

Danos Y Perjuicios Accidente Caída De Un Cliente Menor De Edad Juegos Infantiles Relacion De Consumo Responsabilidad Objetiva

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Mendoza, a los catorce días del

mes de octubre del año dos mil catorce, siendo las doce horas, reunidos en la Sala de Acuerdos de esta Excma. Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los señores Jueces titulares, trajeron a deliberación para resolver en definitiva estos autos No. 88.274/50.636, caratulados "V., H. D. Y OTS. C/ ARCOS MENDOCINOS S.A. P/ D. Y P. (CON EXCEP. CONTR. ALQ.)?", originarios del Octavo Juzgado Civil, Comercial y Minas, Secretaría No. 8, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 517 por la Dra. María Estela Elías por la demandada Arcos Mendocinos S.A., en contra de las resoluciones de fs. 496/502 y 510. Practicado a fs. 551 el sorteo establecido por el Art. 140 del Código Procesal Civil, se determinó el siguiente orden de votación: Dres. Abalos, Leiva y Sar Sar. De conformidad con lo dispuesto por el Art. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, se plantean las siguientes cuestiones a resolver: Primera cuestión: ¿Debe modificarse la sentencia en recurso? Segunda cuestión: ¿Costas? Sobre la primera cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Abalos, dijo: Llega en apelación la sentencia que glosa a fs. 496/502 y el auto aclaratorio de fs. 510, por la cual la Sra. Juez hizo lugar parcialmente a la demanda instada por los Sres. H. D. V. y C. C. T. y condenó a abonar a Arcos Mendocinos S.A. la suma de \$?, con más los intereses establecidos en los considerandos IV y hasta la fecha de su efectivo pago, con imposición de costas a la parte demandada vencida. A fs. 526/530 expresa agravios la Dra. María Estela Elías por la demandada Arcos Mendocinos S.A., solicitando se revoque el pronunciamiento cuestionado, rechazándose la demanda en todas sus partes, contestando los agravios a fs. 532/545, el Dr. Federico A. Garritano por la actora, quedando la causa a fs. 550 con autos para sentencia. II. PLATAFORMA FÁCTICA. 1). A fs. 47/60 el Dr. Víctor Hugo Garritano, por el Sr. H. V. y la Sra. C. C. T. por sí y por su hija menor de edad V. V. T. incoan demanda por daños y perjuicios en contra de Arcos Mendocinos S.A. (Mac Donalds) emergentes de un accidente ocurrido dentro del sector de juegos del establecimiento ubicado en Ruta Panamericana N° 2650, Palmares Open Mall, el día 20 de junio de 2009, reclamando \$?, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más sus intereses legales, gastos y costas. Relata, que el día 20 de junio de 2009 siendo aproximadamente las 20:30 hs, los actores se encontraban cenando en familia en el comercio mencionado; que luego se dirigen al área de juegos del mismo establecimiento, donde la hija de los actores se pone a jugar junto con otros niños en el pelotero cuando sorpresivamente se resbaló y cayó hacia atrás fracturándose la tibia y el peroné; que la caída se debió a que en el pelotero se encontraba derramado un líquido, con apariencia de ser gaseosa; que dicho líquido se encontraba además derramado por la colchoneta del mismo juego, por lo que también mojó con este líquido sus vestimentas. Afirman que como consecuencia de la caída se fracturó la tibia y peroné de su pierna derecha; que ante esta circunstancia la gerente de turno Silvina Bordón llamó a la ambulancia y fue atendida por el Servicio ECI, quien la traslado al Hospital Notti; que estuvo 45 días enyesada y con reposo absoluto, por lo que no pudo asistir a clases ni a otros lugares a los que normalmente concurría ni salir a jugar al aire libre con sus amigos del barrio; que la menor quedó con secuelas, necesitando usar zapato ortopédico, siendo necesario arcos y realce con talón izquierdo de un centímetro. Encuadra la presente acción dentro de lo dispuesto por el art. 1113 del CC y en la Ley 24240. Con relación a los daños que se reclama, solicita en concepto de daño emergente (gastos terapéuticos) la suma de \$?; daño moral y psicológico \$? y por incapacidad sobreviviente \$? Ofrece prueba. Cita Jurisprudencia y funda en derecho. A fs. 76/88 la Dra. María Estela Elías en representación de la demandada Arcos Mendocinos S.A., comparece y luego de las negativas genéricas y particulares del caso, peticiona el rechazo de la demanda. Manifiesta que no les consta que los actores hayan estado el día señalado en el local demandado; desconoce las lesiones sufridas por la menor; asevera que el local consta con todas las normas de seguridad y que se encuentra todo señalizado según las fotos que acompaña, y que el juego se encontraba en perfecto estado de conservación y mantenimiento para el día del supuesto accidente. Refiere que al tratarse de una cosa inerte no resultan riesgos y que el juego no presentaba ninguna anomalía, y que los padres omitieron el deber de cuidado, por lo que no cabe responsabilizar a Arcos Mendocinos S.A. Producida la prueba se dicta sentencia.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA. La Iudex entiende que estamos en presencia de una relación de consumo, toda vez que se encuentra acreditado que los actores revisten el carácter de usuario o consumidor y la demandada reviste el carácter de proveedor, todo ello en los términos descriptos por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 24240, motivo por el que debe aplicarse la ley de defensa del consumidor de oficio, aún cuando las partes no la hayan invocado, por tratarse de una ley de orden público (art. 65 LDC). Agrega que cuando las personas sufren daños en el ámbito de una relación de consumo, rige una presunción de responsabilidad respecto del proveedor de bienes o servicios, derivada de la obligación de seguridad establecida por el art. 42 de la Constitución de la Nación y

por los arts. 5, 40 y cc de la Ley 24240; que el deber de seguridad comprende la obligación de no causar ningún daño durante el desarrollo del ?iter negocial? que sea ajeno al que normal y ordinariamente podría esperarse, siendo esta obligación es de carácter objetivo, por cuanto el resultado, que es el daño, es suficiente para crear la responsabilidad. El factor de atribución es la garantía de indemnidad. A continuación se expide respecto de la tacha del testigo Sr. Jesús Horacio Mariño (fs. 147/148), estimando que no surge la parcialidad aludida por el demandado. De las probanzas producidas, en especial testimoniales de los Sres. Jesús Horacio Mariño; Silvana Bordón; Nicolás Zalazar; informes emitidos por el Hospital Notti y Servicio de Emergencias ECI, la Iudex tiene por probado que los actores junto con la menor se encontraban el 20 de junio de 2009 en el interior del local demandado y que el accidente se produjo en el pelotero del lugar. En relación a la posible incidencia riesgosa o viciosa del pelotero del local comercial de la accionada, con aptitud suficiente para provocar que la menor se haya resbalado como consecuencia de ello, caído y sufrido los daños demandados, tiene por cierto, de las declaraciones testimoniales de fs. 182,188 y 236 que si bien las normas de seguridad del pelotero indican que no se puede entrar con bebidas ni comidas, la realidad es que los niños entraban con alimentos, por lo que considera, ante la falta de prueba en contrario del demandado y los dichos del testigo Lobos, que la menor se resbaló como consecuencia de una sustancia líquida que se encontraba derramada dentro del pelotero de la accionada, que produjo el accidente. Destaca que la obligación de seguridad que la Ley 24240 impone significa que tanto los productos como la prestación de servicios en el mercado deben asegurarle al consumidor-usuario que su correcta utilización o consumo, mediante instrucciones y advertencias claras y veraces (art. 4 Ley 24240 y 42 CN), no lo colocará en riesgo ni le ocasionará daños inmediatos o mediatos, y el incumplimiento de esta obligación de seguridad genera una responsabilidad objetiva y directa (art. 5, 6, 40 LDC), por lo que la demandada debe responder por los daños ocasionados. Concede por gastos terapéuticos \$?; incapacidad sobreviniente \$? y daño moral \$?, fijados a la fecha de la sentencia, con más los intereses previstos por la Ley 4087 desde el momento del hecho y hasta la fecha del fallo de primera instancia y, a partir de allí, hasta el efectivo pago, los intereses de la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento. Aplica el art. 505 del C.Civil, por lo que regula los honorarios profesionales conforme a la ley arancelaria y dispone, respecto de las costas a cargo del deudor, que el mismo deberá responder hasta el 25 % del monto de condena, motivo por el cuál al momento de efectuarse la liquidación final de la causa, deberá hacerse el prorrateo correspondiente, si así correspondiere.

IV. LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS. La accionada se queja que la ?a quo? ha efectuado una errónea valoración de las pruebas, en especial de la tacha del testigo Jesús Horacio Mariño; quién no vio el accidente, habla de una niña pero no puede precisar su edad y reconoce que el hecho le fue relatado por los actores al buscarlo como testigo, por lo que ha criterio de la recurrente sólo se limitó a reiterar dicha versión. Expresa que lo mismo ocurre con la valoración de la testimonial del Sr. Bordón quien si bien manifiesta que asistió a la niña en el pelotero, no vio la caída ni pudo precisar la causa de la misma, agregando que ?luego ingresamos por donde se había caído que fue el lugar que el papa nos mencionó que estaba mojado el pelotero y no encontramos nada mojado?, en tanto el testigo Zalazar hace mención al accidente de la chica, pero sin haberse aportado ningún dato que permita asegurar que se trata del mismo hecho. Señala, que la ponderación errada de las declaraciones reseñadas llevaron a la Magistrada a una conclusión incierta, y esto es que la menor se encontraba el 20 de junio de 2.009 en el interior del local y que el accidente se produjo en el pelotero. Se agravia que la Sentencia tiene por acreditado por la declaración del testigo Lobos que la menor se resbaló como consecuencia de una sustancia líquida que se encontraba derramada dentro del potrero de la accionada, cuando el testigo sólo habló que había un helado derramado, en forma contraria al testigo Bordón que manifestó que no encontraron nada mojado; por lo que ante estas contradicciones, la ?a quo? debió sustentar su conclusión en alguna otra prueba, no existiendo otra idónea que dé cuenta que en el pelotero se había derramado un líquido que era Coca Cola. Señala que también resulta simplista e inentendible el criterio de la Magistrada que se aparta totalmente de las conclusiones de la pericia técnica por no haberse llevado al tiempo de los hechos, cuando aquella da cuenta que existe un procedimiento de limpieza, que también dan cuenta los testigos Bordón y Zalazar. Denuncia que los actores no han logrado probar que el juego presentara alguna anomalía que haya sido la causa de la supuesta caída. Critica que el pronunciamiento responsabilice a la accionada por el incumplimiento de los padres en su deber de cuidado respecto de los hijos; que según el instructivo y carteles colocados en el lugar, los niños deben ser supervisados por los padres, por lo que no pesa sobre la empresa la obligación de cuidar los niños. Se queja que se atribuyera la responsabilidad a Arcos por haber incumplido con su obligación de seguridad que impone la Ley 24240, cuando no probaron que la caída de la menor se hubiere producido dentro del pelotero como de la manera relatada, ni la existencia de una relación de consumo entre ellos y Arcos. Agrega que se trataría de un supuesto de daño por cosas inertes (cosas inanimadas) que por su naturaleza están destinadas a estar quietas y que no implican riesgo alguno si no presentan anomalías, acreditando su parte que el local se encontraba perfectamente habilitado y reunía todas las condiciones de seguridad exigidas por la normativa vigente; que las instalaciones del área de juegos del local se encontraban en perfecto estado de conservación y mantenimiento y que Arcos Mendocinos S.A. tiene una política estricta en materia de limpieza y control, por lo que no existe la presunción de la relación de causalidad entre la cosa y el daño, lo que tampoco

se ha demostrado. Se agravia de lo concedido por daño físico, \$? en base al informe rendido por el perito médico, Dr. Daziano, el que fue impugnado por su parte, sin que la ?a quo? lo tuviera en cuenta. Sostiene que la pericia no resulta válida porque no cuenta con estudios complementarios ni radiográficos, ni tampoco indica las referencias para poder establecer el grado de incapacidad, ni describió los rangos de movilidad en las articulaciones que corresponden al miembro inferior derecho, ni constató alguna alteración clínica a nivel del mismo. Destaca que el informe agregado a fs. 245 del Instituto 42 P.P. Santa María Gorreti, da cuenta que el desempeño físico de la niña desde su reintegro a la Escuela fue normal, se observó caminar, correr y saltar a la menor durante los recreos y horas de Educación física, por lo que careciendo de validez el informe pericial y surgiendo del resto de las probanzas que la niña con absoluta normalidad desarrolla sus actividades físicas, solicita que se rechace la suma pretendida por este rubro. Por último se queja que se le hubiere reconocido a la menor por daño moral \$?, valorando la prueba pericial psicológica y entendiendo que existe un daño psicológico, cuando el informe arriba a la conclusión que aquel es inexistente, por lo que deberá revocarse lo concedido o en su caso disminuirse. Corrido traslado de los agravios, lo contesta a fs. 532 el Dr. Federico A. Garritano por la actora, peticionando el rechazo del mismo, por las razones que expresa, a las que se remite en honor a la brevedad. V. LA

NORMATIVA APLICABLE Y ANÁLISIS DEL CASO. A). Prueba. Valoración. Tacha testigo. En cuanto a la apreciación de la prueba, podemos expresar que es el acto mediante el cual, el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos (PALACIO, Lino E., ?Derecho Procesal Civil?, To. IV, Bs. As., Abeledo - Perrot, 1.972, pág. 411). A diferencia de lo que ocurría en el sistema de las pruebas legales, donde el valor de los medios probatorios estaba fijado con anterioridad en términos generales y abstractos, en los códigos procesales modernos, la eficacia de la prueba queda reservada al arbitrio judicial, en virtud de la aplicación de normas flexibles o elásticas. El sistema de la sana crítica adoptado por nuestro régimen procesal, supone la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del Juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las ?máximas de experiencia?, es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamento de la posibilidad y de realidad (PALACIO, Lino, ob. cit., p. 415). El art. 207 del CPC prescribe que todas y cada una de las pruebas serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, salvo disposición expresa de la ley en contrario. La sana crítica racional supone el control de los fundamentos de la sentencia, en el sentido de que ella debe aparecer como una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos: la convicción del Juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a los principios lógicos del pensamiento humano (identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente), y las leyes de la psicología y las de la experiencia común, y provenientes de ?elementos de prueba legítimamente incorporados al procedimiento e idóneos para ser valorados en el fallo (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I. ?Chioato, Lorenza Teresa Paola c. Ciudad de Buenos Aires y otros?. Fecha 05/05/2008. L. L. 15/09/2008). En lo concerniente a la tacha del testigo del testigo, es de resaltar que nuestro codificador ha definido las ?tachas?, como los motivos o causas que hacen presumir que la declaración del testigo carece de veracidad. Entre nosotros, donde no hay tachas absolutas, esa presunción es ?iuris tantum? y aún cuando la tacha se pruebe, puede el Juez apreciar e invocar la declaración del testigo tachado, si existen en autos antecedentes que permitan afirmar que ha dicho la verdad. (PODETTI, J. Ramiro. ?Código de Procedimientos? To. I, Ed. ?La Facultad? 1936, pág. 349). En tal sentido, se ha denominado ?tachas? para ?denotar las causales que las partes pueden hacer valer a fin de invalidar o disminuir el valor de las declaraciones testimoniales? (PALACIO, Lino Enrique, ?Tratado de Derecho Procesal Civil?, To. IV, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 645/646), debiendo diferenciarse según el autor citado las impugnaciones dirigidas contra la persona de los testigos (tachas) de aquellas que tienen por objeto demostrar las contradicciones o falsedades de que padece la respectiva declaración, (tachas al dicho) las que pueden hacerse valer en los alegatos (ob. cit. pág. 650). El Código de forma de la Provincia, dispone que ?antes de la audiencia o en el acto de ésta, los litigantes podrán tachar a los testigos por causales que permitan presumir parcialidad en sus declaraciones? (art. 199 inc. III del CPC), fórmula ésta última, que sin duda permite englobar la multiplicidad de situaciones que pueden habilitar su deducción (GIANELLA, Horacio C. ?Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza?. To. II. L. L., pág. 399). Es así, que se requiere la presunción de amistad o connivencia o cualquier otra circunstancia (enemistad, ser acreedor, deudor, etc.) del declarante con la parte que se vería beneficiada o perjudicada, además de indicios positivos y palpable en sus dichos que pongan de manifiesto que éstos están teñidos de parcialidad o falsedad. Aún más, y en lo que respecta a la prueba testimonial, la doctrina y la jurisprudencia, siguiendo a PALACIO, han denunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada crítica de las declaraciones y permite por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia. Dichas directivas se relacionan fundamentalmente con las circunstancias personales del testigo; los rasgos individuales de aquél y por otro lado, las relaciones que puede tener con las partes o con el litigio; es decir, el análisis de todos aquellos móviles internos que son

susceptibles de determinar una deformación de la verdad, como son el parentesco, la afección o aversión y el interés material o moral en que la causa sea resuelta en cierto sentido; con la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara, debiendo atenderse primordialmente a la mayor o menor verosimilitud de aquéllos y a la mayor o menor facilidad con que pueden percibirse y recordarse; y con la razón de ciencia enunciada como fundamento de la declaración y la concordancia entre las respuestas, lo que posibilita al Juez inferir, si aquél presenció efectivamente los hechos o si por el contrario, los conoce a través de meras referencias. Por último, respecto a la concordancia, la crítica del testimonio, se dirige a determinar la existencia de armonía o contradicciones entre las respuestas dadas por un mismo testigo, por distintos testigos propuestos por la misma parte y por los testigos propuestos por cada una de las partes y en relación con otras pruebas.(PALACIO, Lino, ob. cit., pág. 650). FALCON, en lo concerniente a la prueba testimonial, ha señalado que: ?1) Testimonios relevantes o muy confiables. El Juez les otorga mayor poder de convicción a los testigos presenciales del hecho. Las reglas sobre la prueba testimonial para su convicción son: presencia del testigo en el hecho investigado, coincidencia o razonable correspondencia en los distintos testimonios, ser precisas, objetivas, concordantes, sinceras, específicas, imparciales y concluyentes, a lo que se le une la inmediatez o cercanía del hecho. En general, si la declaración no presenta ningún vicio que la invalide y se encuentra corroborada por los restantes elementos de juicio obrantes en la causa, no existen razones para no tener en cuenta dicha narración. 2) Testimonios irrelevantes o poco confiables. Una declaración detallada y circunstanciada de un hecho ocurrido mucho tiempo atrás es poco confiable, pero no existe preeminencia de los testigos que declararon en la causa penal y luego lo hacen en la civil, respecto de los que sólo comparecieron a esta última. De la misma manera, la declaración del testigo que no presenció el hecho, no tiene fuerza probatoria y la prueba preconstituida testimonial y actuarial es mirada con poco favor.? (?Tratado De La Prueba?, Tomo 2, Ed. Astrea, pág. 380/381).Para la eficacia de la prueba testimonial es indispensable que se explique cuándo, en qué lugar, y de qué manera se produjo el hecho y que haya acuerdo entre los testigos en esas circunstancias. Además, el testimonio debe aparecer consistente y armónico, no sólo relacionado con los hechos narrados, sino esos hechos entre sí, cuando se trata de acontecimientos formulados por una serie de hechos sucesivos. Pero no disminuye el valor del testigo la circunstancia de que no pudo precisar algunos detalles.? (Cámara Civil, Comercial, Minas y Trabajo Catamarca, 6/2/98, L. L. NOA, 1999-580).?Aunque la parte no haya observado los testimonios es poder del Juez el valorarlo, acudiendo a las reglas de la sana crítica, debiendo la operación lógica que realiza el Juez estar acompañadas de las máximas de experiencia que constituyen un conjunto de principios que orientan el criterio del Juez en la valoración del testimonio. Constituye la mejor garantía de veracidad, la concordancia del testimonio, sea entre las diversas partes de una declaración, sea entre las declaraciones de varios testigos, o de éstas con otras pruebas? (Cámara 3ra de Apelaciones, Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, ?Legrand de Curelli Nancy Ivonne c/ José Luis Montaña?, 11/11/200, LS 091:007). Es que ?la apreciación de los dichos de los testigos debe efectuarse por el juzgador según las reglas de la sana crítica, mediante la valoración integral de los mismos, la cual supone la comparación de las declaraciones entre sí como partes de un todo y no como compartimientos estancos? (Esta Cámara, ?Club Social Las Heras c/ Carmen Zárate y Ot.?, 05/05/1999. LS 151:052).Advirtiendo que las tachas no son absolutas, siendo siempre relativas, deberá analizarse el testimonio de Mariño, en función de las demás pruebas rendidas, para precisar si admite o no la tacha y su eficacia probatoria (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, ?Oyola Estebán c/ Delong Cornejo?, LS 082:026; Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, paz y Tributario, ?M de C c/C?, LS 068:342). Adentrándonos en la meritución de las declaraciones testimoniales, y demás medios probatorios, es de destacar lo siguiente:- Jesús Horacio Mariño, a fs. 147/148, manifiesta que un sábado tipo 8:30 hs. de la tarde, fue a buscar a sus hijas y fueron al Mc Donalds, y se cruzó en el patio de comidas con el Sr. V. y su familia y se saludaron; que luego vio que se juntó gente en el pelotero, cree que escuchó un grito, y cuando se acercó y le preguntó al actor que había pasado, le contó que se había lastimado su hija y que iba a llamar por teléfono a la ambulancia; que no se dejaba pasar a la parte de los juegos, la gente estaba reunida mirando; que después llegó la ambulancia; que el accidente se produjo en el pelotero; que estaba la casita, el padre y la madre en la puerta y el muchacho de seguridad que no dejaba pasar a la gente; que el padre le dijo que le parecía que se había quebrado porque no se quería ni mover; que no vio a la menor, que no lo dejaban pasar; que no vio personalmente el supuesto accidente; que estaba comiendo en el patio de comidas, hay un vidrio y está el pasillo que es la entrada al salón de juegos, que podía ver todo; que cuando pasó el accidente se paró el declarante y fue a la entrada del patio de juegos; y se quedó ahí hasta que Daniel salió a hablar por teléfono, que vio cuando llegó la ambulancia; que tardó más de 30 minutos; que le avisó de la Audiencia V., que cuando lo pasó a buscar recordaron el accidente; que los chicos entraban con comida, gaseosas o con cosas que tenían en la mano y no había nadie y que este último tiempo que ha ido es diferente, hay alguien cuidando; y que no sabría decir que edad tiene la menor supuestamente lesionada.- A fs. 155 y 298/299 obra informe emanado del Representante legal del Hospital Humberto J. Notti que da cuenta que la menor V. V. T. el 20 de junio de 2.009 fue asistida por el Servicio de Traumatología de Guardia, con diagnóstico de fractura de tibia.- A fs. 169 corre copia de la resolución municipal de habilitación del local comercial ?Venta de helados, gaseosas, hamburguesas y papas fritas? en el domicilio comercial

de Ruta Panamericana 2650 de Godoy Cruz a nombre de la firma ?Arcos Mendocinos? S.A.- Silvana Celeste Bordón, a fs. 182 y sgtes., empleada de Mc Donalds; expresa que el pelotero estaba en condiciones, en buen estado; que el aérea de limpieza se realiza profundamente en dos turnos. El turno de cierres y el turno de aperturas y se hace como un recorrido superficial durante el día; que en cada turno hay una persona que denominan anfitriona, quién chequea que se cumplan con las políticas de ingreso al local y si las personas que están ahí necesitan algo, pero no entra al pelotero a chequearlo por dentro, todo es por fuera; que los pisos no se limpian en el momento en que hay gente, se limpian en los horarios de limpieza profunda, salvo algún derroche de bebida que se limpia con un multiuso que es un químico de la empresa y agua y se coloca el cartel de piso mojado; que la política es que no se puede ingresar ninguna bebida, pero la realidad es que lo hacen; que tienen evaluaciones periódicas los empleados del local de Mac Donald de Palmares; que tienen controladores encubiertos y sorpresivos que evalúan dos veces al local en distintas franjas horarias; que en el mes de Junio presencié un hecho donde una pequeña se cayó en el pelotero; que no recuerda si tenía mojado sus ropas pero que el papá lo mencionó; que en el momento en que la pequeña se cae en el pelotero, la declarante se encarga de quedarse con los papás de ella, se cierra el aérea de pelotero, y se llama inmediatamente al servicio de emergencias E.C.I; que luego del hecho fue con el progenitor de la menor al lugar y no encontró nada mojado; que los padres pueden entrar a la zona de juegos, no a los juegos en sí; que cuando llegó al pelotero, avisada del suceso, la menor estaba llorando y gritaba fuerte, que fue muy difícil tranquilizarla, de hecho hasta que no llegó el servicio médico, no dejaba de quejarse; que se quejaba que le dolía una piernita.- Nicolás Zalazar, a fs. 188, quién trabajó para Arcos Mendocinos S.A.; declara que cree que el pelotero se limpiaba cada 15 o 20 minutos; que había una persona encargada de la limpieza; que no se podía entrar comida o bebidas al pelotero; que los niños podían entrar sólo o acompañados; que eran sometidos a controles periódicos los empleados; que recuerda el accidente de la chica; que estaba en la caja cuando ve que se acumuló la gente y avisó al gerente; que había una chica que hacía cumplir las normas de ingreso al pelotero, pero que no estaba en el lugar permanente.- A fs. 191 y sgtes. ECI informa que el 20 de junio de 2.009 a las 21:05 en el domicilio sito en calle Ruta Panamericana No. 2650 de Godoy Cruz (Mc Donalds Palmares-Area Protegida de ECI Emergencias Médicas), la Srta. V. V. T. fue asistida por la Dra. Sonia Beatriz Gutiérrez Massacesi, diagnosticándosele traumatismo de miembro inferior derecho, siendo trasladada al Hospital Humberto Notti; que el servicio fue contratado por Arcos Mendocinos Mc Donalds desde el 15 de Octubre de 1.999 hasta el 16 de Abril del 2.003 y luego desde el 14 de octubre del 2.003 a la fecha (21/3/2012) y que ECI para junio 2009 prestaba servicios médicos de emergencias médicas en la modalidad de Areas Protegidas en el local MC DONALD S, sito en Ruta Panamericana No. 2650, Godoy Cruz, Mendoza.- Diego Lobos, a fs. 236, quién era seguridad de Mc Donalds, señala que el accidente fue una quebradura de la pierna izquierda o derecha de la nena; dentro del pelotero de Mc Donalds; que se escucharon gritos adentro del pelotero; que cuando se acercó al pelotero estaba la nena tirada en la colchoneta del mismo llorando, que no podía mover la pierna y que cuando se acerca nota que tenía la manga de los pantalones mojados; que cuando ingreso dentro del pelotero miro por adentro del tubo por donde suben los chicos y había un helado todo chorreado por el tubo donde subieron los chicos; que llamó a la gerenta del local y le pidió que se aproxime y que verifique lo sucedido; que llama a ECI y a la empresa de OPS para anunciar todo lo sucedido durante el servicio; que llega el servicio de la ambulancia y sacan a la nena del pelotero y notan que tiene una fractura en la pierna y proceden a hacerle los primeros auxilios; que cerraron el pelotero para que no ingresara nadie y para que fuera hasta el banquito pero como no pudo la dejamos ahí hasta que viniera el servicio de la ambulancia; que la menor gritaba y lloraba; que el día del hecho se encontraba de servicio; que no vio el accidente, que vio a la niña dentro del tubo cuando gritaba; que el tubo es cerrado; que escuchó el diagnóstico de los facultativos médicos, algo de fractura interna; que cuando escuchó gritar a la menor estaba en la colchoneta adentro del holl; que el accidente ocurrió para el día del padre o algo así; que fue el único accidente en que estuvo; que tuvo lugar como a las 20 o 21 horas más o menos; que la nena tenía nueve años más o menos o diez años; que se acercaron todos los padres para ver que niña era y después acudió la gente del local; que antes de esta audiencia nadie le dio detalles del infortunio; que vio a los padres y a la nena en el salón de comidas del local de Mc Donalds porque estaban consumiendo; que los niños deben ser fiscalizados por sus padres, que el padre iba y volvía a comer como todos los padres controlan que no se salgan del sector del juego a la salida de la calle; que luego del accidente ingresó un empleado a limpiar todo el pelotero por dentro; que no limpiaban el pelotero con frecuencia; que el juego no se limpiaba por adentro salvo cuando venía inspección de Mc Donalds; que a partir de lo sucedido se empezó a limpiar.- A fs. 286/287 se encuentra agregada el informe del perito en Higiene y Seguridad que da cuenta que el piso está recubierto con un material antideslizante; en cuanto a los ductos que conducen a las casitas de los juegos, son de material plástico; que el piso del área de juegos no presenta alguna anomalía al momento de la pericia; que se constata por una foto adjuntada al expediente, fs. 73 y 74 que en la puerta de entrada al área del juego hay unas instrucciones de hasta qué edad fueron diseñados los juegos y una advertencia a los padres, que también se constata un cartel con instrucciones ubicado cerca de las escaleras de entrada al juego al momento de la pericia. Asimismo, constata que existe un instructivo con siete pasos, para limpiar todo el local, en el mismo hay uno destinado al área de juegos con pasos a seguir como limpiar las superficies sucias, barandas,

escalones, entrada del tobogán y salida, lo que no se puede determinar es si ese instructivo existía antes del 10 de junio del 2.009; y que existe un cronograma día por día de que áreas dentro de todo el local hay que limpiar, el área dónde se ubica el juego se limpia cada vez que el personal detecta manchas por ejemplo en la colchoneta de las casitas. El mantenimiento y limpieza general, es tercerizado a través de otra empresa llamada Puliza la cuál limpia los juegos por dentro y por fuera, esto se realiza con una frecuencia cada tres meses, según el relato del Subgerente del local y los materiales con que se limpian los juegos son agua caliente y detergente multiuso.- A fs. 319 y sgte. obra inspección ocular del lugar. Ahora bien, de la ponderación de los diversos elementos probatorios a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 207 del CPC), se advierte que resulta ajustado a derecho el rechazo de la tacha del testigo Mariño, dado que sus dichos se condicen con lo expresado por otros deponentes. Así, de la declaración tanto de la Sra. Silvana Celeste Bordón como del Sr. Nicolás Zalazar, testigos ofrecidos por la accionada, surge que si bien ambos no presenciaron el momento justo del infortunio sufrido por la menor; la primera de los testigos avisada del hecho, concurrió al pelotero dónde se encontraba la menor llorando y gritando; en tanto el segundo, es claro cuando expresa que sólo recuerda el accidente de la chica, por lo que no existiendo otro es lógico suponer que se refería al de la accionante. Resultan aún más determinantes los dichos del Sr. Lobos, -quién no fue tachado-, que el accidente de la nena fue dentro del pelotero de Mc Donalds, que escucha gritos dentro del pelotero y cuando se acerca estaba la nena tirada en la colchoneta del mismo llorando, sin poder mover la pierna, escuchando con posterioridad a los facultativos médicos que había sufrido una quebradura. Va de suyo que si la menor fue encontrada dentro del pelotero de Mc Donalds, tirada en las colchonetas, lesionada en su miembro inferior, lo que la imposibilitaba de moverse o trasladarse, a la única conclusión que puede arribarse es que aquella se hallaba en el pelotero cuando acaeció el hecho lamentable, causante del daño en su integridad física. En relación a cuál fue la causa del accidente, no se desconoce que en principio no coinciden las declaraciones de Bordón y Lobos; sin perjuicio que se estima que debe darse prevalencia a éste último y ello en virtud que el Sr. Lobos concurrió al lugar de los hechos, en forma inmediata a su acaecimiento y tanto es así que halló a la menor acostada sin poder moverse sobre la colchoneta, divisando adentro del tubo por donde suben los chicos que había un helado todo chorreado, lo que se condice con que la infante hubiere tenido el pantalón mojado; en tanto la Sra. Bordón manifiesta que luego del hecho fue con el progenitor de la menor al lugar y no encontró nada mojado, sin especificarse si ello ocurrió inmediatamente de producida el accidente, o si revisó dentro del tubo. Por otro lado, los dichos del Sr. Lobos no se contraponen con el informe pericial de fs. 286/287, dado que si bien existiría un cronograma día por día de que áreas dentro de todo el local hay que limpiar, y el área dónde se ubica el juego se limpia cada vez que el personal detecta manchas por ejemplo en la colchoneta de las casitas; ello no obsta a que se hubiere producido un derrame del helado en el tubo, el cual no hubiere sido advertido por el personal de limpieza, máxime cuando ha quedado acreditado que los menores o sus padres ingresaban con comida y bebidas al pelotero (ver fs. 182, 188 y 236), y que aún cuando la limpieza fuera cada 15 o 20 minutos, durante ese intervalo pudo tener lugar la caída de la sustancia en cuestión, dado que lo cierto es que no existía una persona en forma ?permanente? ni en la entrada de los juegos controlando el ingreso de las personas ni tampoco verificando el estado de higiene de los juegos. Sin perjuicio de ello, y aún colocándonos en la postura más favorable a la recurrente, y en tal sentido entendiésemos que no puede determinarse la causa del accidente, ello no varía la solución en cuanto a la atribución de responsabilidad a que se arriba en el pronunciamiento cuestionado, ya que compartiendo el criterio de la Juez de 1er Instancia, se estima que estamos ante una relación de consumo. B) Derecho del consumidor. Obligación de seguridad. Eximentes de responsabilidad. 1) Ha de recordarse que la protección de los derechos de y al consumo, se consolidó mediante la reforma introducida a la Constitución Nacional en el año 1994, que, con su inclusión en el art. 42, le otorgó una definitiva trascendencia, reforzando el significativo avance que representó para el derecho del consumo la sanción de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor un año antes. El mencionado art. 42, CN, establece: ?Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno (...)?, introduciendo el concepto amplio de relación de consumo y, además, los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios a los cuales ella debe ajustarse (información, seguridad, trato digno, etc.). La Ley 26361 modificó el art. 1 de la Ley 24240, redefinió la noción conceptual de consumidor de este modo: ?Artículo 1- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.? (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26361 B.O. 7/4/2008).El concepto de consumidor, a diferencia del régimen anterior, no tiene mayores condicionantes: la ley anterior establecía ciertas limitaciones para acceder al régimen tuitivo de la ley, en tanto que la reforma ha

posibilitado que la ley se aplique a todos los supuestos de consumo (bienes y servicios, nuevos o usados, muebles o inmuebles, gratuitos u onerosos) siempre que tengan a una persona como destinatario final de la adquisición o utilización. (MOLINA SANDOVAL, Carlos, ¿Reformas sustanciales?, Suplemento La Ley Reforma de la ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, L. L., 2.008, pág. 81 y sgtes.). Por ello, la noción de relación de consumo es amplia y, en mérito de la normativa vigente, excede al mero ámbito contractual para abarcar todas aquellas situaciones de vínculo socio-jurídico-económico que impliquen el mero contacto entre el consumidor o usuario y el proveedor, de acuerdo a los lineamientos constitucionales que emplea el término relación en lugar de contrato, amplificando, como mencionamos, el marco protectivo fundado en la situación de vulnerabilidad de consumidores y usuarios dentro del mercado y a la propia Ley de Defensa del Consumidor luego de la reforma introducida por la Ley 26361 (LOVECE, Graciela Isabel. ¿Los alcances de la relación de consumo. El deber de seguridad y el caso fortuito?. Fecha: 2013-07-24. Publicado: SJA 2013/07/24-18; JA 2013-III, Citar ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/1539/2013). A lo dicho debe sumarse que la protección del usuario y consumidor conlleva la aplicación de uno de sus principios fundamentales: ¿in dubio pro consumidor?; principio que no sólo se relaciona con la interpretación de la ley del contrato, sino que también tiene su implicancia respecto de la prueba de las cuestiones que se planteen en la relación de consumo. El principio ¿in dubio pro consumidor? reconoce la debilidad estructural y genética del consumidor contratante. El art. 3 de la Ley 24240 prescribe que ¿En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor?; de esta forma, la ley obliga a adoptar una postura que redunde en beneficio del consumidor o usuario, y así, ante la posibilidad de soluciones diversas, siempre deberá primar la más conveniente a los intereses de aquel. A ello se agrega que el art. 37 establece que ¿la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.¿ (BARREIRO, Karina, ¿El régimen de Defensa del consumidor en la actividad turística?, Buenos Aires, LADEVI Ediciones, 2.008, pág. 43/45; PICASSO, VÁZQUEZ FERREYRA (Directores), ¿Ley de defensa de consumidor comentada y anotada?, Buenos Aires, L. L., 2.009, Tomo I, pág. 59/60; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ¿Derecho Procesal Constitucional. Protección constitucional del usuario y consumidor?, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.005, pág. 448 y sgtes.). La Ley 24240 se ocupa no sólo de los intereses económicos del consumidor, sino también de la protección de su salud, de su integridad física y en general de su seguridad (arts. 5 y 6); la salud y la seguridad de las personas son valores absolutos, de modo que aunque no se hubiera dispuesto su protección en esas normas los consumidores y usuarios estarían protegidos en la misma medida por otras leyes dictadas sobre la materia (FARINA, Juan, ¿Defensa del consumidor y del usuario?, Buenos Aires, Astrea, 2.004, pág. 179 y sgtes.). La obligación de seguridad ha tenido una consagración legislativa expresa en el Art. 5 de la Ley 24240, al señalar que las cosas y servicios deben ser utilizados en forma tal, que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro. Esta obligación tiene infinidad de campos de aplicación, aunque en el caso la vamos a referir exclusivamente al supuesto de los establecimientos comerciales. ¿Al respecto, si bien el art. 5 de la Ley 24240 parece limitarlo a la seguridad del producto o servicio, la doctrina y jurisprudencia ha ido adoptando una visión expansiva, extendiendo la responsabilidad a todas las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece. ¿Con sustento en el art. 42 CN ha quedado conformado un principio general de seguridad en beneficio de los consumidores o usuarios, con un despliegue claramente preventivo?. ¿Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios?. Esta obligación se basa en el factor de atribución objetivo ¿garantía?, por ende, el accionado, deberá demostrar una causa ajena interruptiva del nexo de causalidad (hecho de la víctima, del tercero o el caso fortuito) para liberarse total o parcialmente de responsabilidad. (SAGARNA. Fernando Alfredo. ¿Daños causados por custodios privados-Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes?. L. L. 1999-E, 133- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. Tomo III, 993). Es verdad que el art. 5 de la Ley 24240 se refiere específicamente a los servicios prestados y a los productos enajenados, pero es también una pauta general, aplicable por analogía, relativa a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece. (SCJMZA. Autos No. 72.871 - ¿Bloise de Tucchi, Cristina en J; Bloise de Tucchi c/Supermercados Makro S.A. p/D. y P. p/Inconst.¿ Fecha: 26/07/2002. LS 310:058). Por lo demás, las eximentes de responsabilidad deben ser merituadas restrictivamente, dada la situación de vulnerabilidad del consumidor, y relacionadas con el cumplimiento adecuado de los deberes de seguridad y el criterio interpretativo ¿in dubio pro consumidor?. Por lo tanto, el deber legal de seguridad ínsito a toda relación de consumo es de índole objetiva, por tanto el demandado para liberarse, deberá probar la causa ajena. En relación al caso fortuito, para operar como tal debe ser ajeno al riesgo propio de la actividad, debiendo tratarse de situaciones de excepcionalidad, pues estamos en presencia de profesionales de la actividad económica a los que les es exigible un mayor grado de previsibilidad. En esta línea, el deber de seguridad asumido por el proveedor exige que el consumidor pueda hacer uso de las instalaciones y retirarse de ellas sin sufrir daño alguno, debiendo adoptar todas las medidas tendientes al cumplimiento adecuado de dicha obligación (LOVECE, Graciela Isabel. ¿Los alcances de la relación de consumo. El deber de seguridad y el caso

fortuito?. Fecha: 2013-07-24. Publicado: SJA 2013/07/24-18; JA 2013-III, Citar ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1539/2013).2).

a) Debe señalarse que encontrándose probado que los actores y la nena estaban en el salón de comidas del local de Mc Donalds consumiendo (ver declaración de fs. 147/149 y 236 y sgtes); que se entiende por consumidor a todos los supuestos de consumo (bienes y servicios, nuevos o usados, muebles o inmuebles, gratuitos u onerosos) siempre que tengan a una persona como destinatario final de la adquisición o utilización, no puede abrigarse duda alguna que los accionantes son consumidores, habiéndose entablado entre las partes una relación de consumo, por lo que pesaba sobre el accionado una obligación objetiva de seguridad. Ergo, probado que la menor, consumidora, sufrió un daño en su integridad física, al usar los bienes que le fueron proveídos por Arcos Mendocinos S.A., ésta sólo se exime de su deber de responder invocando, lo cuál no hizo, el caso fortuito, o la culpa de un tercero, extremos que debió acreditar. Vale decir, que no resulta suficiente afirmar que las instalaciones del área de juegos del local se encontraban en perfecto estado de conservación y mantenimiento y que Arcos Mendocinos S.A. tiene una política estricta en materia de limpieza y control, dado que su ?no culpa?, atento que nos encontramos ante un obligación objetiva, no lo libera de tener que responder, sólo eximiéndolo de ello la prueba de que hay un hecho ajeno que ha interrumpido el nexo causal y no la simple prueba de que el proveedor actuó diligentemente. En tal sentido se ha aseverado que si la empresa propietaria de un local de comidas rápidas dueña de los juegos en los cuales un menor sufrió un accidente no demostró la ruptura del nexo causal, le es aplicable la responsabilidad objetiva que se funda en la relación de consumo generada entre la concesionaria y el usuario, y en lo previsto en el art. 40 de la Ley 24240 que dispone la demostración de una causa ajena para liberarlo. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv)(Sala F).Fecha: 23/08/2011.? López, Jorge Luis y otro c. Arcos Dorados S.A. s/ daños y perjuicios?. Publicado en: RCyS2011-XI, 151 - DJ2012-02-29, 71. Cita Online: AR/JUR/50953/2011; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L(CNCiv)(Sala L).Fecha: 31/05/2013. ?B., H. M. c. Arcos Dorados S.A.? Publicado en: L. L. Online; Cita Online: AR/JUR/23299/2013; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J(CNCiv)(Sala J); Fecha: 30/08/2012. ?G., R. D. y otro c. Arcos Dorados Argentina S.A. y otro s/daños y perjuicios?. Publicado en: L. L. 02/11/2012, 5. Cita Online: AR/JUR/44468/2012).b). En lo que respecta a la supuesta culpa de los padres, éste Cuerpo se ha expedido que ésta, como eximente de responsabilidad dentro del marco del Art. 1.113 del C. Civil, cuando la víctima es un menor inimputable, debe ser considerada no como responsabilidad refleja sino considerándolos como terceros culpables (culpa in vigilando) por quienes el primigeniamente no debe responder (L.S. 141:210, 165:039, ver ?Revista de Derecho de Daños - Eximentes de responsabilidad - I?, 2006-1, págs. 451 y sig.) y que esa obligación de los padres respecto de la vigilancia de los hijos debe meritarse sobre parámetros usuales, de modo que el control de sus actos no pueda transformarse en una obsesiva atención (ver CC1 L.S. 153:384). Se dijo que esa culpa ?in vigilando? para que concurra o excluya -como se pretende en el caso- la culpa objetiva del dueño o guardián de la cosa riesgosa (art. 1.113 Código Civil) o la culpa subjetiva incluso del causante del daño (art. 1.109 Código Civil), debe haber sido causa o concausa adecuada del perjuicio sufrido, pues de lo contrario no habría nexo causal -presupuesto ineludible de responsabilidad- entre el obrar reprochable del o de los progenitores y el daño sufrido por la víctima menor. Se aclaró, que la conducta de los padres del menor víctima debió ser en la emergencia, imprudente o negligente, ambas formas del obrar culposo; hubiera sido negligente si no hubiesen tomado las precauciones necesarias encarando una acción contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento, sagaz o como reza el art. 512 del CC, omitiendo aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y sus circunstancias; e imprudente si hubieran emprendido una acción de la cual debían abstenerse o haberla realizado de manera no adecuada (ver L.S. 141:163). (Autos No. 128.783/30.919, caratulados ?Palacios, Héctor Omar y Ots. c/ E.D.E.M.S.A p/ D. y P.?, del 4/12/2007). A criterio de la suscripta, en modo alguno puede pensarse que porque los padres dejaron a la menor utilizar los juegos; controlándola para que no salga del sector del juego, pueda considerarse que se comportaron negligente o imprudentemente, más cuando el daño que sufre la niña, lo fue en razón que en interior de uno de los tubos, había helado derramado; es decir, no fue porque la menor emprendió una conducta que podría considerarse previsible y evitable, como hubiese sido el cruce de la calle y ahí recibir el daño. No existe, en el sub examen, ni incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad referidos al cuidado o vigilancia de los hijos, ni tampoco relación de causalidad entre ese, en todo caso incumplimiento admitido al sólo efecto de agotar el análisis, y el daño causado; en el ?sub-iudice? la única causa adecuada del accidente fue el incumplimiento de la obligación de seguridad que pesaba sobre la parte accionada. Por último, y en relación a la existencia de carteles que indican que los niños deben ser supervisados por los padres, dado que el público que asiste a un establecimiento con área de juegos lo hace con la finalidad de permitir que sus hijos pequeños participen en ellos, la propietaria de aquel está obligada a asumir un deber de seguridad sobre los usuarios y sus bienes, sin que sea suficiente para eximirse la colocación de un cartel que deje constancia que la responsabilidad por el cuidado de los menores se traslada a los padres. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F(CNCiv)(Sala F).Fecha: 23/08/2011.? López, Jorge Luis y otro c. Arcos Dorados S.A. s/ D. y P.?. Publicado en: RCyS2011-XI, 151 - DJ2012-02-29, 71.Cita Online: AR/JUR/50953/2011).Lo expuesto y el encuadre legal otorgado tanto en primera Instancia como en ésta, -esto es el análisis

de los hechos dentro del marco de la Ley del consumidor de la que surge la responsabilidad de Arcos Mendocinos S.A. en virtud de haber incumplido la obligación de seguridad (arts. 1, 2, 5,40)-, torna innecesario la ponderación de si estamos ante un supuesto de daño causado con las cosas (art. 1113 del CC).C) Incapacidad física sobreviniente. Prueba. Que la incapacidad sobreviniente puede ser definida como "...la secuela o disminución física y psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento de la víctima de un accidente de tránsito? la determinación de la misma ??importa reconocer en la víctima una disminución en sus aptitudes físicas, estéticas y psíquicas, apreciadas según el menoscabo que produzcan en su actividad económica, cultural, social y familiar, con la consiguiente frustración de su desarrollo vital pleno? (MEILIJ Gustavo ?Daños Resarcibles en los Accidentes del Tránsito?; Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo p. 87/88).No puede dejar de mencionarse que el concepto utilitarista de cuantificación de este tipo de daños a través de la capacidad productiva de la víctima, se ha visto modificado, por complementación, por una visión globalizadora del ser humano, que arranca de la protección de la integridad física, el derecho a la salud, de raigambre constitucional y reconocimiento internacional... De modo que el bien jurídico protegido es la salud como integridad psicofísica? Ello ha significado un desplazamiento desde la valuación estática del daño -lo que el hombre se ve privado de producir-, hacia una dinámica de la cuestión consistente en la consideración de... las manifestaciones cotidianas extra laborativas del sujeto, no sólo como productor de utilidad sino como receptor de utilidad (Cámara 2da. Civil, Comercial y Minas, ?Gómez, Marcelo c. Martínez, César A.? Fecha 11/3/2005. LLGran Cuyo 2005 (agosto), 847 en igual sentido GALDOS, Jorge Mario, ?Daño a la vida de relación?. L. L. 29/6/2006,1), y el daño a la salud se aprecia por el eco, resonancia o efectos que tal detrimento origina en la vida humana, en el quehacer diario de quien lo padece, restándole aptitudes para ?gozar de la vida?, para cumplir actividades, sean estas económicas o no; para un desarrollo o desenvolvimiento integral de la persona?.(MOSSET ITURRASPE, Jorge. ?Daño a la salud?. L. L. 2011-A, 1079).A ello cabe agregar que la sola alteración de la integridad física de una persona constituye un daño resarcible sujeto a indemnización, con independencia que la víctima siga desarrollando sus tareas. En tal sentido la Corte Nacional ha reconocido que ?la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (?Pose, José Daniel v. Provincia del Chubut y otra s/daños y perjuicios?. Fecha 1/12/1992. Lexis Nexis No. 4/27251 y SCJMza. ?Terraza, Carlos c/ Alderete, Antonio R. y otros?. Fecha 8/5/2000. Lexis Nexis No. Citar Lexis N° 70008292).No todo ataque contra la integridad corporal o la salud de una persona, genera incapacidad sobreviviente, sino que es necesario que las secuelas subsistan una vez efectuados los tratamientos o asistencia prestada. Sin duda, que el medio probatorio más idóneo para acreditar los daños físicos y la incapacidad es el peritaje médico, dado que tratándose de una materia técnica, torna relevante la opinión de expertos. Un aspecto particular de la prueba pericial en el proceso de daños es la diversidad de daños que pueden producirse y la particularidad de los objetos ?fuentes de prueba? a examinar por vía pericial; esta prueba, ciertamente, tiene un contorno, pero cada especialidad quiere, a su vez, un especialista. El conocimiento que debe extraerse de los objetos que dieron lugar a los elementos del proceso excede el conocimiento vulgar y requiere inexcusablemente la intervención de expertos. La prueba pericial entonces, es un instrumento para ampliar el campo de visión del Juez y de las partes de modo más profundo y más certero sobre el conocimiento de determinados hechos en un proceso. (FALCÓN, Enrique M., ?Prueba pericial y proceso de daños?, en ?Revista de Derecho de Daños?, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.999, ?La prueba del daño II?, pág. 113 y sgtes.).A fs. 291 y sgtes el perito médico refiere que la menor a la edad de 6 años, sufrió un importante accidente en ?juegos infantiles?, del restaurant de ?Palmares Open Mall?; que como consecuencia padeció la fractura de los dos huesos de la pierna derecha; lo que requirió tratamiento, habiendo quedado la pequeña con un miembro inferior derecho más largo (complicación no infrecuente en las fracturas, principalmente infantiles); y que la persistencia de tal diferencia de longitud de miembros inferiores, en una pequeña en crecimiento puede llevarle, ó a detener temporariamente el crecimiento de la pierna opuesta, hasta compensarle; ó esperar la finalización del crecimiento, para hacer una ?osteotomía? acortando la pierna alargada, con igual objetivo (esto puede llevar a cierta deformación del raquis -escoliosis que ya tiene por diferencia de longitud de miembros inferiores-, difícil de corregir, después de varios años de portarla, esperando que tenga más de 16 años para operarle). Finalmente estima que V. V. es portadora de una incapacidad parcial y permanente del 20%.Si bien el informe pericial fue impugnado por la accionada, -ver fs. 301 y sgtes-. notificado el experto de las mismas, -ver fs. 336-, éste no las contestó, sin que tampoco la demandada hubiere procurado la designa-ión de otro perito para que se expidiese sobre aquellas, consintiendo la clausura del período probatorio, al ponerse los autos en la oficina para alegar, por ello no puede tenerse por ciertas las observaciones, dado que era necesario una opinión técnica al respecto. Sin perjuicio de ello, debe remarcarse que no es un hecho controvertido la existencia de la lesión, ni la necesidad del uso de yeso posterior (ver fs. 155 y 298/299; 191 y sgtes. y 151 y 260). Debe rememorarse que ?Es una manifestación de prudencia jurídica atenerse a la opinión del experto, sin que por ello se resigne la atribución de administrar justicia; lo es a condición que el dictamen aparezca suficientemente fundado, con fuerza asertiva y razonadamente fundada y sin que se le opongan argumentos de suficiente peso u otras probanzas de

igual o mayor idoneidad, como para apartarse de sus conclusiones.? (Confr. LS 169:296; LA 180:185); y que ?No puede prescindirse al considerar las afirmaciones del perito, que las mismas las efectúa en base a su práctica y conocimientos técnicos, que configuran precisamente el fundamento de su designación y de su aporte, que debe considerarse desinteresado, a la solución del proceso.? (Confr. LS 117:323; LS 121:212). Vale decir, que el Juez no debe hacer mérito de conocimiento técnico sobre la materia del dictamen del perito. Puede desecharlo por carencia de fundamentación, por la fuerza de convicción de otras pruebas que concurran en la especie o por otras causas, pero no oponiendo consideraciones propias de la ciencia, arte o técnica del perito, pues tal conducta puede resultar peligrosa; en consecuencia cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales. (SCJMza., Sala I. Autos N° 99.189 - ?Lucero Diego Eduardo en J:116.929/41.782 Lucero, Diego Eduardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/D. y P. s/Inc.?. Fecha 25/11/2010). Ponderando el tipo de quebradura que padeció la menor, el acortamiento padecido en uno de sus miembros, qué ya le ha producido una escoliosis, más allá de otras posibles consecuencias futuras, y encontrándose debidamente fundado el informe pericial, se estima que nada justifica apartarse del mismo. No modifica la conclusión a que se arriba, el informe de fs. 245, porque aún en el supuesto que el desempeño físico de la niña en el colegio fuere normal, ello no es óbice a que aquella haya quedado con un miembro inferior más corto que el otro, lo que le ha provocado escoliosis, daño en su integridad física que amerita que sea resarcido, máxime cuando estamos en presencia de una infante, en dónde la envergadura de las secuelas definitivas que deberá soportar el resto de su vida, recién se podrán advertir en forma definitiva, cuando finalice la etapa de crecimiento, motivos todos estos, que conllevan al rechazo de la crítica. D) Daño moral. El daño moral es un daño jurídico, o sea un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Puede decirse que este daño, es el que lesiona los bienes más preciosos de la persona humana, al alterar la paz interior. Es que el daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume -y tutela- y que atañe a una persona. Es una noxa a la normalidad. (CIPRIANO, Néstor Amílcar. ?Daño moral: concepto, interdependencias jurídicas y psicológicas?. L. L. 1982-D, 843). Siguiendo a ZAVALA de GONZÁLEZ, ?El daño moral compromete lo que el sujeto ?es?, en tanto que el daño patrimonial lesiona lo que la persona ?tiene?. Las principales vertientes del daño moral residen en lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de las personas; es decir, su existencia y su integridad psicofísica, espiritual y social. Acorde con el anterior texto del art. 1078 del Código Civil, que conserva vigencia práctica por su valor doctrinario, dicho perjuicio consiste en el agravio moral que se ocasiona a la persona, ?molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.?. Esta definición es amplia y permite abarcar diversas proyecciones del daño moral: a) Molestias en la seguridad personal: Los hechos que atentan contra la vida, salud o libertad de las víctimas generan por fuerza un daño moral (in re ipsa), pues destruyen o menoscaban su personalidad. Por ejemplo: secuestro, una amenaza, calumnia que genera el riesgo de imputación penal; b) Molestias en el goce de los bienes. Los bienes económicos son necesarios para la subsistencia y el desenvolvimiento digno de la vida. También es factible que haya intereses espirituales vinculados a determinados bienes patrimoniales (un anillo de matrimonio o cualquier otro recuerdo afectivo). En tales casos, el hecho lesivo ocasiona un daño moral con independencia del valor económico de esos objetos. Sin embargo, no todo perjuicio patrimonial ocasiona un daño moral; por ejemplo, los Tribunales no reconocen un menoscabo espiritual resarcible en los accidentes de tránsito cuando sólo se deterioran los vehículos, sin lesiones personales. Para que surja un daño moral, es menester que, además del desmedro económico, concurra una repercusión en los intereses existenciales del sujeto y no se reputa que suceda sólo ante molestias o inconvenientes de relativa entidad; c) Herida de las afecciones legítimas: Esta es una pauta genérica que engloba a los supuestos anteriores. La noción de ?afecciones? se vincula con los sentimientos de la víctima y, por extensión, con toda alteración anímica (en su intelecto o en su voluntad). Las afecciones deben ser ?legítimas? en el sentido de razonables, (no es necesario un reconocimiento legal). Hoy se entiende al daño moral más allá de la órbita sensitiva, como un desmejoramiento espiritual o de la personalidad y aunque no haya dolor?. ?Las formas más frecuentes de daño moral residen en el dolor, la angustia, la tristeza, etc. Por ello, la noción de daño moral ha sido muy subjetivada y emparentada con los sufrimientos síquicos. Dicho perjuicio sería la contrapartida de la felicidad, como estado de bienestar espiritual que gozaba la víctima antes del hecho. Pues es evidente que la dimensión espiritual de la persona no se reduce a su sensibilidad, sino que comprende la existencia intelectual y volitiva, tanto en la soledad como en las relaciones con los demás?. (?Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños?, Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 4, 1.999, pág. 178, 181/182). Este daño es autónomo, y aparece como independiente del daño patrimonial; de allí que tal como se resolviera en las jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil, Rosario 1979, ?La reparación del daño moral, no tiene porqué guardar relación con la cuantía del daño patrimonial, debiendo atender a ciertas pautas como las circunstancias particulares de afección, unidad y cohesión de la familia?. A su vez el daño moral también es distinto al psicológico. Sabido es, que el daño psíquico supone ?una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.

Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación? (ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, ?Resarcimiento de daños? 2 a. Ed. Hammurabi, 2ª Edición Ampliada; 2ª Reimpresión, pág. 231), en tanto el daño moral se entiende como toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto a raíz del hecho lesivo, operado ya sea por manifestación positiva (daño moral efectivo) o negativa (beneficio espiritual cesante), independientemente de la existencia de incapacidad física o psíquica alguna. No se desconoce que el informe pericial concluye que la niña no presenta ningún tipo ni grado de incapacidad y que al momento del examen no se observan indicadores psicopatológicos graves; sin embargo tampoco puede desconocerse, a diferencia de lo argumentado por el recurrente, que el monto concedido por la Sentenciante no lo fue por daño psicológico sino por daño moral, entendido éste como molestias y padecimientos consecuencia del infortunio. Así la experta entendió que el accidente cambió su ritmo normal de vida, ya que no pudo continuar asistiendo a la escuela, ni realizar sus actividades de ocio y esparcimiento que anteriormente hacía; y que comenzó a asistir a diferentes profesionales que la ayudaron en su proceso de rehabilitación. Que posteriormente pasados dos meses del accidente, volvió a asistir a la escuela, pero tenía dificultades para bajar las escaleras, llevándole un tiempo el volver a adaptarse a la funcionalidad del establecimiento, estimando la perito que presenta muchos miedos, en relación y a consecuencia del hecho, como por ejemplo miedo a jugar en juegos de plazas, o realizar juegos bruscos, con reticencia a realizar actividad física debido a los dolores que le producen en su cadera (ver fs. 304/307). También dan cuenta de las incomodidades padecidas, las testigos María Soledad Vergara y María Elsa Ochoa, quienes señalan que para junio del 2.009 la menor tenía enyesada la pierna y la traían en carrito; que estaba muy fastidiada porque no se podía mover; que luego que le extrajeron el yeso, rengueaba y no sabía cómo iba a quedar (ver fs. 260); y que quedó con muchísimo miedo a que la empujen y caiga (ver fs. 151). Pues bien, atento a los hechos descriptos, que sin duda afectaron la paz interior de la menor y perturbaron la normalidad de sus actividades diarias, y en especial que no se está resarcando daño psicológico alguno, se comparte lo decidido por la ?A Quo? al cuantificar este rubro en el monto de \$?, por lo que la queja no procede.VI) En conclusión, debe rechazarse el recurso de apelación planteado por la demandada, con costas a su cargo, confirmándose la sentencia. ASI VOTO. Sobre la misma y primera cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio Fabricio Leiva y la Sra. Juez de Cámara, Dra. Mirta Sar Sar, dijeron: Que por lo expuesto precedentemente por el miembro preopinante, adhieren al voto que antecede. Sobre la segunda cuestión propuesta la Sra. Juez de Cámara, Dra. María Silvina Abalos, dijo: Atento como se resuelve la primera cuestión, las costas de Alzada deben ser soportadas por el demandado apelante vencido (arts. 35 y 36 del CPC).Sobre la misma y segunda cuestión propuesta el Sr. Juez de Cámara, Dr. Claudio Fabricio Leiva y la Sra. Juez de Cámara, Dra. Mirta Sar Sar, dijeron: Que por las mismas razones adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia definitiva, la que a continuación se inserta. SENTENCIA Y VISTOS: Por las razones expuestas, el Tribunal RESUELVE: 1) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 517 por la Dra. María Estela Elías en representación de la accionada Arcos Mendocinos S.A., contra la sentencia y auto aclaratorio de fs. 496/502 y 510, las que se confirman en todos sus términos. 2)Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 35 y 36 del CPC).3) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Víctor Hugo Garritano, Federico Ariel Garritano y María Estela Elías, en las sumas de PESOS ..., respectivamente (arts. 3, 15 y 31 de la Ley Arancelaria). Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen. Dra. María Silvina Ábalos - Dr. Claudio F. Leiva - Dra. Mirta Sar Sar.

Correlaciones L., L. A. A. c/ADA SA s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. - Sala F -

02/06/2014 Cita digital: