

Responsabilidad Por Dano En Un Juego Mecanico Toro Mecanico

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad por daño en un juego mecánico. Toro mecánico

Se hace lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada contra el explotador comercial de un establecimiento de diversión y juegos mecánicos, y contra el Municipio, en virtud del accidente que sufriera la accionante al quedar enganchado su dedo en un ?toro mecánico?, lo que le produjo una quebradura. Mendoza, 07 de marzo de 2018 Y VISTOS: Estos autos arriba intitulados, llamados para sentencia a fs.383, de los que; RESULTA: I) Que a fs.20/29 se presenta la Dra. Natalia Soledad López, en nombre y representación de la señora Andrea Janet de Dios Castillo, promoviendo demanda por daños y perjuicios en contra de Diego Soria Gómez, en su carácter de explotador comercial y propietario y guardián de las máquinas y del establecimiento de diversión y juegos denominado ?Alfombra Mágica? y contra la Municipalidad de Las Heras, en su calidad de civilmente responsable por omisión de los deberes a su cargo, por la suma de \$ 186.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más los intereses de ley desde la fecha del acontecimiento dañoso y hasta la fecha de su efectivo pago con expresa imposición de costas a la demandada. Relata que el día 17 de agosto de 2014 a las 18.00 horas, aproximadamente, la señora Andrea Castillo, se encontraba junto a su esposo y sus dos pequeños hijos en el parque de diversiones que se encuentra en el circuito de El Challao, departamento de Las Heras, denominado ?Alfombra Mágica?, el que cuenta con diversos juegos mecánicos para el entretenimiento de los asistentes. Señala que ingresada al predio la actor decidió subirse a uno de dichos juegos mecánicos conocido como ?toro mecánico?, que al principio pareció inofensivo pero finalmente fue el causante del accidente objeto de esta demanda. Describe los movimientos del juego que al principio fueron suaves para ir aumentando su intensidad. Que en un momento para sostenerse y evitar ser tirada por el juego la mano de la actora quedó enganchada en una abertura del toro, tapada por la vestimenta que lo revestía al mismo y finalmente al caer al suelo su dedo anular de la mano derecha quedó enganchado en el aparato e hizo que se quebrara causándole un gran dolor. Agrega que al advertir el suceso, el personal del lugar, encabezado por el demandado Soria Gómez, que se presentó como director del parque y tomó los datos personales de la actora y llamó al personal médico, y luego decidieron trasladarla al hospital Italiano de la ciudad de Mendoza. Destaca que las lesiones sufridas motivaron intervenciones quirúrgicas Hace referencia a la responsabilidad de la demandada, cuantifica los daños que aduce presenta el menor, funda en derecho y ofrece prueba. II) Que a fs. 43 amplía demanda contra Ana María González, contra quien desiste a fs. 139. III) Que a fs. 57/66 comparece el Dr. Mariano Domínguez, en nombre y representación de la Municipalidad de Las Heras, conforme poder general para juicios que en copia acompaña, cita como terceros a Diego Soria Gómez, Ana María González y Juan Carlos González. Opone la excepción de falta de legitimación sustancial pasiva, y solicita se rechace la demanda. Funda la defensa articulada en el hecho que la Municipalidad no posee ni la propiedad del predio ni la potestad sobre el cumplimiento del servicio brindado, toda que el Municipio procedió a realizar la habilitación correspondiente. Afirma que los responsables son quienes solicitaron la habilitación del lugar. Destaca que no estamos en presencia de un servicio concesionado por la Municipalidad, por lo que el Municipio no tiene ninguna responsabilidad por el cumplimiento de los servicios que prestan los comercios que se encuentran habilitados. Posteriormente procede a contestar la demanda incoada, especialmente niega que el hecho ocurriera el 17 de agosto de 2014, que el juego en el que subió la actora pareciera a simple vista inofensivo, que el juego comenzara abruptamente a moverse a gran velocidad, que el dedo de la actora resultara dañado como consecuencia de haber caído de dicho juego, que haya sido atendida en el Hospital Italiano, niega la documentación acompañada e impugna los rubros reclamados. En contrario, aduce que las lesiones relatadas por la actora responden a su exclusiva responsabilidad. Aduce que no se ha probado que en el predio exista un toro mecánico ni que este tuviera los defectos que marca la actora. Así deja planteada la culpa de la víctima. Ofrece prueba y funda en derecho. IV) Que a fs. 108 el Dr. William Butterfield, se presenta por el demandado Diego Soria Gómez y contesta la demanda, solicitando su rechazo. Luego de una negativa general y de una serie de negativas particulares de los hechos expuestos en la demanda. Desconoce expresamente toda la documentación acompañada por no constarle su autenticidad. Cita en garantía a Federación Patronal Seguros SA. En subsidio contesta. Funda en derecho y ofrece prueba. V) Que a fs. 133 presenta el Dr. Ernesto Labiano, por Federación Patronal Seguros SA, conforme Poder General para Juicios que en copia acompaña. Reconoce que existía vigente a la época en que al actor le ocurriera el siniestro por el que se acciona un contrato de seguro, que entre otros riesgos amparaba la responsabilidad civil. Señala que en el seguro contratado se ha establecido como suma asegurada por responsabilidad civil la de \$500.000 y franquicia, disponiendo que el asegurado participa en cada siniestro con un 10% de las indemnizaciones que se acuerden con el o los terceros que resulte de sentencia judicial, incluyendo intereses, honorarios, costas y otros accesorios, con un mínimo de 1% y un máximo de 5%, ambos limites aplicados sobre la suma

asegurada por acontecimiento estipulada en la Condiciones Particulares. Con relación a los hechos invocados en la demanda, niega todos y cada uno de los hechos de la demanda que no sean expresamente reconocidos. Luego de una negativa particular de los hechos invocados por la actora, relata la versión de los hechos, concluye que en subsidio, en caso de acreditarse el hecho surge la culpa grave de la actora y a todo evento cuando menos una concurrencia de culpa de su parte no inferior al 95%, solicitando el rechazo de la demanda en dicha proporción con costas. Impugna los rubros indemnizatorios reclamados. Ofrece prueba y funda en derecho. VI) Que a fs.204 se dicta auto de sustanciación de la causa. VII) Producidas las pruebas no desistidas o declaradas caducas, a fs. 351 se ponen los autos en la oficina para alegar. A fs. 383 se llaman autos para sentencia. Y CONSIDERANDO: I. La normativa aplicable. Atento la entrada en vigencia, a partir del 1 de agosto de 2015, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, previo a resolver la cuestión litigiosa, estimo necesario definir cuál será la normativa aplicable al caso. Aclaro que en el tema he seguido las opiniones vertidas por el Dr. Julio César Rivera, en "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso?", Publicado en: LA LEY 04/05/2015, 1 ? LA LEY 2015-C, 645. Destaca el autor que el CCyCN contiene una única norma sobre aplicación de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso de ejecución: es el artículo 7, virtual transcripción del art. 3 del Código Civil incorporado por la ley 17.711 en 1968. El nuevo artículo como su anterior del C.Civil responde al sistema propuesto por Roubier, que se asienta en la idea fundamental de la aplicación inmediata de la ley nueva a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución (Una sistematización muy precisa de las ideas de ROUBIER en MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio), Universidad Nacional de Córdoba, 1976, a partir del Capítulo II, p. 21 y ss.). Esto significa lo siguiente: una vez constituida la relación o situación jurídica, esa constitución no puede ser afectada por una nueva ley. Pero la ley nueva se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas que se producen entre la constitución y la extinción. Ahora bien, la aplicación inmediata tiene un límite; y es que esas consecuencias estuviesen ya "consumidas". Lo cual genera una serie de conflictos interpretativos. Entre otras razones porque el art. 7 no dice nada de esto, limitándose a establecer el efecto inmediato; todo lo demás es pura elaboración doctrinaria y como tal sirve solo como argumento de autoridad para interpretar la ley; y, finalmente, porque son tantas las situaciones que pueden presentarse en la práctica que esta fórmula de la constitución, la extinción y las consecuencias consumidas se revela insuficiente y muchas veces puede incluso llevar a soluciones inapropiadas. Como destaca el autor citado: "Pero curiosamente el debate no se ha focalizado en una cuestión relevante: la aplicación de la ley nueva a los juicios en trámite, tengan o no sentencia?". En efecto: muchos autores que transitan el derecho procesal han vis-to en el proceso a una relación jurídica (von Bulow, Chiovenda, Carnelutti) (V. PALACIO, Lino, "Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, Bs.As., segunda edición, t. I, a partir de p. 233.), la que se constituye de manera definitiva con la traba de la litis. De modo que la ley nueva - de fondo - no podría aplicarse justamente porque la constitución de la relación jurídica procesal estaría consumida. Aun cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídica procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que hay que tener en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y como se aplica. De lo contrario, la violación de la garantía de defensa en juicio sería ostensible pues el juez estaría dictando una decisión sobre la base de normas sobre cuya incidencia en su relación jurídica particular las partes no han tenido ocasión de alegar y ser oídos. De modo que la regla es el efecto inmediato (art. 3), siempre que no afecte la constitución de una situación jurídica ya configurada ni la extinción de una situación jurídica ya extinguida ni los efectos ya producidos de una situación jurídica (art. 2). La situación no es idéntica en materia de consumo. En efecto, si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la Cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara. Parecería que ello se funda en que el CCyC privilegia la protección del consumidor, en tanto dispone la aplicación de las nuevas leyes supletorias cuando sean más favorables al consumidor; y la interpretación de la ley ha de hacerse en función de los principios de protección del consumidor y acceso al consumo sustentable (art. 1094), así como que la interpretación de las obligaciones del consumidor ha de hacerse de la manera menos gravosa (art. 1095). Se trata de una hipótesis en la cual uno de los sujetos es especialmente vulnerable y por ello merece una tutela especial; por lo que si las partes del negocio no fueran consumidoras, no jugarían los argumentos fundados en las previsiones mencionadas. De todos modos, en cualquier caso, incluido el de los consumidores, esa aplicación de la ley nueva sigue encontrando como límite los derechos de la contraparte del negocio jurídico. En el caso, entiendo que por la forma en que ha quedado trabada la Litis, el carácter de usuario del actor, es posible resolver la contienda en función de las nuevas normas contenidas en el CCyCN, en tanto con ello no se afecta garantías amparadas por la Constitución Nacional, ni se ven afectados los derechos invocados, los hechos alegados y su prueba. Aspectos sobre los que luego volveré a resolver la cuestión litigiosa. II.

La relación de consumo en el caso. En el caso, resulta innegable que la relación que uniera a las partes desde el punto de vista jurídico, es la de un típico contrato de consumo de servicios (específicamente de servicios de esparcimiento o diversión) por la que a cambio del precio de un boleto o billete, la demandada -proveedora del servicio- se obligaba a proporcionar al consumidor la participación en un juego determinado, esto es, en un toro mecánico. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 5° de la ley 24.240, que no fue derogado, regula el deber expreso de seguridad en las relaciones de consumo. A su vez, los arts. 1716, 1757 y cons., prevén no sólo la responsabilidad por el riesgo inherente a las cosas sino básicamente -en lo que aquí interesa- por el riesgo de la actividad, porque es claro que si, como en el caso, una máquina de diversiones está destinada a simular una doma campestre, en la que tarde o temprano pierde el jinete, quien organiza el juego está llamado a responder en la medida que el daño no haya salido de su esfera de riesgo. Por tanto, las medidas de seguridad, por más eficaces que parezcan tienen un margen que excede las posibilidades de control del hombre. De allí, con un criterio de estricta justicia, el riesgo consiguiente no ha de ser absorbido por la víctima sino por el empresario. En este orden la jurisprudencia tiene dicho: "El empresario que organiza juegos con máquinas para diversión del público debe, responder por los daños sufridos por el usuario, aunque se probara el funcionamiento normal del juego y que el daño sobrevino a causa de la impericia de la víctima, porque ésta debe ser prevista en la naturaleza del entretenimiento" (ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E Sosa, Eleonora c. Quiroga, Juan F. y otro ? 04/03/1996 Cita Online: AR/JUR/2298/1996) Siguiendo un criterio jurisprudencial predominante, se ha dicho que: "el empresario que organiza juegos con máquinas para diversión del público debe responder por los daños sufridos por el usuario, aunque se probara el funcionamiento normal del juego y que el daño sobrevino a causa de la impericia de la víctima, porque ésta debe ser prevista en la naturaleza del entretenimiento (L.136986 del 23/11/93, con cita de Kemelmajer de Carlucci en "Código Civil..." de Belluscio, t. 5, p. 529, n. 50 ya citado; C. Nac. Civ., sala A, c. 46099 de 28/6/89; íd, esta sala c. 31125 de 7/12/87, publicado en LA LEY, 1988-C, 107; sala G, c. 129708 de 21/9/93). (ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E Sosa, Eleonora c. Quiroga, Juan F. y otro ? 04/03/1996) Cita Online: AR/JUR/2298/1996 En efecto, el art. 10 bis, ley 24240, dispone: "Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección, a (...). Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan". En otros términos, frente al mero incumplimiento material de la obligación, el proveedor responderá por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor, salvo que demuestre el acaecimiento de un caso fortuito o de fuerza mayor. Es prístino entonces que no estará habilitado para demostrar su falta de culpa para eximirse de responder, con lo cual nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. En definitiva, en el marco de la ley 24240, las obligaciones del proveedor, entre las que se encuentra, naturalmente, la obligación de seguridad del art. 5 de esa ley, tienen -por expresa previsión del artículo mencionado- el carácter de un deber de resultado. En definitiva, dado que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad, su incumplimiento se produce por la simple existencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de otra prueba adicional. Al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito. Ello es congruente, asimismo, con lo establecido por el ya citado art. 10 bis, ley 24240, que únicamente permite la exoneración del proveedor incumplidor por la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor (esta sala, L. 581.709, del 25/11/2011, publicado en LL 2011-F-10, y RCyS 2012-II-156, entre muchos otros). Por esa razón, la mera *difficultas prestandi* no es apta para eximir al obligado (Llambías, ? Obligaciones? , cit., t. III, p. 287; Pizarro - Vallespinos, ? Obligaciones? , cit., t. 3, p. 310). No obstante, corresponde poner de resalto que esta concepción debe ser morigerada por las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (Bueres, "El incumplimiento de la obligación...", cit., p. 116), pues, como bien lo enseña Lafaille, no puede entenderse a la imposibilidad "como una situación tal que resista a todo género de esfuerzo, y sí como aquello que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está comprometido el deudor" (Lafaille, Héctor, ? Tratado de las obligaciones? , Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 459 y 460). III. la legitimación sustancia pasiva del Municipio. En su responde a fs. 57 la Municipalidad de Las Heras opone al progreso de la demanda la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva. Aduce no ser propietaria del predio donde se explota comercialmente el lugar de los hechos, conocida como ?Alfombra Mágica?, como tampoco se trata de un permisionario o concesionario, careciendo de potestades sobre el cumplimiento del servicio brindado. Que sus facultades de limitan a la habilitación municipal del citado comercio. En oportunidad de presentar sus alegatos a fs. 368/370 se opone a la procedencia de la defensa articulada. Adelanto que, por las razones que invocaré, la excepción opuesta será rechazada. Es sabido que la legitimación, como requisito intrínseco de la pretensión, encuentra vinculación con los sujetos del proceso y con el objeto de aquélla, siendo claramente diferente de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, constituyéndose en una condición imprescindible para que el juez pueda examinar la pretensión procesal en cuanto al fondo del asunto (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, Tº I, pág. 405). La legitimación es una

condición que debe examinarse previamente a entrar a juzgar la cuestión de fondo, constituyendo su falencia uno de los supuestos que autorizan a repeler in limine la demanda. Palacio habla de coincidencia entre la persona que efectivamente actúa en el proceso y la persona a la que la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. (v. Palacio, Ob cit, Tº I, pág.407). Se puede pues, establecer al respecto esta regla general: cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir, corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (legitimación normal) -conf. Palacio, "Derecho procesal civil", t. 1, ps. 405 y sigtes.; Fenocchietto y Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. 2, ps. 195/6; Cala-mandrei, "Instituciones de derecho procesal civil", t. I, p. 264, traducción de Santiago Sentis Melendo). Las mismas razones que tuvo en cuenta el legislador para admitir la excepción de falta de legitimación, cuando fuere manifiesta, permiten concluir que también el juez podrá examinar oficiosamente, de entrada, la cuestión y si advierte que existe esa falta de legitimación manifiesta, repeler la demanda "ex li mine", ya que ello hace innecesario la tramitación del proceso en todas sus etapas. (ob. cit., t. 2, ps. 195/6). En otras palabras, no es dable juzgar la procedencia o no de la pretensión, si media una falta de legitimación sustancial, tanto activa, como pasiva. Entiendo, como lo desarrollaré seguidamente, que en las particulares circunstancias de la causa, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que pudiera imputársele al organizador o responsable del establecimiento comercial llamado La Alfombra Mágica, que ha sido demandado en la causa, ello no exime la responsabilidad del Estado municipal accionado por el hecho producido en el interior del citado lugar de entretenimiento, en razón de la falta de servicio en la oportunidad de los hechos investigados en la causa. Por cierto que las entidades que lucran con actividades de esta índole, tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para que los eventos se desarrollen normalmente, sin peligro para la concurrencia. En caso contrario incurren en responsabilidad. No cabe duda que la relación entre un cliente de un comercio que ofrece juegos de entretenimientos a sus clientes y la propietaria o responsable de la misma es de naturaleza contractual, surgiendo en forma accesoria para esta última la obligación de brindar seguridad a todos los concurrentes. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las empresas son profesionales y que como tales deben tener las previsiones que hacen a esa profesionalidad (art. 902 del Cód. Civil) y que conforme a las nuevas disposiciones de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor (24.240; 24.999 y 26.361 -Adla, LIII-D, 4125; LVIII-C, 2929; LXVIII-B, 1295-) y la reforma constitucional de 1994 (art. 41 y 42) la tutela del usuario de servicios o el consumidor de productos, goza de una seguridad absoluta (art. 5 de la Ley 24.240) que obliga a las empresas a un servicio eficiente.- (como riesgo de empresa)". En síntesis, debemos preguntarnos si el Municipio demandado ejerció o no adecuadamente, conforme las circunstancias de tiempo y lugar su poder de policía. En este orden de ideas, en principio, es primordial comenzar por la individualización y configuración de la omisión antijurídica para tener por existente la falta de servicio del Estado por su actitud omisiva. Pues, el hecho omisivo, como ha señalado Marienhoff, interesará al derecho en tanto constituya un deber jurídico que el sujeto omiso debió cumplir (Marienhoff, Miguel S.: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", "El Derecho", t. 169, 1996, pág. 1094). Estamos, entonces, frente a una actividad ilícita pues la omisión importa un apartamiento o violación a una obligación legal, que puede estar expresa o implícitamente establecida (art. 1074 del CCiv.; Cassagne, Juan C.: "Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte", en "XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad del Estado", RAP, n. 326, nov. 2005, pág. 75; Marienhoff, Miguel S., ob. cit., pág. 1098). Pero es importante destacar que la omisión si bien, principalmente, es antijurídica por la ilicitud, considero que también podría serlo por ser abusiva (art. 1071 del CCiv.; Huici, Héctor M.: "La responsabilidad del Estado por omisión", "La Ley", 1993-D, págs. 833 y 853; también hace referencia a la omisión abusiva la doctora Kemelmajer de Carlucci, en el apartado VII, punto 3, de su voto en la causa "Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza", S.C. Mendoza, sent. del 4-IV-1989, "La Ley", t. 1989-C, pág. 518). IV. el actuar del Municipio en el caso. Como lo anticipara, por las argumentaciones que desarrollaré, entiendo que la Municipalidad de Las Heras resulta responsable por la falta de servicio en el ejercicio del deber de policía que pesa sobre la misma. Ese deber de control municipal, que entiendo deficientemente cumplido en el caso, surge del ejercicio del poder de policía que tiene a su cargo la Municipalidad demandada, de acuerdo a lo normado en la Constitución de la Provincia, la Ley Orgánica de Municipalidades y las Ordenanzas dictadas en su consecuencia. Facultades comunales que son concurrentes con el poder de policía que es propio del gobierno y Administración provincial. Una vez individualizado ese deber legal, resulta esencial determinar el alcance del mismo, pues frente a este tipo de responsabilidad del Estado debe actuarse con suma cautela a fin de evitar incurrir en excesos. En este sentido, la doctora Kemelmajer de Carlucci, en la causa "Torres", ha hecho un esfuerzo para que el ilícito omisivo posea una delimitación adecuada. Así, a través de doctrina administrativa italiana (Giovanni Duni), sostuvo que "lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual está obligado a actuar; esa obligación, no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) La existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa;

(...) b) La necesidad material en actuar para tutelar (ese) interés. c) La proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar" (S.C. Mendoza, "Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza", 4-IV-1989, "La Ley", t. 1989-C, págs. 514-519). En el caso, en primer lugar, observo que hay un interés normativamente relevante, pues en este tipo de actividades de esparcimiento mediante juegos mecánicos que ponen en peligro la integridad física de las personas que utilizan los mismos, está en juego la seguridad de la persona y bienes de los asistentes a dichos lugares. En segundo término, la necesidad de que la Municipalidad efectivice ese control resulta esencial para la tutela del interés aludido. En efecto, en el particular caso de autos, entiendo que las obligaciones comunales no se acaban con la habilitación del lugar. Por el contrario, siendo que en el mismo se ha habilitado la explotación de juegos mecánicos que por su propia dinámica pueden resultar dañados los usuarios debió exigir la adopción de las pertinentes medidas de seguridad. Y, finalmente, el sacrificio que para la comuna importaría la verificación de dicha medidas de seguridad es prácticamente mínimo, en tanto bastaría con un control rutinario en lugar de una inspección extraordinaria. En rigor, la Municipalidad de Las Heras través de su poder de policía, atributo irrenunciable, debió actuar para que el dueño o explotador del emprendimiento en cuestión (?Alfombra Mágica) adoptara las garantías apropiadas, adecuadas a la naturaleza de los juegos mecánicos ofertados a los usuarios para evitar que su deficiente prestación se transforme en fuente de daños a terceros. Incluso puede decirse que para los asistentes al lugar (clientes o no), la existencia de la autorización municipal para funcionar, era garantía de que la cobertura existía. Como lo señala Bustamante Alsina, ?el poder de policía ha sido instituido para preservar el bien común?. (Bustamante Alsina, Jorge: "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", "La Ley", t. 1990-C, pág. 430). Es que el poder de policía -o norma de policía- encierra una medida coactiva con arreglo a derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública (conf. causa B. 53.836, sent. del 21-III-2001). El revés necesario de ello, también propio del ejercicio del poder de policía, es controlar que se cumpla con lo normado (conf. Art 6º. ley 6444). En ambos casos, ese ejercicio del poder de policía municipal debe ajustarse a un criterio de razonabilidad. Enseña Marienhoff, que el ejercicio del poder de policía "no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del ?lugar', del ?objeto o índole' de la actividad, o de las personas; en fin, depende de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder de policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trate" (Marienhoff, Miguel S.: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", "El Derecho", t. 169, 1996, pág. 1105). Asimismo, continuando con la cautela que se debe tener en esta problemática, la Corte Suprema nacional, en los precedentes "Ruiz " (7-XI-1989), "Sarro Ver Texto" (27-XII-1990) y "Colavita " (7-III-2000), sostuvo que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa" (C.S.J.N., Fallos 312:2138 , 313:1636 Ver Texto y 323:318 , respectivamente). En el caso de autos, como lo vengo sosteniendo a lo largo de este fallo, indudablemente, la Municipalidad demandada formó parte del evento, pues habilitó el lugar de entretenimientos, sin controlar a me entender la adopción de las medidas de seguridad que tales juegos demanda. Para que se comprenda lo que digo, la lectura del informe enviado por la Municipalidad de Las Heras y que se glosa a fs. 263/272, se limita a una brevísima referencia de la habilitación del lugar y sus sucesivos dueños o responsables, no existe prueba alguna de cuáles son las medidas de seguridad solicitadas a los efectos de la habilitación municipal (carteles indicadores de la edad permitida para el uso a dicho juego, advertencias sobre los riesgos o peligros que el mismo encierra, condiciones de uso y conservación de dicha alfombra, la existencia y estado de conservación de medios manuales para la detención inmediata del juego en cuestión. Nada de esto lo prueba la escasa prueba informativa remitida por el Municipio, no obstante encontrarse en las mejores condiciones para hacerlo. Por otro lado, el daño que ocasiona la actitud omisiva de la Municipalidad es cierto, es decir, real y efectivo (C.S.J.N., Fallos 317:1225, "Godoy ", sent. del 13-X-1994), pues la víctima se encuentra perjudicada al no contar con la seguridad apropiada al evento del que participa confiadamente de que ello está asegurado. En cuanto a la relación de causalidad entre la omisión del Estado y el daño, se debe tener en cuenta que "ese no hacer viene a ser una condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca. Prueba de lo expuesto es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el proceso causal, evitándose el desenlace dañoso" (Goldenberg, Isidoro H.: "La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil", Ed. Astrea, Bs. As., 1989, pág. 212). De este modo, si la Municipalidad hubiera ejercido efectiva y regular-mente el poder de policía a fin de controlar el debido cumplimiento de la normativa relativa a las condiciones de seguridad en que deben cumplirse los llamados juegos de ferias, entre ellos el ?toro mecánico?) en lugares públicos habilitados por la misma, la víctima no hubiera sufrido los perjuicios cuya reparación ahora reclama. En lo concerniente a la imputación jurídica del daño, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Constitución Provincial, la Ley Orgánica de Municipalidades, la omisión es

atribuible materialmente a la Municipalidad demandada. Pues esa actitud omisiva se ubica en el ámbito del ejercicio de sus funciones, e indudablemente cabe reconocerle al deber jurídico que se omitió cumplir. El art. 1074 dispone que toda persona que por cualquier omisión hubiere ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Desde este ángulo recuerdo que no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento puede determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor de la misma, sino que basta que la omisión sea antijurídica, vale decir contraria a derecho. La falta de servicio configura un factor objetivo de atribución de responsabilidad del Estado (art. 1074 Código Civil). La Suprema Corte de Justicia de la provincia en diversos pronunciamientos, ha dado algunos lineamientos básicos que presiden la responsabilidad del Estado por omisión (ver, entre otros, 18/10/1996 recaída in re Norton c/ Municipalidad de Godoy Cruz p/ Ordinario, s/ Inconstitucionalidad, LS 267-496 publicada en LL 1997-B-92 y Voces Jurídicas 1997-1-136, decisión que contiene una detallada relación de los antecedentes de esta Sala -especialmente el caso Torres, citado por el recurrente- y de la jurisprudencia nacional y extranjera, a cuyos antecedentes cabe remitirse; ver también sentencias del 2/3/2001, LS 299-475, publicada en Foro de Cuyo 48-267, y del 28/12/2005 LS 361-131). Puede decirse que estas líneas generales son: 1) Hay un derecho de daños con principios comunes, sin perjuicio de que la responsabilidad del Estado por actos lícitos tiene especiales particularidades. 2) En consecuencia, en principio, es aplicable a la responsabilidad del Estado el art. 1074 del Cód. Civil. O sea, para que el Estado responda por sus actos omisivos, es menester que exista deber de actuar; existe omisión antijurídica cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares; se requiere, entonces, que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal, expresa o implícita. 3) Dado que la obligación puede ser implícita, basta la existencia de tres requisitos: a) Un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; b) Necesidad material de actuar para tutelar ese interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar. 4) El deber omitido debe ser una verdadera obligación, un deber concreto y no un deber que opere en dirección genérica y difusa; en definitiva, es menester que se trate de una obligación a cuyo cumplimiento la Administración pueda ser compelida. 5) La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de su poder de policía no debe ser analizada con criterios rígidos o inflexibles; dependen del lugar, objeto o índole de la actividad o de las personas, pues el ejercicio del poder de policía es contingente, circunstancial, no uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones. Consecuentemente, no siempre es una obligación de resultado. Dentro de la opinión de la Doctrina, el Dr. Juan Carlos Cassagne señala que: "... la clave para establecer la responsabilidad estatal por un acto omisivo, se encuentra en la configuración de la falta de servicio, concebida ésta como una omisión antijurídica, que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en la persona y bienes de los particulares. La antijuridicidad se genera por el incumplimiento de una obligación legal expresa o implícita y no de un deber genérico o difuso" (conf. Cassagne Juan Carlos, "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado de la Jurisprudencia de la Corte Suprema", en Rev. La ley 2000-D- 1219 Sección Doctrina con cita de GAMBIER BELTRAN "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la Jurisprudencia" en Rev. La Ley 1990 -E- 617). Por otra parte, en cuanto a la obligación de ejercitar el poder de policía de seguridad por parte de los Municipios, además del genérico que se deriva del art. 1074 del código civil citado, la Constitución de la Provincia de Mendoza establece en el art. 200 inc. 3) que son atribuciones inherentes a las municipalidades: "Tener a su cargo el ornato y salubridad, (...) y la viabilidad pública, respetando las leyes que dicte la legislatura sobre la materia". Por su parte la Ley Orgánica de Municipalidades en el art. 79, establece que corresponde al Consejo Deliberante en lo concerniente a "seguridad", organizar la policía e inspección municipal y dictar sus reglamentos?. Por todas las razones expuestas, la defensa opuesta debe ser rechazada, en su lugar se hará lugar a la demanda incoada en la causa contra la Municipalidad de Las Heras, en la extensión que fijaré. V. La responsabilidad de los demandados Diego Soria Gómez y Ana María González. En el sub lite, ha quedado demostrado con el informe de la Municipalidad de Las Heras, glosado a fs. 272 y la Póliza de seguro agregada a fs. 113/132, que en la actualidad los señores Ana María González y Diego Soria Gómez, son los responsables titulares de la explotación comercial del establecimiento denominado "Alfombra Mágica?". Del mismo modo ha quedado acreditado que la señora Andrea Janet de Dios Castilo, el día 17 de agosto de 2014, al participar del entretenimiento conocido como "Toro Mecánico" sufrió un daño en el marco de la relación de consumo con la demandada. Prueba de la presencia de la actora en el lugar como de las caídas de la misma y los daños sufridos en su dedo anular de su mano izquierda, es el testimonio prestado en la causa por la señora Carina Elizabeth Mesa y que se glosa a fs.246. La testigo declara conocer a la actora, que son amigas y salieron juntas en el mes de agosto, encontrándose en el lugar de los hechos el día del accidente. Reconoce que la actora subió al toro y en el segunda o tercer caída se cayó, que estaban todos mirando, cuando advirtieron que se había lastimado el dedo anular, porque se le empezó a hinchar. En cuanto a las medidas de seguridad al momento de montar el toro, responde que la persona que manejaba el juego nos pidió solo sacarnos el calzado y subirse al juego

(Tercera Repregunta). A la Sexta repregunta para que diga si la actora se sujetaba con sus manos en el toro. RESPONDE: Sí, al momento que subió se agarró de la sogá que había en el juego sino se caía inmediatamente. En cuanto a la valoración que me merece el testimonio analizado, tengo en cuenta en primer término que el mismo no fue tachado por los interesados. En orden a la valoración de esta prueba, es importante tener en cuenta que en concordancia con el principio general emanado de art. 207 de la ley de rito mendocina, la apreciación de la prueba testimonial se encuentra sometida a las reglas de la sana crítica. En tal sentido el magistrado goza de amplias facultades: admite o rechaza la que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito obrantes en el expediente (Conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Comentado", Tomo 2, pág. 446). Una pauta fundamental que el juez debe seguir consiste en la determinación del grado de convicción que le ofrece el testimonio en función de la mayor o menor verosimilitud de los hechos que expone, así como también a la mayor o menor facilidad con que pueden percibirse y recordarse (Conf. Palacio, "Derecho Procesal Civil", Lexis N° 2507/004573). En la valoración de la prueba testimonial lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que de no concurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante (ver CNCIV, Sala B, 7-6-90 "Pèrelli Roberto A. C/Kinjo Hidejoi", LA LEY, 1991-C, 116 y ss.). Para rechazar o aceptar la declaración de un testigo habrá que examinar los dichos de éstos en función de las pautas señaladas. En el presente caso, si bien no puedo dejar de apreciar que la testigo guarda una relación de amistad personal con la actora, no lo es menos, que la presencia de la misma en el lugar de los hechos no ha sido desvirtuada por prueba alguna. Por lo que no encuentro motivos para apartarme de la veracidad de sus dichos. Probado el hecho, competía a la demandada, para excusar totalmente su responsabilidad, demostrar la imposibilidad de cumplimiento derivada del caso fortuito, en los términos de los arts. 513, 514 y 888, CCiv. y 10 bis, ley 24240. Asimismo, aun cuando no se hubiera probado la existencia de tal imposibilidad, cabría eximir parcialmente a la emplazada si -como se concluyó en la sentencia en crisis- pudiera atribuirse al accionar de la víctima algún grado de eficacia causal en la producción del daño, pues en tal caso existiría una concausa, y el responsable únicamente debería resarcir los perjuicios que se encuentren en relación causal adecuada con su propio incumplimiento. VI. La eximente invocada (culpa de la víctima) Lo hasta aquí dicho me conduce a abordar el tratamiento del punto central de la defensa de los demandados. En efecto, los accionados entienden que el daño sufrido por la actora tendría su causa exclusiva en el actuar negligente de esta última, mientras que el actor pretende que su conducta no tuvo relevancia alguna en la producción del evento dañoso. Sin embargo, cuando se está ante víctimas en situación de vulnerabilidad, se verifica una tendencia a exigir, para que proceda la exoneración, una culpa calificada del dañado, como una forma de aumentar su protección (Zavala de G., ? Resarcimiento de daños?, cit., p. 282; Alterini, Atilio A., "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal", en ? La responsabilidad, obra en homenaje al Prof. Goldenberg?, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 394 y ss.). Ello es lo que sucede, precisamente, en materia de daños al consumidor, terreno en el cual la Corte Sup. tiene dicho: "los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial" (Corte Sup., Fallos 331:819, 333:203), lo que equivale a exigir una culpa grave del consumidor o usuario para que ella pueda tener relevancia causal (ver mi trabajo "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LL, 2/6/2008, p. 4). Es desde esta perspectiva que corresponde evaluar los elementos obrantes en estos autos a fin de dilucidar si se encuentra debidamente acreditado un hecho de la víctima de tal envergadura que permita atribuirle la total eficacia causal en la producción del daño, o al menos un porcentaje de ella. En el mismo, se ha dicho que: "si por las características del juego, para que sea más atractivo, no se adoptasen las previsiones que resguarden la seguridad de los usuarios, aun cuando esto por impericia o imprudencia no cumplieran con las instrucciones recibidas, de todos modos quien explota el parque de diversiones deberá responder por los daños que sufra el usuario" (esta Cámara, sala I, 15/7/2011, "B. P., del C. G. v. Parque de la Costa SA y otro s/daños y perjuicios"), y que: "la culpa de la víctima requiere considerar las singularidades que presentan los daños producidos mediante estas máquinas de diversión del público, donde hay ciertas imprudencias comunes a los participantes, por lo cual el empresario que se favorece con dicha instalación tiene que preverlas y tratar de evitarlas por medio de mecanismo de seguridad si no lo hace debe absorber los daños derivados de esas faltas leves" (id., sala E, 4/3/1996, ?Sosa, Elenora v. Quiroga, Juan F. y otro", LL Online, AR/JUR/2298/1996). Por otra parte, como lo tiene dicho la doctrina especializada, que entiendo aplicable al caso: ? Además, las eventuales falencias en garantizar la seguridad del usuario forman parte de la propia lógica de ese juego riesgoso, o lo que es lo mismo, representarían en el mejor de los casos una circunstancia interna y propia del riesgo de la actividad desarrollada por la demandada, que -por ello mismo- no puede esgrimirse como constitutiva de un casus? (Pizarro, Ramón D., ? Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa?, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 296; Trigo Represas, Félix A., "Dueño y guardián en la responsabilidad civil por daños causados por automotores", LL, 1981-A-695; Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., ? Tratado de la responsabilidad civil?, Ed. La

Ley, 2011, t. II, p. 832). . A lo que cabe agregar. Que tampoco se ha acreditado la existencia de un hecho de la víctima de suficiente gravedad como para adquirir incidencia causal en la producción del daño. VII. La obligación de garantía en el caso. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter contractual de las obligaciones asumidas por las empresas que ofrecen diversión al público, como en el caso (conf. CNCiv., Sala E, ?Sosa, Eleonora c. Quiroga, Juan F. y otro?, del 04/03/1996, La Ley Online; CNCiv., Sala A, ?Páez, Norma Graciela c. Tren de la Costa S.A.?, del 30/12/2008, LA LEY 2009-B, 231), a menos -claro está- que a raíz de su incumplimiento se produzca la muerte de quien contrató el servicio y, por ese motivo, reclamen los damnificados indirectos (conf. comentario crítico a un fallo de la sala E de Jorge Bustamante Alsina, Jorge, ?La obligación de seguridad en el contrato denominado ?juegos de feria?, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1223). Se ha sostenido al respecto que el feriante o propietario del parque de diversiones, asume una obligación de seguridad hacia el participante (conf. Belluscio, Augusto C, ?Código Civil...?, t. 5, p. 529). Para reforzar esa conclusión suele decirse que: los denominados juegos de feria son siempre impresionantes y aparentemente peligrosos, por eso la empresa propietaria garantiza implícitamente que se trate de una mera apariencia que encubre una realidad absolutamente inofensiva. Esa es la creencia de los usuarios y con esa confianza acuden al lugar, pagando su entrada. Quizás no lo harían si supieran que la empresa no garantiza la seguridad de las personas? (conf. CNCiv, Sala E, del 04/03/1996, ?Sosa, Eleonora c. Quiroga, Juan F. y otro?, La Ley Online). Se trata de un típico deber de garantía que se presenta en supuestos específicos y de un modo análogo a aquellas situaciones en las que la obligación suplementaria acompaña a la principal. Dicho deber se manifiesta en la protección de la persona del cocontratante, es decir, que es un deber de protección, integrando la categoría que se denomina como caracteres accesorios que acompañan al cumplimiento (conf. Mayo, Jorge, ?Sobre las denominadas obligaciones de seguridad?, cit.). En el código de Vélez, la obligación de seguridad se desarrolló al amparo del principio rector de la buena fe en materia de interpretación de las obligaciones nacidas del contrato (art. 1198 Cód. Civil). Se entiende que este postulado cumple una función integradora dentro del contenido negocial. En función de este principio, el deudor está formalmente obligado no sólo a cumplir aquellas prestaciones expresamente asumidas sino que también lo está a observar los deberes de conducta que exceden del propio y estricto deber de prestación, pero que encuentran su justificación en la estructura misma de la relación contractual en todas sus fases (conf. Borda, Guillermo, Obligaciones, n° 30, pág. 40; Vázquez Ferryera, ?La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual?, en Revista de Derecho Privado y Comunitario?, n° 17, pág. 84; Díez Picazo, Luis, ?Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial?, ed. Civitas, 5ª ed., Madrid, 1996, t° 1, págs. 124, 398 y concls.). Vale decir que, aun cuando el contrato obliga a lo expresamente estipulado se integra también con lo implícitamente convenido y con los deberes que impone a las partes la buena fe lealtad y buena fe creencia (conf. Mosset Iturraspe, ?Estudios sobre responsabilidad por daños?, t° II, pág. 200). Esta puede imponer al deudor en ciertos casos deberes secundarios, para evitar que determinados eventos puedan poner en peligro el contrato, ocasionar daños o, finalmente, hacer imposible el cumplimiento de la prestación (conf. Díez Picazo, Luis, op. cit., t° 2, pág. 99, n° 20). Como se advierte, el fundamento de este instituto radica en la regla del ?naeminem laedere? y, su aplicación al ámbito contractual tiene sus raíces en el principio de buena fe (art. 1198 del Cód. Civil). Es cierto que -como lo señala calificada doctrina- el deber genérico de no dañar a otro está presente en toda relación de alteridad y no exige un vínculo jurídico preexistente, mientras que la obligación de seguridad existe sólo como consecuencia de una relación jurídica anterior. De modo que en el primer caso, la obligación se satisface con una mera abstención, mientras que el segundo a veces requiere una conducta activa de prevención; siendo por ello el primero propiamente un ?deber? y el segundo técnicamente una ?obligación? (conf. Mayo, Jorge, ?Sobre las denominadas obligaciones de seguridad?, en Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales, t. III, pág. 371). El deber de seguridad se hace particularmente intenso y deja de ser una obligación accesoria o secundaria y tácita para ser un mandato expreso de derecho positivo, cuando se trata de las relaciones de consumo, debido a la tutela privilegiada que tiene la protección de la salud de consumidores y usuarios, precisamente, en ese tipo de vínculos. En efecto, a partir de la reforma de 1994, la ?seguridad?, y en particular de los usuarios y consumidores, ha sido erigida en una garantía de rango constitucional. En efecto, el art. 42 CN expresamente consagra el derecho de aquéllos a ?la protección de su salud, seguridad e intereses económicos? incorporando -así- normativamente una tutela de alto rango frente a la situación de debilidad contractual en que pueden encontrarse a raíz de los abusos a los que se hallan expuestos y que, en no pocas ocasiones, tienen entidad para poner en riesgo intereses tan importantes para los seres humanos, como la salud y la seguridad. La cláusula constitucional mencionada, hizo trascender los problemas de consumidores y usuarios a un plano superior de protección. En esa inteligencia, el art. 5° de la ley 24.240 impone suministrar cosas y servicios inocuos para la salud e integridad física de los consumidores. En numerosos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó bien claro que la referida protección de consumidores y usuarios está por encima del marco tradicional de las relaciones jurídicas contractuales y extracontractuales. En efecto, en reiterados pronunciamientos, en los últimos años el más Alto Tribunal ha resuelto una serie de casos (conf. ?Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.?, 22/04/2008, RCyS, 2008, 860; 07/11/2006, ?Bianchi, Isabel del Carmen

Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y /u otros?, RCyS, 2006, 1278; ?Ferreyra, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A. RCyS, 2006, 492; ?Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros?, LA LEY 2007-B, 261; ?U. M., H. V. y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros?, LA LEY 2010-B, 258, entre muchos otros) que establecieron un verdadero estatuto que la doctrina se encargó de desarrollar. En todos los precedentes citados estaba en juego la salud o la integridad física de la persona damnificada, y se puso énfasis en el deber de cuidado, en la prevención y en el factor de imputación objetivo en materia de responsabilidad. De modo que el demandado sólo se exime mostrando la causa ajena. VIII. La proyección en el caso. Se ha sostenido que el empresario que organiza juegos con máquinas para diversión del público es responsable por los daños sufridos por el usuario, aunque se probara el funcionamiento normal del juego y que el daño sobrevino a causa de la impericia de la víctima, porque ésta debe ser prevista en la naturaleza del entretenimiento (conf. CNCiv. Sala ?E?, en autos ?Sosa, Elena c. Quiroga, Juan Facundo?, L. 187.414, de fecha 04/03/1996). Sin duda, el empresario es quien pone toda una organización al servicio del juego y lucra con ella, incluso con el peligro y las contingencias que pueden ocurrir por más que se adopten todas las previsiones del caso, porque -precisamente- la adrenalina del juego hace que los hechos se desarrollen en situaciones que están al límite del peligro y ahí está, para muchos, la gracia y el sentido de la participación. Pero cuando los usuarios corren mayores riesgos, el deber de seguridad se vuelve más exigente, aunque la exposición a este tipo de mecanismos hubiera sido voluntaria, porque nadie que va a divertirse piensa que lo hace para salir lesionado o con una disminución en su cuerpo o en su salud. Es que, no obstante lo impresionante y aparentemente peligrosos que resultan los juegos mecánicos, la empresa propietaria garantiza implícitamente que se trata de una mera apariencia que encubre una realidad absolutamente inofensiva. Esa es la creencia de los usuarios y con esa confianza acuden al lugar, pagando su entrada; lo cual, sin duda, no harían si supieran que la empresa no garantiza su seguridad. En base al criterio expuesto, y cuando determinadas máquinas o juegos son utilizados por menores de edad de quienes no puede esperarse la pericia suficiente para conjurar los riesgos del juego porque carecen de habilidad práctica, se ha llegado a sostener que su propietario responde aunque se probara que su funcionamiento era normal y que el daño sobrevino a causa de actitudes inapropiadas de la víctima, porque éstas deben ser contempladas para enervar cualquier contingencia productora de daños en la naturaleza del entretenimiento (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, ?Código Civil anotado? t. 5, coment. art. 1113, N° 50, pág. 530 y jurisprudencia allí citada; esta Sala in re ?Ford, Elva L. c. Ital Park y otros s/sumario? de fecha 28/06/1989).

Finalmente, la ya predicada necesidad de tener en cuenta, para la apreciación de la culpa de la víctima, las circunstancias en las que se desenvuelve su actuación, nos lleva a considerar un último aspecto: es que, para interrumpir el nexo causal, es necesario que el hecho en cuestión -en este caso, el hecho de la víctima- no haya tenido por antecedente el obrar negligente del demandado (arg. art. 513 in fine, Código Civil). Y en tal caso, la Corte expresa que si ?la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador? no tendrá entidad interruptiva del nexo causal. (ibidem) Una vez más, el art. 42 de la Constitución Nacional es invocado por el tribunal, ahora en tanto obliga a los proveedores a brindar un trato digno a los consumidores (igual disposición encontramos en el flamante art. 8 ?bis? de la LDC). Sin ninguna duda se viola esta disposición cuando se omite adoptar medidas para evitar daños previsibles a la integridad física del usuario.(cfr. Casos ?Bianchi?, ? Ferrei-ra? y el más reciente ?Ledesma, María Leonor c. Metro-vías S.A.? LA LEY 20/05/2008, 7 - RCyS 2008-V, 82) En la causa la escasa y muy pobre actividad probatoria cumplida por los demandados, sea el Municipio como los responsables del lugar, ha dejado sin prueba idónea, como lo hubiera sido la pericia de un ingeniero técnico en higiene y seguridad del trabajo, que si bien se ofreció no fue rendida, no sólo que de haber existido las protecciones que este tipo de juegos exige, el accidente no debería haber ocurrido, sino que además tampoco se probó que funcionó el mecanismo de detención del juego exigido por la ley, pues el mismo debió ser detenido manualmente. En definitiva, y a modo de síntesis, concluyo que si la actora se cayó porque no estaba suficientemente asegurada al toro en cuestión o si una mala caída provocó la fractura de su dedo, es parte de los riesgos que corre el dueño del juego y que debe prever, por cierto, en el desarrollo de la actividad que lleva a cabo. De modo que hacer recaer sobre la usuaria la responsabilidad por la caída importa modificar las claras directivas constitucionales que, como hemos visto, encierran un deber de seguridad genérico para las relaciones de consumo en las que se enmarca el presente. En relación a la demandada, insisto, que no obstante encontrarse en la mejor posición para probar que el hecho no ocurrió o que ocurrió de un modo distinto sin responsabilidad de su parte, no lo hizo. Bajo este aspecto, es válido recordar que en materia probatoria el art. 179 del C.P.C. distribuye la carga de la prueba entre las partes y la responsabilidad de probar los presupuestos de hecho de la norma que sirve como fundamento a su pretensión o defensa, a la vez que otorga al juzgador una verdadera regla de juicio sobre los hechos esenciales no probados por los litigantes: la ausencia de prueba, en principio, determinará el contenido de la sentencia (Fenochietto-Arazi "Código Procesal Comentado" t° II- 237), en razón de que partiendo de los hechos probados el Juez estimará la pretensión o defensa, según el caso. Pues, como dice el Dr. Lino Palacio, ?quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una

sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés? (Palacio, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot", 2004, pág. 399). IX. Los alcances de la asunción de los riesgos. Atento las particulares circunstancias en que resultara lesionada la actora, esto es, mientras la misma participaba en el juego llamado "toro mecánico", y su estrecha vinculación con la problemática de la asunción de los riesgos por parte de la víctima en casos como el de estos autos. La doctrina ha dicho que: "la participación voluntaria de la víctima en ciertas actividades o eventos riesgosos requiere una especial lectura de la situación, siempre teniendo en cuenta que dicha participación se hizo no sólo con conocimiento claro de los alcances de ese riesgo (en la medida que los riesgos que se asumen formen parte del elenco de supuestos razonablemente esperables) No puede entenderse sin condicionamiento alguno que la víctima haya consentido de antemano el padecimiento de ciertos perjuicios derivados de la actividad? (ver Molina Sandoval, Carlos A., Asunción de riesgo, Publicado en: LA LEY 26/02/2018, 1) Como lo señala el autor citado "La aceptación de la asunción de riesgo como causal de justificación (excluyente de antijuridicidad) o como hecho de la víctima (disruptiva del nexo causal) impone un delicado análisis de las consecuencias jurídicas de esa opción. Ello así, porque el planteo adecuado de los presupuestos de la responsabilidad podría traer consigo una estrategia probatoria claramente distinta. Incluso la activación de ciertos mecanismos procesales vinculados con la carga de la prueba La adecuada noción de "asunción de riesgo" presume, de algún modo, la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro. Se relaciona con la aceptación voluntaria de un peligro en la realización o utilización de una actividad o cosa riesgosa La regla es que dicha "exposición voluntaria" no justifica el daño (no existe un consentimiento para sufrir dicho daño); en otros términos: conocer las posibles consecuencias del riesgo no transforma en "lícito" el daño "injustificado". El daño causado a quien se expuso voluntariamente a una situación riesgosa debe ser resarcido. No es una causal de justificación que elimine la antijuridicidad. Sólo puede excluirse la responsabilidad cuando dicha "asunción voluntaria" quiebra el nexo de causalidad. El daño podrá ser antijurídico, pero no existirá "causalidad". No necesariamente importa ruptura al factor objetivo de atribución. El riesgo existe más allá de su asunción voluntaria o, incluso, su consentimiento. Desde este ángulo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición, ha descartado su autonomía como causa eximente y así ha sostenido, ante la invocación por parte del responsable de la asunción del riesgo por parte de la víctima: "Tal argumento no es atendible, toda vez que la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima". (ver C.S.J.N., mayo 30-2006 "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y ots.", considerando 8, ya citado en Fallos 329:2008). En relación a su pretendida relación con los factores de atribución, las consideraciones que anteceden han llevado a la doctrina a concluir: a. La teoría de la aceptación del riesgo sólo puede ser estudiada en relación al factor de atribución riesgo creado, es ajena al ámbito de la culpa probada y presumida. b. La aceptación del riesgo por parte de la víctima no constituye una causal de eximición de la responsabilidad autónoma, sino que está comprendida dentro del hecho de la víctima, siempre que reúna los requisitos propios de tal eximente. c. La asunción del riesgo por la víctima no exime de las consecuencias de la culpa de aquél que controla el riesgo. (ver Marchand, Silvina, Parellada, Carlos A. Burgos, Débora La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación? Publicado en: LA LEY 08/09/2009, 1 ? LA LEY 2009-E, 1065) En definitiva, asumir el riesgo no es asumir el daño. Correr un riesgo no es igual a sufrir un perjuicio, someterse a la posibilidad de sufrir un daño no es lo mismo que consentir sufrir un daño. La diferencia ha sido destacada por los Dres. Trigo Represas y López Mesa cuando señalan: "la diferencia esencial entre la aceptación de riesgo y el consentimiento de la víctima o perjudicado radica en que en la asunción de riesgo no existe una aceptación de un daño actual". Parece evidente que aceptar un riesgo, que eventualmente puede actualizarse en daño, no es lo mismo que consentir el daño, pues riesgo no es daño. (ver TRIGO REPRESAS, F. A.- LOPEZ MESA, Fernando J. "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., LA LEY, 2004, t. I, p. 966, N° 5.5.d.5.a) Por su parte, el Código Civil y Comercial incluye expresamente la responsabilidad por el daño causado por "las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización" (art. 1757), agregando que en tal caso la responsabilidad es objetiva y resulta legitimado pasivo "quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial" (art. 1758). Se advierte claramente que el Código vigente no define a la actividad riesgosa o peligrosa sino sólo enumera los supuestos que la califican. En este sentido, en opinión del Dr. Galdós, la actividad riesgosa o peligrosa se constituye con una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, que puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas -aunque esto no es excluyente-, y de las que se desprende riesgo (la inminencia de daño) o peligro (la situación que puede generar daño). (ver Galdós, Jorge M. Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código Publicado en: LA LEY 23/03/2016, 1 LA LEY 2016-B, 891) En el Código Civil y Comercial la actividad riesgosa o peligrosa comprende tres supuestos típicos: por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de realización. La doctrina ha conceptualizado las actividades riesgosas como aquellas que "por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. La jurisprudencia sostuvo muy claramente que "la

actividad será riesgosa por su naturaleza cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr. explotación de energía nuclear). La actividad es riesgosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere peligrosidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado. En tanto, las actividades peligrosas por las circunstancias de su realización son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Aún sin normativa expresa, la jurisprudencia ha reconocido varios casos en que la actividad resulta riesgosa por la circunstancias de su realización. Al respecto se ha dicho recientemente (para juzgar la responsabilidad por los denominados juegos de feria, en el caso un toro mecánico) que, más allá de que las opiniones que no consideran subsistente la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial, "lo cierto es que el art. 5 de la ley 24.240 no fue derogado y continúa regulando el deber expreso de seguridad, mientras que los arts. 1716, 1757 y concs. prevén no solo la responsabilidad por el riesgo inherente a las cosas sino también por el riesgo de la actividad" (Cam. Nac. Civ, sala M, "M., M.R. c Parque de la Costa SA y otros", del 16/07/15, en RCyS, noviembre 2015, p. 112). La prueba del "no riesgo de la cosa o de la actividad" requiere la acreditación de la ausencia de relación causal pues para excluir la responsabilidad del sindicado como responsable resulta insuficiente la prueba de la conducta diligente. En definitiva, la actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica por la mera causación material o fáctica. En el caso, si bien no se ha demostrado la existencia de un desperfecto en el juego utilizado (toro mecánico), como señala la actora en su demanda, entiendo si ha quedado acreditado que dicho juego de feria importa una actividad peligrosa, fundamentalmente, por las circunstancias de su realización, consistente en que la participante sea despedida del toro en diversas ocasiones, encerrando ello el riesgo que en dicha caída la usuaria del juego resulte lesionada, como en el caso. Por todo lo expuesto, no habiéndose acreditado causal de eximente invocada, corresponde hacer lugar a la demanda en la extensión que fijaré. Los efectos de la condena se extenderán, además, a la aseguradora citada en garantía Federación Patronal Seguros SA en los límites y condiciones del contrato de seguros X. La tasa de interés moratorio (Ley 9041).

En el mes de diciembre de 2017 se dictó la ley 9041 que tiene por objeto establecer la tasa de interés moratorio para las obligaciones de dar dinero, de conformidad con lo establecido en el art. 768 del CCyCN. Se establece que: a falta de acuerdo entre las partes o ausencia de otra ley especial aplicable al caso, las obligaciones de dar dinero tendrán una tasa de interés moratorio equivalente a la evolución de la serie de la Unidad de Valor Adquisitivo (U.V.A.) que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA), a la que por decisión judicial fundada en las especiales circunstancias del caso, se podrá reconocer un adicional de hasta el cinco por ciento (5%) anual, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago?. En el art. 4 se dispone que la presente ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación y la tasa legal que se adopta, lo será de conformidad a su articulado, esto es, el 02/01/2018 (BO). Por el art. 5 se derogan las Leyes Nros. 7.198, 7.358, 4.087 y toda otra disposición que se oponga a la presente. Es claro que la nueva normativa se conforma con lo dispuesto por el inciso b) del art. 768 del CCyCN, en tanto dispone que a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina, según el inciso b) ¿por lo que dispongan las leyes especiales?. Por otra parte, recuerdo que conforme lo dispuesto por el art. 772 del CCyCN si la deuda consiste en cierto valor (como en el caso de autos), una vez que ese valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección Primera - Obligaciones de dar. Por ello, frente a la normativa vigente, modificaré el criterio sostenido en pronunciamientos anteriores en cuanto a la tasa de interés a aplicar, correspondiendo en consecuencia, ajustarme a las directivas de la ley especial en la materia dictada por la provincia. XI. Los daños reclamados. 1. La incapacidad sobreviniente. Bajo este rubro reclama la suma de \$ 130.000. Señala que la actora como consecuencia del accidente protagonizado sufrió severas lesiones en el dedo anular de su mano izquierda, más lesión de extensor con lesión Mallet Finger. Que fue diagnosticada con fractura con desplazamiento de fragmentos óseos de la diáfisis de la 2ª falange del 4º dedo de la mano izquierda. Estima un grado de incapacidad en el orden del 17% La procedencia del rubro fue expresamente desconocida por la demandada. XII. En relación a la valoración del rubro analizado, comparto el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en diversos precedentes, conforme al cual debe entenderse que la incapacidad no sólo atiende a las pérdidas laborales, sino que alcanza a la disminución de las lesiones que deterioran la vida de relación, toda vez que cuando se indemniza la incapacidad total o parcial el bien jurídico protegido es el derecho a la salud (cfr. S.C.J.Mza., Expte. N° 55.497 ?Belgrano Soc. Coop. Ltda. de Seg. y ot. en J.: Cerrutti Olguín Adrián Rubén c/ José Capel y ots. p/ D. y P. s/ Inc.Cas., 16/03/95, pub. en Jurisprudencia de Mendoza, ?El daño a la persona en la jurisprudencia de la Sala I, Suprema Corte de Justicia, Provincia de Mendoza?, diciembre de 1.997, pág. 35). Cabe valorar que ?el concepto utilitarista de cuantificación de este tipo de daños a través de la capacidad productiva de la víctima, se ha visto modificado, por complementación, por una visión globalizadora del ser humano, que arranca de la protección de la integridad

física, el derecho a la salud, de raigambre constitucional y reconocimiento internacional. De modo que el bien jurídico protegido es la salud como integridad psicofísica. Ello ha significado un desplazamiento desde la valuación estática del daño -lo que el hombre se ve privado de producir-, hacia una dinámica de la cuestión consistente en la consideración de las manifestaciones cotidianas extra laborativas del sujeto, no sólo como productor de utilidad sino como receptor de utilidad (Cámara 2º Civil, Comercial y Minas ?Gómez, Marcelo c/ Martínez, César A.? Fecha 11/03/2005. LL Gran Cuyo 2005 (agosto), 847 en igual sentido Galdós Jorge Mario, ?Daño a la vida de relación?. La Ley 29/06/2006/1); que el daño a la salud se aprecia por el eco, resonancia o efectos que tal detrimento origina en la vida humana, en el quehacer diario de quien lo padece, restándole aptitudes para ?gozar de la vida?, para cumplir actividades, sean éstas económicas o no; para un desarrollo o desenvolvimiento integral de la persona (MOSSET ITURRASPE, Jorge, ?Daño a la Salud?. La Ley 2011-A, 1079); y que la sola alteración de la integridad física de una persona constituye un daño resarcible sujeto a indemnización con independencia que la víctima siga desarrollando sus tareas (CS ?Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios 8/5/2000. Lexis Nxis N° Citar Lexis Nexis N° 70008292), corresponde cuantificar en una suma de dinero, las repercusiones de las secuelas incapacitantes en la vida de la actora. Corresponde destacar que el rubro reclamado no intenta captar todas las pérdidas sufridas por el accionante como secuela de su incapacidad toda vez que se diferencia del reclamo por daño moral, que peticiona en rubro separado, en el que se deberán incluirse los aspectos no patrimoniales del daño. La incapacidad sobreviniente debe apreciarse en función de pautas razonablemente generales, constituidas por las actividades actuales o presumiblemente futuras del sujeto, comprendiendo no solo el aspecto estrictamente laboral, sino también aquellas consecuencias que afecten a la personalidad de la víctima integralmente considerada (Conf J. MOSSET ITURRASPE "El valor de la vida humana ", 3º ed 1999, ps 80 y sgtes; AIDA KEMELMAJER de CARLUCCI " El daño de la persona ¿ sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana? en Rev de Derecho Privado y Comunitario" ed. 1994 t I ps 69 y sgtes ; Rev. L.L. 16-6-2000 pág. 7 Reseña de fallos 42737-S-?). Por último, acreditada la incapacidad, mediante prueba idónea, hay que ponderar que lo decisivo para fijar el "quatum" no es el porcentaje que establece el perito, sino la incidencia que esa merma o minusvalía provoca en la situación actual de la víctima y en sus posibilidades futuras, valorando también si sigue o no desarrollando su actividad habitual. En cuanto a la prueba de la existencia del daño, la Dra. Matilde Zavala de González en "Resarcimiento de daños -El proceso de daños " Tº. 3, pág. 155, señala que " Ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico, respecto del cual se investigan los pre-supuestos de resarcibilidad..." entre los que se cuenta la relación de causalidad, que consiste en "... la conexión que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido " (ver Ramón D Pizarro en " Causalidad adecuada y factores extraños" en "Derecho de Daños", 1º parte pág. 255). Por lo demás, la investigación sobre el nexo causal, es una cuestión de hecho supeditada a la apreciación del Juzgador, obligado a establecer, a través de los medios de prueba que se aporten - art 179 del C.P.C. -, si la relación de causalidad ha existido o no, importando en caso contrario el rechazo del reclamo resarcitorio (ver CC3 L.S. 73- 233; L.S. 89 - 29 ; L.S.90- 221) . La relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es o no idóneo para producir las consecuencias que el actor invoca; el juicio de causalidad adecuada se sustenta siempre en la valoración sobre la congruencia entre un suceso y los resultados que se le atribuyen (Conf. Matilde Zavala de González ob cit t . 3 - p. 204). En este mismo orden de ideas se ha dicho que ?constituye una carga procesal del actor acreditar la relación de causalidad entre el daño cuyo resarcimiento persigue y el hecho de la persona o de la cosa a los que se atribuye su producción. Por ello, se debe probar una conexión entre los factores eficientes del daño, ya sean personas o cosas y el daño mismo (CNApel.Civ., sala H., 6/4/97 ?F.de D.A., E.I. c. Instituto Social del Ejército y otros?, L.L. 1998-C-642; en similar sentido CNApel.Civ., sala H., 17/9/99 ?G., G c. Empresa Río de la Plata? L.L. 2000-D-871; CNApel.Civ., sala M, 30/09/03, ?Toro Zapata, Franz c. Ciudad de Buenos Aires?, D.J. 2004/01/20, 126). En el caso, para la valoración de este rubro tendré especial consideración de las declaraciones testimoniales rendidas y la pericia médica obrante a fs. 310.. En primer término, considero que los elementos probatorios reunidos en la causa acreditan de modo suficiente la relación causal adecuada del daño reclamado con el evento dañoso objeto de autos. Fundamentalmente tengo en cuenta el testimonio prestado por la señora Carina Elizabeth Mesa a fs.246, quien presenciara el hecho y que fuera oportunamente analizado en los considerandos precedentes Por otra parte, a fs. 310/311 de se practica pericia médica, formulada por el Dr. Antonio César Gómez. Luego de la anamnesis y examen físico de la actora, y análisis de los exámenes complementarios solicitados (RX), en las consideraciones médico legales, señala que la señora Castillo padeció mallet finger dedo anular izquierdo, con lesión del tendón extensor, que deja una deformidad típica de esta lesión a la que se designa dedo en maza o mallet finger Agrega, que fue tratada quirúrgicamente con resultado aceptable, que dejó secuelas en la función articular, como explica en su informe. Concluye que la paciente presenta una incapacidad parcial y permanente del 5% de su capacidad laborativa total. Puesta a disposición de las partes la pericia fue observada por la citada a fs.314 y por el Municipio a fs.316 y contestado por el perito a fs.319. En cuanto a la valoración de las pericias médicas, siguiendo lo establecido por la doctrina especializada: ?la

fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa. Si bien el juez es soberano al sentenciar, en la apreciación de los hechos dentro de los que se encuentra el dictamen, debe sin embargo, aducir razones de entidad suficiente para apartarse de las conclusiones del perito, razones muy fundadas para desvirtuarlo, pues su conocimiento es ajeno al del hombre de derecho (cfr. Fenochietto- Arazi ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Tomo II, pg. 524). Se ha dicho que como regla ha de tenerse en miras que, las secuelas que afectan la salud física y psíquica de las víctimas, deben acreditarse básicamente mediante peritaje, porque la determinación del menoscabo requiere, en casos como el que se trata, el aval de los expertos. La pericial resulta relevante- y en algunos casos hasta imprescindible- no sólo para comprobar la índole de las lesiones y su gravitación negativa, sino también la relación causal de las mismas con el accidente. La trascendencia que asigno a la labor de los especialistas en esta materia, no quita reconocer que siempre es resorte del juez efectuar la valoración de la labor de los expertos en juicio, ni obsta por último a que, bajo ciertas circunstancias y de modo excepcional, el daño pueda igualmente considerarse probado, en ausencia de esa prueba. (Cámara Primera Civil. Expte N° 161.067/42.870, caratulados: "Díaz, Elsa L. p/ sí y ot. ambos pshm Carlos Nicolás c/ Bazán, Gustavo Javier p/ daños y perjuicios?, en cita a CC1, 7/2/2012, causa n° 182.353/43.761, caratulada: ?González, Hugo Armando c/ El Cacique S.A. y ots. p/ dyp?; Zavala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas- Disminuciones psicofísicas- 2, cit, págs.70/71). Nuestros tribunales tienen establecido que ?es una manifestación de prudencia jurídica atenerse a la opinión del experto, sin que por ello se resigne la atribución de administrar justicia; lo es a condición que el dictamen aparezca suficientemente fundado, con fuerza asertiva y razonadamente fundada y sin que se le opongan argumentos de suficiente peso u otras probanzas de igual o mayor idoneidad, como para apartarse de sus conclusiones (Cfr. LS 169:296 LA 180:185) y ?no puede prescindirse al considerar las afirmaciones del perito, que las mismas las efectúa en base a su práctica y conocimientos técnicos, que configuran precisamente el fundamento de su designación y de su aporte, que debe considerarse desinteresado a la solución del proceso (Cfr. LS 117:323; LS 121: 212). La prueba pericial médica, no sólo significa la opinión fundada de expertos, sino permite el contralor de las partes, que se traduce en un control previo a la producción de la misma, y esto es cuando tanto actor como demandado pueden, previo a la aceptación de dicho medio probatorio, oponerse a todos o algunos puntos de la pericia ofrecidos por la contraria; a la posibilidad de recusar al perito; a su control concomitante a través de la presencia durante el examen del paciente, del médico de parte o también llamado perito consultor, que si bien no está receptado en nuestro código de forma, la gran mayoría de los Tribunales de esta circunscripción aceptan su intervención; y posterior a la elaboración de la pericia a través de las observaciones e impugnaciones que pueden efectuar las partes, los pedidos de explicaciones al auxiliar de justicia como asimismo el cuestionamiento de la valoración de la pericia a través del recurso ante el Tribunal de Alzada. (Excma. 4° Cámara Civil. Expte. 34.221 Acevedo Roberto Marcelo c/ Martínez, Francisco Javier y otrs. p/ DYP Fecha 5/10/2012). En el caso de autos, no advierto razones para apartarme de las conclusiones periciales, las que estimo fundadas y técnicamente elaboradas. XIII. En materia de cuantificación, tal como lo señalé en el acápite relativo a la normativa aplicable, entiendo que el caso debe resolverse haciendo plena aplicación del nuevo régimen legal. Siguiendo este temperamento, observo que el art. 1.746 dispone que en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote en el plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Termina el artículo, indicando que la indemnización por incapacidad permanente procede aun cuando el damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada. Sobre este punto, debo decir que en orden a la cuantificación de este rubro, participo del criterio expuesto por el Dr. Lorenzetti, al referirse a las fórmulas aplicadas a esos efectos (art. 1760 del CCCN), expresó: ?...si bien la redacción de la norma podría dar margen a otra interpretación, no está sindicada como la única modalidad de cuantificación, manteniendo vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función correctora por excelencia para cuantificar los daños... En definitiva, para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes del Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en la vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificaciones, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial...? (Lorenzetti, Ricardo L. (dir.) - De Lorenzo, Miguel F. - Lorenzetti, Pablo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. VIII, p. 527.).- Así las cosas, adelanto que para la valuación del rubro en trato aplicaré la fórmula matemática considerándola simplemente como una pauta más en la tarea de la cuantificación del presente rubro, pues cabe tener en cuenta también las efectivas consecuencias provocadas por las secuelas incapacitantes en el caso concreto, de acuerdo a las probanzas objetivas arrimadas en la causa. En cuanto a la Fórmula Vuoto que

sigo, en relación a la señora Rosa Sosa, teniendo en cuenta su edad actual y el salario mínimo actual y el grado de incapacidad informado por el experto, se arriba al siguiente resultado: cálculo efectuado conforme a la siguiente información cargada
Fórmula utilizada: Vuoto Datos de la víctima 30 Ingresos de la víctima: \$ 9500 Frecuencia de percepción de ingresos: Mensual Porcentaje de incapacidad: 5% Edad al momento del hecho dañoso: 30 años Edad productiva límite (jubilación): 65 años Tasa de interés (anual): 6 % Monto indemnizatorio: \$ 89461.49 Cabe aclarar que consigné en la fórmula ut supra el monto al que asciende el salario mínimo vital y móvil comunicado para enero- julio de 2018 de \$ 9.500, pues el rubro como el que me ocupa constituye una deuda de valor, razón por la que se fija a valores actuales, por lo que mal podría tomar en la fórmula el salario histórico que la actora denuncia en su demanda, sin prueba objetiva al respecto. En efecto, si bien la actora denunció que al momento del hecho se desempeñaba como peluquera, y así lo reconocen los testigos Yamila Ruth Coronel (fs. 237) y Gladys Andrea Castillo (fs. 239), lo cierto es que no se ha probado el ingreso efectivo por la realización de tal oficio, razón por la cual consigné en la fórmula ut supra el monto del salario mínimo vital y móvil, habida cuenta de la absoluta orfandad probatoria respecto al salario percibido por la misma por las labores desempeñadas. Sobre este punto se ha dicho que "[...] esos serían los valores que arroja la aplicación de las mencionadas fórmulas matemáticas con la introducción de las variables a la época del hecho y no a la de la sentencia, habiéndose mencionado reiteradamente que cuando se trata de indemnizar deudas de valor, "...El axioma de la reparación integral o plena, impone al Juez, la elección del día de la sentencia para la valoración de los daños y fijación del monto de la indemnización, en razón de ser el más cercano al momento en que se hará efectiva la reparación, de lo contrario el damnificado no recibiría la indemnización integral a que tiene derecho conforme al régimen del código civil (Trigo Represas, Felix A. "Obligaciones de dinero y depreciación monetaria" 2da. edición La Plata, librería editora Platense, 1978 ps 74 y ss.). La determinación del capital a la fecha de la sentencia evita que los jueces deban trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio que es la causa del reclamo. Es frecuente que los valores estén determinados por pericias que son la mayoría de las veces, considerablemente anteriores a la sentencia. En un sistema monetario como el que padece nuestro país, diseñado para que los habitantes no puedan tener una noción perdurable de los valores, esta valuación se parece bastante a la determinación de una entequeia, por lo que este no debería ser un factor a considerar..." (en cita en los autos N° 52.046, caratulados "BALMACEDA GUTIERREZ, IVAN EXEQUIEL C/ ROLDAN LEDESMA, LUIS PABLO P/D. y P.? (ACCIDENTE DE TRANSITO)?, Imaz, Joaquín Andrés; Intereses moratorios desde la producción; RCyS 2013-III, 208; AR/DOC/517/2013). Retomando el tema de la cuantificación del rubro incapacidad sobreviniente, cabe poner de resalto que en autos -tal como anticipara- cuento con escasa prueba rendida referente a las repercusiones de las lesiones sufridas en los distintos ámbitos de la vida y desarrollo de la actora, y sólo conozco su edad y el porcentaje de incapacidad fijado por los peritos y el oficio de peluquera que habría dejado de ejercer luego del accidente. Tengo en cuenta, sin embargo, que la recuperación de la actora, si bien fue tratada quirúrgicamente con resultados aceptables, según lo informa el perito, quedaron secuelas en la función articular Así, teniendo en cuenta las concretas consecuencias que tuvieron para la actora las lesiones físicas padecidas como consecuencia del hecho dañoso objeto de esta demanda; desde los múltiples aspectos que constituyen la vida y el desarrollo del ser humano, la edad de la misma el día del evento dañoso (30 años), el cuadro informado por el perito, y que el hecho dañoso ha dejado secuelas en la función articular del dedo anular de la mano izquierda, que fue intervenida quirúrgicamente, que no se ha acreditado que ello le hubiera afectado de manera sustancial en su vida de relación, como así tampoco actividades de ocio y esparcimiento, ni se ha acreditado que realizaran una actividad deportiva, estimo adecuado y justo fijar la indemnización pretendida en la suma de PESOS OCHENTA Y NUEVE MIL (\$ 89.000) conforme lo dispuesto por el art. 90 inc.7° del CPC, a la fecha de la presente sentencia, debiendo computarse los intereses moratorios a una tasa equivalente a la evolución de la serie de la Unidad de Valor Adquisitivo (U.V.A.) que publica el Banco Central de la República Argentina, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago (art. 1 primer apartado Ley 9041) 2- Gastos terapéuticos. Sobre este rubro la actora reclama la suma total de \$ 6.000. El rubro fue expresamente impugnado por la demandada Destaca que tales rubros no exigen prueba acabada de su existencia. A los fines de resolver la procedencia del rubro solicitado, debe considerarse que el mismo debe ser admitido aun cuando no se acrediten todos y cada uno de los gastos realizados, en tanto el monto pretendido guarde razonable relación con las erogaciones que debieron realizarse, conforme la naturaleza de las lesiones sufridas (CNCiv., Sala F, ED 74-586), aun cuando la atención médica se haya brindado en un hospital público. Nuestra jurisprudencia tiene resuelto al respecto que "En el caso de indemnización de lesiones por accidente no es necesario acompañar todos los comprobantes que acrediten la erogación de los gastos médicos reclamados, por lo que la deficiencia probatoria no es óbice para la fijación de un importe aproximado. Lo fundamental es acreditar la relación adecuada entre los montos pretendidos y la índole del daño sufrido en la salud" (CC3°, L.S. 67-14; Conf. CC5°, L.S. 5-391 y L.S. 6-115). Se ha señalado que "en todo tipo de accidente se producen una serie de gastos que ciertamente no son del todo cubiertos ni asumidos por los hospitales públicos o en su caso por las obras sociales. En consecuencia, es por eso que se ha aceptado que tales erogaciones puedan ser

aceptadas y objeto de una razonable y prudente estimación, de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular, aun cuando no se contara con pruebas instrumentales específicas sobre los mismos. (Expte.: 7543 - VAZQUEZ JOSE L. ORTIZ JOSE ARMANDO D. Y P.Fecha: 15/04/2004 - SENTENCIA Tribunal: 5° CÁMARA EN LO CIVIL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN Magistrado/s: SERRA QUIROGA - RODRÍGUEZ SAÁ - BERNAL Ubicación: LS022-005Fuente: Oficina de Jurisprudencia.).

En el caso, no se ha acompañado prueba alguna de los gastos reclamados bajo el acápite. No obstante ello, y en consonancia con la jurisprudencia antes mencionada, no puede desconocerse que no obstante haber sido cubierta la intervención quirúrgica por la obra social de la actora (Integral Salud -ver fs. 10/12), lo cierto es la misma no cubre la totalidad de las prestaciones, medicamentos y estudios médicos. Así es que conforme las lesiones sufridas por la actora, entiendo que este rubro debe prosperar por la suma de PESOS CINCO MIL (\$5.000), calculada a la fecha de esta sentencia, conforme lo dispuesto por el art. 90 inc. 7° del CPC, debiendo computarse los intereses moratorios a una tasa equivalente a la evolución de la serie de la Unidad de Valor Adquisitivo (U.V.A.) que publica el Banco Central de la República Argentina, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago (art. 1° Primer apartado Ley 9041) 3- el daño moral. Por este concepto la actora reclama la suma total de \$ 50.000 Indica que como consecuencia del accidente la actora sufrió padeci-mientos físicos y psíquicos que perduran en la actualidad. A modo de premisa, cabe recordar que el daño moral constituye una de las dos grandes categorías de daño resarcible, al lado del daño patrimonial. La doctrina mayoritaria entiende que no existe un tercer género: sólo existe el daño patrimonial y el extrapatrimonial (moral) (Conf. Bueres, Alberto J., ?El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la siquis, a la vida de relación y a la persona en general?, Rev. de Der. Priv. y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 1992, n° 1, pág. 263; Iribarne, Héctor Pedro, ?La cuantificación del daño moral?, Rev. del Derecho de Daños n° 6, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 187; Zavala de González, Matilde, ?Resarcimiento de daños?, 2° - ?Daños a las personas?, Hammurabi, Bs. As., 1993, pág. 33). El daño moral ha sido definido como una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. Es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón Daniel, ?Daño moral?, ya cita-do, pág. 47). Por último diremos que la indemnización por tal daño tiene carácter resarcitorio, conforme la moderna doctrina y jurisprudencia, y no sancionatorio, tesis prácticamente hoy abandonada (CSJN, 7-9-89, Forni c/ Ferrocarriles Argentinos; Frida c/ Prov. de Bs. As.; ?Badiali?, fallos 308:698; 24-8-95, ?Pérez c/ Empresa de Ferrocarriles, citados por Roland Arazi, en ?Prueba del daño moral?, Rev. de Der. de Daños, n° 6, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 103, nota 1). La indemnización dineraria no tiende a sancionar al responsable, sino a la reparación de los daños causados a la víctima, en sus legítimos derechos y en su integridad (material y espiritual). En el caso, los elementos probatorios reunidos permiten tener por probada la relación causal entre el daño y el evento dañoso. Para ello y su valuación tendré en cuenta las constancias de la causa, y la pericia médica recibida durante la sustanciación. Puede decirse que precisamente el dolor, la angustia, el sufrimiento, el desánimo son manifestaciones del daño moral; es la forma en que, general-mente, se manifiesta en el sujeto y que dependerá de sus condiciones psíquicas previas al evento, de su personalidad, por lo que el daño moral debe ser juzgado en concreto, frente a la personalidad del sujeto dañado y sus circunstancias. (CC3 L.S.84-205). En relación a la suma resarcitoria a fijar por este daño, debe tenerse en cuenta: ?que al fijarse el mismo en una suma de dinero, ésta no debe ser equiparada a una función valorativa exacta, sino simplemente de satisfacción frente al sufrimiento. Nadie pretende, cuando fija una indemnización por éste concepto, dar algo equivalente al sufrimiento padecido sino simplemente de paliar en alguna medida ese sufrimiento: "lo importante es que se le den las posibilidades al agraviado de satisfacer su espíritu con su empleo, contraponiendo esas satisfacciones a los padecimientos provocados por el daño" (voto del Dr. San-tos Cifuentes como integrante de la Cám. Nacional Civil, Sala C, julio 25-978 en E.D., T. 81-581 y Ref. L.L. T. 1978-D-p.645, con nota aprobatoria de J. Mosset Iturraspe, "Reparación del dolor: solución jurídica y de equidad"). En cuanto a la fijación del monto, comparto el criterio jurisprudencial de un Tribunal de Alzada que señala que: ?Si bien sólo parte de la doctrina admitió que la cuantificación del daño moral podía realizarse con la comparación del valor de bienes delectables -postura que por mi parte siempre he seguido- actualmente esta manera de mensurar un daño tan complejo como el agravio moral, ha sido receptada en el artículo 1741 del Código Civil y Comercial, el que si bien no puede aplicarse en forma directa al caso por haber acaecido antes de su vigencia (art. 7 del CCC) sirve cuando menos de interpretación adecuada al viejo art. 1078 del CC y al art. 90 inc. 7 del C.P.C. En el nuevo régimen se indica que la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden provocar las sumas reconocidas. [...]Estimo que la satisfacción sustitutiva no puede ser menor a un viaje importante o a la obtención de bienes delectables que la compensen teniendo en cuenta su juventud, como teléfonos celulares de alta gama, sumados a otros elementos tecnológicos para escuchar música, ver películas, participar en redes sociales, etc. o eventualmente para emprender estudios universitarios y concluirlos o alguna otra forma de capacitación que satisfaga sus deseos de mejorar su desarrollo social y la aleje de sus sentimientos angustiosos?(3° Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas

de Paz y Tributario Expte. N° 50929 ?Domínguez Camila Tamara c/ Empresa Provincial de Transporte de Mendoza p/ d y p? 08/09/15). Al efecto, atento a la naturaleza del rubro en trato, considerando que el mismo se encuentra sujeto a la apreciación judicial, que se halla condicionado por prueba a rendirse y que fue cuantificado por la parte actora a la fecha del accidente, estimo que el monto pretendido debe ser elevado, a los efectos de una reparación plena, considerando casos semejantes, como así también la edad de uno de los actores -35 y 13 años al momento del hecho- y de las características del impacto - (caída de la motocicleta al asfalto)-. De este modo, tal como lo que como he dicho en pronunciamientos anteriores, resolver como lo propongo no implica fallar ultra petita ni afectar de ningún modo el principio de congruencia. Por el contrario, considero que resolver de modo diferente importaría ir en claro desmedro del principio constitucional del alterum non laedere y de la integralidad de la reparación. Sobre este aspecto, se ha dicho con criterio que comparto que, la sentencia no adolece del vicio ultra petita, si acuerda una suma indemnizatoria superior o inferior a la peticionada, por un reclamo dependiente de prueba, cuando se ha sujetado el pedido a la fórmula comúnmente usada por los letrados del foro "lo que en más o en menos resulte de la prueba, o de la apreciación o libre arbitrio judicial", expresión que integra la relación procesal básica; o la decisión de fondo que fija prudencial y equitativamente el monto del crédito o perjuicio reclamados, si su existencia estuviese legalmente comprobada, y no resultase justificado su importe.(Ginestar Carina Mariela ?Principio de Congruencia. Flexibilización. La Ley La Gran Cuyo 2011 (octubre) 895). Por ello, teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del accidente (30 años de edad) que han sido acreditadas las lesiones invocadas, que forzosamente produjeron dolores y angustias, estimo prudente el rubro prospere por la suma de PESOS SESENTA MIL (\$60.000) calculada a la fecha de esta sentencia, conforme lo dispuesto por el art. 90 inc. 7° del CPC, debiendo computarse los intereses moratorios a una tasa equivalente a la evolución de la serie de la Unidad de Valor Adquisitivo (U.V.A.) que publica el Banco Central de la República Argentina, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago (art. 1° Primer apartado Ley 9041) XIII. Costas. Las costas deben ser impuestas a la demandada en tanto resulta vencida (arts. 35 y 36 del CPC). En materia de costas estimo debe seguirse el criterio de distinguir entre diversos daños: a) los que no ofrecen dificultades probatorias insalvables o excesivamente onerosas, ni dependen principalmente del arbitrio judicial, imponiéndose, en tal caso, las costas en la extensión del vencimiento, aunque se hubiera utilizado la expresión ? y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendir; b) los que dependen legalmente del arbitrio judicial o de previas o costosas pericias técnicas, en cuyo caso no puede predicarse temeridad ni negligencia. En tales casos resulta ilógico e incongruente, reajustar equitativamente y prudencialmente en la proporción que la demanda procede y matemáticamente en lo que se rechaza (v.CC3 L.S. 77-226). XIV. Finalmente, se dispondrá la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios regulados a los profesionales que han adjuntado constancia a de la inscripción ante dicho tributo emitida por la Administración Federal de Ingresos Públicos (cfr. art. 2° resolución general 689 de la Administración Federal de Ingresos Públicos; punto 20 del inciso e) del art. 3° de la ley 23.349 y sus modificatorias) Por lo expuesto, y las normas legales citadas RESUELVO: I) Hacer lugar a la demanda incoada por Andrea Yanet de Dios Castillo, en contra de Diego Soria Gómez y Ana María González y la Municipalidad de Las Heras y en consecuencia, condenar a estos últimos a abonar a la actora, dentro del término de VEINTE DÍAS de quedar firme la presente, la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL (\$154.000), con más los intereses referidos en los considerandos de la presente resolución. II) Las costas deben ser impuestas a la demandada por resultar vencidas (art. 36 inc. I del CPC). III) Hacer extensiva la presente sentencia contra la citada en garantía FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS SA, dentro de los límites y condiciones de la cobertura contratada. IV) Regular los honorarios profesionales a los Dres. Óscar Alfredo Lui, en la suma de \$18.480, Fabio Óscar Lui, en la suma de \$6.160; Natalia Soledad López y Carlos Javier Cruzat, en conjunto, en la suma de \$ 2.156; Ernesto A. Labiano, en la suma de \$12.936; Virginia Soledad Castilla ; y Florencia Bauzá, en conjunto, en la suma de \$ 4.312, y William A. Butterfield, en la suma de \$ 2156, respectivamente, sin perjuicio de los complementarios que correspondan e IVA, en caso de corresponderles (arts. 2, 3, 4 inc. a., 13, 31 y cc, de la ley 3641). V) Regular los honorarios profesionales al perito médico traumatólogo Dr. Antonio César Gómez, en la suma de \$ 4000. REGISTRESE NOTIFIQUESE. Fdo: Dra. Alicia Boromei - Juez

028507E