 22/12/81, JA 1983-I-256; ídem, esta sala, 14/3/2014, "M., Néstor Guillermo y otros c/ Z., Ángel Rafael y otros s/ Daños y perjuicios", L. n.º 625.729). Es lo que actualmente dispone el art. 1745 inc. "c" CCCN.

Para cuantificar el daño producido, deben tenerse presentes las características personales de la víctima (C.S.J.P.S.Fe, 29.12.1993, in re “SULIGOY, Nancy Rosa FERUGLIO de y Otros c. Provincia de Santa Fe”, en A. y S., tomo 105, págs. 171 y ss.), en cuanto a edad, sexo, estado civil, nivel de capacitación, para el supuesto de que realizara tareas remuneradas si lo hacía o no en relación de dependencia. Es decir, debe ponderarse con estas pautas el perjuicio económico que del hecho deriva.

A efectos de determinar el monto de resarcimiento, los fallos precedentes pueden ofrecer una ayuda o pauta de cuantificación, cuando se trata de casos análogos o casos próximos, reuniendo características similares en aquellas variables consideradas relevantes para la decisión judicial.

En cuanto a las condiciones personales, ha de considerarse que el fallecido M. G. B. contaba con 17 años de edad al momento del hecho y, de acuerdo con el relato de la demanda, vivía en la casa de su madre, ayudando en todo lo que podía a la economía familiar. Su presencia era un apoyo y sostén económico para sus padres...El quería, luego de terminar la secundaria, seguir estudiando un oficio, anhelaba poder ayudar a su familia, la cual era y es una familia trabajadora de escasos recursos.”

En relación a los actores, de las constancias obrantes en la declaratoria de pobreza (CUIJ 21-02839074-9) surge que M. G. se desempeñaba como empleada doméstica y que A. B. lo hacía como empleado en una fábrica de chacinados, sin otros ingresos y que no tienen bienes de fortuna. La situación general también surge del relato proporcionado por los actores a la perito psicóloga actuante en autos, Giselle Zanfino (escrito cargo N°8504/20, fs. 108/110).

De ese relato merece extractarse, aunque al provenir de la parte se tomará como un indicio, lo que la madre de la víctima relató a la citada profesional: “M. era muy familiar, compañero y trabajador, le gustaba jugar a la pelota, ir a pescar y compartir sus días con amigos y primos. Manifiesta que solo había terminado la escuela primaria y había dejado la secundaria porque quería trabajar (cuando cumpliera los 18 años tenía pensado empezar el E.M.M.P.A.). Comenta que, en ese momento, se encontraba trabajando junto a su tío en un frigorífico (El Caserito) en la Comuna de Alvear. Dice que su hijo estaba ahorrando para comprarse una moto cuando cumpliera la mayoría de edad y un lote para hacerse una casa, refiere que de a poco, M. iba invirtiendo para ello (se había comprado una tele y un equipo de música). Manifiesta que ya de niño era emprendedor y activo (juntaba botellas o se las ingeniaba con algo para salir a vender y tener su dinero) (fs.109 vta.).

Es sabido que uno de los problemas más difíciles de superar en este tema es el referido a la cuantificación de la chance, pero aun así no podrá perderse de vista que el beneficio atenderá a lo que la víctima podría haber aportado en lo futuro a los reclamantes.

Se ha declarado que ““El hecho de que la menor fallecida a consecuencia de un



Poder Judicial

accidente perteneciera a una familia humilde y de bajo nivel cultural, no autoriza a reducir la indemnización sino, por el contrario, a incrementarla, dado que serían mayores las probabilidades de que la menor, en el futuro, se convirtiera en fuente de ingresos para sus progenitores" (C. Nac. Civ., sala F, 3/5/1982, ED, 100-555, citado por M. Zavala de González).

En tales términos, las circunstancias que este órgano jurisdiccional valora, conducen a entender que la pérdida de chance de ayuda a los actores se encuentra acreditada.

Es por ello que, teniendo en cuenta las facultades legalmente conferidas al Tribunal por el art. 245, CPCC, y las condiciones particulares de la víctima a las que se alude precedentemente, se declara procedente el rubro y se fija el mismo en la suma total de \$ 16.000.000 en partes iguales para cada demandante.

7.3. Corresponde también receptar el reclamo por daño extrapatrimonial.

Se define al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Zavala de Gonzalez, Matilde, "Daños a las personas", Bs. As., Hammurabi, Tomo 2, pág. 49).

El art. 1738, C.C.C., establece que "La indemnización (...) incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, (...) su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida", estatuyendo el art. 1741, CCC, que "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. (...) El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

La regla es que el perjuicio extrapatrimonial, constituido por la lesión a las

afecciones legítimas del sujeto entendidas por lo general como el dolor o padecimiento experimentado, no requiere prueba específica de su existencia habida cuenta que se lo debe tener por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (C.C.y Com. Ros., Sala 4, 28.3.2005, in re "Gazzo c. Heca", L.L.Lit., 2005, p. 747).

Desde luego que a ello no empece que se trate de un reclamo de índole contractual, pues si bien es cierto que el contenido natural de los contratos es patrimonial, ello no implica que el incumplimiento de las prestaciones debidas no puedan afectar intereses o bienes de las partes de orden extrapatrimonial, en especial, cuando se trata del daño que sufren los progenitores por la muerte de un hijo.

Debe ponderarse que no existe un dolor comparable al producido por la muerte de un hijo por cuanto, como dice Matilde Zavala de González, el valor ético de la vida del hijo se proyecta moralmente en la existencia de los padres. Ante la muerte del hijo, el sufrimiento tiene una dual proyección: el progenitor padece por lo que aquel mismo ha perdido, al no poder seguir gozando de la vida; además, por lo que pierde personalmente con la extinción del hijo. El dolor intenso y perdurable determina que el daño moral de los padres surja in re ipsa, sin otro aditamento, a partir del solo hecho de la desaparición trágica del hijo (Pizarro, Ramón D., "Daño Moral", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 563).

Además en el caso, como supra se señaló, se rindió prueba pericial psicológica, la que da cuenta del profundo dolor que han debido soportar y que aún soportan los demandantes, llegando, en el caso de la co-actora, a producir un daño psíquico a nivel del duelo patológico, lo que llevó a la experta a estimar una incapacidad del orden del 5% (fs. 110 y vta.).

No está demás recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe en el conocido precedente "Suligoy" afirmando que "La compensación pecuniaria por el padecimiento espiritual sufrido es de naturaleza resarcitoria y no debe guardar necesariamente una proporción o equivalencia, razonable o no, con el daño patrimonial (cfr. "Carlacchiani"; C.S.J.N.: "Badialí", citado). En efecto, no hay razón para fijar el resarcimiento por daño moral en un porcentaje del daño material, pues aquél debe tender a



Poder Judicial

la reparación integral del menoscabo moral padecido. Somos conscientes de que a los fines de evitar eventuales injusticias producto de reparaciones insuficientes, hay que superar la inercia que se observa en cierta jurisprudencia que considera al daño moral como una variable dependiente y menor del daño patrimonial. Conviene por ello insistir no sólo en la independencia de uno y otro, sino también en la posibilidad de que el último supere notablemente al daño económico. Adviértase que las razones y fines de dichos daños se diferencian a tal punto que es posible que un ilícito genere serios daños morales, más ningún perjuicio económico y, por supuesto, también la hipótesis inversa. Quede en claro que no se trata de reducir o suprimir reparaciones jurídicamente procedentes, sino de precisarlas conforme a los presupuestos de cada uno de los perjuicios” (C.S.J.S.F., “Suligoy c. Provincia de Santa Fe s. R.C.A.P.J.”, A. y S. T. 105, p. 171).

Por la gravedad objetiva del menoscabo, computando los antecedentes reseñados, con arreglo a las previsiones del 245 y cc. del CPCC. y teniendo en cuenta lo establecido en precedentes similares, se estima justo fijar prudencialmente la reparación por daño moral en la suma total de \$17.000.000 en partes iguales para cada demandante.

7.4. Aplicándose a los importes indicados los porcentajes de responsabilidad que se le han atribuido a las partes en la producción del hecho, se arriba a los siguientes importes de condena: \$5.600.000 para cada demandante por daño material y \$5.950.000 para cada actor por daño moral.

7.5. Los valores se fijan a la fecha de esta sentencia razón por la cual y de conformidad con lo decidido por la Alzada de este fuero, la suma que se establece en concepto de indemnización devengará desde el hecho y hasta la presente sentencia un interés puro equivalente al 8% anual. Desde la fecha de la sentencia y hasta el vencimiento del plazo que la normativa aplicable otorga para el pago (ley 7234, texto según ley 12.036) la suma resultante devengará un interés equivalente a una vez y media la tasa activa promedio mensual sumada del Banco de la Nación Argentina.

En caso de incumplimiento a los términos del procedimiento de cancelación de sentencias, los intereses generados en los períodos señalados se agregarán al capital y la suma resultante devengará el mismo interés pero capitalizable hasta su efectivo pago, independientemente de los recursos que puedan articularse contra esta sentencia (arts. 770, inc. c) , 772 y cc CCCN; criterios sentados en “Pesaresi Valeria c/ Caja de Seguros s/ Demanda Derecho de Consumo”, auto N° 462 del 28.4.2021, confirmado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones, por acuerdo N° 141 del 26.5.2022; en “Altamirano, Marina Lujan y Ot. c/ Estación Norte SRL y Ot. s/ Demanda de Consumo”, sentencia N° 1175 del 18.11.2020, confirmada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones, por acuerdo N° 163 del 16.6.2022 y en “Igarza Liliana c/ Lazcano Leonardo s/ Daños”, 21-02955701-9, sentencia N° 756 del 8.7.2022, en el protocolo de sentencias del Juzgado).

8. Las costas se distribuyen 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de los actores (art. 252 CPCC).

Por lo expuesto y derecho citado, FALLO: Haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenando a la Comuna de Pueblo Esther a pagar la suma de \$11.550.000 a la co-actora M. G. y la suma de \$11.550.000 al co-actor A. A. B, en la forma y con más los intereses establecidos en los considerandos de la presente para cada uno de los montos referidos (por los rubros daño material por pérdida de vida humana y daño moral). Imponer las costas en un 30% a los actores y en un 70% a la demandada (art. 252, CPCC). Honorarios oportunamente. Insértese y hágase saber.

DRA. LORENA A. GONZÁLEZ
Secretaría

DR. MARCELO N. QUIROGA.
Juez