

General Roca, 29 de Diciembre de 2020.-

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "AILLAL ALEJANDRO MATIAS Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL ROCA Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte N° A-2RO-1290-C1-17, del registro de éste Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1;

RESULTA: A fs. 1/43 se presentan por medio de mandato judicial privado los Sres. Alejandro Matías Aillal y Tatiana Gisele Scattone, ambos en representación de su hijo menor F., B.A.-

Manifiestan que comparecen a interponer acción de daños y perjuicios contra la Municipalidad de General Roca y Graciela del Carmen Muñoz por la suma de \$ 5.075.884,33.-

Relatan que el día 04 de enero de 2015 la familia Aillal concurrió a pasar el día en el camping del balneario municipal Apycar, que resulta de ser de propiedad del Municipio de General Roca, que incluso el ingreso a tal lugar era oneroso, habiéndose abonado la suma de \$ 5 por grupo familiar.-

Que ese día, a las siete de la tarde, a las 17 hs su hijo Fausto, de solo 3 años de edad, fue víctima de un accidente con quemaduras, que le causaron lesiones gravísimas en partes y extensiones de su cuerpo, padeciendo quemaduras de 1° y 3° grado.-

El hecho sucede por producirse foco de fuego, nunca controlado ni apagado por las entidades de supervisión del municipio ni los responsables del lugar, quien era la Sra. Graciela de Carmen Muñoz, quien percibe los precios para el ingreso al predio, por supuestamente tener una relación contractual con el Municipio.-

El hecho resulta ser tan gravoso y trágico, que el cuerpo del menor fue rescatado en las llamas y brasas ardientes, por las personas del lugar, sin ayuda alguna ni auxilio de los responsables de APYCAR.-

La familia advierte de ello y son quienes apagan llamas y quitan las brasas de su cuerpo, con ayuda de personas que se encontraban en el lugar. Incluso la malla de baño se le había pegado a su piel.-

Fausto solo tenía apenas 3 años y perdió la conciencia inmediatamente, habiendo creídos sus padres que había perdido la vida a consecuencia del suceso.-

Apycar estaba muy concurrido y fue la gente del lugar la que llamo a la ambulancia, para que Fausto sea trasladado a un centro médico. Ni las personas a cargo del establecimiento ni los demandados se ofrecieron a llamar a los servicios de ambulancia.-

Dado que los servicios de ambulancia no concurrían se trasladó a F., por los propios medios a la sala de salud del lugar. Allí tampoco se lo atendió porque no había servicios, ya que el enfermero a cargo ni siquiera había llegado.-

Que fue casi un milagro que el menor salvase su vida. Que estuvo en terapia intensiva con tratamiento de curaciones y otros para evitar el agravamiento de las quemaduras producidas.-

A los días, los médicos a cargo dispusieron que se lo debía intervenir quirúrgicamente para evitar infecciones y que se agrave su estado de salud.-

La intervención se realizó el día 09 de Enero de 2015. Que continuó internado por varias semanas hasta que se le otorgó el alta.-

El hecho efectivamente causó un grado de incapacidad del 15% causándole también insuficiencia renal, por no poder retener su orina.-

Padeció quemaduras en ambos glúteos, dorso de su cuerpo, muslos y rodilla izquierda. Meses después del alta, debió concurrir periódicamente al CEMYN para que se le realicen las curaciones.-

También padece de problemas para dormir, se interrumpe su descanso con llantos y se despierta asustado.-

El niño estuvo varios meses sin poder hacer actividad alguna, tiene grandes dificultades para desarrollar sus actividades y le causó un gran daño estético y moral.-

Que el hecho lo padeció cuando estaba aún formando su personalidad, que el accidente lo marcará y le causará graves secuelas para toda su vida y en todas sus esferas personales.-

Que debe imputarse a los accionados las consecuencias dañosas de su obrar, estableciéndose la presencia del respectivo nexo de causalidad entre sus omisiones o accionar y el perjuicio cuya reparación se procura, ya que es precisamente la determinación del nexo causal la que permite establecer la autoría del sujeto y conocer si el daño puede ser atribuido a su acción y omisión.-

Cuantifican los daños: gastos futuros, tratamiento de rehabilitación e intervenciones quirúrgicas la suma de \$240.000.- ya que F. requiere rehabilitación, una intervención quirúrgica estética para reparar las cicatrices y quemaduras que padece en su cuerpo.-

Deberán computarse todos los tratamientos terapéuticos y quirúrgicos que resulten idóneos para subsanar las secuelas del hecho.-

Por incapacidad sobreviniente solicitan la suma de \$ 3.755.884.33.- estimando una retribución de \$ 4.000.-

Por daño psíquico reclama \$ 200.000, por tratamiento de rehabilitación la suma de \$ 80.000.- y por daño moral la suma de \$ 800.000.-

Funda en derecho, ofrece prueba y peticiona.-

A fs. 44 se ordena el traslado de la demanda. A fs. 45 toma intervención la Defensora de Menores.-

A fs. 70/83 se presentan los actores y amplian prueba.-

A fs. 91/121 se presenta la Municipalidad de General Roca, por medio de su apoderado a contestar demanda. Desconoce la documental acompañada y niega los hechos invocados.-

Manifiesta que el régimen jurídico aplicable es el CPAdministrativo y la Ley 26.944, no resultando aplicable el CCyC.-

Contesta demanda y en relación a la plataforma fáctica impugna la mecánica del hecho relatada por la actora, agregando que no hay una descripción detallada de como ha ocurrido el siniestro, por lo que se dificulta ejercer el derecho de defensa.-

Que no hace referencia a la mecánica del siniestro, ni cómo ha podido ocurrir un evento de este tipo, en un lugar conocido por la comunidad roquense, por su proximidad al río, con cercanía a un canal recreativo donde no se desarrollan otras actividades más que de esparcimiento, ni tampoco se ha descrito como es que alguien pueda sufrir quemaduras de semejante gravedad en aquel sitio.-

Que tampoco resulta del relato donde se encontraban los padres de Fausto Aillal al momento del supuesto siniestro. Que el sector en el que supuestamente ocurrió el siniestro sólo permite que el público aproveche las instalaciones del balneario, tales como parrillas para realizar fogatas al aire libre, siempre tratándose de fuegos controlados.-

Que en el único sector en el que se pueden realizar las fogatas es en la sección de parrilleras, en las que no hay posibilidad que un menor de 3 años pueda caer al fuego, pues las mismas se hallan considerablemente separadas del piso y es casi imposible que Fausto Aillal hubiera podido subir por sus propios medios.-

Que no hay un caso potencial de siniestralidad en las instalaciones recreativas de Apycar, desde que en aquel lugar no se desarrollan actividades riesgosas o peligrosas, por lo que desconoce el acaecimiento del siniestro.-

Refieren que sin perjuicio de ello, tampoco resulta viable responsabilizar a su mandante por los hechos relatados por los actores, ya que a todo evento ha existido una eximente de responsabilidad fundada en la culpa por omisión del deber de vigilancia de los

padres, configurándose la eximente prevista en el art. 1113 del CC.-

El deber de cuidado de los padres del niño, imponía a estos últimos la responsabilidad de cuidar a una persona y la integridad física de su hijo menor de edad de 3 años.-

Resaltan en la imposibilidad de que pudiera ocurrir un siniestro de estas características de haber ocurrido la debida vigilancia por parte de los padres del menor. No se debe perder de vista que Apycar es un balneario muy concurrido, con una afluencia constante de personas en temporadas de verano, una pileta de considerables dimensiones y muchos riesgos para un menor de temprana edad, que necesariamente implican agudización de los cuidados que deben tener los padres.-

Agregan que, no obstante lo expuesto, en el caso tampoco corresponde hacer lugar a la pretensión de la actora respecto de hacer responsable a su mandante en el supuesto accidente sufrido por el menor ya que no se da el factor de atribución objetivo de falta de servicio. Cita fallos de la CSJN.-

Refieren también que la zona de Apycar es un camping recreativo que se localiza dentro del ejido urbano del municipio, a 7 km del casco céntrico.-

Describe que se trata de un predio cercado, que cuenta con servicios de luz, sanitarios de duchas parrillas, piletón cementado, guardavidas, primeros auxilios, juegos para niños y que todas dichas actividades cuentan con la debida señalización del predio, por medio de cartelería dispuesta a tal efecto.-

Que el municipio ejerce la tutela del predio por medio de la Dirección de Servicios Públicos, que en tal cometido se realizan actividades de mantenimiento durante todo el año, tal como surge de la Res. 2831/14.-

Que dicho lugar se halla sometido a un régimen de concesiones durante la temporada de verano siendo la municipalidad licita la explotación del espacio de camping. Que para la temporada del verano de 2015, la misma fue otorgada por medio de la Res. 2679/14 a la Sra. Muñoz Graciela del Carmen, quien resultó beneficiaria de la concesión hasta el 2018.-

Que de acuerdo a tal acto administrativo, la contratación debe sujetarse a las condiciones del anexo N° 1 de la resolución 2574/14, las que acompaña.-

Subsidiariamente y para el hipotético caso que se entienda que se encuentran reunidos los elementos de la responsabilidad civil, el único sujeto responsable no puede ser otro que el concesionario.-

Que el vínculo existente entre el usuario y el concesionario es una típica relación de consumo. A su vez, la concesionaria es un típico proveedor de servicios, por ende la

responsabilidad de éste por los daños sufridos por el usuario se ubican en el régimen contractual, con tutela en los art. 42 de la CN y 5 de la LDC.-

Que la obligación tácita de seguridad a cargo del concesionario depende de la eficiencia del servicio. Que debe aplicarse el art. 6 de la Ley 26.944, norma que establece que el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos.-

Por último agrega que en el caso existe falta de causalidad adecuada ya que no sólo no ha existido norma legal que genere una obligación determinada por parte de la administración municipal, sino que de haber existido, la exigibilidad debiera ser razonables. Que la principal actividad imputada a su mandante, como factor desencadenante del siniestro fue la de haber omitido la supervisión de las actividades que se desarrollaban.-

Que las actividades recreativas organizadas en el predio de Apycar están cuidadosamente organizadas por la administración comunal, de forma que funciones por el servicio que desarrolla el sujeto concesionario, bajo control de las autoridades municipales.-

Que sin embargo, toda actividad de prevención de los daños y de minimización de los posibles riesgos, encuentra su coto en aquellos hechos imprevisibles que bajo ninguna circunstancia pueden ser controlados por el hombre, o que bien pudiendo ser previstos, no pueden ser evitados.-

Impugna la liquidación efectuada, ofrece prueba, solicita la citación en garantía de Horizonte Cía Argentina de Seguros Generales S.A, plantea la inconstitucionalidad de la Ley 5069 y peticiona.-

A fs. 122 se ordena la citación de Horizonte, quien se presenta a fs. 128/206, por medio de apoderados, a contestar la citación efectuada, oponiendo defensa de no cobertura (ausencia de seguro), solicitando el rechazo in límine de la citación efectuada por la Municipalidad, con costas.-

Aduce que su mandante reconoce la existencia de un contrato de seguros que lo vincula con la Municipalidad de General Roca, bajo póliza N° 705818, ramo integral de comercio e industria, con vigencia desde el 24/11/2014 hasta 24/11/2015. Que la póliza no cubre el evento ventilado en autos, ya que en las condiciones generales, cláusula N° 4 contempla los riesgos no asegurados, entre ellos el incendio.-

Que a tenor de los hechos relatados por la parte actora, esta fuera de discusión que el menor Fausto Aillal protagonizó un accidente con quemaduras, riesgo que no se

encuentra cubierto por la póliza contratada con Horizonte.-

Que se esta ante un caso de no seguro, por riesgo expresamente excluido de la cobertura contratada, solicitando el rechazo in limine de la misma.-

Interpone defensa de no cobertura, ausencia de seguro, falta de legitimación sustancial, que no cabe responsabilizar a su mandante, toda vez que el siniestro ventilado no es un siniestro previsto en la póliza 705818.-

Cita doctrina y jurisprudencia y subsidiariamente contestan la citación formulada por la actora. En tal punto oponen límite de responsabilidad por acontecimiento, conforme las condiciones particulares de la póliza, la que es de hasta \$ 700.000.- (con más costos y costas del proceso proporcionales a la suma asegurada). A todo evento, oponen defensa de insuficiencia de seguro, por tope de póliza.-

Manifiesta asimismo que en el contrato de seguros que lo vincula con el Municipio demandado se ha pactado un descubierto obligatorio, por lo que eventualmente solicita que se aplique el mismo.-

Agrega que la municipalidad local se presentó con su asesor legal, contestando demanda. Que sin perjuicio que su mandante entiende que el evento no se encuentra comprendido dentro de la cobertura y riesgo asegurado en la póliza contratada por el municipio y vigente en fecha 04/01/2015, la realidad es que si ésta última entendía erróneamente que el evento resultaba cubierto por la póliza vigente, debería haber dado aviso inmediato a su asegurador, y en segundo término debería haber delegado el proceso civil en Horizonte Seguros, para que ésta última asuma su defensa y dirección del proceso (conf. cláusula 5° de la póliza).-

Efectúa negativas en forma subsidiaria de los hechos y también de los documentos acompañados por la parte actora. Remite a la defensa esgrimida por la Municipalidad de General Roca, haciendo hincapié en la existencia de la culpa in vigilando por parte de los padres del menor.-

Cita doctrina del STJ y de la CSJN en cuanto la oponibilidad del contrato de seguro, efectúa reservas, ofrece prueba y peticiona.-

A fs. 208 se ordena traslado de la documentación, oposiciones y defensas opuestas.-

A fs. 209 contesta traslado la parte actora, quien manifiesta que como Horizonte es tercero en el proceso, corresponde a la Municipalidad de General Roca, en caso de probarse la exclusión de cobertura, implicará la imposición de costas a cargo de la demandada, siendo los actores ajenos al contrato que vincula al Estado Municipal y a la Aseguradora.-

A fs. 210/211 contesta la Municipalidad, quien solicita que se rechace con costas la oposición a la citación realizada por Horizonte, ya que de la misma póliza surge que "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado como consecuencia de la responsabilidad civil comprensiva extracontractual en que incurra por el ejercicio de su actividad".-

Que de los anexos adjuntados surge que los riesgos cubiertos y sus causales de exclusión, por lo que el daño que algún tercero pudiera sufrir por la eventual responsabilidad extracontractual de este Municipio, como podría serlo el caso de marras, no se encuentra excluido de la cobertura ni en las condiciones generales ni en las particulares del seguro celebrado entre Horizonte y su parte.-

A fs. 213 se tiene por incontestada la demanda a la Sra. Graciela Muñoz, fijándose audiencia preliminar.-

A fs. 217 se celebra audiencia preliminar, abriéndose la causa a prueba.-

A fs. 228/230 se agrega documentación acompañada por la Municipalidad de General Roca, a fs. 243/245 se agrega informe del Dr. Monesterolo, a fs. 246 se agrega informe de ANSES, a fs. 254/263 se agrega informe de la Dra. Rosales, a fs. 264 informe Clínica Roca, a fs. 266 informa el Dr. Pomar, a fs. 270/272 se agrega pericia en seguridad e higiene, a fs. 283/287 impugna la misma la Municipalidad de General Roca, a fs. 295/297 contesta el traslado el perito, a fs. 304 y 309 se celebran audiencias de prueba, declarando los testigos propuestos por ambas partes, a fs. 314 informa IPROSS, a fs. 321/326 se agrega pericia médica, a fs. 332/334 impugna la pericia la demandada, respondiendo la perita a fs. 336/337, a fs. 341/342 se labra acta poder, firmando los actores y ratificando la misma ante la actuaria, a fs. 346/349 se agrega pericia psicológica.-

A fs. 351 se presenta la Municipalidad de General Roca, con nuevo apoderado, a fs. 357/358 se impugna la pericia psicológica, a fs. 366/367 contesta el traslado la perita psicóloga, a fs. 370/375 informa Correo Argentino.-

En fecha 13/08/2020 continúa la tramitación de la presente causa en forma digital, certificándose la prueba producida.-

En fecha 14/8/20 la parte actora desiste de la prueba pendiente de producción, en fecha 14/08/20 desiste de la prueba pendiente la Municipalidad demandada, en fecha 27/8/20 se declara la negligencia de Horizonte en relación a la prueba pendiente de producción, clausurándose el periodo probatorio.-

En fecha 27/8/20 alega la parte actora, en fecha 28/9/20 alega la demandada, en fecha

07/10/2020 dictamina la Sra. Defensora de Menores y en fecha 14/10/20 pasan los presentes a dictar sentencia.-

CONSIDERANDO: I.- Ley Aplicable: Como cuestión preliminar, corresponde hacer referencia a la ley aplicable, en razón de la modificación al Código Civil operada por la Ley 26.994 a partir del primero de agosto de 2015. En tal sentido se reiteran los conceptos vertidos en otras causas, donde se ha analizado la responsabilidad civil extracontractual y se anticipó que se aplicará la ley vigente al momento del hecho, de fecha 04/01/2015, es decir el Código Civil.-

Por ello, se comparte la postura asumida por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, por considerar que asigna seguridad jurídica a las situaciones preexistentes, lo que conlleva a afirmar que el presente caso debe ser meritado desde la órbita del ahora llamado Código Velez. A su vez, tal postura ha sido ratificada por la Cámara local en los autos "CARRASCO José Armando C/ BLEULER Carlos Antonio y Otra S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. n° A-2RO-73-C2013).-

"...En este derrotero, es la ley vigente al tiempo del accidente la que se aplica para resolver el entuerto, porque mal puede fallarse un hecho ilícito en función de normas que no estaban vigentes al momento de su acaecimiento. Eso es una inadmisibles aplicación retroactiva del nuevo Código a hechos cumplidos y situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la ley anterior. Nótese que lo que se busca a través de este pleito no es la constitución de nuevos derechos, sino la declaración de los nacidos en el momento de producirse los daños, al amparo de la normativa por entonces vigente (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II Mangano, Edgardo Omar c. Rivera Novoa, Lorenzo Antonio y otro s/ daños y perjuicios 23/12/2015).-

II.- Plataforma fáctica y análisis de la prueba producida:

La pretensión deducida por los accionantes tiene por objeto los daños y perjuicios que hubiera padecido el niño, F. B., por las quemaduras sufridas en el balneario del Camping Municipal Apycar, como consecuencia de haberse producido un foco de fuego, no controlado ni advertido por la Municipalidad de General Roca, ni por la responsable del lugar, Sra. Muñoz, quien detentaba la concesión de uso del predio.-

Como testigos presenciales declararon la Sra. Patricia Ladelfa, quien conoce a los actores porque son sus vecinos, y manifestó que no tiene interés en el pleito.-

Dijo recordar el incidente del 2015 con el niño, un Domingo a la tarde que se juntaron con amigos, estaban festejando en el balneario, estaban a media tarde cuando llega la

familia de F., se arriman, entre saludo y saludo el nene se escapó, se cayó y empezó a llorar, pensaron que se había golpeado, su mamá se acercó y estaba quemadito en la parte de atrás en los glúteos. Acudieron a la casillas que estaba al lado del balneario, el nene lloraba. Se acercó un hombre para llevarlos porque no había ambulancia nada.

Que el grupo en el que se encontraban serían 4 y la familia de Fausto que se arrimó después. Eran 7 niños mas o menos, las brasas donde se cayó estarían a dos, dos metros y medio, las brasas estaban en el piso, ellos no hicieron el fuego, ni habían ni advertido que estaban las brasas. Era un domingo de mucho calor, que le cobraron entrada, que en ese momento no se controló el tema del fuego. Una persona adulta también podría haberse quemado.-

Hay dos entradas, una principal y otra puerta chica en la que hay otro cobrador. "Cuando se escapa Fausto, se estaban saludando todos, Fausto estaba llegando a la reunión, la madre lo habra soltado la manito, es una criatura, lo soltó para saludarnos y como cualquier chico inquieto, ella no vio como se escapo, pero él grito lo sintieron todos". El balneario estaba muy concurrido. Efectúa un croquis del lugar.-

Como era la zona donde estaban las brasas, había tierra, las brasas estaban mezcladas en la tierra, si pasaba una persona adulta se quemaba igual. No estaban rojas las brasas.-

Dora Elizabeth Navarrete, declaró que no conoce personalmente a ninguna de las partes. Recuerda el accidente del año 2015, hacia mucho calor, el nene paso arriba de brasas, el nene estaba desesperado del dolor, fue feo ver al nene quemarse.-

Que era media tarde, estaban tomando mate, estaban charlando sobre el cespéd, estaban con el mismo grupo, que son conocidos de una amiga. Que no sabe quien había hecho brasas, estaban por la entrada principal, habían pocos metros de donde estaban las brasas, no se acuerda si con anterioridad vio las brasas. En el grupo en el que ella estaba eran varios adultos, era un grupo medianamente grande.-

Recuerda que era de día, cerca de las 16 hs. Que lo auxiliaron, en ese momento lo llevaron a una sala de primeros auxilios dentro del balneario, había gente que se acercaba a ver si podía ayudar.

Que había mucha gente, cuando ingresaron al balneario les cobran entrada, les dan ticket que dicen que es un balneario municipal, que por lo general quienes cobran las entradas tienen ropa cotidiana, no de la municipalidad. Que no estaban en sector de parrilleras, estaban en sector donde unos se sienta en el piso a compartir, estarían a unos cuatro o cinco metros de la zona de parrilleras. Los padres del niño estaban todos juntos

tomando mate, no recuerda donde estaban exactamente, que ellos recién llegaban. Que momentos previos al accidente sus papás se encontraban cuidándolo, que tampoco fue muy lejos de donde estaban, porque o cómo se fue no lo sabe, no sabe que paso antes que se quemara.

Realiza un croquis del lugar, especificando las zonas de las parrilleras y el lugar donde estaba el grupo que ella conformaba.- Que en general no hay mucho control, que paso que estaban haciendo fuego en un lugar no permitido, falta higiene en los baños, no hay control. Que no se acuerda ese día, pero por lo general en pleno verano si hay bañero.-

Declaró también el Sr. Fernando Cesar Baeza Fuentes, trabaja en la Municipalidad pero ello no le impide declarar con objetividad. Que tuvo conocimiento del accidente ocurrido en el balneario de Apycar en el 2015, lo llamaron, no recuerda la hora, porque había habido un accidente con un chico que se había quemado los pies. Que fue, que su horario es de 6 am a 12, se fue hasta el balneario y cuando llego ya se habían ido todos. Charlando con la gente que estaba acampando alrededor, los datos que saco fueron que la gente que estaba en esa mesa habían hecho el asado en la parrillera aproximadamente a 10 metros de la mesa, la señora le dijo que podrían comer el asado calentito, por lo que el marido trajo unas paladas de brasas, comieron y se fueron. Después vino el chico y se paro arriba de las brasas. Que cuando él llego no había nadie porque se habían ido.- El accidente ocurrió en diagonal hacia el kiosco, por lo que a el le indicaron. Que no esta permitida la manipulación de brasas como lo hizo la familia, un domingo que deben haber cerca de 2000 personas, es casi imposible controlar toda la gente. En el horario posterior a las 12 del medio día la Sra. que quedaba es Graciela Muñoz, la encargada del balneario. El esta a cargo del mantenimiento del balneario y Graciela alquila el bufet y esta a cargo del balneario toda la temporada, la seguridad esta a su cargo. Que la entrada en ese momento costaba cerca de \$10. Creería que en el balneario habían empleados de Graciela, quien cobraban la entrada, que no tienen uniformes, solo suelen estar con los talonarios en la mano.-

Que Luis Fernandez y Daniel Loncoman, eran otros empleados municipales encargados de mantener el predio (riego etc). Tienen un depósito y un taller, donde guardan las herramientas, que es de uso de los empleados municipales.-

Reconoce la entrada que se cobraba en el acceso al predio.

Todos los años hay una enfermera y bañeros, estos los aporta el municipio. Personal de seguridad están de mañana, tarde y noche y son empleados municipales.-

Martin Abelardo Barriga Giles, funcionario municipal, quien también afirma que ello no

lo inhibe de declarar con objetividad. Que supo del accidente ocurrido en el 2015, se le informó cuando sucedió a los dos o tres días. Que hubo un accidente con un niño en el balneario de Apycar que se cayó arriba de unas brasas, le informaron de la oficina municipal. En ese momento no hubo reclamo formal, preguntó sobre la gravedad del hecho, le dijeron que se lo había llevado la ambulancia.-

Que el predio esta concesionado, que la encargada fue la que tramitó la ambulancia. Que para ingresar se paga una entrada, no recuerda el costo en ese momento. Quien tiene derecho a la percepción de esos fondos es la concesionaria, que si tiene que pagar algo lo maneja la Sec de Gobierno, quienes se proponen para tomar la concesión hacen una propuesta, se evalúan y después se les otorga, cree que no pagan nada, es una propuesta y por ahí se les pide mejoras que queden en el predio. En aquella temporada la concesionaria era Graciela Muñoz, se la presentaron cuando tomo la concesión, el predio tiene 8 hectáreas, la municipalidad lo mantiene durante todo el año, por lo que conviven con la persona que esta explotándolo con respecto al riego, corte de césped, limpieza, cualquier trabajo que haya que hacer, ellos lo hacen mientras ella esta en la concesión.-

Todo el año hay presencia del personal municipal, hay un encargado de todo el balneario municipal y dos personas a cargo de el, una de ellas vive ahí mismo. Tienen presencia todo el año. El encargado es Fernando Baeza, los otros son Luis Fernandez y no recuerda quien era el restante. En temporada estival también se pone un sereno durante las 24 hs, tres serenos que controlan que no hayan actos de vandalismo, en temporada. La concesionaria tiene deberes de limpieza de los baños fijos, químicos, la entrada, el servicio de buffet y proveeduría, colabora con limpieza de parrillas. Que se hacen inspecciones de baños y parrillas, la mayoría son las premoldeadas.-

Que no hay otro lugar para poner fuego, solo las parrillas, hay cartelería que es municipal, que indica el horario de servicio de guardavidas, estacionamiento, velocidad dentro del predio, lugares indicados para parrilla y camping. En el 2015 no habían menos de 30 parrillas. Que solo supo del accidente por información de terceros, incluso distintas versiones. Una versión es que una familia había hecho un asado con fuego en el piso y el nene cayó sobre las llamas, otra versión fue que hicieron en la parrillera y llevaron las brasas cerca de la mesa para mantener el asado caliente y que el niño luego cayó sobre esas brasas.-

En ese mismo predio, antes que se intalen las parrillas premoldeadas y las parrilleras, la gente estaba acostumbrada a hacer el fuego sobre el piso, como cuando uno va al río.

Desde la gestión se instalaron parrillas, para que no se quemen los árboles y para evitar accidentes.-

Walter Javier Tapia, empleado municipal en el 2015, que no tiene interés en el juicio. Conoce a la Sra. Muñoz, porque es quien tiene la concesión. Estaba de sereno de las 14 a las 22 hs. se enteró del hecho, hacían el recorrido en la calle, se acercaron a la enfermería y lo estaba atendiendo la enfermera q estaba en Apycar. Que por lo que escucharon se enteraron que el nene se quemó, dice de las dos versiones. Pasaron y se vieron cenizas, se había apagado aparentemente. Hace un sector donde están las parrilleras y donde estaban las brasas.-

Eran dos empleados municipales esa tarde. El y Ortiz, estaban como serenos recorriendo el predio. Quien cobraba la entrada era la Sra. Muñoz. Respecto de las parrillas, si fue que las personas retiraron las brasas, no esta permitido, hay cartelera que dice que no se puede hacer fuego, esta en varios sectores. Que no esta permitido hacer fogatas en el piso, por fuera de las parrilleras, el sector de las parrilleras están en el predio. Quien esta a cargo de limpieza y mantenimiento es el turno de la mañana, Baeza es el encargado.-

El perito Rosales al momento de emitir su informe pericial manifestó que "según lo informado por el personal entrevistado, se menciona la existencia de lo acontecido, pero no pudo ser corroborado ya que no han sido exhibidos a éste perito durante el transcurso del proceso de la còmpulsa de la documentación y al momento de emitir el informe no ha tenido novedades. La responsable de la concesión alude que los libros han sido entregados a la municipalidad, el personal entrevistado de la Municipalidad alude que justo esa temporada no se estaba a cargo del servicio, que conoce el hecho acontecido, pero que los libros de novedades se entregan a la municipalidad luego de finalizada la temporada estival".-

Afirma que la versión del personal de la municipalidad y de la responsable de la concesión, Sra. Muñoz, concuerda con los hechos del expediente en cuanto a que ese día habían muchísimos ocupantes en el predio y que la capacidad en su momento de los espacios para hacer fuego o parrillas, estaban completas. A lo cual refieren que un usuario del predio le prestó las brasas a otro, en donde las mismas habían sido acopiadas en la tierra para éste asar sus alimentos. Finalizada la cocción, aparentemente éstos usuarios se retiran, dejando las brasas en combustión al descubierto y al paso del resto de los ocupantes. Esto concuerda en cuanto al horario aproximado del siniestro (17 hs) y con la mecánica de los hechos, en donde el niño cayó o tomó contacto con las brasas

por no percatarse de la existencia de las mismas".-

Que el personal entrevistado reconoce que al momento del hecho las parrillas o espacios destinados para hacer fuego eran escasos con respecto a la cantidad de usuarios que podrían utilizarlas (luego del siniestro han incorporado más fogones), admiten que constantemente advierten a los usuarios sobre el no hacer fuego en espacios que no sean destinados para tal fin.-

Al momento de la visita al predio no se observa señalética alusiva suficiente a la prevención de siniestros, como así tampoco de incendios. Concluye diciendo que todos los accidentes podrían ser evitados si al menos existiera una concientización, tanto del personal que brinda servicios en el balneario como de los usuarios del mismo, sumado a un control de vigilancia o de recorrida para advertir a los usuarios cuando infringen las normas de seguridad y sentido común en lugares de esparcimiento.-

Que según lo informado por la responsable de la concesión, sus funciones se acotan a la explotación comercial del predio Apycar y que las condiciones de seguridad e higiene y seguridad, del mismo, son responsabilidad de la Municipalidad. Se ha solicitado a ambas partes un contrato de locación de servicios o simil a fin de verificar los dichos, pero no pudo ser corroborado ya que no han sido exhibidos a este perito durante el transcurso del proceso.-

Al momento de la inspección visual del predio Apycar los elementos de seguridad e higiene y de protección a los usuarios son escasos. Ya que por ejemplo se verifica la existencia de un solo extintor en la sala de bombas y otro en la enfermería, falta reforzar señalética de prevención, de prohibición y concientización, entre otros. Cabe aclarar que el predio se encuentra debidamente cercado en su perímetro, con personal bañero y de enfermería para curaciones primarias, en donde se ha verificado su centro de atención y se encuentra en condiciones.-

Efectúa una serie de recomendaciones y refiere que evidentemente no se ha cumplimentado norma alguna para evitar incendios. Así las cosas y considerando todas las versiones, cabe aclarar que no ha sido un incendio propiamente dicho sino que se ha vertido/acopiado brasas en combustión en lugares no permitidos y de circulación de paso a los usuarios.-

Impugnado el informe pericial, el experto responde a fs. 295/296 detallando la legislación aplicable Ley 19.587 y Dec 351/79, transcribe normas IRAM.-

De la documental acompañada por la propia Municipalidad de General Roca surge que por la Res. 2574/14 se otorgo el permiso de uso del Balneario Municipal Isla 32,

propiedad de la Municipalidad de General Roca, ubicado en la Isla 32 del ejido municipal a la Sra. Muñoz.-

Entre las obligaciones del permisionario se encuentran: disponer servicio de enfermería y convenio de asistencia en caso de emergencia, disponer de seguro de bienes de terceros y de accidentes personales, proveer la seguridad necesaria para el resguardo de bienes y personas (cláusula 12). Entre las provisiones por parte del permisionante se encuentran el mantenimiento en general del predio, servicio de guardavidas y de vigilancia (conf. 14°).-

Por la Res. 2831/14 la Municipalidad de General Roca contrató como personal transitorio a los Sres Ortiz y Tapia, para cumplir con tareas de vigilancia en el balneario municipal. Entre los fundamentos de tal acto administrativo se puede citar: "Que es imprescindible contar con al menos dos personas para ser afectados como vigilancia en el Balneario Municipal, ya que es el único habilitado dentro del ejido de nuestra ciudad, razón por la cual concurren diariamente una cantidad importante de usuarios, que se incrementan durante los fines de semana y días festivos".-

III.- Responsabilidad Civil: Delimitada la base fáctica, corresponde fijar con precisión el ámbito de la responsabilidad civil para precisar los alcances subjetivos y objetivos de la controversia.-

Dado que la parte actora ha conformado un litisconsorcio pasivo facultativo, entiendo que las defensas opuestas o actitudes procesales deben ser analizadas por separado, ya que los vínculos jurídicos con las distintas demandadas son distintos y ello no puede ser desconocido.-

1) Graciela del Carmen Muñoz: Se la demanda en carácter de responsable del lugar por tener la concesión para la explotación comercial del predio para dicha temporada, lo que ha quedado debidamente acreditado con la prueba producida (vgr. fs. 103).-

También se ha acreditado que la Sra Muñoz debía disponer de seguro de bienes de terceros y accidentes personales y proveer la seguridad necesaria para el resguardo de bienes y personas.-

En relación a la postura procesal por ella asumida, tenemos que la misma no ha comparecido al proceso a contestar la demanda, por lo que resulta aplicable el art. 356 inc. 1° del CPCyC del que se infiere que ante el silencio del demandado "...se estimarán como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso".-

En función de ello, tal demandada resulta responsable de los daños y perjuicios

padecidos por el niño, restando determinar si ha existido eximente de responsabilidad, tal como lo ha planteado la otra demandada.-

2) Municipalidad de General Roca: La imputación jurídica que constituye la causa de la pretensión contra ella deducida es su carácter de dueña del Balneario Municipal Apycar, demandada así por ser la responsable del control y mantenimiento en condiciones aptas de dicho lugar.-

En primer lugar, analizaré la responsabilidad del Estado -en el presente caso- del Estado Municipal, partiendo de la Constitución Provincial, que en su art. 225 reconoce la existencia del Municipio como una comunidad natural, célula originaria y fundamental de la organización política e institucional de la sociedad fundada en la convivencia. Por otra parte el art. 229 consagra que los Municipios ejercen el poder de policía en las materias de su competencia.-

Se ha acreditado en autos, por la prueba documental arrimada por la propia demandada, que el Balneario Apycar, Isla 32, es un bien que integra el patrimonio de la Municipalidad de General Roca.-

En función de todo ello, resta analizar si el Municipio de General Roca resulta responsable del evento dañoso que toca sentenciar, por ser la dueña del lugar donde se produjo el hecho y en relación a éste, sí se ha prestado un servicio en forma irregular, infringiendo así el deber de control y de la obligación de seguridad.-

Asimismo, dado que tal responsabilidad es de tipo objetiva, para deslindarse de responsabilidad debe demostrarse la ruptura del nexo de causalidad, generada por el obrar de la víctima, de un tercero por el que no deba responder, o bien, por caso fortuito o fuerza mayor.-

Así, se adelanta que la Municipalidad de Roca deberá responder por las consecuencias del suceso, aunque luego se analizará si existe concurrencia de responsabilidad, tal como se ha dicho precedentemente.-

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por el factor de atribución denominado falta de servicio, el máximo Tribunal tiene dicho: "Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado preste a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por las

consecuencias dañosas (fallos: 321:1124). Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de 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. Que el factor de atribución genérico debe ser aplicado en función de los mencionados elementos de concretización de la regla... esta Corte ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa... corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta de servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible" (CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", 6/03/2007).-

Asimismo, ratificando tal criterio se sostiene: "En tales condiciones, aciertan los apelantes al sostener que el municipio no podía ser desvinculado del proceso pues -según mi parecer-, más allá de que la organización del evento haya sido dada en concesión por aquél a una empresa privada mediante adjudicación directa, el control y seguimiento necesario de la actividad delegada y del servicio (en este caso del espectáculo) era responsabilidad de la municipalidad (v. Decreto municipal 50/02 y reglamento general, fs. 17/20 y 39/42 del expediente B-89127). Ello por cuanto, a diferencia de lo ocurre en otros supuestos como los indicados por el Superior Tribunal en su sentencia (Fallos: 312:2138; 323:305 y 318), en este caso el lugar donde se produjo el accidente estaba circunscripto a un espacio físico reducido y cercado, lo cual permitía y ameritaba el adecuado control de la municipalidad. En tales condiciones, los jueces intervinientes debieron ponderar, en orden a establecer la responsabilidad de la demandada, si ella satisfizo su obligación de aplicar la diligencia y la previsión

adecuadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya sea mediante la supervisión de la empresa organizadora o requiriendo el auxilio de la policía para el control de los concurrentes al espectáculo. Así pues, y tomando en cuenta que tal responsabilidad no es indirecta, dado que la actividad y la omisión de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo de sus consecuencias dañosas (doctrina de Fallos: 330:563), correspondía, a mi juicio; tener por legitimada a la municipalidad y examinar si existió falta de servicio, entendida como la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, que entraña una apreciación en concreto de la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124) (Dictamen de la Procuradora Laura Monti en los autos Castillo, Manuel Félix y otra vs. Municipalidad de Palpalá s. Recurso de hecho, CSJN; 27/09/2011; Rubinzal Online; C.1635.LXLIV; RC J 11328/11).-

Que tal responsabilidad directa del Estado, basada en la falta de servicio, y que ha sido definida por la CSJN como la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, requiere de una apreciación en concreto, por la que se considera la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos 321:1124).-

Sentado ello, debe apreciarse en concreto si se dispusieron los medios razonables para el cumplimiento del servicio.-

Los testigos que han declarado han coincidido todos en que ese día Domingo el balneario se encontraba muy concurrido, que el grupo al que se acercó la familia de Fausto para compartir esa tarde de verano, no se encontraba en el sector de las parrilleras.-

Todos los funcionarios y empleados municipales que han declarado, han manifestado que en el predio existe presencia municipal todo el año, que el mismo se encuentra concesionado para la explotación comercial y han sido categóricos al afirmar que hay un sólo lugar para prender fuego, que es el de las parrilleras. Es en tal punto en el que la Municipalidad no ha ejercido el debido control en el predio, ya que las brasas no se encontraban en las parrilleras sino sobre el suelo, en una zona no permitida.-

El testigo Tapia refirió: si fue que las personas retiraron las brasas, no esta permitido, hay cartelaría que dice que no se puede hacer fuego, esta en varios sectores. Que no esta

permitido hacer fogatas en el piso, por fuera de las parrilleras, el sector de las parrilleras están en el predio. Quien esta a cargo de limpieza y mantenimiento es el turno de la mañana, Baeza es el encargado.-

Por su parte el perito Rosales ha determinado que en ese momento, por los dichos del personal entrevistado, las parrillas o espacios destinados para hacer fuego eran escasos, incorporándose más fogones luego del siniestro. Que cuando fue a constatar el estado del predio, no se observa señalética alusiva suficiente a la prevención de siniestros, como así tampoco de incendios. Concluye diciendo que todos los accidentes podrían ser evitados si al menos existiera una concientización, tanto del personal que brinda servicios en el balneario como de los usuarios del mismo, sumado a un control de vigilancia o de recorrida para advertir a los usuarios cuando infringen las normas de seguridad y sentido común en lugares de esparcimiento.-

También he de considerar la declaración del Sr. Baeza, quien afirmó que no estaba permitida la manipulación de brasas, que los Domingos hay mucha gente y que "es casi imposible controlar toda la gente". Reconoció que todos los años hay una enfermera y bañeros, estos los aporta el municipio. Personal de seguridad estan de mañana, tarde y noche y son empleados municipales.-

Por ello, se concluye que en el presente caso, el fundamento jurídico para atribuir responsabilidad al Estado Municipal está dado en que como Estado no ha ejercido en debida forma el poder de policía que le correspondía. Como dueña del lugar debía mantener en condiciones aptas el predio para que sea utilizado sin riesgo, encontrándose obligado a realizar todas las acciones de control, supervisión y mantenimiento necesarias para cumplimentar la obligación de seguridad en beneficio de toda la comunidad.

En conclusión, la Municipalidad de General Roca también resulta responsable por el hecho dañoso, con las salvedades que se formularán en el siguiente acápite.-

3) Eximente de responsabilidad: Resta determinar si en el caso se encuentra acreditada la eximente alegada por la demandada, esto es, la culpa de la víctima, que en autos estaría configurada por la responsabilidad de los padres.-

En tal punto se debe recordar que la culpa de los padres por aplicación del art. 1114 del Cód. Civil, se funda en una infracción de los deberes de buenas educación y vigilancia activa, siendo que la responsabilidad refleja que impone tal norma, también resulta aplicable cuando del incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia de los progenitores deriven daños al menor por el hecho de un tercero (conf. Areán, Beatriz A.

?Juicio por accidentes de tránsito ? 1- pág.802 ? Hammurabi, 2005).-

"Cuando los menores, por su corta edad, carecen de la estabilidad necesaria para mantenerse atentos y alejados de los riesgos que los rodean, corresponde a sus padres, o a quienes ejercen su supervisión, poner en marcha los mecanismos adecuados para resguardar su integridad" (c. Nac. Civ., sala D, 9/6/2011, "Nigri, Adriana Verónica y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", La Ley Online; AR/JUR/99538/2011). La responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores no funciona en abstracto, por el solo hecho de estar un niño en la vía pública sin la custodia efectiva de ellos para poder actuarla, sino que es necesario acreditar que el accionar del menor objetivamente considerado, se erigió en factor causal del hecho y que ese accionar resultó imprevisible e inevitable para el conductor demandado, pues sólo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento"(C. Nac. Civ., sala M, 13/11/2007, "Guerra, Raúl Alfredo y otro c/ Costilla, Francisco Enrique y otro", DJ del 14/5/2008, p. 114; DJ 2008-II-114; AR/JUR/10169/2007). 3 La "vigilancia activa" de los padres sobre sus hijos es entendida como el conjunto de medidas y cuidados que reclaman los menores, de acuerdo con su edad y la educación recibida, debiendo apreciarse en cada circunstancia el comportamiento de padres e hijos, en relación con el medio al que pertenecen, con sus hábitos y costumbres, con la edad y el estado físico y mental del menor". (C. Nac. Civ., sala C, 26/6/2007, "O., O. y otro c/ Nanni, Abel César", La Ley Online; AR/JUR/4771/2007). 10 "Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida en virtud de las lesiones sufridas por un menor de doce años que cayó desde un andén mientras corría para intentar ascender al premetro que se encontraba en movimiento, pues el proceder imprudente de la víctima revistió aptitud causal para producir el resultado, y la culpa "in vigilando" de la madre del menor, que se encontraba solo al momento del accidente, se proyecta también como eximente de responsabilidad, por tratarse de un tercero ajeno por quien la demandada no debe responder" (C. Nac. Civ., sala J, 29/6/2010, "Peralta Garay, María Digna c/ Metrovías S.A.", La Ley Online; AR/JUR/29181/2010).- (Cámara de Apelaciones de General Roca, "SIERPE LLANCALAHUEN Marlene B. C/ MUNICIPALIDAD GRAL. ROCA S/ ORDINARIO" (Expte. n° 40244)

Del análisis de la prueba producida en autos se puede determinar que el niño Fausto llegó al Balneario junto a sus padres, que ni bien llegaron se arrimaron a saludar a las amigas y amigos de la familia, quienes estaban situados en la parte del césped del

balneario, por lo que no se encontraban en la zona de las parrilleras. En ese momento el niño, de tres años de edad, se alejó unos pocos metros del grupo, produciéndose el desenlace que ha motivado la pretensión deducida.-

El niño se encontraba con sus padres, pero de un momento a otro se alejó apenas unos metros de ellos. Así, considerándose que en el predio existía gran cantidad de gente, debieron los padres extremar su deber de vigilancia conforme las circunstancias y los parámetros de los art. 902 y 909 del CC.-

Por ello, la falta de previsión en concreto por su parte, quienes en esa oportunidad tenían a su cargo el menor que resultó luego lastimado, ha sido la causa coadyuvante que concurrió para que se produzca el hecho, siendo su conducta negligente en los términos del art. 512 del Cód.-

En conclusión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, entiendo que la responsabilidad del evento debe atribuirse en forma concurrente un 80% a las demandadas y el 20% restante a la víctima.-

#### IV.- RESPONSABILIDAD DE HORIZONTE CÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A- DEFENSA DE NO SEGURO:

Corresponde abordar en primer lugar la excepción de falta legitimación sustancial opuesta por la citada en garantía y defensa de ausencia de seguro, con fundamento en que la póliza contratada no cubre entre los riesgos asegurados el caso de incendio, refiriendo que cada una de las cláusulas debe interpretarse en forma restrictiva y literal. Manifiestan también que en el presente el siniestro no está comprendido dentro de la cobertura, por ser un riesgo no asegurado

En materia de seguros, sabido es que el riesgo se precisa y delimita en la póliza y tal delimitación puede estar prevista en forma positiva (indicando las situaciones o cosas amparadas por el seguro), o en forma negativa (indicando los casos o situaciones que no se van a cubrir: es decir, las exclusiones).-

Tal como sostiene Stiglitz el riesgo debe estar delimitado en tres aspectos: causa, tiempo y espacio, ello porque justamente la individualización del riesgo tiene por objeto limitar la extensión de la cobertura. En cuanto las exclusiones las mismas pueden ser directas, que serían los supuestos de no seguro, que deben resultar de las condiciones generales o particulares de la póliza y estar redactadas en términos inequívocos, enunciándose expresamente de modo descriptivo los supuestos que carecen de cobertura asegurativa. Por otro lado también existen las exclusiones implícitas o indirectas, serían aquellas que "tiene lugar cuando la hipótesis excluida no integra el marco conceptual en

que el riesgo está definido, ya que al precisar el asegurador el riesgo tomado a su cargo, queda acotada la frontera de la garantía, fuera de cuyos límites el siniestro no halla cobertura" (STIGLITZ, Rubén, Derecho de Seguros, T. I, Abeledo Perrot, p 194).-

Analizando pormenorizadamente la póliza contratada por la Municipalidad de General Roca (fs. 185 vta) de la misma surge que efectivamente se trata de una póliza para comercio e industria, contemplándose gran variedad de riesgos, entre ellos la responsabilidad civil.-

En las condiciones generales se han establecido los riesgos no asegurados (cláusula N° 4) "Riesgos no asegurados...h) Escape de gas, incendio o explosión o descargas eléctricas, a no ser que ocurra en la vivienda permanente o temporaria del asegurado".-

En lo que aquí nos interesa, en la cláusula 2 se especifica que el Asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero, en razón de la responsabilidad civil que surja de los art. 1109 a 1136 del CC.-

Al momento de interpretar cláusulas predisuestas en un contrato de adhesión, no debe perderse de vista el principio de buena fé, considerando también que el seguro tiene una función social.-

Tal como señala la doctrina, la predisposición unilateral en la formación del contrato de seguros, conlleva como principio general que, en caso de dudas, el asegurador será quien deba asumir los riesgos de una defectuosa declaración, debido a que es el Asegurador quien se encuentra en mejores condiciones para fijarlas con precisión y de manera indubitada la extensión de sus obligaciones, sin que pueda pretenderse generar en el tomador la falsa creencia de una garantía en definitiva inexistente (Ob.cit, 612).-

Es decir, las pólizas debe ser redactadas en forma clara e indubitada y tampoco debiera pasar desapercibido el carácter de la persona humana o jurídica que solicita la cobertura asegurativa.-

"La regla contra proferentem, importa una aplicación del principio de buena fé que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente. La directiva en análisis significa trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas...Ocurre que al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato obtiene una ventaja que se instala como control judicial indirecto y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente, lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial cuando adolece de ambigüedad, falta de

claridad u oscuridad" (Ob. cit p. 614/615).-

De ello puede concluirse que el principio general es que si el texto de la cláusula ha sido redactado claramente, el contrato de seguro debe ser interpretado literalmente. A contrario sensu, ante cláusulas oscuras, confusas y ambiguas corresponde efectuar una interpretación en favor al asegurado, de conformidad con el principio de buena fé y sobre la base de un criterio que no se desentienda de lo razonable, considerando la finalidad del contrato y que los derechos del asegurador se encuentran protegidos por la Ley.-

En suma, siendo que la exclusión que pretende hacer valer la aseguradora no ha corresponde con los hechos acontecidos y probados en autos, puesto que no ha acaecido un incendio, se entiende que debe desestimarse tal defensa, correspondiendo hacer extensiva la condena a la citada en garantía, con las limitaciones que surgen de la póliza y hasta el límite de la suma asegurada.-

V) Daños: Dirimida así la responsabilidad, corresponde evaluar la procedencia o no de los daños reclamados, abordándose por separado cada uno de los rubros peticionados por el actor en su demanda;

I.- Tratamiento de rehabilitación e intervenciones quirúrgicas la suma de \$240.000.- Fundan tal rubro en que F. requiere rehabilitación, una intervención quirúrgica estética para reparar las cicatrices y quemaduras que padece en su cuerpo.-

En el dictamen pericial producido por la Dra. Fontana la misma manifestó: "de acuerdo a la documentación obrante en el expediente, se puede informar que el menor Fausto, en fecha 4/1/2015 sufrió quemaduras en la región del tronco, glúteos y muslos, catalogadas por el médico tratante como tipo A y AB del 15% de la superficie corporal. Tal como se puede observar de las fotografías 4,5 y 6 que ilustran el presente informe, no se han objetivado la presencia de cicatrices o secuelas de las quemaduras que fueron fotografiadas en la fecha del incidente y descriptas por los médicos tratantes".-

Se concluye que el actor Fausto Ezequiel Aillal, presenta una incapacidad del 5% del grado parcial, permanente y definitiva, en relación a las secuelas físicas de quemaduras en región glútea...Que dichas lesiones no están consolidadas y no requieren de demás gestos terapéuticos y/o rehabilitación.-

Que la pericia no ha sido impugnada por la parte actora, por lo que no configurándose tal daño como cierto, actual ni subsistente, el mismo se rechaza.-

II.- Incapacidad sobreviniente: Solicitan la suma de \$3.755.884.33.- estimando una retribución de \$4.000.-

Siguiendo el criterio fijado por el STJ en autos, ?TORRES, Liliana María y Otro c/MINISTERIO DE SALUD DE LA PCIA. DE RIO NEGRO Y OTRAS/ORDINARIO S/CASACIÓN? (Expte. N° 28407/16-STJ-), cabe efectuar dos cálculos distintos para cuantificar éste rubro indemnizatorio; en primer lugar conforme la doctrina sentada en aquel precedente, se debe partir de la edad que contaba el niño al momento del accidente hasta los 18

años de edad, sin acudir para ello a ninguna fórmula preestablecida, sino que su determinación queda librada al prudente arbitrio judicial (arg. art. 165 C.P.C.y C.).-

Por el segundo tramo, esto es desde los 18 años de edad, hasta el fin de la edad laborativa, se debe acudir a la fórmula matemática financiera, conforme la doctrina legal sentada por el STJ en el precedente "Pérez Barrientos", según las pautas explicitadas in re "Pérez, Eduardo Juan c/Mansilla José Luis y Edersa S.A."(Expte. STJRN 26320/13, Se. del 11/06/2013), y reafirmadas in re "Hernández Fabián Alejandro c/Edersa s/Ordinario s/Casación" (Expte. STJRN 27484/14, Se. del 11/08/2015).-

Entonces, por el primer periodo a indemnizar, a fin de justipreciar la integridad física comprometida y considerando la edad de la víctima -tres años al momento del hecho-, lapso temporal a considerar - quince años hasta sus dieciocho años de edad-, el porcentaje de incapacidad que lo afecta -5%- , incidencia de las lesiones en su vida personal y de relación -doméstica, escolar y social-, condición social del afectado y su grupo familiar, y demás circunstancias propias del caso, ponderando a su vez que el niño tuvo quemaduras del 15% del tipo A y AB, que requirió dos curaciones bajo anestesia general y que luego tuvo que realizar curaciones a su temprana edad, juzgo razonable fijar el monto del perjuicio por el rubro en cuestión -por el período que se analiza- en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000), calculada a la fecha del presente pronunciamiento, atento tratarse de una deuda de valor cuyo contenido económico debe fijarse a valores actuales a fin de dar concreción plena al principio de reparación integral.- Con más sus intereses a la tasa del 8% anual desde el día del hecho -04/01/2015- hasta la fecha de la presente sentencia, y a partir de entonces y hasta el momento del efectivo pago las tasas reconocidas por el STJ en su doctrina legal.-

En lo que respecta al segundo segmento a indemnizar, aplicando la fórmula matemática financiera considerando que víctima era de 3 años, pero con una incapacidad del 5%, tomando el Sueldo Mínimo Vital y Móvil a Enero de 2015, \$4.716.-, incapacidad del

5%, arroja la suma de \$ 164.151,34.- monto éste al que se le adicionarán intereses reconocidos en las causas "Loza Longo", "Jeréz", "Guichaqueo" y "Fleitas" desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago -dejándose a salvo que es sin perjuicio de la posterior tasa que pudiere emerger de la evolución de la doctrina legal del S.T.J., que pudiere hallarse vigente a la fecha del pago.-

Que aplicando sobre dicho monto, el porcentaje de responsabilidad atribuido a las demandadas -80%- resulta que el reclamo indemnizatorio habrá de prosperar por la suma de \$ \$251.321,07.-

III.- Daño psíquico: Reclama la suma de \$ 200.000.-

En la pericia psicológica obrante a fs. 346/349, la Lic concluyó: "del psicodiagnóstico realizado se desprende que el niño Fausto pasó por situaciones de gran tensión emocional (intervenciones médicas, controles y tratamientos) que no pudo comprender, ni elaborar, por la intensidad de las mismas y por su inmadura capacidad de comprensión y que aún hoy en la actualidad -y después del tiempo transcurrido- se pueden observar algunas secuelas".-

"Si bien se observan en el niño Fausto, ansiedades, miedos e inseguridades, y signos de sucesos de lato contenido emocional que dejaron una huella en su autoestima, estos no se configuran en la actualidad en un cuadro nosológicamente determinado donde se pueda establecer el porcentaje de incapacidad que el mismo le produce".-

Por su parte la perito psicóloga entendió que el actor no presenta incapacidad laboral psicológica, indicando también que el actual aspecto físico y cicatrices que posee el Sr. B. no generaron consecuencia negativa alguna en su psiquis.-

A su vez, el rubro daño psicológico o psíquico sólo procede en casos excepcionales, que no se verifican en autos, correspondiendo el rechazo del mismo, habiéndose ponderado las consecuencias descritas por la perito psicóloga en el rubro daño moral.-

IV.- Tratamiento de rehabilitación psíquica: la suma de \$ 80.000.-

Este rubro ha sido debidamente acreditado con la pericial psicológica, informe en la que la Lic. señala que "...se evidencian en el niño ciertos síntomas que perturban la calidad de vida del mismo y que ameritan una tramitación para que pueda procurarse un crecimiento emocional saludable y pleno...sería beneficioso la realización de un tratamiento psicoterapéutico que le posibilite un espacio de contención donde poder elaborar los hechos ocurridos y los síntomas evidenciados en la actualidad, para que pueda gozar de una vida más salvable y plena".

La perito psicóloga aconseja una mínimo de tres meses de psicoterapia, con una

frecuencia semanal, informando que los honorarios oscilan entre los \$800 y los \$1.100.- Tal como se ha sostenido en otros precedentes, en la merituación de éste rubro se hace indispensable acreditar de modo cierto y científico la existencia de una patología tal que habilite el monto requerido. En función de ello, entiendo apropiado dar acogida a tal rubro en los términos mencionados por la suma de \$ 13.200.- con más intereses desde la fecha de la presente sentencia según las tasas determinadas por el STJ en los precedentes Jerez, Guichaqueo y Fleitas y hasta su efectivo pago.-

V.- Daño moral la suma de \$ 800.000.-

Analizada la totalidad de la prueba producida, se entiende que tal daño se encuentra justificado ante las lesiones padecidas, a saber una incapacidad permanente parcial y definitiva del 5% y por otro lado que a raíz del accidente el niño atravesó situaciones de gran tensión emocional (intervenciones médicas, controles y tratamientos) que no pudo comprender, ni elaborar, por la intensidad de las mismas y por su inmadura capacidad de comprensión y que aún hoy en la actualidad -y después del tiempo transcurrido- se pueden observar algunas secuelas (según pericia psicológica).-

La Sra. Ladelfa, vecina del niño, manifestó que el mismo actualmente tiene 7 años, que va a la escuela, sale a jugar con sus amigos. Que luego del accidente, Fausto no se baña con agua caliente, que tiene asistencia médica pero no sabe si por este tema o su tema renal.-

También declaró el pediatra del niño, Dr. Fernando Monasterolo. Si bien refirió no recordar la magnitud de las quemaduras, si recordó que lo derivó para que lo atienda el cirujano infantil, para que determine si es necesario entrar a quirófano y curar o con curas planas es suficiente. Que no se acuerda si fue derivado a quirófano, que cree que si entro para limpiar las heridas. Dijo que Fausto es su paciente desde que nació, que tiene una malformación renal, lo trata por eso y también porque cumple con controles de salud como cualquier paciente pediátrico. Que lo vio recientemente, que ya tiene 6 años, que las quemaduras han evolucionado como cicatrices, marcas de por vida. Afirmó que las cicatrices no le impiden realizar actividades de esparcimiento, ni concurrir a la escuela ni hacer deporte, que el sepa y que tales quemaduras no afectan en su problemática de base (renal).-

Así, dada la naturaleza del daño extrapatrimonial y que su finalidad está destinada a satisfacer legítimos intereses inherentes a la persona afectada, que no requiere prueba específica alguna ya que debe tenérselo por demostrado por la sola circunstancia del hecho dañoso.-

Tal como se viene sosteniendo, debe ponderarse dar un tratamiento similar ante situaciones que guardan ciertos factores en común, pauta hermenéutica que se impone para interpretar armónicamente el sistema jurídico y que en éste caso concreto sería el principio de igualdad, con basamento constitucional y convencional que debe servir (art.16 CN y art. 24 PSJCR).-

Por ello, a fin de cuantificar el mismo se tendrá en cuenta la edad del actor al momento del hecho, las características del hecho, entidad de las lesiones sufridas, su localización y secuelas, como así también que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente a su corta edad.-

En tal sentido, se comparte el criterio que viene sosteniendo la Cámara local en relación a éste rubro indemnizatorio: "...cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847). Ergo, si la indemnización por la incapacidad va a limitarse - como en el caso- estrictamente a lo que resulte de una fórmula que contempla exclusivamente los ingresos de la víctima provenientes de su empleo, habrá con más razón contemplar esas otras afectaciones, al cuantificar el daño moral. Y en el caso que nos ocupa es de prever una mayor afección espiritual en tanto por la índole de la lesión que le dificultará habilidades casi imprescindibles para las actividades propias de su actividad laboral (uso de armas, entre otras), es de prever frustración por mayores dificultades para el desarrollo de una carrera normal en la fuerza de seguridad (conf. cita realizada en autos "PONZANESI LUCAS GERARDO C/SPANU JULIAN SILVIO Y OTRA S/ORDINARIO" (Expte. N° A-2RO-1074-C1-16).-

Analizando la jurisprudencia de ésta Cámara de Apelaciones y acudiendo a precedentes con ciertas similitudes se ha reconocido por daño moral las siguientes sumas:

- "Espinoza Sandra M. y Otro s/ Montero Jose M. y otros s/ Ordinario (Daños y Perjuicios)" (Expte. N° 41476-J3; Se. del 11/11/2016), a una niña de 7 años con una incapacidad del 10,7% se le concedieron \$200.000,00 al 06/05/20016.-

- "Torres y Otro c/ Ministerio de Salud de la Pcia. de Río Negro y Otra" (Expte. N° 1-

I-08; Se. del 04/08/2015), a un menor de 8 años con una incapacidad del 61,66% se le concedieron \$ 730.000,00 al 08/08/2014.-

- "Duran y Otros c/ Aguilar y Otros" (Expte. N°33424; Se. del 05/10/2016), a un varón de 15 años con una incapacidad del 5% se le concedieron \$120.000,00 al 15/04/2016

- "ESPINOZA, SILVIA JANET Y OTRO C/ INSTITUCION SALESIANA SAN FRANCISCO JAVIER ASOCIACION CIVIL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. N° 9307-J21-15); a un niño (27/07/2013) contaba con 6 años de edad, indicando que ha sufrido una incapacidad del 13% parcial y permanente, se le concedieron \$700.000.- 01/09/2020.-

Así, considerando las distintas vicisitudes que tuvo que atravesar el actor, frente a las contingencias que tuvo que superar, como varias intervenciones quirúrgicas, rehabilitación, su corta edad al momento del hecho, las consecuencias psicológicas que describe la perita psicóloga, que se ha visto afectada en su salud, tanto física como psíquica, y que ha estado más de un mes sin realizar sus actividades habituales, corresponde fijar este rubro la suma de \$ 600.000.- a la fecha de esta sentencia y con intereses del 8% anual desde el hecho hasta la presente y a partir de su dictado a la tasa fijada por el STJ en autos Fleitas.-

Que aplicando sobre dicho monto, el porcentaje de responsabilidad atribuido a las demandadas -80%- resulta que el reclamo indemnizatorio habrá de prosperar por la suma de \$ 480.000.-

COLOFÓN: En conclusión la presente demanda iniciada por los Sres. Alejandro Matías Aillal y Tatiana Gisele Scattone, ambos en representación de su hijo menor F.B.A prospera en su mayor extensión contra la Municipalidad de General Roca y Graciela del Carmen Muñoz por la suma de \$ 741.881,07.- con más los intereses determinados para cada uno de los rubros y las costas del proceso, debiendo responder HORIZONTE COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A, en la medida del seguro.-

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por las normas legales citadas, arts. 1723, 1726, 1757, 1769 y ccs. del C.C. y C., y arts. 377 y 386 del C.P.C.-

FALLO: I.- Hacer lugar en su mayor extensión a la demanda promovida por los Sres. Alejandro Matías Aillal y Tatiana Gisele Scattone, ambos en representación de su hijo menor Fausto Benjamin Aillal, contra la Municipalidad de General Roca y Graciela del Carmen Muñoz por la suma de \$ 741.881,07.- con más los intereses determinados para cada uno de los rubros y las costas del proceso, debiendo responder HORIZONTE

COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS GENERALES S.A, en la medida del seguro.-

II.- Atento la existencia de vencimiento parcial y mutuo (art. 71 CPCyC), las costas se imponen en un 20% a la actora, quien actuare con beneficio para litigar sin gastos en los términos del art. 84 del CPCyC, y el restante 80% a las demandadas.-

III.- Regulo los honorarios profesionales de los Dr. Miguel Angel Beteluz en \$426.374.- y del Dr. Fernando Carrasco \$426.374.- ambos en su carácter de patrocinantes y apoderados, del Dr. Santiago E Silva en \$59.692.- apoderado, quien actuo en 1° y 2° etapa del proceso y del Dr. Juan Pablo Urquiaga, apoderado en \$29.846.-, quien actuó en la 3°, de los Dres. Juan P Rosales en \$99.487.- M. Victoria Gonzalez Angelino en \$99.487.- y Dr. Silvio Garrido en \$99.487.-, todos ellos en calidad de patrocinantes. De los Dres. Francisco Brown en \$59.692.- y Sebastián Zarasola en \$59.692.- ambos en su calidad de apoderados y del Dr. Juan Antonio Zarasola, patrocinante en \$179.077.-

?En consonancia con lo dispuesto en el art. 20 de la Ley Arancelaria, ha sostenido este Superior Tribunal de Justicia que cuando la demanda progresa de modo parcial, la situación es equiparable a la de vencimiento mutuo. Por la parte de la demanda que se admite, el vencido es el demandado; y por la parte de la demanda que se rechaza, el vencido es el actor (art. 71 Cód. Procesal). Por consiguiente, a los fines de regular honorarios se debe tener en cuenta no sólo el monto de la condena, sino el monto reclamado, por significar éste el valor discutido en el juicio (STJRNS1 Se. 85/06 "FEDERACIÓN MEDICA GREMIAL DE CAPITAL FEDERAL")

Se deja constancia que en la merituación de los honorarios profesionales se ha tomado en cuenta fundamentalmente la calidad de la actuación, la extensión y complejidad de la causa y el resultado obtenido a través de aquella.- (M.B. \$5.075.884,33 arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20 y 38 y 39 de la ley 2212

Regulo los honorarios de los peritos Lic. Leonardo Rosales en \$30.000.- Dra. Cecilia Fontana en \$ 30.000.- y Lic. Gladys Hernandez en \$30.000.-, se deja constancia que a Mariela del Valle Gomez no se le regulan honorarios por aceptar el cargo y manifestar que la pericia no era de su incumbencia (MB \$741.881,07 arts. 6 y 18 de la ley 5069).- Notifíquese, cúmplase con la ley 869 y regístrese.-

DRA. MARIA DEL CARMEN VILLALBA

Juez

