

Danos Y Perjuicios Local De Comidas Rapidas Lesiones De Un Menor En El Sector De Juegos Responsabilidad Objetiva

JURISPRUDENCIA

en el sector de juegos. Responsabilidad objetiva

Se confirma la sentencia que condenó a la demandada a resarcir los daños sufridos por un menor en el sector de juegos, pues lo que determina la consecuencia del golpe es la ausencia de un material protector en el tobogán que resguardara la integridad física del niño.

En General San Martín, a los 1 días del mes de septiembre de dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario las señoras Jueces de la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "TRAVERSARO, JAVIER FABIAN Y OTRO/A C/ ARCOS DORADOS ARGENTINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", y habiéndose practicado oportunamente el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía realizarse en el orden siguiente: Dras. Pérez y Gallego. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES 1ª) ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? 2ª) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A la primera cuestión, la señora Juez Doctora Pérez dijo: I. Contra la sentencia de fs. 327/357 que hace lugar a la demanda incoada, interponen recurso de apelación la parte demandada a fs. 340 y la parte actora a fs. 342.- A fs. 356/357 expresa agravios la parte actora, adhiriendo en sus fundamentos la Sra. Asesora de Incapaces -Nº 1- Departamental a fs. 367/369, sin recibir contestación de la contraparte (fs. 365).- Se agravia por el rechazo de la indemnización del daño estético. Entiende que al ser una alteración de la fisonomía originaria de la persona humana, merece ser cuantificado e indemnizado independientemente del daño material o del moral.- Solicita también la elevación del quantum fijado para indemnizar el daño psíquico (\$... -\$ por el daño y \$... por el tratamiento aconsejado). Argumenta que al momento del accidente, el menor tenía 6 años de edad y como consecuencia del mismo padece un trastorno mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo o neurosis mixta, con una incapacidad parcial y permanente del 20%.- A fs. 358/363 expresa agravios la parte demandada, recibiendo contestación, únicamente de la Sra.

Asesora de Incapaces a fs. 367/369 (fs. 365).- Se agravia en primer lugar por la responsabilidad atribuida. Indica que el menor tenía expresamente prohibido ingresar al sector de juegos "playland" debido a que contaba con casi 7 años de edad y que los juegos estaban permitidos sólo para menores de 6 años, tal como se indicaba en el cartel, previo al ingreso, donde se detallaba además que deberían estar acompañados por un mayor todo el tiempo. Por otro lado, que los responsables del menor no estaban cumpliendo con su deber de cuidado y vigilancia al haberle permitido ingresar en una zona que no tenía permitida, razón por la cual queda acreditada la culpa de la víctima y de sus representantes legales, eximiendo de responsabilidad a su parte. También, que el menor hizo un mal uso de los juegos, intentando subir al tobogán por su parte final, de descenso, lo cual le provocó el golpe en su cabeza. Vuelve a destacar que ni la abuela del menor, ni las madres de sus compañeros del colegio que se encontraban en el lugar ejercieron la debida supervisión.- Por otra parte, solicita se reduzca el monto destinado a resarcir la incapacidad sobreviniente (\$...; 5% de incapacidad parcial y permanente con secuela estética leve), así como la fijada por daño psíquico. Encuentra exorbitante y carente de fundamentación las sumas otorgadas, toda vez que nada tiene que ver dicha suma con el tipo de lesión sufrida -un corte en la frente del menor.- Pide el rechazo del rubro "daño moral" (\$...), entendiendo que el mismo no fue acreditado y el rechazo del quantum fijado por gastos terapéuticos y gastos de traslado. Considera que su parte no tuvo responsabilidad en los supuestos daños producidos por el menor.- Por último, cuestiona la imposición de costas a su parte.- II. Conforme surge de la sentencia apelada, así como de los agravios previamente referidos, no se encuentra cuestionado que el día 10 de septiembre de 2010, el menor F. T. concurrió junto a su abuela materna, compañeros del colegio y las mamás de los mismos, al local de comidas "Mac Donalds" ubicado en la calle Gral. Urquiza Nº 4785 de la localidad de Caseros, Partido de 3 de Febrero. En ese contexto, sufrió un golpe -y consecuente corte en la frente- al pegar su cabeza contra el parante de un tobogán, cuando se encontraba jugando en el sector de juegos ("playland").-

La señora Juez "a quo", consideró de aplicación la ley de defensa del consumidor 24.240 y sus modificatorias, especialmente, el artículo 5º de la norma que establece que "las cosas y los 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".- Refirió que, en casos como el supuesto, los juegos están para el aprovechamiento por parte de los clientes, y el consumo de los productos que comercializa es absolutamente necesario para poder utilizarlos, o sea que se ofrecen con una clara finalidad lucrativa.- Valoró que los testimonios obrantes en autos fueron contestes en que el lugar en el que se desarrollaba el área de juegos era insuficiente para albergar a todos los padres de los infantes, siguiendo las alternativas del mismo en el recinto contiguo separado por una superficie vidriada que les permitía tener a la vista todo en todo

momento a los pequeños. Siendo contestes además con lo relatado por el Perito Ingeniero en su dictamen.- En tal sentido, descartó la responsabilidad de los padres, pues entendió que no se podía exigir un mayor deber de vigilancia y, por otra parte, que el menor efectivamente tenía 6 años de edad al momento del hecho, lo cual lo habilitaba para el uso del juego (considerando quinto).-

Previo al tratamiento de la cuestión, no obstante la entrada en vigencia (1º de agosto de 2015) del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y lo dispuesto en cuanto a su eficacia temporal (art. 7), tratándose el presente de un hecho ocurrido el día 10 de septiembre de 2010 (conf. demanda, fs. 25/39vta.; contestación de fs. 63/79; arts. 330 inc. 4 y 354 inc. 1 del CPCC), corresponde aplicar el Código Civil existente a esa fecha (conf. Aida Kemelmajer de Carlucci, "Nuevamente sobre la aplicación del Código civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", La Ley 2 de junio de 2015, punto IV).- La normativa actual respecto a la responsabilidad objetiva, así como a la defensa del consumidor, no difiere de la consagrada en el artículo 1113 y cccts. del Código Civil y en la ley 24.240 -modificada por ley 26.361- (art. 41 bis), contemplando en su articulado la doctrina y jurisprudencia desarrollada (arts. 1757, 1758 y cccts. del Código Civil y Comercial; conf. Ricardo Raúl Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado; nota al art. 1757, página 583 y sigtes., Tomo VIII, Editorial Rubinzal - Culzoni, 2015).- III. Conforme lo expuesto, debo decir en primer lugar que sobre la responsabilidad que se cuestiona no se advierte una crítica razonada, pues vuelve a hacer hincapié en las defensas alegadas en la contestación de demanda, más no controvierte los fundamentos dados por el sentenciante para el rechazo de las mismas (arg. art. 260 del CPCC).- Corresponde remarcar que el principal motivo por el cual los actores alegan la responsabilidad de la demandada es la deficiencia en el juego -tobogán- con el cual se accidentó el menor. Se observa en las fotografías 8/10 acompañadas con la demanda, que el tobogán, de forma tubular, existente en el local de comidas no cuenta en su parte final -de bajada, salida- con un protector de goma u otro material que prevea los posibles golpes que puedan sufrir los menores que se encuentren jugando. Ello, cobra importancia en el caso, pues, en las fotografías acompañadas a fs. 12/14, pertenecientes al mismo tipo de juego que se encuentra en otro local de comidas (fs. 27vta./28), sí lo posee.- Se destaca así, que el Perito Ingeniero en su dictamen, a fs. 233, responde que "las fotografías acompañadas por la parte actora se corresponde con lo que se observa actualmente en el lugar?... pareciera que un golpe con este material, originó el accidente, cuando el menor impacta con la terminación del tobogán, estando jugando exteriormente al mismo?". En respuesta a las observaciones efectuadas por la parte actora, a fs. 267, respondió que "la terminación de material plástico del tobogán, lo hace menos riesgoso para su uso normal, es decir, la salida del mismo. El filo de la terminación implica cierta peligrosidad, para el caso de que se produzcan caídas de menores jugando a nivel del piso, contactando esa terminación" (arts. 473, 474 y 384 del CPCC).- Por su parte el Perito Médico a fs. 227vta. que las marcas y/o cicatrices que presenta el menor, son consecuencia del siniestro de marras (art. 474 del CPCC).- Sentado ello, entiendo, al igual que la sentenciante, que las defensas alegadas -la negligencia en el deber de vigilancia y la prohibición de entrada al juego del menor por su edad- no merecen acogimiento.- En primer lugar, porque el menor F. T. contaba con la edad de 6 años a la fecha del accidente que le permitía el ingreso y el uso del citado juego (fs. 4 y 68vta.).- En cuanto a la inobservancia por quien estaba a su cuidado, en el caso, su abuela materna, ha quedado acreditado por las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 190/192vta., que los mayores no podían entrar, por su pequeña capacidad, al recinto de los juegos, pero que sí los observaban a través del vidrio desde el recinto contiguo donde se encontraban las mesas. Siendo las mismas contestes con lo dictaminado por el Perito Ingeniero (arts. 456, 474 y 384 del CPCC).- Sin perjuicio de ello, es de destacar que aún cuando éstos se encontraran dentro del recinto, la rapidez con la que ocurre este tipo de accidentes, excede la posibilidad de control de quien se encuentra al cuidado de los menores. Ello pues, se trata de un sector exclusivamente diseñado para el juego de los menores en el cual los clientes confían su seguridad. Y si bien, pueden ocurrir otros tipos de accidentes que no son necesariamente imputables a quien brinda el servicio, lo cierto es que en el caso, lo que determina la consecuencia del golpe, es la ausencia de un material protector en el tobogán que resguardara la integridad física del menor.- Y en tal sentido, me permito señalar -como citara la sentenciante- que "... resulta impracticable que todos los menores permanezcan simultáneamente al cuidado de los padres como reza el cartel en cuestión, y desde luego no puede pretenderse que estos "persigan" a sus hijos como una sombra por todo el perímetro para evitar cualquier daño" (conf. C.C.Nac. Apelaciones, Sala J, c. 36.546/06).- En tal sentido, debía el local de comidas, que ofrece el servicio de juegos como parte de su estrategia comercial con una finalidad lucrativa, prever este tipo de contingencias, no pudiendo pretender que "... no se hará responsable por las lesiones contraídas por los usuarios de este parque? como reza el cartel de precaución en la entrada del sector de juegos (fs. 68vta.), como tampoco excusarse en que el menor intentó subir al tobogán por el sector contrario (arg. Arts. 1113 del Código Civil, 5 y 40 de la Ley 24.240 -y sus modificatorias).- Por todo lo expuesto, el agravio referido a la responsabilidad cuestionada no prospera.- IV. Corresponde analizar entonces la indemnización cuestionada.- a. En cuando a la incapacidad física sobreviniente indemnizada y al rechazo del rubro daño estético, se determinó en la pericia médica obrante a fs. 223/228 que el menor presenta una cicatriz queloides, hipocrómica en la región superior frontal y cuero cabelludo de 4 cm. x 0,5 cm. Que en su oportunidad, se realizó una sutura (ver constancias de atención médica en Casa Hospital San Juan de Dios de Ramos

Mejia, fs. 15 y fs. 273).- Dictaminó la Perito Médica Legista que la misma le representa al menor una incapacidad parcial y permanente del 5%, con secuela estética leve.- El dictamen fue observado por las partes a fs. 250 y fs. 253, respondiendo la Perito a fs. 261/262 que la cicatriz en cuestión resultó producto de una herida contuso cortante que debe considerarse permanente pues no es posible que por medios naturales desaparezca la misma o sufra modificaciones espontáneas, ratificando el total de su dictamen (arts. 473 y 474 del CPCC).- Al respecto se ha dicho que ?en relación a los porcentajes de incapacidad peritados y el monto a fijar se ha sostenido que la cuantificación de las lesiones mediante los baremos o tablas de discapacidad, elaboradas muchas de ellas para el fuero laboral, responden a un sistema tarifado que se desentiende de la restitución integral del fuero civil. Aquí, más que la lesión en sí, son sus secuelas discapacitantes las que se toman en cuenta en tanto son ellas las que generan limitaciones en la capacidad de la víctima, siendo estas limitaciones las que se traducen en un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 Cód. Civil; esta Sala, causa N° 63.115, entre otras), y que en materia civil la incapacidad no se determina en función de baremos de aplicación matemática, sino en razón de la índole de las lesiones y sus secuelas, y de la incidencia discapacitante que ellas tienen en la situación personal y concreta de la víctima, atendiendo al principio de reparación integral que gobierna la materia de daños (arts. 1067, 1068, 1075, 1083 y ccdts. del Cód. Civil). Así, el grado de incapacidad sólo juega aquí como pauta de referencia pero no determinante de la indemnización" (causa n° 63.115 citada; esta Sala Tercera en causa N° 67.534 del 7/8/2014).- Por otra parte, que ?El daño estético inviste autonomía conceptual, y debe ser examinado como tal, pero cuando se lo ha estimado como uno de los elementos integrantes de la incapacidad física, no debe tarifarse en forma independiente pues ello implicaría fijar una doble indemnización?.- La existencia del daño estético -una alteración notoria visualmente del aspecto corporal- puede tener incidencia en la cuantificación del daño moral por la relación de este tipo de daños y los padecimientos espirituales que motivan e intensifican en la víctima, pero no por ello constituyen en sí daño moral y deben ser considerados como un daño físico, e incluidos en la incapacidad según lo haya sido en la pericia? (esta Sala Tercera, causa N° 62.703).- Ello así, siendo que la incapacidad dictaminada en la pericia (5%) lo es únicamente en función del daño estético producto del golpe, no corresponde indemnizar como rubro autónomo el ?daño estético? solicitado por los actores, pues se estaría incurriendo en una doble indemnización por la misma secuela.- En cuanto a las características personales de la víctima y la incidencia de la lesión para determinar la indemnización por incapacidad física sobreviniente, corresponde señalar que se trata de un niño de solo 6 años de edad al momento del accidente, estudiante conforme surge de fs. 123.- Conforme ello, sin perjuicio de no resultar de autos cualidades del víctima que exijan la exhibición de su cuerpo mas allá de lo normal y habitual en la vida de relación o tampoco profesión u oficio que exijan armonía estética para su desempeño al momento del accidente, dada su juventud, este tipo de cicatrices, fundamentalmente su ubicación, puede llegar a ser obstáculo para el desempeño en el futuro de profesión u oficio que requiera armonía en el aspecto corporal, entiendo que la suma de pesos ... (\$...) fijada al efecto, resulta ajustada a derecho (arts. 1068 del Código Civil, 375, 474, 384 y 165 del CPCC).- b. Con referencia a la indemnización del rubro ?daño psíquico?, así como la del tratamiento psicoterapéutico han de ponderarse las circunstancias fácticas de cada caso como las conclusiones de la pericia (art. 474 y 384 del CPCC).- El tipo de secuela de incapacidad psíquica, el tratamiento aconsejado y su incidencia en la reducción de la secuela discapacitante, teniendo en cuenta que el resultado que puede arrojar el tratamiento, opera para el futuro pero no borra la incapacidad existente hasta entonces (conf. SCBA, Ac. 69476 9-5-2001; Ac. 92681 14-9-2011).- Cuando el tratamiento o apoyo terapéutico importa admitir la posibilidad cierta de recuperación del paciente, al menos al nivel anterior al accidente, al haber fijado una suma para sufragar este tratamiento, ha de ponderarse debidamente indemnizar la secuela de incapacidad psíquica, a efectos de no duplicar el resarcimiento (conf. este Tribunal Sala I c. n° 53.526, 11-11-2003, entre otras).- En igual sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo Provincial, así ha dicho: ?Pero no podría pedir ambas reparaciones al mismo tiempo sin incurrir en una indebida duplicación. Esto es, no podría reclamar por el total de la incapacidad psíquica y al mismo tiempo que se le paguen las sesiones de terapia para reducir esa misma incapacidad.? (SCBA, Ac. 90.122 8-11-2006).- Conforme la pericia obrante a fs. 220/222vta. que como consecuencia del accidente se advierte en el menor la presencia de inseguridad, inhibición, retracción, angustia, labilidad emocional y falta de confianza para enfrentar situaciones nuevas y conflictivas, describiendo la Perito, minuciosamente sus conclusiones a través de los test efectuados.- Dictamina que el accidente desencadenó una sintomatología que devino en un Trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo (de acuerdo al DSM IV) o Neurósis mixta. Tal cuadro, indica, le representa una incapacidad de la Total de Vida parcial y permanente del 20% conforme al Baremo de Castex y Silva.- Aconseja la realización de un tratamiento psicológico individual, en forma privada y con especialistas en atención de niños, con una frecuencia de dos sesiones semanales con una duración promedio de dos años. El dictamen no fue observado por las partes en la etapa de prueba (arts. 474, 473 y 384 del CPCC).- Conforme lo expuesto, y sin perjuicio de no haberse garantizado la efectividad del tratamiento aconsejado, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, entiendo que el mismo actúa -mínimamente- como un paliativo del daño psíquico y debe contemplarse la incidencia del mismo al momento de su indemnización.- Por ello, y de conformidad con los criterios de este

Tribunal en situaciones análogas, propongo reducir la suma de \$... fijada en concepto de daño psíquico a la suma de pesos ... (\$...) y la fijada para afrontar los gastos del tratamiento aconsejado, a la suma de pesos ... (\$...). Resultando la suma de pesos ... (\$...) por el total del rubro (arts. 1068 y ccdds. del Código Civil, 375, 474, 384 y 165 del CPCC).- c. En cuanto al rubro ?gastos terapéuticos? y ?gastos de traslado? es jurisprudencia de este Tribunal que los mismos están representados por las erogaciones que el damnificado -en el caso, los padres- debió realizar para su movilidad, compra de medicamentos y asistencia médica. No es menester que se acrediten puntualmente las erogaciones, debiendo establecérselas en relación a las dolencias sufridas y en un marco de prudencia y razonabilidad cuando, de las constancias de autos, surge la verosimilitud de su necesidad (conf. esta Sala Tercera, causa N° 62.018).-

En tal sentido, la falta de acreditación de las erogaciones efectuadas no constituye una barrera para la indemnización cuando, como en el caso, quedó acreditado el tipo de lesión sufrida.- Sin perjuicio de ello, en la Pericia Médica (fs. 228), la Perito responde que los gastos solicitados en la demanda (\$...) guardan relación con la lesión y los tratamientos realizados. En tal sentido, encuentro ajustado a derecho confirmar la suma de \$... fijada por la Sra. Juez ?a quo? como indemnización de los ?gastos terapéuticos? y la de \$... fijada para los ?gastos de traslado? (art. 165 del CPCC).- d. El ?daño moral? se configura por el conjunto de sufrimientos, padeceres de orden espiritual y angustias causadas por el ilícito, encontrando causa legal en el art. 1078 del C. Civil (Sala Primera de este Tribunal, en causas 48.469, 48.402, 49.269, 53.459, entre otras); la valoración del mismo está sujeto a la apreciación judicial en base a diversos factores, y, tratándose de materia extracontractual no se requiere una prueba directa de su existencia y entidad, ya se que se manifiesta ?in re ipsa?, es decir que la propia calidad de la conducta y la calidad del afectado permiten inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido (Sala I causa ?Tagliapietra, German E. c/ Emp. Construc. Trevisol Hnos. S.A. S/ Daños y perjuicios? n° 61.262 y n° 61.154, entre otras; esta Sala, causa N° 63.279).- Conforme los criterios de este Tribunal en situaciones análogas, contemplando los padecimientos y sufrimientos de índole espiritual que se presumen a raíz del tipo de accidente experimentado y los daños derivados del mismo, entiendo que la suma fijada por de \$..., debe confirmarse (arts. 1078 del Código Civil, 384 y 165 del CPCC). Ello, en virtud del principio de la reformatio in pejus, que impide a la Alzada empeorar la situación del apelante cuando, como en el caso, no ha mediado recurso de apelación en sentido contrario (esta Sala Tercera, en causa 68.914, entre otras).- V. En relación a la imposición de las costas, no advirtiéndome ningún motivo para apartarme del principio objetivo de la derrota que contempla el artículo 68 del CPCC, también corresponde su confirmación.- Por todo o expuesto, a la primera cuestión, con la modificación propuesta, voto por la AFIRMATIVA.- La señora Juez Dra. Gallego, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.- A la segunda cuestión la señora Juez Dra. Gallego dijo: Atento el resultado de la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravio, modificando únicamente la indemnización fijada por el rubro ?daño psicológico?, que se reduce a la suma de pesos ... (\$...; \$... en concepto de daño y \$... por el tratamiento). Resultando el capital total de condena la suma de pesos ... (\$...; \$... a favor de María Belén Aguiar y Javier Fabián Traversaro y \$... a favor del menor F. T.), con más los intereses y accesorios fijados en la instancia de origen.- Las sumas correspondientes al menor se dispondrán en su beneficio con autorización del Juzgado de origen, previa intervención del Ministerio Pupilar.- En atención al éxito parcial del recurso se imponen las costas de Alzada en el orden causado (arg art. 68 citado), difiriéndose la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 del dto. ley 8.904/77).- Así lo voto.- La señora Juez Dra. Pérez, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.- Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto, se confirma la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravio modificando únicamente la indemnización fijada por el rubro ?daño psicológico?, que se reduce a la suma de pesos ... (\$...; \$... en concepto de daño y \$... por el tratamiento). Resultando el capital total de condena la suma de pesos ... (\$...; \$...a favor de María Belén Aguiar y Javier Fabián Traversaro y \$... a favor del menor F. T.), con más los intereses y accesorios fijados en la instancia de origen. Las sumas correspondientes al menor se dispondrán en su beneficio con autorización del Juzgado de origen, previa intervención del Ministerio Pupilar. Se imponen las costas de Alzada en el orden causado (arg art. 68 citado), difiriéndose la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (art. 31 del dto. ley 8.904/77). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.-

004019E