



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Nro de Orden:

Libro: S-190

Juzgado de origen: Civ y Com N° 1

Expte: SI-114539

Juicio: VELAZQUEZ NELIDA A. Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SALTO Y OTRO S/
DAÑOS Y PERJUICIOS

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 4 días del mes de Diciembre de 2013, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. N° SI-114539**, en los autos: **“VELAZQUEZ NELIDA A. Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SALTO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Roberto A. Bagattin.-

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

I.- La sentencia de fs. 396/410 es apelada por ambas partes, fundando el recurso la actora a fs. 432/43 y la demandada a fs. 426/27, siendo este último contestado a fs. 445/47. El Asesor de Incapaces dictamina a fs. 449.

II.- 1.- Los sres. Nélide Alejandra Velázquez y Cristian Gabriel Boy, por derecho propio y en representación de su hijo menor José Omar Boy, promovieron demanda contra la Municipalidad de Salto por indemnización de los daños y perjuicios sufridos a raíz del hecho ocurrido el día 27/01/04 en circunstancias en que se hallaban en camping del balneario municipal del río Salto.

Dijeron que el día indicado a eso de las 15 hs. su hijo se hallaba bañando cuando oyeron que lloraba y gritaba, por lo que su hermana lo levantó en brazos y lo llevó a la costa, donde advirtieron que los pies del niño estaban ensangrentados. Lo condujeron a la enfermería del camping, y vieron que había ya dos personas con sangre en distintas partes del cuerpo, enterándose que todos habían sufrido la mordedura de palometas. Continuaron narrando que lo llevaron al hospital municipal, donde fue atendido, sufriendo la amputación completa de la falange distal del segundo dedo del pie derecho y prácticamente completa de la falange del mismo dedo del pie izquierdo.

Fundaron la responsabilidad de la municipalidad en la teoría del riesgo creado emanada del art. 1113 del C.C. y detallaron los rubros indemnizatorios reclamados.

2.- Contestó la demanda la Municipalidad de Salto, negando la versión de los hechos expuestos en la misma, y pidió su rechazo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Reconoció, sin embargo, la ocurrencia del hecho, pero dijo que debía atribuirse a un caso fortuito. En tal sentido, dijo que desde que se inauguraran las piletas municipales en 1938 nunca había tenido lugar un hecho similar. Expresó que, apenas ocurrido el hecho, se desagotaron las piletas, lo que posibilitó el hallazgo de siete palometas, y se solicitó la intervención de la Subsecretaría de Fauna y Pesca de la Provincia y otras entidades.

Insistió en que el hecho había sido totalmente imprevisible e inevitable, que no existía responsabilidad objetiva dado que no había vicio o riesgo alguno del balneario. Alegó también la eximente de “culpa de un tercero (palometas)” (sic) y culpa de los padres por haber dejado que se su hijo se bañara sin su presencia.

3.- Abiertos los autos a prueba y producida la misma, se dictó sentencia haciéndose lugar a la demanda.

Para así decidir, la jueza recordó que a los daños causados por animales (arts. 1124 a 1131 C.C.) le era aplicable la teoría del riesgo creado prevista por el art. 1113 del C.C.. Asimismo dijo que en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor los reclamos de daños sufridos por terceros debían encuadrarse en la órbita de la responsabilidad extracontractual.

Sostuvo que a la fecha del hecho estaba vigente el art. 40 de la ley 24.240 modif. por la ley 24.999, y por lo tanto el vínculo entre el concesionario (en el caso, la Municipalidad) y los usuarios debía calificarse como relación de consumo y aplicarse el deber de seguridad, debiendo el proveedor del servicio acreditar el cumplimiento de la obligación de informar.

Respecto de la aplicación del art. 1113, dijo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que debía entenderse como “dueño o guardián” también a quien se servía de la cosa explotada, y que, al no haber probado la Municipalidad de Salto ninguna causal de liberación de responsabilidad, debía resarcir los daños causados.

Fijó los siguientes montos indemnizatorios: 1) \$ 15.000 por incapacidad parcial y permanente del niño José Omar Boy; 2) \$ 10.000 por daño moral del mismo, y 3) \$ 500 por gastos médicos, de traslado y farmacia, con más sus intereses a la tasa pasiva desde la fecha del hecho. Rechazó el pedido resarcitorio por daño moral de los padres por derecho propio y el rubro “pérdida de chance”.

III.- 1.- Se agravia la demandada del acogimiento de la demanda por entender que se ha acreditado en autos que el ataque sufrido por el niño por las palometas doradas se debió a un hecho imprevisible, inevitable y anormal en el balneario de Salto, no existiendo cosa riesgosa o viciosa alguna – de la que fuera titular - con relación de causalidad suficiente con el accidente.

Funda su aseveración en el informe de la Dirección de Desarrollo Pesquero y del Departamento de Desarrollo y Tecnología Agrícola de la Provincia y en las declaraciones de los testigos. Dice también que no se ha tenido en cuenta la conducta desaprensiva de los padres del niño al permitir que se bañara solo con su hermana.

Se queja también de los montos indemnizatorios fijados por incapacidad, daño moral y gastos.

2.- La parte actora se agravia de los montos resarcitorios fijados por estimarlos bajos, del rechazo de la indemnización del daño moral de los padres y de la pérdida de chance.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

IV.- Los actores fundaron la demanda en el art. 1113 del C.C. sin aclarar si al referirse al “riesgo de la cosa” aludían al pez que mordió al niño o a la actividad de balneario desarrollada por el municipio.

En el primer supuesto, cabe señalar que los peces de los ríos son susceptibles de apropiación privada (arts. 2343 inc. 1º, 2527 y 2547 del C.C.), y por ende son “res nullius” (Mariani de Vidal, Marina, “Curso de Derechos Reales, T. I, V. P. de Zavalía Editor, Bs. As., 1974, p. 240; destaco que tal calificación no cambia con la ley nacional de pesca 24.922 ni con la ley provincial 11.477). No puede, por consiguiente, atribuirse su titularidad al municipio y aplicarse los arts. 1124 a 1131 del C.C., que regulan la responsabilidad de los dueños o guardadores de los animales domésticos o feroces. Por la misma razón, obviamente, tampoco es de aplicación el art. 1113 2do. párr. del C.C., que, conforme a la doctrina y la jurisprudencia, rige en el caso de los daños causados por animales (S.C.B.A., AC. 32.287 del 17/09/95 y Ac. 42.989 del 2/07/91; esta Sala, causa n° 109.015, “Del Bianco c. Agrupación Gaucha La Coscoja”, 29/03/05; Casiello, Juan José, “Responsabilidad por daños causados por animales”, L.L. 1992-C, 241).

Respecto del segundo supuesto requeriría encuadrar a la actividad “balneario municipal” como actividad riesgosa, siendo de recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que lo esencial de la responsabilidad prevista en el art. 1113 2do. párr. del C.C. radica en el riesgo creado más que en provenir de una cosa (Pizarro, Ramón D., comentario a art. 1113 en Bueres-Highton, Código Civil anotado, T. 3-A, Hammurabi, 1999, p. 555; C.S.J.N., fallo “Zacarías” del 28/04/98, L.L. 1998-C, 322; S.C.B.A., L. 80.406 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

29/09/04 y L. 79.690 del 28/06/06; esta Sala, causa n° 111.178, “Marino c. F.I.A. S.A.”, del 04/09/07).

Entiendo que brindar el servicio de balneario en un río, aún cuando artificialmente se hayan arbitrado medios para la formación de piletones, no es una actividad riesgosa, máxime cuando no se pretende que el hecho haya tenido algo que ver con la actitud de los guardavidas.

Pero aún cuando forzosamente se lo encuadrara de esa manera, considero que el hecho es calificable como caso fortuito (art. 514 C.C.), eximente genérico de responsabilidad; es decir, de aplicación aún cuando no esté expresamente mencionado en el art. 1113.

El caso fortuito o la fuerza mayor tienen fundamento en la imprevisibilidad, por cuanto sus consecuencias se apartan del “*curso natural y ordinario de la naturaleza*”, como dice Vélez en la nota al art. 514, en clara vinculación con el art. 901. Por ello, como enseña Mosset Iturraspe, excluye, en principio, la responsabilidad civil (art. 513), porque falla la relación de causalidad. “*La teoría de la causa adecuada no es, en cambio, sino la teoría de la ‘conditio’ con el correctivo del caso fortuito objetivamente considerado... el concepto de idoneidad, de adecuación, no es más que el desenvolvimiento del tema caso fortuito, en el área de la causalidad. Hecho fortuito es, precisamente, aquel que no puede estimarse como consecuencia adecuada de la conducta, porque escapa a la esfera de la probabilidad. De allí que el ‘caso fortuito’ y ‘causa inadecuada’ sean para nosotros conceptos equivalentes; las consecuencias del caso fortuito son inimputables, por ende, no por faltar la culpa sino por ser*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

extraordinarias o atípicas, por ser consecuencias remotas – art. 906 –“. Más adelante enseña el jurista santafesino que si el caso fortuito sobreviniente es independiente de la causa arrimada por el agente, sin ligamen alguno, se configura una *“interrupción del nexo causal”* (“Responsabilidad por daños”, Bs. AS., Ediar, 1971, p.211). En igual sentido, Compagnucci de Caso sostiene que el caso fortuito se vincula con la relación de causalidad, ya que entraña siempre rompimiento del nexo causal (“La responsabilidad civil y la relación de causalidad”, Astrea, Bs. As., 1984, ps. 88 y 130).

Por consiguiente, si la Municipalidad pudo prever o no que ocurriera un hecho como el sufrido por el niño José Omar es lo que determina el desenlace de estas actuaciones.

El municipio adujo en su defensa que nunca había ocurrido un hecho así en los sesenta y seis años transcurridos desde la inauguración del balneario municipal, y acreditó ello mediante la prueba producida (arts. 375 y 384 C.C.).

En primer lugar, la Dirección de Desarrollo Pesquero del Ministerio de Asuntos Agrarios de la Provincia, luego de brindar una explicación de lo ocurrido – a lo que luego me referiré – dijo que se había tratado de un evento *“aislado”* vinculado a una serie de variables ambientales particulares que alteraron el normal desplazamiento de los peces por el curso de agua (fs. 131).

Los municipios de Arrecifes y Rojas – que forman parte de la misma cuenca hídrica – informaron que nunca se habían registrado mordeduras o ataques de palometas doradas a personas (fs. 135 y 141).

Las declaraciones testimoniales de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

guardavidas del balneario (fs. 241/42 y 243/44), coinciden con estos informes. Dicen que nunca ocurrió un hecho así – ni antes ni después – y es de destacar que el primero de ellos dijo que trabajaba en esa tarea desde hacía 32 años. Si bien estos testimonios están alcanzados por las generales de la ley (art. 439 C.P.C.), no pueden ser descartados dada su correspondencia con el resto de la prueba producida (art. 456 C.P.C.).

Según el informe técnico de la Dirección de Desarrollo Pesquero de la Provincia (realizado pocos días después del hecho) – que dio cuenta de que los peces agresores correspondían a la especie *Serrasalmus natterer*, vulgarmente llamada palometa brava, pacusa, mora, ñata o piraña, algunos de régimen carnívoro, que presentan dientes cortantes sobre el premaxilar y la mandíbula -, la escasez de lluvias en la región había provocado el descenso del caudal del río y por ende una considerable reducción del agua renovada de las piletas; las altas temperaturas registradas en el ambiente habían elevado la del agua incrementando el ritmo metabólico de los peces, y posiblemente las pirañas, retenidas en las piletas, habían sido parte de un cardumen mayor que se habría desplazado aguas arriba pero habrían llegado tarde para sortear las barreras; habiendo quedado confinadas en aguas calientes y con pocos peces para comer, se habrían tornado agresivas, mordiendo cuanto objeto se les cruzara, conducta que se volvía frenética con la presencia de sangre o alimento en el agua.

El informe, como ya dije, calificó al hecho como evento aislado, y dijo que, si bien la repetición del fenómeno era poco probable, las posibilidades existían, por lo que se recomendaba a las autoridades del balneario que previnieran y mantuvieran informada a la población sobre la existencia del fenómeno a fin de dar rápido aviso y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

solución mediante el vaciado de las piletas, evitando de esa forma posibles accidentes (fs. 129/31).

¿Puede decirse, entonces, que el hecho fue imprevisible y evitable si, por ejemplo, las autoridades del balneario, hubieran prohibido el ingreso al mismo? Entiendo que no dado que la imprevisibilidad no puede juzgarse con “el diario del lunes”. Debe analizarse ubicándose el juzgador en el momento previo a la ocurrencia del hecho. De acuerdo a lo señalado ningún hecho semejante había ocurrido en los más de sesenta años transcurridos desde la apertura del balneario y tampoco había tenido lugar en los balnearios de los partidos vecinos integrantes de la cuenca del río Salto. ¿Era razonable que los responsables del balneario prohibieran bañarse a la gente que accedía al mismo? Ningún motivo tenían para ello de acuerdo a la información de la que disponían.

Distinta sería la conclusión probablemente si un hecho similar ocurriera luego del acontecimiento que motiva esta causa. Las autoridades del municipio ya saben del mismo y además están advertidos por medio del informe que acabo de referenciar.

En el discutido tema de la responsabilidad de los concesionarios de autopistas por piedras arrojadas por terceros o por animales sueltos – jurisprudencia a la que alude la jueza en la sentencia apelada -, se ha dicho que lo determinante en la delimitación del deber de seguridad surge de la *posibilidad de prever* esos actos de terceros o la aparición de los animales, para lo cual es dirimente si se ha registrado o no un número considerable de denuncias o advertencias al respecto con anterioridad, que obligaran al concesionario a tomar medidas preventivas adecuadas (C.N.Civ., Sala E, “Lencinas c. Grupo Concesionario del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Oeste S.A.”, 17/09/07, RCyS 2007, p. 1071; Galdos, Jorge Mario, “Sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo ‘Bianchi’. La clausura definitiva del debate”, L.L. 2007-B, 282; S.C.B.A., C. 79.549, “Castro c. Camino del Atlántico”, 22/12/08; esta Sala, causa n° 114.289 del 7/08/13).

A mi juicio, la situación que motiva estos autos es muy similar a la que se daría si en un balneario en la costa atlántica un tiburón mordiera a un bañista. La responsabilidad del titular del respectivo balneario – municipal o privado – por la falta de advertencia del peligro o por no poner carteles de prohibición de baño, estaría dada por la ocurrencia o no de hechos similares con anterioridad – evaluándose también el tiempo transcurrido desde entonces -, como para discernir si se trató de un hecho previsible o no.

En el caso – reitero –, de acuerdo a la prueba producida, ningún antecedente hacía prever que surgieran repentinamente pirañas que mordieran a quienes disfrutaban del baño en los piletones del balneario de Salto.

La sentenciante también encuadró el hecho en la Ley de Defensa del Consumidor. Entiendo que no es correcto dado que, en el caso, el servicio prestado por la Municipalidad de Salto no puede considerarse comprendido en el art. 2 de la ley 24.240. Es decir no se trata de alguna de las actividades mencionadas por esta norma prestada de manera profesional. La LDC está concebida en relación a las actividades comerciales desarrolladas por entes públicos o privados, pero no cuando se trata de los servicios esenciales que los órganos estatales brindan, como los de recreación y esparcimiento (no es otra cosa un balneario municipal). Si no lo entendiéramos así llegaríamos a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

conclusión de que la LCD comprende a lo que ocurra en una plaza o un parque público, o que debe aplicarse a las deficiencias del servicio de educación, de seguridad o de justicia. No se trata en esos casos de una “relación de consumo” que es lo que define a la ley (ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, 2da. ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, p. 108 y ss.; Mosset Iturraspe y Jorge y Wajntraub, Javier, “Ley de Defensa del Consumidor”, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2008, p. 47 y ss.)

Pero aún cuando no se compartiera este criterio, la conclusión sería la misma a la que hemos arribado. Ello así porque el art. 5 de esta ley – que consagra la obligación de seguridad por parte del prestador del servicio – expresamente habla de los bienes o servicios “*en condiciones previsibles o normales de uso*”, lo que indudablemente se vincula con la previsibilidad de la que venimos hablando. O sea – y como no podía ser de otro modo -, el caso fortuito (hecho imprevisible o inevitable) es un eximente de responsabilidad aún cuando sea de aplicación la LDC.

Resta analizar - aún cuando no ha sido alegado en autos – si el hecho podría ser enfocado desde la responsabilidad del Estado por omisión. Viene al caso, entonces, traer a colación el fallo de la Corte Suprema de Santa Fe fallado el 12/04/11 que versó sobre un hecho similar al presente (“Alvarez, Elida y ot. c. Municipalidad de Santa Fe”, L.L. Litoral 2001 (agosto), 775).

La Cámara había hecho lugar a la demanda por el daño sufrido por un niño por la mordedura de una palometa en la laguna Setúbal sobre la base de imputarle a la municipalidad responsabilidad por omisión (art. 1074 C.C.). La Corte santafesina anuló



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

la sentencia por falta de fundamento legal. Consideró que el ilícito omisivo no podía responder a un principio amplísimo como el “neminem laedere”; que era preciso que se tratara de una obligación de un deber concreto a cuyo cumplimiento pudiera ser compelida la administración. No puede alegarse – sostuvo – el incumplimiento genérico del poder de policía del Estado. “... sería irrazonable – dijo – que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger...”; “... de lo contrario se llegaría al extremo – agregó, con cita del fallo “Parisi c. Laboratorios Hulen” del 20/10/09 de la C.S.J.N. - *de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera*”.

Comparto este criterio de la Corte santafesina, expuesto con abundante cita de doctrina y jurisprudencia. Por lo expuesto, propongo que la sentencia sea revocada y en consecuencia se rechace la demanda, con costas en ambas instancias a la actora vencida (art. 68 C.P.C.).

VOTO POR LA NEGATIVA.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION

PLANTEADA, el señor juez Dr. Emilio A. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

1°.- Revocar la sentencia apelada, y en consecuencia rechazar la demanda interpuesta.

2°.- Imponer las costas en ambas instancias a la actora.

ASI LO VOTO.-

El señor juez Dr. Roberto A. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **REVOCAR** la sentencia apelada, y en consecuencia rechazar la demanda interpuesta.

2°.- **IMPONER** las costas en ambas instancias a la actora.. **NOT. Y DEV.-**

Firmado: Dr. Roberto A. Bagattin – Dr. Emilio A. Ibarlucía

Ante mí, Gabriela A. Rossello – Secretaria.