

Danos Y Perjuicios Parque De Diversiones Lesiones De Un Menor En Un Juego Responsabilidad Objetiva Relacion De Consumo

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Parque de diversiones. Lesiones de un menor en

un juego. Responsabilidad objetiva. Relación de consumo Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, pues surge probado que el hijo de la actora sufrió lesiones al caer de un pasamanos que se encontraba dentro de las instalaciones del parque de diversiones explotado por la empresa demandada, siendo objetiva la responsabilidad de esta última.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 6 días del mes de junio de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos: ?Zuleta, Yessica Noemí y otro c/ Parque de la Costa S.A s/ daños y perjuicios? y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Ameal dijo: I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 505/ 515, expresando agravios la demandada a fs. 573/ 581, la citada en garantía a fs. 582/ 601 y el Sr. Defensor de Menores de Cámara a fs. 615/ 618; siendo contestados a fs. 603/ 608 y 609/ 613 por la actora, a fs. 618 por el Sr. Defensor, a fs. 622/ 625 por la demandada y a fs. 626/ 628 por la aseguradora, los respectivos traslados conferidos. II.- Antecedentes. Yesica Noemí Zuleta y Darío Fernando Delgado promovieron demanda de daños y perjuicios por sí y en representación de su hijo menor de edad, L. D. D., a raíz del accidente que éste sufriera el 17 de febrero de 2010, a las 13.30 horas aproximadamente, cuando se encontraban festejando su cumpleaños en el parque de atracciones denominado ?Parque de la Costa? -localidad de Tigre, Pcia. de Buenos Aires-. Adujeron que el hecho aconteció en el juego conocido como ?Pasamanos?, con caños para colgarse, cayendo el menor de una altura aproximada de dos metros, golpeando fuertemente su cuerpo sobre una colchoneta de color azul ubicada en el suelo a fin de amortizar las caídas. Agregan que no había ningún cartel, señalización y/o personal de la empresa que impidiera su utilización a niños de una edad determinada. Destacan que dicho elemento no se encontraba en las condiciones necesarias para su utilización, ya que la colchoneta se encontraba desinflada en alguna de sus partes, prácticamente tocaba el suelo en un extremo y, en otro, poseía agua en la superficie. Agregan que la caída provocó susto en L., quien quedó muy dolorido y lloraba en busca de su madre, tomándose el brazo derecho sobre el que había caído. Que ésta lo llevó a la enfermería donde les indicaron que se trataba de un golpe. Debido a lo ocurrido dieron por finalizado el festejo por el dolor que presentaba el agasajado, quien no quería bajarse de los brazos de su madre. Al insistir en la salita de asistencia del parque de diversiones, se solicitó servicio de emergencia, siendo trasladado el menor al Hospital Zonal Gral. de Agudos Magdalena V. de Martínez Pacheco; donde le colocaron valva de yeso y se decidió su intervención quirúrgica de urgencia por haberse sacado el codo de lugar, debiendo insertársele dos clavijos. Que la intervención se llevó a cabo en el Hospital de Pediatría Garrahan, verificándose allí la fractura supracondílea de brazo derecho. La accionada Parque de la Costa S.A. contestó demanda, solicitando su rechazo. En primer lugar, negó que los actores hayan ingresado al parque el día en cuestión, que el menor fuera víctima de un accidente y que ello hubiera ocurrido dentro del parque. Sin perjuicio de ello, refirió que resulta imposible que los hechos narrados por la accionante tengan correlación con la realidad, ya que la colchoneta no puede desinflarse. En cuanto al juego, que el denominado ?Aconcagua? consta de un tobogán construido con tableros de madera, al cual se accede por una rampa de madera, ambos -tobogán y rampa- sostenidos por una estructura de madera. El tobogán se encuentra vinculado con un pasamanos. Su acceso es libre dado que no presenta mayores dificultades para los participantes. Se trata de un juego de plaza que puede disfrutarse en familia sin riesgo alguno, de 2.10 mts. de altura por 2,25 metros de largo. Sostiene que debajo del pasamanos, además de una chapa de arena, se encuentra colocada una colchoneta de 2,20 metros por 1,30 y 0,35 centímetros de espesor, en excelente estado de mantenimiento acorde las exigencias requeridas en la materia. Resaltan que el relleno de la colchoneta es de goma espuma para evitar que el visitante golpee directamente contra la arena. Agrega que al igual que las demás atracciones, el juego se encuentra asistido por personal permanente debidamente entrenado para orientar a los participantes y comunicar las advertencias a fin que participen de las atracciones sin ningún problema. Aclaran que, si el juego en cuestión es utilizado conforme su uso habitual y natural, resulta absolutamente inofensivo. Invocó la eventual culpa de la víctima, puesto que el hecho sólo pudo producirse de haberse balanceado el participante y tirado hacia los costados de la colchoneta, asumiendo el riesgo de su actuar. ?Prudencia Seguros S.A.? reconoció la existencia de contrato de responsabilidad civil y denunció límite de cobertura y una franquicia a cargo del asegurado. Señaló que Parque de la Costa S.A. no dio oportunamente cumplimiento con la carga de denunciar el hecho por el que se reclama, por lo que de resultar obligada su parte a abonar importe alguno por el evento, deja reservado su derecho a repetir contra la asegurada. En lo que hace al fondo del asunto, adhirió en un todo a la contestación efectuada por Parque de la Costa S.A.. III.- Sentencia. El Sr. juez

de grado, luego de analizar la prueba producida, tuvo por acreditado el accidente y establecida la responsabilidad exclusiva de la demandada en su producción. Así, hizo lugar a la demanda, condenando a Parque de la Costa S.A. a abonar a L. D. D. mediante depósito judicial la suma de \$ 85.000, a Yessica Noemí Zuleta y a Darío Fernando Delgado la de \$ 17.500 a cada uno de ellos, dentro del plazo de diez días, con más intereses y costas. Asimismo, hizo extensible la condena a Prudencia Compañía Argentina de Seguros Grales. S.A., declarando inoponible a los co-actores la franquicia invocada. IV.- Agravios. Contra dicha decisión se alza la accionada cuestionando: 1) la responsabilidad que se le atribuye en la sentencia de grado. Refiere que el a-quo no tuvo en cuenta que la actora tergiversó los hechos atento la exclusiva culpa de la víctima y de sus padres en su generación; no habiéndose logrado probar responsabilidad alguna de parte de la demandada. Alude que no se ha logrado demostrar la relación causal entre el supuesto hecho y el daño alegado, ni la responsabilidad de su parte. Aclara que los testigos tenidos en cuenta, familiares y amigos del menor, no han visto efectivamente el hecho ni cómo habría ocurrido y se sustentan en dichos de los actores. En cuanto a las constancias médicas, que éstas acreditan la atención, pero no cómo ni dónde se produjo la lesión. Reitera que el juego no reviste peligrosidad alguna, cumpliéndose con los recaudos de seguridad y resultando imperioso que, para que una persona tenga un accidente, se conduzca de manera incompatible con la normal prudencia. Concluye que la única explicación posible para la ocurrencia del siniestro es que el menor y en su caso, sus padres -culpa ?in vigilando?-, no hayan respetado las indicaciones del juego. Que a lo sumo, debería determinarse una culpa concurrente entendiendo grado de participación y responsabilidad que tuvo la actora en el acontecimiento relatado. 2) las cuantías acordadas por ?daño físico? y ?daño estético?, las que considera excesivas y que no guardan relación alguna con el daño denunciado. Remite a la impugnación que oportunamente efectuara a los informes periciales. Alega que no existe daño alguno en estos aspectos que justifique los elevados montos otorgados. Pide se desestimen o sea ajustado a un monto razonable. 3) las indemnizaciones concedidas por ?daño psíquico? y ?tratamiento psicológico?, la que solicita se desestime por carecer de fundamentos para su reconocimiento. Refiere que la experta estima una incapacidad sin justificación alguna, siendo la pericial incompleta e insuficiente. Pide se desestime por improcedente y desmesurado. 4) la procedencia de ?daño moral?, el que considera no ha sido probado, por lo cual debe rechazarse. De confirmarse, pide se reduzca la suma fijada por considerarse desmedida e irrazonable. 5) la irrazonable suma otorgada en concepto de ?daño psíquico? a los padres del menor, reconocida por daño transitorio psicológico, mas la fijada por ?tratamiento psicológico?. Sostiene que Zuleta y Delgado no padecen daño psíquico, no han realizado tratamiento con anterioridad a la sentencia, no pudiendo cuantificarse como daño emergente. 6) la procedencia del rubro ?gastos de farmacia y asistencia médica?, cuando no se han acreditado las erogaciones efectuadas en virtud del accidente. La aseguradora se agravia, a su turno: 1) por considerarse inoponible a la actora la franquicia establecida a cargo de la demandada en el contrato de seguro que la vincula a su parte, cuando se trata en el caso de un seguro de Responsabilidad Civil voluntario y privado que amparaba a la fecha del hecho alegado a un parque de diversiones; y no un servicio de transporte público de pasajeros. Agrega que el a-quo tampoco haya tenido en cuenta los pronunciamientos de la CSJN con relación a la oponibilidad a los terceros de las franquicias deducibles contenidas en las pólizas de seguros y, por ende, su constitucionalidad. Pide se establezca que la condena se extiende a la aseguradora en la medida y dentro de los términos del seguro contratado. 2) la atribución de responsabilidad. Entiende ha sido valorada incorrectamente la prueba testimonial producida en autos. Refiere que el juego, de los denominados de plaza, no necesita de ningún tipo de instrucción para su uso, pero que el sentido común permite determinar que no resulta conveniente y menos seguros, dejar a un menor de corta edad subido a una altura tan elevada. Agrega que la propia testimonial da cuenta que el menor no se encontraba debidamente custodiado por sus progenitores. Concluye que fue la conducta omisiva y negligente de los padres la causante del daño y que se está en presencia de un supuesto de ?culpa in vigilando?. 3) la procedencia de los reclamos efectuados por ?daño físico? y ?daño estético? a favor del menor. Alude que el perito concluye que L. no presenta secuela funcional alguna derivada de la lesión padecida; habiendo quedado demostrado que la fractura fue tratada de acuerdo a los protocolos y curada sin secuelas. En cuanto a la cicatriz, refiere que la misma es una pequeña lesión y que resulta exagerado otorgar por ella un porcentaje de incapacidad que deviene improcedente a la corta edad del menor. Solicita sean desestimadas ambas partidas. 4) la procedencia del rubro ?daño psicológico? para el menor y el monto concedido por ?tratamiento?. Refiere que la incapacidad concedida resultaba temporaria y por esa razón se habría recomendado tratamiento. Pide se rechace la partida por no presentar el menor secuelas permanentes en este aspecto. De considerarse que sí procede, entiende se ha incurrido en un doble reconocimiento, en tanto se otorga también tratamiento. En cuanto al monto de la psicoterapia, alude que se ha otorgado una suma mayor a la estimada por la experta para la breve terapia recomendada, provocando ello un enriquecimiento indebido. 5) la suma fijada por ?daño moral? al menor Delgado, que no guarda a su criterio relación alguna con las constancias de la causa, solicita se reduzca a sus justos límites. 6) la procedencia del resarcimiento en concepto de daño psicológico y tratamiento a favor de Zuleta y Delgado. Sostiene que los coactores no presentaban ni presentan secuelas psíquicas permanentes, por lo que no correspondía asignar suma alguna por el rubro en cuestión. En cuanto al tratamiento, pide se

rechace o, en su caso, se reduzca a sus justos límites por exceder la suma estimada por la perito en autos. 7) la suma por la que prospera el resarcimiento en concepto de ?gastos de farmacia y asistencia médica?, entienden que ninguna probanza han aportado que permita justificar tal partida. Peticionan su rechazo o su notoria reducción. 8) la tasa de interés aplicada -activa desde el día del accidente excepto para los tratamientos psicológicos-. Consideran se configuraría la excepción del plenario: enriquecimiento incausado. Refiere que los montos fueron fijados al momento del dictado de la sentencia y pide se fije una tasa de interés distinta e inferior que la activa. A su turno, el Sr. Defensor de Menores de Cámara se agravia por los quantum indemnizatorios fijados por ?daño físico/ estético?, ?daño psicológico? y ?daño moral?. Respecto del daño físico/ estético conforme la pericial médica, fractura sufrida, tratamiento realizado, daño estético que presenta por la cicatriz, es que considera que las sumas deben resarcir íntegramente el daño y peticona su incremento. En lo que atañe al ?daño psicológico?, considera debe ser elevado atento la magnitud y trascendencia del episodio y sobre la base del informe de la perito psicóloga. Por último, en cuanto al ?daño moral?, pide su incremento teniendo en cuenta las circunstancias en que sucedió el accidente, afecciones a las que se enfrentó al caer del juego el día que celebraba su cumpleaños, la angustia y padecimientos que debió atravesar el menor y la perturbación a su ritmo normal de vida, siendo intervenido quirúrgicamente, permaneciendo internado y enyesado. V.- Corresponde analizar en primer lugar las manifestaciones vertidas en las contestaciones de agravios respecto a que las quejas deducidas por las partes no constituyen una crítica concreta y razonada de la sentencia de primera instancia. En tal sentido, debe recordarse que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía en el cumplimiento de los requisitos legales y la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante (conf. CNCiv., sala E, del 24/9/74, LL 1975-A-573; íd. Sala G, del 10/4/85, LL 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/4/84, ED 111-513). En ese marco y dado que los quejosos al expresar su disconformidad con el pronunciamiento en vista, han dado cumplimiento en lo pertinente con lo dispuesto por el art. 265 del Código Procesal, es que habrá de desestimarse las pretensiones aludidas en cuanto a la deserción de los respectivos recursos. VI.- Un correcto orden metodológico impone analizar, en primer término, los agravios relacionados con la responsabilidad derivada del accidente. En dicha inteligencia, cuestionan las recurrentes la valoración que efectúa el a-quo de la prueba producida. En primer lugar, he de señalar, atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de producción del siniestro en estudio, que resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez. Referidos ya sucintamente los agravios planteados, es que analizada la prueba producida en autos, a la luz de los principios que inspiran la sana crítica (art. 386 CPCC), en el marco normativo aplicable al caso y teniendo presente que los magistrados no se encuentran obligados a atender todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes y todas y cada una de las pruebas arrimadas al expediente, sino tan solo las que resultan conducentes y decisivas para una correcta solución del diferendo (Fallos Corte Supr. 306-2471; 272-225; 276-132), adelanto que propiciaré la confirmatoria del fallo apelado en cuanto atribuye la responsabilidad en la producción del accidente a la accionada. Debe señalarse que resulta difícil al Juzgador que no presencié el hecho obtener una certeza absoluta acerca de la forma en que ocurrió, basta a tal fin alcanzar una certeza moral, debiendo entenderse como tal el grado sumo de probabilidad acerca del modo de producirse el evento. Atento las disposiciones del art. 377 del Código Procesal, el damnificado que ejerció la acción resarcitoria tiene a su cargo la prueba del daño sufrido y el riesgo o vicio de la cosa de la cual este provino y la demandada, en su condición de dueña o guardiana de esa cosa, para eximirse de responsabilidad o disminuir la que se le atribuye, debe acreditar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito. En este orden de ideas, cuando se trata de daños causados por riesgo o vicio de la cosa, rige la teoría del riesgo, que prescinde de la noción de culpa. Se encuentra acreditado en autos que el menor L. D. D. sufrió un accidente dentro de las instalaciones del parque de diversiones explotado por la empresa demandada, concretamente, en el juego denominado ?Pasamanos?. Cabe destacar que cuando se trata de daños causados por riesgo o vicio de la cosa, rige la teoría del riesgo, que prescinde de la noción de culpa. Así cuando la víctima ha sufrido daños que se imputan al riesgo o vicio de una cosa, a la parte actora incumbe demostrar la existencia del riesgo o vicio y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio. Desde luego que la noción de ?riesgo de la cosa? es relativa y que ello depende de las circunstancias fácticas que rodean al ilícito. En tal sentido, no ha sido formulada una categoría rígida de cosas riesgosas, debiéndose ponderar en cada caso si, en razón de haber quedado la cosa fuera de control del guardián -por su riesgo o vicio- y desempeñando un papel activo, causó un daño en violación del deber de no causarlo. En dicha inteligencia, la calificación de riesgosa que puede corresponder a una cosa, no depende de su peligrosidad intrínseca, sino también de su aptitud potencial para producir el daño, de donde, además de las cosas que podrían considerarse como riesgosas en sí misma, por cuanto es factible que, por su dinámica, escapen al dominio del hombre, existen algunas que, por su sencillez o estado inerte carecen naturalmente de esa virtualidad, pero en conjunción con otras, o en

determinados circunstancias, resultan aptas para producir daños (conf. CNC, Sala L, ?Rojas González c/ Telefónica de Argentina S.A., 11-10-96; CNC, Sala J; ?Izaguirre, Juan D. c/ Mastellone Hermanos S.A. s/ daños y perjuicios? del 30/10/97; esta Sala, Expte. n° 112.009/01). En cada ocasión entonces, el juez debe examinar si la cosa, por cualquier circunstancia del caso, genera un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima. Es evidente que el juego por sí mismo, en condiciones normales de uso y mantenimiento no es en sí una cosa riesgosa, pero sí lo es, cuando el mismo presenta una sustancia derramada que lo hace apto para producir un daño, en tanto ésta posee condiciones deslizantes que en conjunción con la superficie, la hace riesgosa, circunstancia ésta presente en autos, como oportunamente se analizará. El hecho debe asimismo analizarse bajo la égida de la normativa de Defensa del Consumidor, ley 24.240 y su modificatoria, ley 26.361, en tanto la actora se encontraba ligada con las accionadas por una relación de consumo, comprensiva del ámbito objetivo de aplicación de la protección normativa del consumidor.

Ello, pues no cabe duda que la relación entre el establecimiento y quien transita dentro del lugar y utiliza los juegos es la de un usuario involucrado en una típica relación de consumo. Sabido es que el deber de reparar los daños provenientes de una relación de consumo, no implica exclusivamente la extensión de una garantía implícita emanada de un contrato; sino que lo que se ha instaurado es una responsabilidad de fuente legal específica, con basamento en el deber genérico de no dañar, y que por tanto resguarda no solo al contratante, sino también a todo aquel que se ha visto damnificado aun sin haber adquirido o utilizado el producto o servicio (conf. Ghersi-Weingarten, ?Tratado de daños reparables?, T II, parte especial, p. 104; CNCiv. Sala F, ?Conde c/ Fortín Maure S.A.? 30/11/06). Es abarcativa entonces de todas las situaciones en que el sujeto es protegido antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual; o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace en forma colectiva (Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Consumidores?, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 74). En el caso, tales recaudos se cumplen, en tanto el menor -consumidor-, se encontraba participando de uno de los juegos ofrecidos por la demandada, siendo en dicho contexto que aquel sufrió el daño por el que reclama. Conforme el marco legal de referencia, dicha relación jurídica conlleva un deber de seguridad objetivo por parte del centro comercial frente al consumidor (Art. 42 de la Constitución Nacional, arts. 5 y 6 de la normativa citada; CNCiv. Sala H ?A. E. D. c/Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otros s/Daños y perjuicios?, 25 de marzo de 2013, Recurso N° 597.520; CNCiv, Sala L, 6/3/2008, ?Fernández, Alfredo Daniel c. Easy Cencosud S.A.?, LL 18/6/2008, 8, con nota de Federico M. Álvarez Larrondo, RCyS 2008-VI, 103). Tal obligación es de resultado y su incumplimiento lleva aparejada responsabilidad objetiva (Bueres, Alberto J., ?Responsabilidad contractual objetiva?, JA, 1989-II-964; Farina, Juan, ?Defensa del consumidor y del usuario?, Buenos Aires, Astrea, 2.004, p. 179 y sgtes.) En tanto la responsabilidad de los proveedores que surge del contenido del art. 40 de la LDC (texto según ley 24.999) contempla el daño al consumidor que resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, dicha obligación de seguridad no solo exige brindar seguridad con relación a las cosas y servicios comercializados, sino también con relación a las cosas y servicios empleados instrumentalmente por el proveedor en el proceso de la relación de consumo; y, admite como única eximente de la responsabilidad objetiva del proveedor, que aquél demuestre que ?la causa del daño le ha sido ajena?, la que, como tal, habrá provocado la ?ruptura del nexo causal? (Vázquez Ferreira, Roberto A., ?La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo?, Ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p. 105). Tal como sostiene Mosset Iturraspe ?una organización o empresa es creada con fines de lucro, para la obtención de ganancias o beneficios, y si en ejercicio de sus actividades propias surge la posibilidad de un riesgo, al margen de todo comportamiento culposos o doloso, que se traduce luego en un daño, es justo que sea indemnizado por quien conocía y dominaba en general la fuente de riesgo? (Responsabilidad, T. I, p. 123). Así, en la relación de consumo, la obligación de seguridad se impone con especial fuerza. Mientras que en el derecho común, dicha obligación puede jugar indistintamente en favor de las partes, en el derecho de consumo claramente se establece que...tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario (art. 1º, ley 24.240 s/ ley 26.361). Según esta disposición, la obligación de seguridad tiene una orientación tutelar preferente dirigida al consumidor o usuario como destinatario (Gregorini Clusellas, Eduardo, Ob. Cit.). Se ha sostenido, de tal manera, que se trata de una obligación central de carácter principal y autónoma, a diferencia del rango de accesorio o secundario que como deber de conducta se entendía emanado del principio rector de buena fe del art. 1198, erigiéndose en un derecho de los consumidores y usuarios, que trasciende la mera expectativa objetivamente generada (Conf. Ghersi-Weingarten, Ob. Cit. P. 90; CNCiv. Sala E, ?Lencinas, Verónica C.c/ Grupo Concesionario Oeste S.A y otro?, 17/09/07). El deber de custodia que recae sobre el proveedor, abarca prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación (conf. C.N.Civ., Sala "G", L. 324.940 in re "J., C. c/ Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-5-02; íd., Sala "E", L. 431.848 in re "T., M. O. c/ Supermercado Ekono S.A. s/ daños y perjuicios" del 13-9-05, entre otros). Esta exigencia impone de parte de aquel, ante la sola demostración de un hecho dañoso en circunstancias comprendidas por la obligación de seguridad, una conducta procesal dinámica (art. 53 LDC 3er. párrafo) que acredite esa "causa

ajena" absoluta. En dicha inteligencia, la demandada no ha logrado demostrar la causa ajena que fracture el nexo causal. Como bien señala el primer juzgador, la negativa de la accionada en cuanto a la ocurrencia del hecho, pierde entidad frente a la prueba producida. El testigo Fernando Yoel Zuleta declaró a fs. 277/ 278 que el día de su cumpleaños, su sobrino L. tuvo un accidente en uno de los juegos del Parque de la Costa, que lo sabe porque estuvo ahí. Que él estaba en la fila para la montaña rusa cuando escuchó el grito de su sobrino. Se dio vuelta y salió corriendo a socorrerlo. Que lo vio en el piso llorando porque le dolía mucho el brazo derecho, se había caído del juego conocido como pasamanos. Sostiene que no vio cuando se cayó pero sí cuando estaba en la colchoneta. Que enseguida lo levantó la madre y con el padre lo llevaron a la salita que tiene el parque. Sabe que lo vino a buscar una ambulancia y lo llevaron al hospital. Al describir el juego, señaló que la colchoneta era de color azul, estaba desinflada y en algunos lados tocaba el piso; que no había ninguna señal indicando a que edad se podían subir al juego, ni personal del parque allí. A preguntas formuladas respondió que su hermana, madre del menor, estaba a muy corta distancia mientras éste jugaba, a unos dos metros, sentada como en un banquito, pero ocurrió en una cuestión de segundos y no le dio tiempo a nada. A fs. 283/ 284, la testigo Elisabeth Susana Ojeda, conocida de los actores, manifestó que se encontraban allí en el festejo del cumpleaños de L.. Que el nene se cayó del pasamanos y se fracturó el codo derecho. Que ella estaba allí con su hijo en la parte del tobogán que está a más o menos 1,50 o 2 mts. de distancia. Que escuchó cuando empezó a llorar y se dio vuelta y el nene estaba en el piso. Ahí Jessica lo alzó, buscaron a Darío y llevaron a L. a una salita dentro del parque. A preguntas que se le formularan, respondió que en la entrada del juego no había personal del Parque y no recuerda si había alguna señalización. Respecto al lugar donde cayó L. refiere que era una colchoneta de color azul, que estaba desinflada y en mal estado. En cuanto a quien acompañaba al niño mientras jugaba, respondió que Jessica estaba sentada en un banco enfrente del juego, a unos cinco pasos. Enzo Guillermo Morinigo (fs. 331), amigo del coactor Darío Delgado, declaró que fue invitado al cumpleaños de L. en Parque de la Costa, que llegó a eso de las 13.30 o 14.00 hs y ya había ocurrido el accidente, el nene se encontraba en la salita porque se había lastimado. Se enteró que se había caído de un juego, de un pasamanos, y como se lo iban a llevar, él se volvió a su casa. Si bien en las declaraciones prestadas por empleados de la accionada a fs. 288/ 289 y 291/ 292 señalaron que la colchoneta del juego se encontraba en buen estado y que se realizaban chequeos diarios; refiriendo que se encontraba forrada en cuerina y rellena de goma-espuma de un espesor de 35 cm en un caso y 20 a 30 cm. en el otro; también lo es que indicaron que se trata de un juego tipo plaza, de libre acceso, sin operadores y no recuerdan bien si existía algún cartel de altura mínima de ingreso. Ambos reconocieron las fotografías de fs. 42/ 43 y aludieron que el juego dejó de funcionar por la instalación de otra atracción. En este aspecto, cabe destacar que se le ha reconocido al magistrado una amplia facultad en la apreciación de la prueba testimonial, reconociéndole la posibilidad de admitir la que a su justo criterio aparezca como objetivamente verídica o rechazar las que así no considera. En el caso de Elizabeth Ojeda y Fernando Zuleta se trata de testigos presenciales que pudieron observar al menor caído llorando y con el brazo dolorido, en la colchoneta del juego en cuestión, como así también que fue llevado por sus padres a la sala de enfermería del parque para su atención. Y si bien en el caso de Zuleta nos referimos al tío de L., hermano de su madre, sus dichos son contestes con los de Ojeda en cuanto a que el menor se cayó y lesionó dentro del juego. En otro orden de ideas, a fs. 302/ 306 y 230/ 239 obra constancias de la atención de L. D. en el Hospital Zonal Gral. de Agudos Magdalena V. de Martínez de Tigre el día del hecho y su posterior ingreso al Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan Garrahan por fractura supracondilea de brazo derecho. Habiéndose determinado el encuadre jurídico en la especie, cabe meritar si la actora probó el riesgo de la cosa al cual se le atribuyó el daño, o bien, si la demandada probó el hecho de la víctima o bien la culpa in vigilando? de sus padres, a fin de ser eximida de su deber de responder. En tal orden de ideas, corresponde considerar si el aludido juego, a pesar de ser una cosa inerte, tuvo la posibilidad de resultar de intervención causal con el evento motivo de litis, ya que ello no excluye la responsabilidad atribuible al dueño o guardián. Pues bien, el riesgo de la cosa no puede descartarse a tenor de las constancias de autos, puesto que si L. se lesionó al caer del pasamanos a la colchoneta que se hallaba debajo, el juego no presentaba las condiciones apropiadas de seguridad para amortiguar tal caída y evitar daños como el sufrido por el menor. Dichas circunstancias indican que se está en presencia de una cosa riesgosa. Como el riesgo es en realidad un concepto abstracto, analizado a tenor de lo manifestado, se advierte que ha existido una causalidad material directa con el perjuicio sufrido. Como quedó dicho, el concepto de relación de consumo, como principio protectorio, fue regulado en primer término por la ley 24.240, posteriormente ratificado y ampliado mediante la incorporación del art. 42 de la Constitución Nacional y por el art 1° de la ley 26.361. 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 -art 5° LDC- N° 24.240-. La interpretación de dicha norma debe ser amplia abarcando todas las situaciones durante el cual la persona-usuario utiliza la cosa o servicio garantizándole que a raíz de su prestación no sufrirá daño alguno. Atento a lo expuesto, resulta evidente que las lesiones sufridas por L. D. han sido resultado del vicio y/o riesgo que presentaba el juego Pasamanos. Con ello surge que el daño sufrido por la víctima tiene relación causal con las deficiencias precedentemente meritadas. No advierto una conducta por parte del

damnificado que hubiera causado o contribuido a causar el daño con aptitud para cortar el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el perjuicio. Por último, en cuanto a la alegada conducta de los actores, progenitores del menor, por ausencia de cuidado, cabe decir que la misma debe tener incidencia causal adecuada para la producción del resultado, ya que ninguna influencia tiene si no ha sido la causa adecuada del perjuicio. El centro de la cuestión debe ser emplazado en torno a la relación de causalidad. Ciertamente, por otra parte, que el ejercicio de la patria potestad pone en cabeza de los padres, el deber de vigilancia y cuidado de los hijos menores (arts. 264, 265, 266, párr. 1º, 277, 278, Cód. Civil, T.O. ley 23.264 908 y arg. art. 1114 CC). Es así que la responsabilidad de los padres se funda en la culpa en que éstos hubiesen podido incurrir por haber violado los deberes legales de vigilancia impuestos en relación a sus hijos menores de edad que se hallan sujetos a su patria potestad. Dicha vigilancia, supone la aplicación de los cuidados necesarios para encauzar la conducta del menor, no solamente en vista de su adecuada formación, sino para prevenir que se dañe a sí mismo o cause perjuicio a otros. Desde esta perspectiva, y como ya señalara, para endilgar responsabilidad a los padres por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto de sus hijos menores, es necesario acreditar que el accionar del menor, objetivamente considerado, se hubiere convertido en factor causal del hecho y que ese accionar resultara imprevisible e inevitable para la demandada, erigiéndose para ésta en un caso fortuito, pues sólo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento (CCiv. y Com. San Martín, Sala 2a., 28/III/96, BA B2000892, Lexis Nexis, Informática Jurídica doc. n° 14.116346; CNCiv. Sala D, 15-02-93, L. 084168). A tenor de lo expuesto y de los elementos de prueba obrantes en autos, advierto que la madre de L., Jessica Zuleta, se encontraba conforme declaran los testigos, sentada a pocos pasos de su hijo observándolo, en una acción de vigilancia adecuada atento la edad del menor -cuatro años- y las características del juego. Por las consideraciones expuestas, habiendo L. D. sufrido un daño mientras se encontraba dentro del establecimiento -parque de diversiones- perteneciente a la demandada, y no habiendo ésta acreditado la ruptura del nexo causal aludido a través de una causa ajena, como eximente de su débito resarcitorio, es que propongo confirmar la sentencia recurrida en cuanto establece la responsabilidad de Parque de la Costa S.A. VII.- Corresponde, en consecuencia, expedirse sobre los agravios vertidos respecto de las partidas indemnizatorias otorgadas en el pronunciamiento de grado. He de advertir, a los fines de la estimación de los montos resarcitorios, que en la demanda las sumas peticionadas fueron supeditadas a ¿lo que en más o en menos resulte de las pruebas a producirse en autos? (conf. fs. 46). A- Daño físico y estético. El Sr. Juez de grado otorgó a favor del menor Delgado por incapacidad funcional transitoria la suma de \$ 20.000 y en concepto de daño estético la de \$ 15.000. Debe recordarse, que la incapacidad, es la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad apreciable en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales (Matilde Zavala de González, ¿Resarcimiento de daños?, Tº 2a, pág. 281). Comprende en consecuencia, la merma genérica en la capacidad futura del damnificado, que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye por lo tanto un quebranto patrimonial indirecto. Las constancias clínicas obrantes en autos (fs. 302/ 306 y 230/ 239) y pericial médica de fs. 340/ 341, demuestran que el menor sufrió como consecuencia del accidente: fractura supracondílea del húmero de miembro superior derecho. Refirió el profesional actuante que L. D. fue sometido al tratamiento según protocolo: reducción bajo anestesia general, osteodesis percutánea transitoria y contención en dispositivo enyesado. La evaluación actual demuestra una resolución óptima en el sentido de haberse recuperado la función en forma completa. El experto señaló que no es factible demostrar secuela funcional, conclusiones que serán receptadas en los términos de los arts. 386 y 477 del CPCC, en tanto no existe elemento alguno de entidad científica suficiente que permita el apartamiento de las mismas. No obstante ello, cabe considerar que el damnificado padeció, durante el período de convalecencia, una incapacidad transitoria que resulta resarcible en función del daño injustamente provocado. En efecto, tal minusvalía, merece ser tenida en cuenta de cara a la reparación integral del daño, por cuanto existió durante el período en que tuvo vigencia un impedimento o una dificultad para el ejercicio de las funciones vitales, que trae consigo una disminución de las potencialidades de que disfrutaba el aquejado. Tal como he sostenido en innumerables precedentes, dicha incapacidad transitoria, que en el caso se encuentra comprendida en la demanda al solicitarse se indemnicen las lesiones sufridas, y al experto, se expida sobre el punto, no puede concebirse como una categoría distinta, autónoma al género incapacidad, sino que representa una forma en que ésta puede manifestarse ya sea de manera permanente o bien temporaria (conf. Exptes. N° 79.283/02 y N° 10.019/02, entre otros). En dicha inteligencia, la sola existencia de una lesión da derecho a reparación aunque no queden secuelas incapacitantes, puesto que el propósito de la indemnización consiste en compensar mediante una suma de dinero, todas aquellas consecuencias disvaliosas soportadas por las víctimas del hecho generador: Se trata de compensar el daño en sentido jurídico, excedente en casos de la proyección que se le atribuya a la lesión en el plano laboral, productivo o en alguna de las otras manifestaciones vitales. En orden a ello, cabe resaltar que es daño lo que altera la integridad física o psíquica, por más que la curación y readaptación en función de aquellos supuestos, sea más o menos, completa, porque aun siendo así, no podría devolverse al organismo alterado, la situación de indemnidad anterior al accidente, constituye como fuera dicho un perjuicio reparable, quedando su determinación al prudente arbitrio del juzgador conforme a la afectación y particularidades del caso (CNac.Civil, Sala

B, del 31/5/96 en autos ?Blumetti de Fulco c/ Guarini s/ daños y perjuicios?; CNac.Civil, Sala L, del 29/3/96, ?Márquez, Ofelia c/ González, s/ daños y perjuicios?, entre otros). En función de lo expuesto, teniendo en cuenta las secuelas transitorias padecidas por el menor durante el período de convalecencia, las condiciones subjetivas del damnificado, quien a la fecha del accidente contaba con 4 años de edad, situación socio-económica familiar (conf. B.L.S.G. N° 100.373/ 2011) y demás constancias de la causa, es que propongo al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia del rubro y el incremento de la suma acordada a la de pesos treinta mil (\$ 30.000) -conf. art. 65 CPCCN-. En lo que respecta al daño estético, en reiteradas oportunidades me he pronunciado respecto a su autonomía resarcitoria. En efecto, las Jornadas sobre Responsabilidad por Daños en homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990) definieron el daño estético como ?toda alteración disvaliosa para la víctima en su armonía, expresión y esquemas corporales" y entendieron que comprende ?las anormalidades anatómicas y funcionales, permanentes o transitorias, que se manifiestan exteriormente. Tales condiciones estéticas, más allá del daño patrimonial cierto que pueda provocar, constituyen en sí mismas un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya que la indemnización que al respecto le es debida a la víctima no debe apoyarse, para su valoración, únicamente en lo que haya quedado afectada su capacidad laborativa, sino también en todo aquello que pueda proyectarse sobre su personalidad plena, es decir tanto en el plano individual como social. El daño estético cambia el sentido de la normalidad superficial del ser humano y debe tener condigna reparación sin perjuicio de otros aspectos que pueden afectarla, tales como el daño a la espiritualidad o moral (conf. Gheri Carlos en ?Cuantificación económica. Análisis socioeconómico de los derechos personalísimos?, p. 72 Ed. Cátedra, Bs. As. 2005). Y ello es así, toda vez que el art. 1068 del Cód. Civil contempla como excepción del daño o agravio moral a que se refiere el art. 1078 de ese mismo cuerpo legal, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad psicofísica y a las condiciones estéticas de la víctima, pues la expresión "facultades" comprende todas las cualidades físicas y psíquicas que le permite al hombre obrar normalmente, debiendo valorarse con un criterio amplio, comprensivo del efecto que esa nueva fisonomía tiene para la personalidad íntima e individual de quien la padece, independientemente de su concreto quehacer profesional (conf. Expte. n° 113.554/01; 46.181/00, entre otros). Toda persona de existencia visible tiene derecho a la integridad de su aspecto normal o habitual por el que se la conoce e identifica, de tal manera que la presencia no sólo existe sino que trasciende y significa. Cuando en las condiciones analizadas, se lesiona esa integridad del aspecto, el derecho otorga soluciones justas. Solo se requiere que exista una alteración en el aspecto habitual que tenía la persona con anterioridad al hecho generador, sin que la ausencia de implicancias económicas de la deformación, que por otro lado sí pueden ser tenidas en cuenta para la estimación del quantum de la indemnización, sean definitivas para rechazar el reclamo (Conf. CNCiv. Sala H, 21/12/93, L. 132.855). En ese orden de ideas, la persona natural posee un derecho a su integridad estética, de conservación de su figura humana desde su nacimiento hasta su fallecimiento, de allí que cualquier acto que dañe ese derecho debe obtener una reparación (Conf. Tratado de Daños Reparables, Carlos Gheri, Director Celia Weingarten, Coordinadora, T1, p. 201, Edit. La Ley 2008). Asimismo, dichos autores, sosteniendo el carácter autónomo del daño estético, manifiestan ?nuestra posición se funda en que la causa (accidente de tránsito) es el hecho generador dañoso, que irroga un daño estético, caracterizado como señal que queda en los tejidos orgánicos que se presenta sobre el ámbito corporal del ser humano, mutando su aspecto?. Esa mutación en sí misma implica un daño reparable por sí, pues incorpora al cuerpo humano un daño cierto y una lesión al derecho a la integridad corporal en su aspecto estético (ob. cit. P. 203). En definitiva, toda afectación con su consecuente menoscabo a un bien jurídico integrante del patrimonio de la persona (material o moral) dará origen a un daño patrimonial, sea este directo o indirecto (v. gr. daño estético) con autonomía propia, ello sin perjuicio de la procedencia de la reparación por daño moral (conf. Brebbia, Roberto H. ?La lesión del patrimonio moral? en ?Derecho de daños?, ps. 239/40), debiendo tomarse en cuenta a los fines de su evaluación los tratamientos médicos posibles y las circunstancias de la víctima: sexo, edad, aspecto anterior, tamaño y ubicación de la lesión, situación familiar y, en general, toda otra circunstancia trascendente de acuerdo con la persona y medio donde actúa. La secuela estética que presenta el damnificado a raíz de las lesiones sufridas: cicatriz cutánea cosmética resultante del elemento de transfixión, valuada por el experto en un 5 % de incapacidad (fs. 341), que definiera el perito como ?cicatriz paraolecraneana del lado radial del codo derecho, de forma redondeada, de coloración mixta, hipo e hiperpigmentada de 15 por 15 mm.? en la contestación a las impugnaciones a fs. 408, ha provocado sin duda un daño estético que merece ser resarcido. En dicho entendimiento, teniendo en cuenta las condiciones personales del menor, la entidad de las secuelas estéticas padecidas, como las demás circunstancias particulares de la causa, es que propongo al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia de este concepto y el incremento de la suma resarcitoria fijada a la cantidad de pesos veinte mil (\$ 20.000) -art. 165 del CPCCN-. B- Daño psíquico y tratamiento. El Sr. juez de grado estableció la suma de \$ 15.000 por incapacidad psíquica transitoria y \$ 10.000 por tratamiento psicológico a favor de L. D. y la suma de \$ 10.000 por daño psíquico transitorio y \$ 5.000 por tratamiento para cada uno de los co-actores progenitores del menor. El daño psíquico, diferenciado del daño moral por su distinta naturaleza, 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 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 (conf. Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños" Tº 2a., p. 187 y ss). No debe por lo demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas. Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico: el derecho es para el hombre y no el hombre para el derecho (Mosset Iturraspe, en "Responsabilidad por daños" TI 4, P. 35-36). Por otra parte, la víctima tiene derecho a ser indemnizada ¿de todos los gastos de curación y convalecencia? (art. 1086 del Cód. Civil). Ello implica la recurrencia a tratamiento psiquiátrico o terapia psicológica y a la medicación que fuese necesaria. El detrimento patrimonial que supone un tratamiento psiquiátrico indispensable para reparar lesiones en la salud suficientemente comprobadas y además económicamente mensurable, configura un daño cierto aunque las erogaciones respectivas puedan o deban tener lugar en todo o en parte, en tiempo ulterior. Ello no obsta a que tenga lugar el resarcimiento por el daño padecido, ni que exista por dicha causa duplicación de reparaciones (v. exptes. Nº 56.220/ 00, 18.147/ 03 y 112.805/ 01 de esta Sala, entre otros), puesto que una cosa es resarcir la minoración permanente de aptitudes y otra cubrir con una terapia adecuada la posibilidad de que empeore el estado del peticionante. La perito interviniente, en el informe glosado a fs. 343/ 348 y estudios de fs. 354, determina que de la evaluación realizada se desprende que el niño L. D. ha desarrollado a raíz del hecho de marras, sintomatología fóbica; que ha sufrido daño psíquico con incapacidad parcial y temporaria de grado leve que a la experticia se encuentra en vías de remisión y estima en un 8 % dicho porcentaje. Señala que no posee ningún cuadro psicopatológico preexistente, más que los miedos propios de la edad. El intenso miedo que quedó asociado al accidente sufrido, se ha sumado a los propios de su edad (4 años) constituyendo la sintomatología fóbica. El resultado ha sido una retracción de la actividad física y social que le ha impedido desarrollar su vida normalmente. Ha desarrollado una conducta francamente evitativa que posiblemente remitirán en un futuro cercano, pero que sigue presente a la fecha de la evaluación. En las contestaciones de fs. 410, la profesional aclaró que si bien posiblemente el menor recordará el episodio ocurrido en su cumpleaños toda su vida, dicho recuerdo no significa patología y mucho menos que sea definitiva. Lo cual no significa que el niño tiene derecho a recibir ayuda profesional a fin de paliar mejor y más rápidamente las angustias, miedos y demás restos de sintomatología fóbica que a la fecha de la evaluación aun presenta a consecuencia del accidente. Este perito sugirió un tratamiento leve, focalizado, basándose en técnicas cognitivo conductuales, de 6 meses, con una frecuencia semanal. En cuanto a Yessica Zuleta considera la experta que el hecho de autos le ha provocado un trastorno adaptativo con malestar psicológico intenso, asociado al suceso traumático. Señala que es posible afirmar que la Sra. Zuleta ha padecido un importante sufrimiento psíquico a lo largo de los meses siguientes al accidente, por la lesión misma del brazo de su hijo y por la angustia que el verlo en ese estado de indefensión le causó. Concluyó que los trastornos emocionales sufridos como consecuencia del hecho han producido un importante sufrimiento moral, pero no han constituido daño psíquico. No se ha detectado tampoco patología preexistente. Respecto de Darío Delgado, le es posible afirmar que ha padecido sufrimiento psíquico a lo largo de los meses de convalecencia de su hijo a causa del daño físico ocasionado por el accidente. No hay disfunción o disturbios, no hay patología, ni incapacidad psíquica sobreviniente. Al igual que en su esposa, se destacan los sufrimientos que debió padecer a causa del accidente de su hijo; todos trastornos emocionales que ha podido sobrellevar. Dichos trastornos han sido transitorios y han curado sin dejar secuelas psíquicas incapacitantes. Se aconseja para los padres la realización de una terapia familiar, para sostener emocionalmente a la madre, que es la más vulnerable y para ayudar al padre a superar sus sentimientos de indefensión e impotencia. Es decir, un tratamiento para ambos padres durante seis meses, con frecuencia semanal. En la contestación de fs. 410, la perito señaló que se ha considerado y en forma extensa el sufrimiento psicológico, pero que no se ha detectado en la Sra. Zuleta patología que constituya daño psíquico. En el caso del padre, reitera que tampoco puede decirse que padezca daño psíquico. El sufrimiento moral en los padres no ha dejado secuelas incapacitantes. Sostiene a fs. 418 que el tratamiento es pertinente dado que el sufrimiento emocional de ambos es innegable. Debe resaltarse que si bien el dictamen pericial no obliga al Juez, cuando éste está suficientemente fundado y uniforme en sus conclusiones debe acordársele valor probatorio. La sana crítica aconseja seguir la opinión del perito cuando no se oponen a ello argumentos científicos y técnicos, legalmente bien fundados, por lo que debe reconocerse plena validez a este tipo de prueba que recae sobre hechos controvertidos sustancialmente técnicos para cuya valoración se requieren conocimientos especiales, pudiendo sus conclusiones solo ser enervadas por fundadas razones científicas y no por la opinión discordante de profanos en la materia o sobre la base de meras divergencias subjetivas (conf. Expte. 37.715/04). En otro orden de ideas, como fuera dicho, es daño lo que altera la integridad psíquica por más que la curación y readaptación sea más o menos completa, porque aun siendo así, no podría

devolverse al organismo la situación de indemnidad anterior al accidente y constituye, en consecuencia, un perjuicio reparable. De tal manera, teniéndose presente las condiciones personales de los damnificados, el daño psíquico transitorio que sufrieran y los tratamientos aconsejados, es que propongo al Acuerdo se confirme la procedencia de los rubros en tratamiento y la confirmatoria de los montos concedidos a Yessica Zuleta y Darío Delgado, sobre los que no existe agravio de la actora. En cuanto a L. D., propongo incrementar la cuantía que le fuera otorgada por daño psíquico a la de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) -conf. art. 165 del CPCCN- y confirmar, por considerarla razonable, la fijada por tratamiento psicológico (\$ 10.000).

C.- Gastos de farmacia y asistencia médica. La sentenciante de grado concedió por tales gastos la suma total de \$ 5.000, distribuida por mitades entre Zuleta y Delgado, padres del menor. Cabe tener en cuenta, conforme criterio prácticamente uniforme, que tales gastos se presumen, ya que aún a falta de pruebas sobre la entidad de gastos médicos y de farmacia los mismos pueden apreciarse en función del carácter y gravedad de las lesiones (conf. exptes. N° 37.034/04 y 69.167/01 de esta Sala, entre otros). No obsta a ello la circunstancia que el accionante cuente con obra social o su atención haya sido en establecimiento público, pues los responsables de los daños deben colocar al damnificado en condiciones que le permitan recuperar la capacidad que ha quedado disminuida y de tal manera permitirle a aquel que pueda afrontar los gastos de los profesionales y de la entidad asistencial que a su criterio goce de mayor idoneidad. Siendo además lógico que en el transcurso del tratamiento, se efectúen erogaciones en elementos necesarios para la curación que exceden la atención brindada en un hospital público y la cobertura de la obra social. Teniendo en cuenta lo expuesto, en atención a las lesiones sufridas por el menor, de acuerdo a las constancias agregadas en autos y a las conclusiones del peritaje médico, propongo al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia del rubro y del quantum otorgado, sobre el que no existe agravio de la actora.

D.- Daño moral. Por este ítem, el a-quo concedió al menor L. D. la suma de \$ 25.000. Debe recordarse que el daño moral se presenta como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños T 2ª. Pág. 39; Pizarro, Daño Moral, pág. 47, criterio sostenido en las II Jornadas Sanjuaninas de derecho Civil?, 1984). La opinión doctrinaria casi uniforme considera que la tesis resarcitoria contempla con mayor certeza el fundamento de la reparación del perjuicio experimentado por el damnificado, con ello quedo superada la concepción que entendía analizar el tema focalizando su atención en el autor, propiciando la imposición de una sanción ejemplar a este último. Es así que se diferencia la noción de daño reparable en sentido amplio conceptualizándolo como la lesión a cualquier derecho subjetivo, de otra acepción estricta, que entiende que dicha lesión recae sobre ciertos derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial. Este último significado -relevante en derecho de daños- pone en evidencia que la consecuencia de la lesión al derecho subjetivo siempre es cuantificable en dinero. La indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre el rol de tal indemnización es estrictamente resarcitorio sino que puede ser satisfactorio como ocurre en el daño moral. En esa instancia juega la prudente discrecionalidad del juzgador, quien si bien es cierto encuentra obstáculos en la valuación, como también ocurre con ciertos daños de índole material, debe llevarla a cabo analizando las circunstancias fácticas que enmarcaron el hecho dañoso, así como las consecuencias de tipo individual o social que originaron. Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros). En tal sentido, señala Ramón Daniel Pizarro en la obra citada (p. 240) que "El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Pero todo ello debe ser valorado prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto?". La tesis resarcitoria tiene plena vigencia en doctrina nacional, por lo que, en la valuación del daño moral padecido, no debe primar la idea de placeres compensatorios que servirían para brindar consuelo a la víctima, sino que es necesario estimar la entidad objetiva del daño, para repararlo con equidad. No obstante lo expresado, en tal justipreción debe tenerse en cuenta la gravedad de la falta cometida por el agravante, sin que ello implique adoptar "in totum" la idea sancionatoria; ello es así en razón que la actitud que adopta el ofensor no puede ser ignorada por el juzgador, quien debe tenerla presente, porque la extensión del resarcimiento en nuestro derecho positivo se inclina por un sistema mixto que además del daño objetivamente considerado tiene en cuenta el factor de atribución con el que obra el ofensor (Conf. Derecho Obligaciones, Alterini, Ameal, López Cabana, p. 259, n° 579 (3)). En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado. He sostenido asimismo (Exptes. N° 51.014/07 entre muchos otros), que a los fines de acreditar el daño moral resulta prácticamente imposible utilizar una prueba directa. Ello por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo, resultando apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el daño, resultando necesario probar indefectiblemente la existencia del hecho que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de

causalidad que ?conforme el curso normal y ordinario? permita en virtud de presunciones h minis evidenciar el perjuicio. En dicho contexto, teniendo en cuenta las lesiones sufridas por el menor damnificado, el tratamiento recibido -intervención quirúrgica-, período de convalecencia, sus condiciones personales, su corta edad, la afectación que le ha provocado el accidente y demás particularidades que muestra la causa, es que propongo al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia del rubro y el incremento del quantum fijado a la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000) -conf. art. 165 del CPCCN-. VIII.- La inoponibilidad de las limitaciones del seguro. El primer sentenciante declaró inoponible a la víctima la franquicia invocada. La aseguradora en su memoria plantea que se trata en el caso de un seguro de Responsabilidad Civil voluntario y privado que amparaba a la fecha del hecho alegado a un parque de diversiones. Y que no han sido tenidos en cuenta los pronunciamientos de la CSJN con relación a la oponibilidad a los terceros de las franquicias deducibles contenidas en las pólizas de seguros. Cabe destacar que el seguro no tiene como único propósito defender al asegurado evitándole una grave pérdida económica, sino también proporcionar a la víctima el resarcimiento rápido e integral. El Estado, la seguridad jurídica y la sociedad toda, no pueden permanecer indiferentes ante el derecho insatisfecho del damnificado por razones que, aunque sean valederas entre el asegurador y el asegurado, a él le son por completo ajenas. Ello por cuanto la relación entre aquellos es, frente a la víctima, ?res inter alios acta? y, por lo tanto, irrelevante a los fines de restablecer el derecho del tercero amparado por la ley imperativa. Si bien no se desconoce la ventaja que se atribuye a las pólizas con franquicia al estar conformadas por un costo menor del seguro, debemos recordar que los contratos, como regla general, no pueden perjudicar a terceros, tampoco pueden opon rseles ni ser invocados por ellos (art. 1195 y art. 1199 del Código Civil). Ergo, el contrato rige la relación jurídica entre los contratantes, excluyendo a los terceros. Explica Stiglitz que esta regla nunca quiso decir que las convenciones no ejerzan repercusión contra los terceros, sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o en favor de un tercero, esto es que carecen de aptitud para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria; solución perfectamente racional: si el contrato es una ley, es una ley entre las partes. En síntesis, el principio general que emana del art. 1195 del Código Civil, se aplica a lo que se ha dado en denominar ?verdaderos terceros?, que son jurídica y definitivamente extraños a las partes contratantes (Stiglitz, Rub n Derecho de Seguros, 5 edición La Ley 2008, p.118). En tal línea argumental, dado que el seguro por responsabilidad civil se perfecciona entre asegurado y aseguradora, y siendo el damnificado un tercero ajeno a esta relación, deberá hacerse lugar a la inoponibilidad de la franquicia a la víctima, sin perjuicio claro está, de la eventual acción de regreso con la que cuenta la aseguradora. Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo la desestimatoria de la queja de la aseguradora y la consecuente confirmatoria de la sentencia de grado sobre la cuestión. IX.- Tasa de interés aplicable. Se queja la citada en garantía por la tasa de interés aplicada desde el día del accidente -activa-. Considera se configuraría la excepción del plenario: enriquecimiento incausado; al haberse fijado los montos al momento del dictado de la sentencia. Pide se establezca una tasa de interés distinta e inferior que la activa. Debe sealarse que en el Acuerdo Plenario celebrado el día 20 de Abril de 2009 en autos ?Samudio de Martínez, Ladisl a c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios?, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios ?Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao Walter y otros s/ daños y perjuicios? - del 02/08/93 - y ?Alan z Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios? -del 23/03/04 - y establecer la tasa de interés moratorio, correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta su dictado implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo es igual al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora que resulta computable (conf. expte. N  71.896/2003, ?Latorre Costa, José Alfredo c. Osperyh y otros s/ Daños y perjuicios?, del 2 de julio de 2009, con voto preopinante de la Dra. Hernández). En definitiva, de establecerse una tasa menor se estará premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha sealado la Sala H en autos ?Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios? (22/04/03) ?...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ins ta en el art 18 de la Constitución Nacional?. Los integrantes de esta Sala ya nos hemos pronunciado en los fundamentos al voto en el plenario respectivo, en lo referente a la excepción en él sealada, en el sentido que no resulta aplicable a supuestos como el de autos, en base a las consideraciones que se expusieron en votos a fallos de esta Sala (ver exptes. N  43.604/02 y 48.738/02), que me permito reproducir. En efecto, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feij o, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Ver n y Pérez Pardo, sostuvieron en aquella oportunidad que la salvedad del último punto de la doctrina del plenario provoca cierta perplejidad.  C mo es posible sostener que la aplicación de la tasa de interés activa implica nada menos que una alteración del significado económico del capital de condena que configura un enriquecimiento indebido? Se dijo:

¿En esa cuestión, la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices?. ¿A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor?. ¿De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual?. ¿El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso?. ¿Con ese mismo criterio se aceptó, desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda?. ¿Por todo lo que sucintamente quedo expuesto, se entiende que la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente?. ¿Es por ello que, desde "el inicio de la mora", ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, "hasta el cumplimiento de la sentencia" quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento?. ¿El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico?. ¿Pero dicho principio, como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas?. ¿No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado?. ¿Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal?. Por los fundamentos vertidos se desestima la queja impetrada, confirmándose al respecto la sentencia de grado. Por las consideraciones expuestas, expido mi voto en el sentido de: 1) Modificar

la sentencia apelada incrementando las sumas resarcitorias concedidas a favor de L. D. D. por ?daño físico?, ?daño estético?, ?daño psíquico? y ?daño moral? a las de \$ 30.000, \$ 20.000, \$ 25.000 y \$ 50.000, respectivamente; 2) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto de agravio y, 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada y aseguradora vencidas (art. 68 del CPCCN). El Dr. Álvarez por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Ameal, vota en igual sentido a la cuestión propuesta. OSCAR J. AMEAL- OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ - JAVIER SANTAMARIA (SECRETARIO).

Aclaración de la Dra. Lidia B. Hernández: El Dr. Ameal entiende que más allá del daño patrimonial cierto que pueda provocar el daño estético, constituye en sí mismo un perjuicio susceptible de indemnización pecuniaria. Sigue así una definida opinión doctrinaria al respecto. No comparto la posición de mi distinguido colega de Sala, ya que, tal como sostuve en la disidencia que efectué en los autos caratulados ?Guaragna Juan Carlos c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios?(Libre de fecha 29 de febrero de 2008), a cuyos argumentos me remito, el daño estético carece de autonomía. Sin perjuicio de lo expuesto, toda vez que en caso la lesión estética ha producido en las actoras daño patrimonial y moral, considero que los montos indemnizatorios reconocidos por el Vocal preopinante resarcen integralmente el daño padecido por la reclamante, por lo que, con la salvedad expuesta, adhiero al voto que antecede. Por último, en mi opinión, lo que resulta trascendente es el reconocimiento del daño estético como daño a la persona, con independencia de su tratamiento, sea de forma autónoma o comprensivo del daño moral, o patrimonial en su caso y desde ya, siempre que no se incurra en doble indemnización. LIDIA B. HERNANDEZ - JAVIER SANTAMARIA (SECRETARIO).

Buenos Aires, ... de junio de 2017.- Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: 1) Modificar la sentencia apelada incrementando las sumas resarcitorias concedidas a favor de L. D. D. por ?daño físico?, ?daño estético?, ?daño psíquico? y ?daño moral? a las de \$ 30.000, \$ 20.000, \$ 25.000 y \$ 50.000, respectivamente; 2) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto de agravio y, 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada y aseguradora vencidas (art. 68 del CPCCN). Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCCN). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado.- Fecha de firma: 06/06/2017 Firmado por: JUECES DE CAMARA, Firmado por: OSCAR JOSE AMEAL, JUEZ DE CAMARA Firmado por: LIDIA BEATRIZ HERNANDEZ, JUEZ DE CAMARA Firmado por: OSVALDO ONOFRE ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

017910E